



**HAL**  
open science

# L'externalisation des activités militaires et sécuritaires : à la recherche d'une réglementation juridique appropriée

Babou Cisse

## ► To cite this version:

Babou Cisse. L'externalisation des activités militaires et sécuritaires : à la recherche d'une réglementation juridique appropriée. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2014. Français. NNT : 2014LIL20017 . tel-01143455

**HAL Id: tel-01143455**

**<https://theses.hal.science/tel-01143455>**

Submitted on 17 Apr 2015

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

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

Thèse délivrée par  
L'Université Lille 2 – Droit et Santé



Université Lille 2  
Droit et Santé

N° attribué par la  
bibliothèque

\_\_\_\_\_

## THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

**M. Babou CISSE**

Le 12 février 2014

### *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires*

*A la recherche d'une réglementation juridique appropriée*

#### **JURY**

**Directeur de thèse : M. Mathias FORTEAU**, Professeur à l'Université de Paris X-  
Nanterre, membre de la Commission du Droit international des Nations unies

#### **Autres Membres du jury:**

**M. Julian FERNANDEZ**, Professeur à l'Université de Lille 2 Droit et Santé (Président)

**M. Thierry GARCIA**, Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis (Rapporteur)

**M. Philippe LAGRANGE**, Professeur à l'Université de Poitiers (Rapporteur)

**M. Nicolas HAUPAIS**, Professeur à l'Université d'Orléans (Membre)







## **Remerciements**

Je tiens à remercier vivement M. Mathias Forteau qui n'a ménagé aucun effort pour diriger ce travail avec une célérité de correction remarquable. Ses conseils et ses remarques pertinents ont été très utiles et ont guidé ma réflexion. Ils me serviront aussi résolument dans l'avenir.

Je remercie également mon épouse, ma famille et mes amis (Sandrine, Amine, Bassirou, Khalifa, Ousmane, Bathie, Fatou Bintou, Cheikh, Yaya, Amadou, Bassel, Blanchard) pour leur encouragement ainsi que tous ceux qui ont apporté leur aide dans le cadre de la documentation et sur la forme du texte jusqu'à ce que ce travail arrive à son terme. J'adresse de sincères remerciements à l'Equipe du SIAO51, notamment la Directrice Anne-Sophie LEDOARE pour la facilitation des déplacements vers Lille. Merci à l'administration de l'Ecole doctorale 74 pour sa disponibilité.



## **Sigles et abréviations**

AFDI : Annuaire français de droit international  
ATCA : Alien Tort Claim Act  
BAPSC: British Association of Private Security Companies  
BRA : Bougainville Revolutionary Army  
CDI : Commission de Droit International (Nations unies)  
CEDEAO : Communauté Economique des Etats de l’Afrique de l’Ouest  
CEDIN : Centre d’Etudes de Droit International de Nanterre  
CICR : Comité international de la Croix-Rouge  
CIJ : Cour Internationale de Justice  
CNUDCI : Commission pour le Droit Commercial International (Nations unies)  
CPJI : Cour permanente de Justice Internationale  
CPI : Cour Pénale Internationale  
CRS : Congressional Research Service  
DIDH : Droit International des Droits de l’Homme  
DIH : Droit international Humanitaire  
DOD : Department Of Defense (US)  
ECOMOG : Ecomog Monitoring Group  
EO : Executive Outcomes  
Ed. : Edition  
EJIL : European Journal Of International Law  
EMSP : Entreprise Militaire de Sécurité Privée  
FIDH : Fédération International des Droits de l’Homme  
FNLA : Front National de Libération de l’Angola  
GAO : General Accountability Office (US)  
GIGN : Groupement d’Intervention de la Gendarmerie Nationale (France)  
GSG : Gurkha Security Guard  
IPOA : International Peace Operation Association  
IRSEM : Institut de Recherche Stratégique de l’Ecole Militaire (France)  
ITAR : International Traffic in Arms Regulation Act  
KBR : Kellogg Brown and Roots  
MPL : Mouvement Populaire pour la Libération de l’Angola  
MPRI : Military Professional  
MEJA : Military Extraterritorial Jurisdiction Act  
MOGE : Myanmar Oil and Gaz Enterprise  
OCDE : Organisation de coopération et de développement économique  
OHCHR : Haut Commissariat aux Droits de l’homme des Nations unies  
OI : Organisation Internationale  
OTAN : Organisation du Traité de l’Atlantique Nord  
OUA : Organisation de l’Unité Africaine  
PMSC : Private Military and Security Companies  
PSCA : Private Security Company Association  
RCADI : Recueil des cours de l’Académie de Droit International de la Haye  
Rec. : Recueil  
RFMAA : Regulation of Foreign Military Assistance Act  
RGDIP : Revue générale de droit international public  
RICR : Revue internationale de la Croix-Rouge  
RUF : Revolutionary United Forces  
SAS : Special Air Service

SEAL : Sea Air Land  
SMSP : Société militaire et de sécurité privée  
SOFA : Status of Forces Agreement  
SWAPO : South Western African People Organisation  
TPIR : Tribunal pénal international pour le Rwanda  
TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie  
UCMJ: Uniform Code of Military Justice (US)  
UE : Union Européenne  
UNITA : Union Nationale pour l'Indépendance Totale de l'Angola  
USTC : US Training Center Holdings  
Vol. : Volume

## **SOMMAIRE**

<b>Introduction</b> .....	11
<b>Première partie : L’inefficacité des instruments existants</b> .....	45
Titre I : Le défaut de pertinence des textes dans leur champ d’application .....	47
Chapitre I : Des instruments internationaux adoptés sans égards aux activités des SMSP .....	49
Chapitre II : L’incomplétude des législations nationales relatives aux SMSP .....	87
Titre II : Le défaut de pertinence des textes existants en matière de sanctions.....	135
Chapitre I : L’existence d’obligations juridiques applicables .....	137
Chapitre II : Une faible effectivité des sanctions encourues due à des obstacles .....	195
<b>Deuxième partie : Les limites des évolutions normatives en cours en matière d’encadrement approprié</b> .....	245
Titre I : Les attentes en termes de normativité non encore atteintes .....	247
Chapitre I : Les initiatives de réglementations contraignantes .....	249
Chapitre II : Les initiatives de régulations non contraignantes .....	295
Titre II : L’encadrement approprié envisageable .....	393
Chapitre I : Détermination d’un statut spécifique envisageable pour les SMSP et leurs membres .....	393
Chapitre II : Le régime juridique spécial envisageable pour la délégation des services aux SMSP.....	431
<b>Conclusion générale</b> .....	469
<b>Bibliographie</b> .....	475
<b>Table des matières</b> .....	497
<b>Index</b> .....	505



# Introduction

Les guerres en Afghanistan à partir de la fin de l'année 2001 et en Irak dès mars 2003 ont remis dans l'actualité la question de l'encadrement de l'utilisation de forces privées dans les zones de conflit et dans d'autres situations de gestion sécuritaire<sup>1</sup>. Les forces privées dont il s'agit dans ces conflits appartiennent à des entités privées auxquelles sont confiées des tâches de sécurité qui relevaient jadis de la compétence exclusive des Etats. Ces entités privées sont des personnes morales de droit privé infraétatiques, créées chacune à l'intérieur d'un Etat dont elles acquièrent la nationalité. Elles font l'objet de multiples appellations. Le monde anglo-saxon adopte généralement des expressions comme « *contractors, private military companies* » et dans le monde francophone, les termes les plus utilisés sont « *société militaire privée* » et « *entreprise militaire privée* ». Elles forment un secteur d'activités où elles exercent de nombreuses missions relevant de la sécurité et de la défense. Pour cette raison, des spécialistes ont tenté de les classer. Cette classification qui dépeint la particularité et la spécialisation de ces sociétés est un préalable à aborder avant d'examiner les tentatives de définitions d'une notion aux appellations diverses.

## **§ I : Classification théorique des sociétés privées évoluant dans le domaine de la sécurité et des activités militaires**

Peter Singer<sup>2</sup> conçoit une typologie des sociétés qu'il appelle « *firmes militaires privées* » en les groupant selon leur domaine d'intervention. Il met en place la théorie de « *La pointe de lance* » qui s'inspire de celle connue dans le milieu des affaires. *La pointe de lance* subdivise les entreprises en fournisseurs de service, consultants et fournisseurs de sorties périphériques. La démarche scientifique conçue à cet effet consiste à classer les « *firmes militaires privées* » tout en prenant comme base, le rapprochement des activités des prestataires vis-à-vis des combats. Les sociétés privées qui exercent des activités sur le terrain conflictuel sont des « *firmes militaires prestataires* », celles qui assurent des activités de

---

<sup>1</sup> Le Rapport du CRS (*Congressional Research Services*) de 2008 fait état de l'utilisation massive de sociétés militaires par l'armée américaine dans ces deux conflits irakien et afghan. Cf, ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), « *Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues* », CRS Report for Congress, Updated August 25, 2008, p. 3. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>2</sup> SINGER (Peter Warren), *Corporate Warriors. The rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, 2004, p. 93.

conseil et de formation sont des « *firmes militaires de consultation* » et celles qui mènent des missions de soutien logistiques ou d'entretien sont des « *firmes militaires de soutien* ».

Cette classification a mis en exergue la transformation ayant cours au sein de l'industrie militaire et de sécurité privée en mettant en parallèle les théories économiques et l'organisation des prestataires. Elle est enrichissante en termes d'informations sur la caractérisation des différents types de sociétés mais elle a des limites quant à son opérationnalité. En effet, le marché de la prestation de services de sécurité et militaires n'est pas stable. Les fusions et acquisitions peuvent changer la spécialisation des sociétés. Lorsque, par exemple, la société militaire privée *Blackwater* devenue *Xe services* en 2009 a été achetée par le *US Training Center Holdings* (USTC) en 2010, les nouveaux propriétaires ont décidé que la société change de nom<sup>3</sup> et qu'elle se concentre uniquement, à partir de 2011, sur les activités comme l'entraînement et la formation en laissant de côté les combats. Ce changement opéré chez *Blackwater* n'est pas le seul exemple d'instabilité du marché de la sécurité. Il est possible d'y ajouter le fait que les sociétés se déplacent d'une spécialisation à une autre au gré des contrats. Les SMSP peuvent donc tantôt avoir un contrat dans la formation ou dans la logistique, tantôt l'avoir dans une activité proche des combats. L'exemple de *Sandline International*, une société militaire britannique, illustre bien cette affirmation : elle était engagée par le régime déchu d'Ahmed Tejan Kaba de Sierra Leone pour une mission de transport d'armes en 1997<sup>4</sup> et l'année suivante, elle a été contractante de la Papouasie Nouvelle Guinée pour combattre les rebelles du *Bougainville Revolutionary Army* (BRA)<sup>5</sup>.

Ces illustrations montrent que la classification pronée Peter Singer a une limite car elle ne tient pas compte de la réalité que constituent les contrats. C'est d'ailleurs sur la base des contrats que Déborah Avant va construire sa théorie en prenant comme référence la théorie de Singer.

---

<sup>3</sup> Le nouveau nom est "*Academi*" depuis 2011. Cf, SIZMORE (Bill), "*First Blackwater, then Xe, now company is Academi*", *The Virginian-Pilot*, December 13, 2011. Consultable sur le site de la SMSP *Academi* au lien suivant : <http://hamptonroads.com/2011/12/first-blackwater-then-xe-now-company-academi>. Dernière visite le 25 octobre 2013.

<sup>4</sup> Voir, Sir Thomas LEGG and Sir Robin IBBS « *Report on the Sierra Leon Arms Investigation* », Ordered by the House of Commons [British Parliament] to be printed 27th July 1998. Consultable au lien suivant : <http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/files/kfile/report.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>5</sup> Le contrat entre *Sandline* et l'Etat de Papouasie Nouvelle Guinée est disponible sur le site de la SMSP. Cf, « *Agreement for the provision of military assistance dated this 31 day of January 1997 between the Independent State of PAPUA NEW GUINEA and SANDLINE INTERNATIONAL* », au lien suivant : <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

Deborah Avant<sup>6</sup> s'inspire donc de la théorie de la *Pointe de lance* et construit la sienne en se basant sur les contrats. Elle soutient que ce sont les contrats qui déterminent le rapprochement ou l'éloignement de la société vis-à-vis des combats. Son raisonnement se base sur le fait qu'il existe des contrats de services militaires externes, des contrats de services de police internes et des contrats en opérations spéciales. Les contrats de services militaires externes concernent la protection des frontières et la dynamique militaire. Les sociétés qui les signent vont travailler dans le cœur des conflits. Deborah Avant subdivise ces contrats en « *Armed Operational Support* » qui incluent les opérations de combat et en « *Unarmed Operational Support On The Battlefield* » lesquels correspondent aux tâches de soutien aux combattants comme l'aviation ou la surveillance. Au deuxième stade, viennent les contrats de services de police internes. Ce sont les contrats qu'exécutent les sociétés dans le conseil, l'entraînement et le maintien de l'ordre. Enfin, la troisième catégorie concerne les contrats en opérations spéciales qui s'appliquent à la fois à la sécurité interne et externe. Ces opérations qui peuvent être confiées à des sociétés sont déployées pour lutter contre les crimes internationaux.

La classification basée sur les contrats indique la flexibilité et l'évolution rapide des sociétés dans la grande variété de leurs opérations. Le problème de cette théorie est le fait qu'elle se base sur les contrats alors que ces derniers ne sont publiés que lorsque les parties le décident. Beaucoup de contrats sont souvent classés secret défense. Dans ce secteur, la culture de la discrétion est de rigueur car le contrôle de l'image est important pour les sociétés. En plus, les clients (souvent les Etats) ne souhaitent pas que certaines informations sensibles soient rendues publiques<sup>7</sup>. Pour illustration, deux sociétés qui étaient impliquées dans le passé dans des opérations de combats ont subi des pressions et ont fini par être dissoutes<sup>8</sup>.

Dans la classification de Deborah Avant, la distinction entre d'une part, les services intérieurs concernant les opérations de formation et de conseil et d'autre part les services extérieurs orientés vers les combats, ne résiste pas à la complexité des pratiques. Cette

---

<sup>6</sup> AVANT (Deborah), *The market For Force: The consequences of privatizing security*, Cambridge University Press, 2005, p. 16 et 17.

<sup>7</sup> Le rapport du *Congressional Research Services* de 2013 souligne que « *Many observers believe that the fallout from Abu Ghraib and other incidents, such as the shooting of Iraqi civilians by private security contractors hired by the United States government, have hurt the credibility of the U.S. military and undermined efforts in Iraq* ». Cf, SCHWARTZ (Moshe) and CHURCH (Jennifer), "Department of Defense's Use of Contractors to Support Military Operations: Background, Analysis, and Issues for Congress", CRS Report for Congress, May 17, 2013, p.4. Cf, <http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R43074.pdf>, Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>8</sup> Il s'agit de *Executive Outcomes*, une société sud africaine dissoute en 1998 et de *Sandline International*, une société britannique dissoute en 2004.

distinction a paru un certain moment proche de la réalité. Mais la pratique l'a finalement battue en brèche car les sociétés passent d'une catégorie à une autre<sup>9</sup>.

Dès lors, l'emploi d'un concept englobant l'ensemble des types de services est le plus à même à décrire la réalité sur le terrain. Il semble pertinent de choisir d'abord la notion de « *société* » pour l'appellation de chacune des structures prestataires de services de sécurité militaire. En effet, la notion de « *société* » renseigne sur leur rattachement à un ordre juridique déterminé contrairement à la notion d' « *entreprise* » qui ne fait que refléter la nature économique de l'activité. L'appellation des sociétés assurant des tâches de sécurité militaire qu'il convient d'adopter et qui sera utilisée tout au long de ce travail est celle de « *société militaire et de sécurité privée* ». Elle est déjà utilisée par le Projet de convention sous les auspices des Nations unies dont l'objet est d'encadrer les activités de ces sociétés. Mais aucune définition officielle unanimement reconnue par les Etats n'est encore admise pour cette notion.

## § II : La notion de « *société militaire et de sécurité privée* »

Quelques définitions ont pu être données de cette notion. C'est le cas par exemple, du Comité d'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques (CAD-OCDE) qui définit ces organismes comme étant « *l'ensemble des entreprises commerciales qui fournissent directement et à titre onéreux des services militaires ou sécuritaires au niveau national ou international* »<sup>10</sup>. Cette définition utilise la notion d'« *entreprise commerciale* » laquelle certifie, comme cela a été précisé tantôt, la nature économique de l'activité mais ne renseigne pas sur la situation juridique de ces entités privées. Elle se limite plutôt à faire comprendre que les SMSP (appelées ici entreprises commerciales) fournissent des services militaires ou sécuritaires au niveau national et international. Elle est donc trop large et incomplète dans la mesure où elle ne désigne pas les acteurs pour lesquels les sociétés militaires et de sécurité privées exercent des activités. Une autre définition est fournie par le Document de Montreux<sup>11</sup>. Ce texte définit les SMSP qu'il

---

<sup>9</sup> Rapport adopté par la Commission de Venise (Conseil de l'Europe), lors de sa 79<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 juin 2009) sur la base des observations de M. Iain CAMERON (membre, Suède). Cf, [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV\(2009\)002syn-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV(2009)002syn-f.asp). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>10</sup> Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *Manuel de l'OCDE sur la réforme des systèmes de sécurité: soutenir la sécurité et la justice*. OCDE, Paris, 2007, p. 227.

<sup>11</sup> 39 Etats se sont engagés aujourd'hui à appliquer le texte. Le Document de Montreux est consultable au lien suivant : <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Le site est actualisé chaque fois qu'un Etat manifeste son consentement à appliquer le Document de Montreux.

désigne sous le vocable d'« *entreprise militaire et de sécurité privée* » comme étant des « *entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et/ou de sécurité* »<sup>12</sup>. Cette définition est également large et incomplète car rien ne permet de rattacher les entités qu'elle désigne à un droit déterminé et elle ne contient pas non plus de liste de clients potentiels. Or ces deux éléments sont déterminants dans la définition de la notion de société militaire et de sécurité privée. En effet, ces entités sont rattachées à un Etat par le biais de l'incorporation ou par l'installation d'un siège social. L'incorporation est le système appliqué dans les Etats anglo-saxons. Elle consiste pour la société à se constituer en personne morale, c'est-à-dire à s'enregistrer dans un pays avec lequel elle n'est pas obligée d'avoir des liens économiques. L'enregistrement implique la soumission de la société à la loi du pays où cette opération se déroule. Quant au siège social, il est adopté par les pays de droit civil. Il consiste pour la société à installer son siège social sur le territoire du pays où elle veut être rattachée. C'est après l'incorporation et l'installation du siège social que la société acquiert sa personnalité juridique interne et peut recruter ses membres. L'absence de ces liens juridiques avec les Etats dans la définition des SMSP donnée par le Document de Montreux rend la conception de la notion d'« *entreprise militaire et de sécurité privée* » juridiquement imprécise.

Il convient à cet égard de s'intéresser à une autre définition de la notion de société militaire et de sécurité privée qui a été donnée par le Projet de convention des Nations unies. En vertu de l'article 2 de ce traité, la notion de société militaire ou de sécurité privée est définie comme : « *une société commerciale qui fournit contre rémunération des services militaires ou de sécurité par l'intermédiaire de personnes physiques ou morales* »<sup>13</sup>. Cette définition est également incomplète dans la mesure où elle ne précise pas que de telles sociétés sont constituées sur la base d'un droit national. De plus, elle ne détermine pas non plus pour quels clients les sociétés fournissent des services militaires ou de sécurité. La définition du Projet de convention fait comprendre que les SMSP rendent alternativement des

---

<sup>12</sup> Document de Montreux : « *L'EMSP est en mesure de prouver que ses sous-traitants respectent des exigences équivalentes à celles de l'EMSP qui a initialement reçu une autorisation de l'État territorial* ». Document consultable sur site du CICR au lien suivant : [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/\\$FILE/ICRC\\_001\\_0996.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/$FILE/ICRC_001_0996.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>13</sup> Voir, Article 2 du Projet de convention sur les SMSP, p. 23 du *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, § 38. Ce Rapport a été présenté le 5 juillet 2010 et il contient un Projet de convention sur les SMSP, *Président-Rapporteur* : M. José Luis Gómez del Prado, Résolution A/HRC/15/25. Disponible sur : [http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25_fr.pdf). Dernière visite le 13 septembre 2013.

services militaires et de sécurité. Or, la réalité est que les deux catégories de services peuvent être rendues concomitamment.

La définition se trouve dans la Convention des Nations unies sur les sociétés militaires et de sécurité privée qui est actuellement à l'état de projet. A travers les ratifications des Etats, il sera intéressant de voir si la définition en question fait l'unanimité.

Pour le moment, il n'existe pas encore de définition unanimement reconnue de cette notion. Mais on peut retenir que les sociétés militaires et de sécurité privées sont des entités infraétatiques créées dans les mêmes conditions que les sociétés commerciales civiles et elles fournissent des services militaires et ou sécuritaires à des Etats, des organisations internationales, des entreprises dans des situations conflictuelles et même en période de paix. Le personnel des SMSP est composé de cadres dirigeants qui assurent l'administration et de subalternes qui exécutent les missions sur le terrain. Ce sont des individus qui sont en majorité des anciens militaires ou d'anciens agents évoluant dans le domaine de la sécurité. Ils sont recrutés partout dans le monde. Beaucoup viennent des pays occidentaux<sup>14</sup> mais il y a également une bonne partie qui est issue des pays en voie de développement. Une présentation de quelques grandes sociétés peut l'illustrer.

### **§ III : Présentation des quelques grandes sociétés militaires et de sécurité privées**

Le nombre de SMSP dans le monde est de plus en plus important et il est difficile de les quantifier dans la mesure où il n'y a aucune base de données officielle qui retrace les créations et les disparitions de ces personnes morales. Même en Irak où leur présence a été forte, les chiffres relatifs au nombre des SMSP variaient d'une source à une autre. En 2006 par exemple, le Directeur de la *Private Security Company Association* en Irak (PSCA) estimait qu'il y avait 181 sociétés qui travaillaient en Irak avec 48 000 employés<sup>15</sup>. Le Ministère américain de la défense estimait quant à lui que 60 sociétés y employaient 25 000 personnes<sup>16</sup>. Mais en réalité, aucun chiffre ne saurait être exhaustif dans la mesure où

---

<sup>14</sup> ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), "*Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues*", op. cit, p. 3. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>15</sup> Government Accountability Office (GAO), « *Rebuilding Iraq: Actions Still Needed to Improve The Use of Private Security Providers* », June 13, 2005, p. 2. Ce Rapport du GAO est consultable sur : <http://usiraq.procon.org/sourcefiles/GAOREbuilding061306.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>16</sup> Government Accountability Office (GAO), « *Rebuilding Iraq: Actions Needed to Improve Use of Private Security Providers* », July 2006, p. 8. Consultable sur : <http://www.gao.gov/new.items/d05737.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

beaucoup de sociétés travaillent dans la clandestinité, sans contrat. La plupart sont d'origine anglo-saxonne, principalement américaine, britannique et sud africaine.

Dans leur mode de fonctionnement, elles représentent une « *formule nouvelle* » permettant d'assurer la sécurité en proposant à leurs clients, principalement des Etats, des offres variées moyennant rétribution. Par exemple, certaines sociétés se font payer sur des concessions de mines, ce qui suscite un débat sur l'exploitation des ressources naturelles des pays en développement<sup>17</sup>. D'autres ont noué des relations d'osmose avec le personnel des forces armées et d'administrations publiques. Telle est la principale distinction sur laquelle se basera la présentation de quelques-unes des SMSP. Ces caractéristiques vont éclore dans les obtentions de contrats.

### **1). Les SMSP en connexion avec les entreprises commerciales évoluant dans l'exploitation de ressources naturelles**

Cette connexion est matérialisée par les relations entre les SMSP et les sociétés d'exploitation de mines. Dans la plupart des cas, les deux catégories de sociétés appartiennent à un même holding<sup>18</sup>. Il s'agit principalement de la SMSP sud africaine *Executive Outcomes* et de sa sœur britannique *Sandline International*.

#### **a). Executive Outcomes**

C'est une société sud africaine créée en 1989 par Eeben Barlow, un militaire issu du 32<sup>ème</sup> Bataillon de l'armée sud africaine<sup>19</sup>. Ce 32<sup>ème</sup> Bataillon était une unité spécialisée dans la lutte contre la guérilla namibienne conduite par la *South Western African People Organisation* (SWAPO). Ses troupes étaient formées d'anciens combattants appartenant aux troupes rebelles angolaises qui avaient fuit leur pays à la suite de leur défaite face aux forces gouvernementales. Ses officiers étaient des Sud africains ou des ressortissants de pays non africains comme les Etats-Unis, le Royaume uni ou l'Australie. Cette unité était connue pour sa brutalité envers les organisations civiles résistantes face à la politique d'Apartheid. C'est à cause de cela que les populations du Sud ouest africain appelaient les membres de cette unité

---

<sup>17</sup> BANEGAS (Richard), « *De la guerre au maintien de la paix : le nouveau business mercenaire* », in Critique internationale, 1998, Vol. 1, p. 182.

<sup>18</sup> C'est un groupe de sociétés sans personnalité juridique dont les membres ont des intérêts communs à défendre. Sa mise en place permet de regrouper des activités ou des entreprises sous une même autorité. Le holding ne permet cependant pas de réaliser l'intégration qui découle d'une fusion. Cf, BEGUIN (Jacques), Droit du commerce international, Paris, éd. Lexis Nexis, 2011, p. 283.

<sup>19</sup> Le 32<sup>ème</sup> Bataillon était dénommé aussi « *Buffalo Battalion* » en référence à un ancien insigne de tradition sur lequel figurait une tête de buffle.

« *les affreux* ». Le 32<sup>ème</sup> Bataillon va être transféré en Afrique du sud à l'approche de l'indépendance du Sud Ouest Africain qui deviendra la Namibie en 1990. La dissolution du régime de l'Apartheid, prévue à cette époque, a occasionné par anticipation celle de toutes les unités de mauvaise réputation de la police et de l'armée sud africaines, dont faisait partie le 32<sup>ème</sup> Bataillon<sup>20</sup>. Ces évènements mettront au chômage plusieurs militaires aguerris. C'est parmi ces derniers qu'Eeben Barlow va recruter pour former *Executive Outcomes* (EO) en 1989. La société mère fut enregistrée en Afrique du sud et une filiale vit le jour au Royaume uni en 1993<sup>21</sup>. La société mère était de droit sud africain tandis que la filiale était de droit anglais. Le salaire moyen par soldat était de 2400 dollars, 4000 dollars par officier et 7000 dollars par pilote. La société comptait au départ environ 2000 hommes<sup>22</sup>. Elle avait la capacité de déployer un contingent de 1000 hommes partout dans le monde. Ainsi était née la première société militaire privée moderne sur le continent africain.

*Executive Outcomes* était membre d'un holding basé en Afrique du sud (Pretoria) dénommée *Strategic Resources Corporation* (SRC)<sup>23</sup> et d'un autre *Plaza 107* basé à Londres. Au sein de *Plaza 107*, il y avait *Heritage Oil and Gas* et *Branch Energy* qui étaient des sociétés d'extraction de pétrole. Cette connexion entre la SMSP et les sociétés d'extraction de pétrole va produire ses effets dans les principales interventions en Angola et en Sierra Leone.

Au niveau de ses interventions, *Executive Outcomes* se distinguait par l'excellence de son offre. Elle avait décroché un contrat pour entraîner les forces spéciales sud africaines en matière d'espionnage, de contre-espionnage et d'opérations clandestines<sup>24</sup>. La première grande intervention hors du territoire sud africain eut lieu en janvier 1993 en Angola, pays confronté à une guerre civile entre les rebelles de l'UNITA et les forces gouvernementales. Au moment où *Executive Outcomes* était sollicitée, l'UNITA contrôlait 80 % du territoire angolais et faisait main basse sur les dépôts pétroliers de Soyo. *Heritage Oil and Gas* fut

---

<sup>20</sup> HERBERT (M. Howe), "Private security forces and African stability: The case of *Executive Outcomes*", in *Journal of modern African studies*, vol. 34, n°2, 1998, p. 311.

<sup>21</sup> SINGER (Peter Warren), *Corporate Warriors. The rise of The Privatized Military Industry*, op. cit, pp. 104-105.

<sup>22</sup> JACQUIN (Hélène) (sous direction), « *L'emploi des sociétés militaires privées en Afghanistan et en Irak* », op. cit, p.18.

<sup>23</sup> PECH (Khareen), « *Executive Outcomes- A corporate conquest* », in *Peace, Profit or Plunder? The privatisation of security in war-torn African societies*, edited by Jackie Cilliers and Peggy Mason, Pretoria Institute Studies, 1999, p. 87.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 84. Voir aussi, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 20.

enregistrée aux Bahamas et faisait partie du même holding (*Plaza 107*) que *Branch Energy*<sup>25</sup>. Son PDG était Anthony Buckingham, un ancien membre du *Special Air Service* britannique. Celui-ci mit en relation EO et le Gouvernement de l'Angola dirigé par le Mouvement Populaire pour la Libération de l'Angola (MPLA)<sup>26</sup>. Ces sociétés contrôlaient l'extraction de mines et de pétrole dans la province nord de l'Angola, jusqu'à l'arrivée de l'UNITA qui leur a fait perdre leurs privilèges sur cette région. Un contrat d'un an d'une valeur de 40 millions de dollars a été signé. C'est par le biais d'une véritable opération militaire qu'EO va permettre au Gouvernement angolais de reprendre le contrôle de la zone pétrolifère de Soyo.

C'est de la même façon d'ailleurs que la SMSP va intervenir en Sierra Leone en 1995. Les mines de Diamant de Koidu et de Kono sont reprises aux mains du Gouvernement de Freetown par le rebelle du *Revolutionary United Forces* (RUF). *Branch Energy* qui contrôlerait 60 % des parts de concessions diamantifères dans ces régions va introduire EO en Sierra Leone pour signer un contrat avec le Gouvernement de Freetown dans le but de reprendre les mines contrôlées par les rebelles du RUF<sup>27</sup>. Une opération militaire menée par EO poussa les rebelles à signer la paix et libérer les mines occupées<sup>28</sup>. EO a remplacé en 1995 la *Gurkha Security Guard* (GSG), une SMSP britannique basée à Hong Kong<sup>29</sup> et formée de soldats d'origine népalaise ayant servi dans l'armée de sa Majesté. Cette société a abandonné les combats contre les rebelles après la mort de leur chef Mac Kenzie. En mars 1996, EO lança une opération militaire pour sauver des observateurs des Nations unies qui étaient menacés par les rebelles en Sierra Leone. Cet acte lui permit de recevoir des reconnaissances d'efficacité d'autant plus que James Jonah, un ancien Secrétaire général adjoint de l'ONU et Président de la Commission électorale en Sierra Leone, à la même période, soutenait que les membres d'EO étaient « [...] *disciplinés et efficaces* [et ils] *épaulent le Gouvernement légal dans sa lutte contre un banditisme des plus vieux* [...] »<sup>30</sup>. La population locale a également loué le professionnalisme et l'efficacité d'*Executive Outcomes* qui les protégeait contre les rebelles du RUF connus pour leurs atrocités envers les civils.

---

<sup>25</sup> *Branch Energy* est absorbée en 1966 par *DiamondWorks*, anciennement appelée *Carson Gold*, qui est une société canadienne.

<sup>26</sup> *Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom*, Green Paper, "Private military companies: Option for regulation", February 2002, p. 16. Consultable sur : <http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0102/hc05/0577/0577.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>27</sup> HERBERT (M. Howe), "Private security forces and African stability: The case of Executive Outcomes", op. cit, p. 313.

<sup>28</sup> HUGUEUX (Vincent), « Les nouveaux chiens de guerre », l'Express, Paris, hebdomadaire, le 02 mai 1996.

<sup>29</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, Paris, Editions Ellipses, 2009, p. 241.

<sup>30</sup> Idem.

La SMSP fut dissoute en 1998. Elle fut l'une des plus remarquées des SMSP de son époque à cause de ses principales interventions<sup>31</sup>.

Toutefois, la SMSP sud africaine a servi de modèle à d'autres SMSP qui vont l'imiter. C'est le cas par exemple de sa sœur britannique *Sandline International* qui fait aussi partie du holding Plaza 107.

#### **b). Sandline International**

La société a été enregistrée au Royaume uni et aux Bahamas<sup>32</sup> en 1996. Elle a été créée par Timothy Spicer, un vétéran de la guerre des Malouines qui avait opposé le Royaume uni à l'Argentine en 1982. En 1996, son fondateur lui-même est impliqué dans une bavure en Irlande du Nord au cours de laquelle un civil non armé avait été abattu par des soldats qui étaient sous sa responsabilité. Il quitta l'armée de Sa Majesté en 1994 et fonda en 1996 *Sandline International* avec Anthony Buckingham, un pétrolier ayant utilisé les services d'*Executive Outcomes*. Cette dernière faisait à ce moment l'objet d'une mesure de fermeture administrative par le Gouvernement de Mandela.

La société *Sandline* est intervenue dans plusieurs pays mais son implication dans la crise qui avait frappé la Papouasie Nouvelle Guinée a été révélatrice.

Cette île du Pacifique était plongée dans un conflit interne entre les forces gouvernementales et les rebelles propriétaires terriens mécontents de la gestion des ressources issues des mines de cuivre dans la Province de Panguna. Le bras armé de ce mouvement d'insurrection était le *Bougainville Revolutionary Army* (BRA) dont les forces régulières papouan-néo-guinéennes n'arrivaient pas à contrer la révolte malgré l'arrivée de conseillers venant de l'Australie, de Malaisie et de l'Indonésie. Le 31 janvier 1997, la PNG et la SMSP *Sandline* ont signé un contrat en vertu duquel la société devait apporter aide et assistance aux forces armées papouan-néo-guinéennes face à la rébellion du BRA. Mais l'intervention tourna mal du fait de la révolte inattendue des militaires papouan-néo-guinéens qui avaient mal

---

<sup>31</sup> JACQUIN (Hélène), « *L'emploi des sociétés militaires privées en Afghanistan et en Irak* », in Cahier de la recherche doctrinale, Ministère de la défense, Paris, 21 juillet 2010, p. 17.

<sup>32</sup> Voir, LEGG (Sir Thomas) and IBBS (Sir Robin), « *Report on the Sierra Leon Arms Investigation* », Ordered by the House of Commons, to be printed 27th July 1998. Consultable au lien suivant : <http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/files/kfile/report.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

apprécié l'arrivée des forces privées<sup>33</sup>. *Sandline International* finit par quitter le pays sans avoir exécuté intégralement le contrat qui la liait à l'Etat de PNG.

Au début de cette affaire, Timothy Spicer est emprisonné en PNG et sera libéré en mars 1997. En mai 1997, Ahmed Tijan Kaba, président démocratiquement élu de la Sierra Leone, est renversé par un coup d'Etat. Il partit en exil en Guinée Conakry avec son Gouvernement. Le 8 juillet 1997, le Président déchu demanda à un homme d'affaire indien Rakesh Saxena de lui trouver une société privée capable d'entraîner les milices *Kamajors* qu'il envisageait de mettre en place. M. Saxena était propriétaire d'une mine de Bauxite en Sierra Leone, mine qu'il exploitait via sa société *Jupiter Mining Corp*. Une autre société évoluant dans l'extraction du diamant était également présente en Sierra Leone ; il s'agissait de *DiamondWorks* membre du holding *Plaza 107* dans laquelle se trouvait *Sandline*. C'est cette dernière qui va être choisie pour entraîner les milices du Président Kaba. De cette collaboration va naître un trafic d'armes dans lequel *Sandline* était impliquée. Au début du conflit interne en Sierra Leone, le Conseil de sécurité a adopté la Résolution 1132 d'octobre 1997<sup>34</sup> mettant en place un embargo sur les importations d'armes. En 1998, la presse britannique annonce que *Sandline* a livré des armes et des munitions aux forces du Président Kaba qu'elle a formées. Ces faits placent la société dans une situation de violation de l'embargo décrété par le Conseil de sécurité dont le Royaume uni est membre permanent. C'est le début de l'affaire « *Arms to Africa* ». Les armes provenaient de la Bulgarie et devaient transiter par le Nigéria. Il y avait bel et bien un contrat entre *Sandline* et le Président Kaba déchu. La valeur du contrat était 10 millions de dollars en plus de concessions minières. Une enquête a été menée par des parlementaires britanniques et leur rapport a apporté des éclairages sur cette affaire<sup>35</sup>. *Sandline* avait allégué un certain « feu vert » de quelques personnalités du *Foreign Office* (Ministère britannique des affaires étrangères). En fait, elle a sollicité des autorisations officielles à Londres et sa requête a été suivie d'un silence de l'administration qu'elle a interprété comme étant un accord tacite. Finalement la société fut disculpée de cette affaire.

---

<sup>33</sup> En réalité, la révolte des militaires de la PNG a été orchestrée par une SMSP, la *Gurkha Security Guard* qui n'avait pas digéré son éviction dans un contrat en Sierra Leone, éviction dont elle pensait que *Sandline* était à l'origine. Cf, KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 241.

<sup>34</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1132, Situation en Sierra Leone, S/RES/1132 (1997), du 8 octobre 1997. Consultable sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1132\(1997\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1132(1997)). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>35</sup> Voir, LEGG (Sir Thomas) and IBBS (Sir Robin), « *Report on the Sierra Leon Arms Investigation* », op. cit.

A la suite de cette affaire, la société fut dissoute officiellement en 2004, mais son site internet fonctionne toujours. Elle ne va pas connaître de changement de nom, ou de transformation contrairement à la société américaine *Blackwater* qui va être confrontée à des bouleversements dans sa dénomination et ses activités. *Blackwater* fait partie des sociétés qui entretiennent des relations d'osmose avec les armées et les administrations publiques.

## **2). Les SMSP en relation d'osmose avec les armées et administrations publiques**

La relation d'osmose entre les SMSP et les administrations publiques est constituée des mouvements des anciens militaires et fonctionnaires qui ont quitté leurs fonctions publiques et qui ont intégré par la suite les sociétés militaires et de sécurité privées. Ces anciens se sont retrouvés recrutés après leur carrière en tant qu'agents privés au service de l'Etat leur ancien employeur. Deux grandes SMSP illustrent cette relation d'osmose : l'une *Blackwater* est fondée par un ancien de la *Navy SEAL* proche du milieu conservateur du Parti républicain des Etats-Unis et l'autre *MPRI*, compte dans son personnel un très grand nombre de généraux à la retraite ayant servi dans l'Armée et au Pentagone.

### **a). *Academi* : ancienne *Blackwater***

La société a été créée en 1997 presque à la même période que *Sandline* (1996). Elle est toujours active, même si elle a connu une transformation à partir de 2009. Son chiffre d'affaire en 2009 a augmenté de façon exponentielle de 80 000 % entre 2001 et 2006 durant les années Bush<sup>36</sup>. La société s'est développée rapidement après sa création, mais les changements qu'elle a connus ont été forcés par les nombreuses bavures de ses membres dans les récentes interventions.

*Academi* est une SMSP américaine, créée sous le nom de *Blackwater* en 1997. Le nom « *Blackwater* » a été donné en référence aux eaux troubles du *Great Dismal Swamp*, une tourbière de 45 000 hectares s'étendant entre l'Etat de Virginie et celui de Caroline du Nord où la société a été enregistrée. Elle a établi son siège dans la ville de Moyock. C'est l'une des SMSP les plus importantes au monde tant au niveau du savoir-faire que de l'équipement

---

<sup>36</sup> Chambre des Représentants des Etats-Unis, *Additional information about Blackwater*, Memorandum, october 1, 2007, p. 4. Disponible sur : <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://oversight.house.gov/documents/20071001121609.pdf&title=Additional%20Information%20about%20Blackwater%20USA>. Dernière visite le 08 octobre 2013.

matériel<sup>37</sup>. Erik Prince, le fondateur a conçu la société principalement autour de la formation et de la sécurité<sup>38</sup>. C'est ce qui se reflétait d'ailleurs dans les divisions opérationnelles spécialisées de l'ancien *Blackwater* : il s'agissait du « *Training service* » pour les domaines d'entraînement et de maniement des armes, du « *Target system* » pour la fourniture de matériel pour stands de tir, du « *security consulting* » pour le conseil en sécurité et la protection rapprochée de hautes personnalités, du « *K-9* », pour les patrouilles et les recherches anti-explosif, du « *Raven Development Group* » pour le Génie civil et militaire et du « *Parachut team* » pour la formation aux nouvelles techniques de saut en opération.

En février 2009, la société *Blackwater* prend le nom de *Xe Services*. En août 2010, l'aviation de la société (*Worldwide Services* et ses filiales) a été vendue. En décembre 2010, le *US Training Center Holdings* (USTC) a acheté *Xe services*. Le *USTC Holdings* est un fonds géré par deux sociétés *Manhattan Partners* et *Forte Capital Advisors*. Il décide de changer le nom « *Xe services* » qui ne renseignait en rien sur la nature du service que la société mettait en avant. A partir de 2011, le nouveau nom « *Academi* » est adopté car il permet de mieux vendre l'image de la société et il correspond aussi à sa stratégie originelle qui est basée sur la formation et l'offre de services de sécurité<sup>39</sup>. Ces changements ont pour cause la volonté de la nouvelle société de prendre une distance avec l'ancienne *Blackwater* dont elle ne partage pas les préoccupations : « *The latest renaming reflects a continuing effort by the company's new management to distance itself from Blackwater's controversial past, which includes allegations of indiscriminate shooting of civilians by its security operatives in Iraq* »<sup>40</sup>. Si la société en est arrivée à prendre ses distances vis-à-vis de ses anciens noms, c'est à cause des faits auxquels les employés de sa devancière ont été mêlés<sup>41</sup>. C'est à la suite de ses nombreuses interventions émaillées de bavures que l'image de la SMSP s'est dégradée.

---

<sup>37</sup> Chambre des Représentants du Congrès des Etats-Unis, « *Additional information about Blackwater USA* », *Committee on oversight and Gouvernement Reform*, October 1, 2007, p. 3. Consultable sur le site de la Chambre des Représentants au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20071001121609.pdf>. Dernière visite le 30 mai 2013.

<sup>38</sup> WAXMAN (Henry A.), « *Statement of Erik D. Prince Chairman and CEO, Blackwater for the House Committee on oversight and Gouvernement Reform* », October 2, 2007. Consultable au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20071003153621.pdf>. Dernière visite le 22 mai 2013.

<sup>39</sup> Voir « *Former Blackwater has a new name again* », in *Recent headlines*, consultable sur le site de la société *Academi* au lien suivant : <http://www.academi.com/articles>. Dernière visite le 28 mai 2013.

<sup>40</sup> SIZMORE (Bill), « *First Blackwater, then Xe, now company is Academi* », op. cit. Consultable sur le site de la SMSP *Academi* au lien suivant : <http://hamptonroads.com/2011/12/first-blackwater-then-xe-now-company-academi>. Dernière visite le 25 mai 2013.

<sup>41</sup> C'est ce que confirme le nouveau Patron de la SMSP *Academi* Ted Wright dans une interview sur CNN « *A name change had been tried to create distance from Blackwater* ». Cf, KELLI (Suzanne), « *Trying to overcome Blackwater: The case file on Academi CEO Ted Wright* », December 12, 2011. Cet article est consultable au lien suivant : <http://security.blogs.cnn.com/2011/12/12/trying-to-overcome-blackwater-the-case-file-on-academi-ceo-ted-wright/>. L'article a été repris par la société sur site internet. Dernière visite, le 20 mai 2013.

Le contexte dans lequel a été créée la société *Blackwater* était marqué par des vagues d'externalisations au sein de l'armée américaine. Cette externalisation à grande ampleur a commencé lors du mandat de Georges Bush père (1989-1992) durant lequel, Dick Cheney était Secrétaire d'Etat à la défense. Il a été décidé par l'Administration américaine de ramener le nombre de soldats de 2,2 millions à 1,6 millions. Désormais, les militaires vont se concentrer sur les opérations de combats et les tâches comme la logistique et la formation vont être assurées par des sociétés privées. En 1992, *Halliburton*, une société évoluant dans le domaine pétrolier (que Cheney dirigera entre 1995 et 2000)<sup>42</sup> a conclu un contrat de logistique à travers sa filiale, une SMSP dénommée « *Brown and Roots* ». Et pendant 5 ans, elle a assuré toute la logistique de l'Armée américaine dans les théâtres d'opération. Erik Prince, proche du Parti républicain, lequel est revenu au pouvoir en 2000 à travers son aile conservatrice<sup>43</sup>, va obtenir très vite des contrats. En octobre 2000, l'attaque du navire le « *USS Cole* » par *Al Qaeda* dans le Port d'Aden va lui permettre de gagner un contrat de 37 millions de Dollars avec la *Marine* pour l'entraînement de forces de protection. Les attentats du 11 septembre 2001 ont renversé le programme de réduction du budget de la défense du fait de la guerre contre le terrorisme qui a motivé les interventions américaines en Afghanistan et en Irak. C'est d'ailleurs en Irak que la société a été engagée le plus et c'est dans ce pays qu'elle s'est fait connaître dans le monde à cause de deux grands événements. Le premier s'est déroulé en mars 2004 lorsque quatre de ses employés, faisant partie d'un convoi qui transportait des vivres pour les forces américaines, sont attaqués, sortis de leurs véhicules et mutilés par des insurgés irakiens<sup>44</sup>. Il s'agit de l'embuscade dont ont été victimes des salariés de *Blackwater* dans la ville de Fallujah. La SMSP *Blackwater* a signé un contrat de sous-traitance pour services de sécurité avec le *Regency Hotel & Hospital*, une société koweïtienne, qui était sous-traitante d'une société chypriote *ESS*, laquelle était sous-traitante de *KBR* une filiale de la société pétrolière texane *Halliburton* qui a eu le contrat principal relatif à des prestations

---

<sup>42</sup> SCAHILL (Jeremy), *Blackwater, The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, op. cit, p. 52.

<sup>43</sup> Chambre des Représentants du Congrès des Etats-Unis, « *Additional information about Blackwater USA* », *Committee on oversight and Gouvernement Reform*, October 1, 2007, p. 5. Consultable sur le site de la Chambre des Représentant au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20071001121609.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, KLEN (Michel), *L'Odyssée des mercenaires*, Paris, op. cit, p. 293.

<sup>44</sup> WAXMAN (Henry A.), « *Private military contractors in Iraq. An examination of Blackwater's action in Fallujah* », Rapport présenté pour la Chambre des Représentants du Congrès des Etats-Unis, Septembre 2007. Consultable sur : <http://democrats.oversight.house.gov/images/stories/documents/20070927104643.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

dans le domaine de la restauration avec l'armée américaine<sup>45</sup>. Les membres de *Blackwater* devaient escorter trois camions de la *Regency Hotel & Hospital* en direction du Camp américain mais le convoi devait traverser la ville de Fallujah. Les agents de la SMSP étaient légèrement armés. Ils auraient pris contact auparavant avec le groupe d'insurgés (connu sous la dénomination « *Iraqi Civil Defense Corps* ») qui devait leur indiquer un chemin plus court pour aller vers leur destination. Mais les insurgés avaient préparé une embuscade en simulant une sorte de checkpoint<sup>46</sup>. C'est dans ces conditions mystérieuses que l'attaque contre le convoi de *Blackwater* a eu lieu.

Le deuxième évènement fut la fusillade perpétrée par les employés de *Blackwater* tuant 17 civils irakiens en 2007 à la Place Nisour à Bagdad. L'origine de la tuerie est le blocage de la circulation par un policier à cause d'une détonation qui s'est produite non loin de la Place Nisour. Le policier qui était présent sur les lieux voulait faciliter le passage au convoi de *Blackwater*. Le passage étant difficile à cause du nombre de véhicules sur ce carrefour, les membres de la SMSP ouvrent le feu pour se frayer un chemin. Les civils terrorisés sortent de leurs véhicules pour chercher des abris. 17 parmi eux ont reçu des coups mortels. Automatiquement, le vice Président de *Blackwater* Marty Strong soutient que ses employés étaient la cible d'une détonation, laquelle pourtant a eu lieu en dehors de la Place Nisour et d'après les témoins ne visaient nullement le convoi<sup>47</sup>. C'est la même défense qu'Erik Prince, le patron de *Blackwater* va réitérer devant la Chambre des Représentants des Etats-Unis lorsqu'il a y été convoqué quelques mois après les faits. Dans sa déclaration, il a tenté de justifier le comportement de ses employés en affirmant qu'ils étaient la cible des mêmes ennemis impitoyables qui ont tué 3 800 militaires américains et des milliers de civils irakiens innocents<sup>48</sup>. Cependant, le Gouvernement irakien s'est positionné dans une version qui incrimine la société pour avoir délibérément ouvert le feu sans être dans une situation de légitime défense<sup>49</sup>. Le départ de *Blackwater* était même souhaité par l'Exécutif irakien quand bien même la société n'avait pas signé son contrat avec l'Etat irakien et n'avait pas non plus

---

<sup>45</sup> Voir le contrat entre la *Regency Hotel & Hospital* et *Blackwater*. Consultable sur : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20061207151614-43671.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>46</sup> WAXMAN (Henry A.), « *Private military contractors in Iraq : An examination of Blackwater's action in Fallujah* », Chambre des Représentants, September 2007, p. 6. Cf, <http://www.c-span.org/pdf/blackwater100207.pdf>. Dernière visite le 16 juin 2013.

<sup>47</sup> CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 80.

<sup>48</sup> WAXMAN (Henry A.), « *Statement of Erik D. Prince Chairman and CEO, Blackwater for the House Committee on oversight and Gouvernement Reform* », op. cit, p. 2. Consultable au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20071003153621.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>49</sup> Idem.

bénéficié d'une licence locale<sup>50</sup>. L'Arrêté n°17 édicté par l'Autorité provisoire de la Coalition avait exclu la compétence des juridictions irakiennes pour connaître des actes commis par les SMSP présentes sur le territoire. Malgré cette immunité juridictionnelle, les victimes ont intenté une action en justice au civil devant les juridictions américaines pour violation de l'*Alien Tort Act Claim*<sup>51</sup>. Ce procès a débouché sur un règlement à l'amiable entre *Blackwater* et les familles des victimes. La société les a indemnisées. Parallèlement un procès au pénal était intenté en 2008 par le Ministère américain de la justice qui a retenu 35 chefs d'accusation<sup>52</sup> à l'encontre des cinq membres de la société impliqués dans la fusillade de la Place Nisour. L'affaire fut confiée à un juge dénommé Ricardo Urbina. Ce dernier abandonna les charges en 2009 car les témoignages ont été obtenus de manière illégale<sup>53</sup>. Le Ministère américain de la justice a interjeté appel de cette décision d'abandon des charges. La Cour d'appel de Washington a annulé la décision du juge de première instance le 22 avril 2011 pour erreurs dues à une mauvaise interprétation de la loi<sup>54</sup>. Ce qui relance les procès contre la SMSP au pénal.

Du reste la SMSP *Academi*, devenue l'une des plus importantes au monde<sup>55</sup>, poursuit ses missions qui continuent de lui être confiées par l'Administration américaine. Elle partage cette relation particulière avec les organes étatiques américains avec *MPRI*.

#### **b). Military Professional Resources Inc. (MPRI)**

*MPRI* a été créée en 1987 par huit officiers généraux de l'armée américaine afin de proposer une offre privée de sécurité dans sa politique de réduction des dépenses militaires

---

<sup>50</sup> ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), "*Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues*", op. cit, p. 13. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>51</sup> Les familles des victimes irakiennes ont déposé leur plainte contre les auteurs présumés de ces faits devant la justice américaine. Le contenu de la plainte peut être consulté à travers le lien suivant : [http://ccrjustice.org/files/Atban\\_complaint\\_10\\_07.pdf](http://ccrjustice.org/files/Atban_complaint_10_07.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>52</sup> USA, Department of Justice, "*Five Blackwater employees Indicted on Manslaughter and weapons for fatal Nisur Square shooting in Iraq*", December 8, 2008. Consultable sur le site du Ministère américain de la justice au lien suivant : <http://www.justice.gov/opa/pr/2008/December/08-nsd-1068.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>53</sup> La décision de Ricardo Urbina consultable sur : [http://www.schertlerlaw.com/news/dismissal\\_12-31-09.pdf](http://www.schertlerlaw.com/news/dismissal_12-31-09.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>54</sup> United State Of America Appellant v. Paul Alvin Slogh and Al (Appellees), n°10-3006, April 22, 2011. Voir, [http://www.justice.gov/usao/dc/programs/vw/pdf/nisursquare\\_update\\_april\\_22\\_2011\\_english.pdf](http://www.justice.gov/usao/dc/programs/vw/pdf/nisursquare_update_april_22_2011_english.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>55</sup> Voir l'ouvrage de SCAHILL (Jeremy), *Blackwater, the Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Avalon Edition, 2007.

qui commençait à prendre forme dans cette époque de fin de Guerre froide<sup>56</sup>. La société a été enregistrée dans l'Etat de Virginie aux Etats-Unis. Le personnel compte 5000 membres et la société détient 40 bureaux aux Etats-Unis et à travers le monde. Son chiffre d'affaires en 2010 s'élève à 15,7 milliards de dollars<sup>57</sup>. Son siège est fixé en Virginie au niveau de la ville d'Alexandria. Géographiquement, le siège est proche de celui du Pentagone et de la Maison blanche mais sur le plan relationnel, les autorités de la SMSP ont des liens étroits avec l'Armée et l'Administration américaines. Les liens sont renforcés par la doctrine de « *cover operations* » qui consiste à planifier et exécuter une mission tout en cachant l'identité de l'auteur dans le but d'opposer un démenti plausible (*plausible deniability*). La plupart de ses employés sont des généraux à la retraite ayant fait leur carrière au Pentagone et des hauts fonctionnaires ayant servi à la Maison blanche<sup>58</sup>. Elle a la réputation de posséder plus de généraux au mètre carré que le Pentagone lui-même<sup>59</sup>. Ces proximités lui facilitent la signature de contrats mais la poussent à la prudence dans les comportements à cause des éventuelles répercussions sur le Pentagone. *MPRI* est spécialisée dans le recrutement, l'entraînement, l'élaboration de plans stratégiques, le renseignement et l'assistance opérationnelle. Sa principale intervention s'est déroulée en ex-Yougoslavie, en Croatie plus précisément, pour la formation de l'armée de ce jeune Etat né après l'éclatement de la fédération.

L'intervention de *MPRI* en Croatie a eu lieu en septembre 1994 par le biais d'un Programme d'assistance à la Transition Démocratique (*Democracy Transition Assistance Program* (DTAP))<sup>60</sup>. C'est au mois de mars 1994 que le Ministre de la défense de la Croatie Gojko Susak a pris contact avec *MPRI* pour réformer en profondeur son armée. Mais le Pentagone a pris six mois pour donner son feu vert à cause de la Résolution du Conseil de sécurité n°713 en vertu de laquelle l'organe restreint de l'ONU « décide [...] que tous les

---

<sup>56</sup> Cf, présentation de la société par le juge de l'Illinois dans le cadre du procès intenté par les victimes serbes de l'opération Storm contre *L3 Communication* propriétaire de *MPRI* depuis 2000 : Voir United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, *Genocide Victims of Krajina v. L3 Inc.* August 17, 2011. Consultable sur : <http://www.veritas.org.rs/wp-content/uploads/2011/08/misljenje-usa.pdf>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>57</sup> Voir [www.mpri.com](http://www.mpri.com). Sur son site internet, la société délivre beaucoup d'informations sur ses activités et sur son histoire.

<sup>58</sup> CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 23.

<sup>59</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 286.

<sup>60</sup> AVANT (Deborah), « *Opportunistic Peacebuilders? International Organizations, Private Military Training and Statebuilding after War* », in Roland Paris and Tim Sisk eds., *The Dilemmas of Statebuilding, Confronting the Contradictions of Post-war Peace Operations*, New York: Routledge, 2008, p. 115. Consultable sur : [http://www.socsci.uci.edu/~davant/pub/1\\_avant\\_peacemakers\\_out\\_of\\_spoilers.pdf](http://www.socsci.uci.edu/~davant/pub/1_avant_peacemakers_out_of_spoilers.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

*Etats mettront immédiatement en œuvre, aux fins de l'établissement de la paix et de la stabilité en Yougoslavie un embargo général et complet sur toutes les livraisons d'armements et d'équipements militaires à la Yougoslavie, et ce jusqu'à ce que le Conseil en décide autrement [...] »<sup>61</sup>.*

La raison avancée pour signer le contrat avec les croates était de participer au Partenariat pour la paix de l'OTAN. Un autre contrat vint compléter le DTAP en janvier 1996 et portait sur la formation en doctrine militaire. Autrement dit, la formation était destinée aux membres de l'armée croate pour leur apprendre les tactiques et les opérations de guerre de haute intensité au niveau des brigades. C'est ce dont avaient besoin les militaires croates pour mettre en œuvre l'opération *Storm* en *Krajina*. Le 4 août 1995, soit 8 mois après le début de la formation, l'armée Croate lance l'opération *Storm* (*Oluja* en croate) contre l'armée serbe de *Krajina* pour reconquérir cette localité appartenant à la Croatie et peuplée de serbes ayant proclamé la naissance d'une République indépendante quelques années plutôt, soit le 19 décembre 1991. Cette offensive déboucha sur des meurtres, déplacements forcés, destruction de villes et villages. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est saisi de ces faits et des incriminations de généraux et d'officiers comme le sieur Ante Gotovina ont pu avoir lieu<sup>62</sup>. Ces faits vont occasionner deux affaires en cours devant d'une part, la CIJ et d'autre part devant une juridiction américaine. Au niveau de la CIJ, il s'agit d'une réplique de la Serbie contre l'accusation faite par la Croatie à son encontre pour des crimes commis en Bosnie<sup>63</sup>. La Serbie fait valoir devant la Cour que l'opération croate en *Krajina* est un génocide car elle aurait été dirigée contre l'ethnie serbe qui était présente dans cette localité que la Croatie voulait récupérer. Aux Etats-Unis, ce sont les rescapés de l'opération *Storm* qui ont intenté une class action contre *L3 communication*, une SMSP

---

<sup>61</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution n°713 du 25 septembre 1991 « *République fédérale socialiste de Yougoslavie* ». Cette Résolution est consultable au lien suivant : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/713\(1991\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/713(1991)). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>62</sup> Le procès du Sieur Gotovina est en cours devant le TPIY. Voir pour l'Acte d'accusation, Del Ponte Carla, « *Acte d'accusation du Procureur contre Ante Gotovina* », TPIY, 21 mai 2001. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/fr/got-ii010521f.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Ante Gotovina a été condamné à 24 ans d'emprisonnement le 15 avril 2011. Voir le Résumé du jugement disponible sur le site du TPIY au lien suivant : [www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/fr/110415\\_Gotovina\\_summary\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/fr/110415_Gotovina_summary_fr.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. Mais le 21 novembre 2012, la Chambre d'appel du TPIY l'a acquitté à cause des erreurs de la Chambre de Première instance sur l'illégalité non prouvée des attaques dirigées contre certains villages serbes et sur l'appartenance du sieur Gotovina et autres à une entreprise criminelle. Le résumé du jugement est consultable sur : [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/fr/121116\\_summary\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/fr/121116_summary_fr.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>63</sup> CIJ, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Communiqué de presse n°2010/3 du 18 février 2010, intitulé « *La Cour prescrit la présentation d'une réplique de Croatie et d'une duplique de la République de Serbie et fixe les délais pour le dépôt de ces pièces de procédure* ».

américaine qui a acheté *MPRI* en 2000, afin de bénéficier d'une indemnisation devant un tribunal dans l'Etat de l'Illinois. Les plaignants soutiennent que *MPRI* a participé à la commission des crimes dont ils sont victimes<sup>64</sup>. L'affaire est pendante devant les juridictions de l'Illinois. Cette dernière va déterminer la nature de la participation de la SMSP *MPRI* dans la commission des infractions. La société a été engagée par contrat par l'Etat croate qui lui confiait la mission d'entraîner ses forces armées.

*MPRI* et les autres sociétés présentées travaillent sur la base de contrats qui les lient à leurs clients. Ces derniers, en confiant des missions à ces prestataires, pratiquent l'externalisation. Cette notion mérite une approche définitoire.

#### **§ IV : La notion d'externalisation**

La pratique consistant à confier des missions à des SMSP est connue dans le monde des entreprises sous le nom d'« *externalisation* ». Il s'agit de donner des tâches, qui jadis se réalisaient en interne, à des personnes morales ou physiques extérieures qui les exécutent sous le contrôle de leur donneur d'ordre<sup>65</sup>. Il s'agit d'opérations faites pour des raisons économiques notamment en termes de réduction du personnel. L'externalisation est également justifiée par le recentrage sur le cœur des métiers. Ce sont ces deux justifications qui ont amené les Etats et d'autres clients des SMSP à adopter l'externalisation. En effet, la fin de la Guerre froide a débouché sur la professionnalisation des armées nationales. Les armements devenant de plus en plus sophistiqués ont nécessité des formations continues et des spécialisations pointues. Ce fait a engendré des augmentations de dépenses militaires de façon considérable. La disparition du bloc soviétique a réduit la menace militaire sur les frontières. Les politiques étatiques de baisse de budget de la défense<sup>66</sup> qui en résultaient, ont convergé

---

<sup>64</sup> Voir, United States, District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, *Genocide victim of Krajina vs. L3 Services Inc.* August, 17, 2011. Cf, <http://www.courthousenews.com/2011/09/13/krajina.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>65</sup> DAYAN (Armand), *Manuel de gestion*, vol.1, éd. Agence Universitaire de la Francophonie, 2004, p. 202.

<sup>66</sup> Ces politiques de baisse de dépenses militaires ont connu une parenthèse d'une hausse spectaculaire entre le 11 septembre 2001 et l'année 2011 (50% au niveau mondial). Les attaques des Tours du *Wall Trade Center* de New York par les terroristes et les guerres en Irak et en Afghanistan ont favorisé des augmentations de dépenses militaires au niveau des Etats-Unis et des pays d'Asie mais non en Europe. Mais à partir de 2011, suite au processus de retraits des troupes nationales d'Irak et d'Afghanistan enclenché, une nouvelle politique de baisse de dépense est initiée par les Etats-Unis. Ce qui marque le retour de la tendance d'après Guerre froide. Cf, Cour des comptes française, Rapport public thématique sur le « *Le bilan à mi-parcours de la Loi de programmation militaire* », juillet 2012, p. 20. Consultable sur : <http://www.ccomptes.fr/index.php/Publications/Publications/Le-bilan-a-mi-parcours-de-la-loi-de-programmation-militaire>. Dernière visite le 02 octobre 2013.

vers la concentration des militaires sur les tâches essentielles (missions opérationnelles)<sup>67</sup> et vers l'externalisation de certaines fonctions accessoires jadis assurées par des organes publics.

Ce ne sont pas seulement les Etats qui confient des missions à des sociétés privées. Les organisations internationales comme l'ONU sont confrontées à des problèmes de personnel pour leurs opérations de maintien de la paix à cause de la défaillance de certains Etats membres dans leur soutien à la constitution des troupes pour l'organisation mondiale. Ainsi, elles emploient des SMSP. Parallèlement, des entités non étatiques comme les entreprises commerciales et les organisations non gouvernementales<sup>68</sup> font de plus en plus face à des problèmes de sécurité que les Etats sont incapables de remplir. On peut citer l'exemple du contrat entre le *Regency Hotel & Hospital Company* une société koweïtienne et la SMSP américaine *Blackwater* signé le 12 mars 2004. *Blackwater* devait fournir en tant que sous-traitant du *Regency* un service de sécurité à une société chypriote *ESS support services Worldwide* qui était lui-même en contrat de fourniture de restauration avec le *Regency*<sup>69</sup>. C'est d'ailleurs en exécutant ce contrat que la SMSP *Blackwater* va mettre sur pied le convoi qui était tombé dans une embuscade à Fallouja en 2004 avec comme suite, 4 salariés de la SMSP, tués, brûlés et suspendus sur les poutrelles d'un pont enjambant l'Euphrate. Il est reproché à *Blackwater* une mauvaise préparation de la mission pour laquelle le convoi a été dépêché<sup>70</sup>.

Pour ce qui est de l'externalisation faite par les entités non étatiques, l'expression « *privatisation* » n'est pas appropriée puisqu'elles évoluent déjà dans le secteur privé. Même lorsqu'il s'agit d'un Etat qui est donneur d'ordre, l'externalisation appelée « *outsourcing* » par les anglo-saxons, doit également être distinguée de la privatisation. La privatisation suppose un transfert définitif de propriété d'un bien commercial, du public vers le privé. Or, dans le cadre de l'externalisation, il ne s'agit nullement d'un transfert de propriété car la sécurité n'est pas un bien commercial et en plus de cela, le contrat ne donne pas au privé les attributs du droit de propriété (usus, fructus, abusus) sur le service qui lui est confié. Il devra même exécuter la tâche conformément aux clauses contenues dans le contrat dans un temps donné.

---

<sup>67</sup> Ministère français de la Défense, *Livre Blanc sur la défense et la sécurité nationale*, 2008, p. 238. Consultable sur : <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/livre-blanc-sur-la-defense-et-la-securite-nationale-0>. Dernière visite le 02 octobre 2013.

<sup>68</sup> La plupart des ONG qui font appel aux SMSP les engagent dans des zones de conflits où elles font face à des problèmes de sécurité pour exécuter leurs missions humanitaires.

<sup>69</sup> Ce contrat entre ces sociétés est disponible au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20061207151614-43671.pdf>. Dernière visite le 16 juin 2013.

<sup>70</sup> Rapport de la Chambre des Représentants du Congrès américain : « *Private military contractors in Iraq : An examination of Blackwater's action in Fallujah* », op. cit p. 6. Cf, <http://www.c-span.org/pdf/blackwater100207.pdf>. Dernière visite le 16 juin 2013.

Pour ces raisons, l'externalisation est beaucoup plus appropriée lorsqu'il s'agit de qualifier l'acte consistant pour un Etat ou une entité quelconque de confier à une SMSP, une mission de sécurité militaire dont l'exécution est déterminée par un contrat. Pour mieux comprendre l'évolution qui a mené à l'externalisation, il convient de remonter un peu dans l'histoire.

## § V : Origine historique de l'externalisation

L'externalisation des activités sécuritaires et militaires est la suite de l'histoire de l'engagement d'une entité non étatique ou d'un individu pour servir un Etat dans des activités armées<sup>71</sup>. Cet engagement a souvent existé sous différentes formes. Pendant très longtemps, l'utilisation de forces privées par une entité politique dans les combats était une pratique courante et acceptée<sup>72</sup>. Il s'agit de l'époque allant de l'Antiquité au Traité de Westphalie<sup>73</sup> en 1648, époque pendant laquelle, les entités politiques qui existaient n'avaient pas de forces militaires propres sur lesquelles elles pouvaient compter dans les rapports conflictuels. C'est pendant ce temps que la course et le mercenariat individuel s'étaient développés. La course consistait, en temps de guerre, à donner à des corsaires des lettres de marques<sup>74</sup> qui les autorisaient à attaquer les navires de commerce ennemis pour s'approprier leurs marchandises. En temps de paix, la course était utilisée lorsque la flotte d'un pays ou ses marchandises étaient convoitées. La course n'était pas réglementée et de ce fait, elle avait transformé la mer en un espace de violences privées. Quant aux mercenaires, ils étaient des étrangers qui étaient appelés par des entités politiques à combattre sur terre en contrepartie

---

<sup>71</sup> LAPOINTE (Marie-Eve), « *Le droit international, à la merci des entreprises militaires et de sécurité privées?* », in Revue québécoise de droit international, 2011, (24.1), p. 74.

<sup>72</sup> SINGER (Peter Warren), *Corporate Warriors. The rise of The Privatized Military Industry*, Cornell University Press, 2003, p. 19.

<sup>73</sup> L'original de ce traité était écrit en Latin. Cependant, il est possible de consulter les explications sur le contenu du texte dans le site du Ministère français des affaires étrangères au lien suivant : <https://pastel.diplomatie.gouv.fr/editorial/archives/dossiers/westphalie/visite/zoom/zoom13.html>. Dernière visite le 20 juin 2013.

<sup>74</sup> Les lettres de marque dont il s'agit dans ce texte étaient édictées en faveur des corsaires (mot tiré de l'italien « *correre* » signifiant courir) qui armaient des flottes privées afin d'attaquer les lignes commerciales britanniques. Cf. KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 285. Les corsaires conservaient le butin à condition que les opérations se soient déroulées conformément aux indications des lettres de marques. Si ce n'était pas le cas, les sommes d'argent placées par les corsaires en guise de garantie servaient à payer les indemnités de réparation des préjudices subis par les propriétaires des navires attaqués. Certains juristes pensent que c'est ce texte qui a servi de base pour l'adoption des lois américaines qui réglementent l'activité des SMSP. C'est le cas par exemple de Matthew J. Gaul : « *Regulating the New Privateers: Private Military Service Contracting and the Modern Marque and Reprisal Clause* », Loyola of Los Angeles Law Review, juin 1998, pp. 1489-1522. La Constitution américaine contient toujours une disposition qui porte sur les lettres de marques. Ainsi, la Section 8 de l'article I de la Constitution américaine de 1787 dispose que « *Le Congrès a le pouvoir de déclarer la guerre, d'accorder des lettres de marques et de représailles et d'établir des règlements concernant les prises sur terre et sur mer* ».

d'une rémunération. Les mercenaires ont été utilisés partout dans le monde à travers l'histoire<sup>75</sup>. Mais c'est en Italie qu'ils ont formé des « *Condottieri* », armées privées au service des Villes-Etats italiennes auxquelles ils étaient liés par un « *condotta* », « *un contrat notarié qui précise la mission et sa durée, les effectifs comptés en « lances » [dont une équivaut à six hommes] ainsi que les sommes allouées au Capitaine pour recruter, entretenir et équiper sa compagnie* »<sup>76</sup>. Ces contractants de l'époque de la Renaissance italienne préfiguraient déjà les sociétés militaires d'aujourd'hui qui ne sont pas leurs héritières directes. En effet, le Traité de Westphalie de 1648 mit fin au recours au mercenariat dans toutes ses formes (individuelle et *Condottieri*). Ce Traité marqua l'avènement de l'Etat moderne avec le renforcement de la souveraineté. L'armée professionnelle permanente devint la norme pour les Etats. Ce fut le début du déclin des entrepreneurs privés corsaires avec l'entrée en vigueur du traité de Paris de 1856<sup>77</sup> qui abolit la course. Les Etats détiennent désormais le monopole de la violence légitime. La Convention IV de la Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre achève la mise à l'écart des privés dans les conflits armés en concevant le « *belligérant* » comme un membre d'une force armée publique, d'une milice ou d'un corps volontaire<sup>78</sup>.

Cette conception prend la forme d'une règle sacro-sainte en droit des conflits armés, en l'occurrence, le principe de la distinction entre civil et militaire. C'est un des « *principes intransgressibles du droit international coutumier* » selon la CIJ<sup>79</sup> et qui veut que les

---

<sup>75</sup> Pour une revue historique détaillée de l'évolution du mercenariat, voir notamment DAVID (Eric), « *Les mercenaires en Droit international* », in *Revue belge de droit international*, Bruxelles Bruylant, 1977, pp. 197-237.

<sup>76</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 28.

<sup>77</sup> L'article 1<sup>er</sup> du Traité de Paris de 1856 dispose que « *La course est et demeure abolie* ». Cf. <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/105?OpenDocument>. Dernière visite le 20 juin 2013.

<sup>78</sup> L'Article Premier de l'Annexe à la Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre exclut les civils de la guerre en ne les citant pas parmi les personnes pouvant détenir la qualité de belligérant : « *Les lois, les droits et les devoirs de la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée, mais encore aux milices et aux corps de volontaires réunissant les conditions suivantes :*

1°. *d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;*

2°. *d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;*

3°. *de porter les armes ouvertement et*

4°. *de se conformer dans leurs opérations aux lois et coutumes de la guerre.*

*Dans les pays où les milices ou des corps de volontaires constituent l'armée ou en font partie, ils sont compris sous la dénomination d' « armée » ».*

Cf, La Convention IV de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre (et son Annexe relative au Règlement concernant les lois et coutumes), peut être consultée au lien suivant : <http://www.droit-international-humanitaire.org/telechargements/page.php?page=152505&PHPSESSID=80615c531fd89efd94361efcd36d37ff>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>79</sup> CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'Armes nucléaires*, Avis consultatif, 08 juillet 1996, § 79, Rec., p. 35.

combattants soient séparés des civils et que les attaques<sup>80</sup> soient dirigées contre les combattants et interdites contre les civils. La notion de « *civil* » s'entend des « *non combattants* », groupe qui compose la population civile et les militaires hors combat (malades, blessés)<sup>81</sup>. Ils bénéficient tous d'une protection contre les attaques tant qu'ils ne participent pas activement aux combats. Ce principe codifié aux articles 48 et 51 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 est tellement important que certains Etats ont souhaité qu'il ne fasse pas l'objet de réserve lors de l'adoption de ce texte<sup>82</sup>.

A partir de la seconde guerre mondiale, toute cette construction autour de l'interdiction de la violence privée commence à être remise en cause. Dès le début des années 60, le mercenariat réapparaît dans les pays nouvellement indépendants parallèlement confrontés à des conflits internes. L'absence d'armée performante dans ces jeunes Etats avait favorisé l'emploi des mercenaires dans les mêmes conditions que cela se faisait à l'époque d'avant Westphalie.

Cette participation de combattants non militaires à des conflits devenus meurtriers, heurte la communauté internationale qui réagit par des condamnations<sup>83</sup> d'abord et par une réglementation ensuite. A la suite de cette prise de conscience des méfaits de l'emploi de personnel privé, on assiste à des prémices de réglementations qui détermineront différemment le statut des mercenaires. Les conventions adoptées spécialement à cet effet interdisent la pratique du mercenariat. En fait, les Etats africains ont conclu, sous les auspices de l'OUA, la Convention de Libreville pour l'élimination du mercenariat en Afrique le 3 juillet 1977<sup>84</sup>. En 1989, sous les auspices de l'Organisation des Nations unies, a été signée la Convention contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires<sup>85</sup>. Toujours en

---

<sup>80</sup> En vertu de l'article 49 du Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949, l'expression s'entend des « [...] *actes de violences contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs* ».

<sup>81</sup> HENCKAERTS (Jean-Marie) et DOSWALD-BECK (Louise), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 8.

<sup>82</sup> Il en est ainsi du Mexique et du Royaume Uni. Cf, HENCKAERTS (Jean-Marie) et DOSWALD-BECK (Louise), *Droit international humanitaire coutumier*, op. cit, p. 4.

<sup>83</sup> Résolution de l'Assemblée générale sur le droit à l'indépendance des pays et des peuples coloniaux, Résolution de l'Assemblée générale 2465, 23 UN GAOR Supplément (n°18), Document ONU A/7218 (1968)

<sup>84</sup> La Convention de l'OUA pour l'élimination du mercenariat en Afrique est ratifiée par 30 Etats sur les 54 que compte le Continent, selon le décompte de février 2010 renseigne le site de l'Union Africaine au lien suivant : [http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties\\_fr.htm](http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties_fr.htm). Dernière visite le 20 septembre 2013.

<sup>85</sup> La Convention contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires ne compte aujourd'hui que 32 parties. Elle est disponible sur le site de la Collection des Traités des Nations unies, qui est une base de données contenant toutes les copies certifiées conformes des traités multilatéraux et l'état de leur ratification par les Etats, dont est dépositaire le Secrétaire général de l'organisation mondiale en vertu de l'article 98 de la Charte. La Convention relative aux mercenaires est consultable au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1989/12/19891204%2008-54%20AM/Ch\\_XVIII\\_6p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1989/12/19891204%2008-54%20AM/Ch_XVIII_6p.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

1977, le Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève vit le jour et il porta la définition du mercenaire à son article 47<sup>86</sup>. Ce dernier texte n'interdit pas le mercenariat, il refuse à celui qui en fait son activité, le statut de combattant et de prisonnier de guerre<sup>87</sup>.

Tous les instruments internationaux qui condamnent la pratique du mercenariat n'ont pas éradiqué le phénomène. Le mercenariat va s'essouffler vers la fin de la Guerre froide à cause du fait que les armées nationales des jeunes Etats commencent à prendre en main la sécurité et que les foyers de tensions s'éteignent peu à peu. S'ouvre alors une nouvelle période de gestion de la sécurité au sein des Etats avec un véritable partenariat public-privé. L'Etat délègue peu à peu une bonne partie de ses missions à des sociétés privées. Ce ne seront pas seulement des missions qui relèvent des conflits armés, mais toute une batterie de missions qui peuvent même conduire les prestataires à intervenir en temps de paix.

Deux facteurs majeurs constituent les catalyseurs de ce processus. Tout d'abord, bien avant la fin de la Guerre froide, la guerre au Viet Nam (1959-1975) avec son lot de morts du côté des soldats américains avait contraint le Pentagone à externaliser les missions assurées jusque-là par les militaires en dehors des combats, comme la construction des bases, la logistique, le ravitaillement des troupes, la restauration. En effet, les Etats-Unis ont commencé à externaliser des services de sécurité depuis cette période. C'était l'enlèvement de leur armée pendant ce conflit qui avait suscité la décision de maintenir les soldats dans les tâches de combat et de laisser les activités périphériques aux privés.

L'externalisation, ainsi commencée, s'est faite d'abord par le biais d'entreprises qui exerçaient dans le privé et qui acceptent désormais petit à petit les tâches qui leur sont

---

<sup>86</sup> L'article 47 du Premier Protocole aux Conventions de Genève de 1949 est ainsi libellé à son paragraphe 2 :

« Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne :

a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ;

b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ;

c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ;

d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ;

e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ;

et f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ». Consultable sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/470?OpenDocument>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>87</sup> Le paragraphe 1 de l'article 47 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 : « Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre ». Consultable sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/470?OpenDocument>. Dernière visite le 20 juin 2013.

proposées. La société *Vinnell Corporation*<sup>88</sup>, qui était une entreprise civile de travaux publics fondée en 1931, a eu pour mission dans le conflit armé au Viet Nam de construire des bases militaires, gérer des entrepôts, entretenir le matériels et les véhicules des troupes<sup>89</sup>. *Vinnell* signera un contrat avec l'Armée américaine pour entraîner les forces saoudiennes à la fin de la guerre au Viet Nam à partir de 1975<sup>90</sup>. C'est dire que d'autres Etats vont suivre la voie initiée par les Etats-Unis et ce mouvement connaîtra des développements.

Avec le libéralisme triomphant, le fait de diminuer le budget de la défense était le nouvel argument pour externaliser. Les idées véhiculées à cet effet, soumettaient les Etats aux mêmes logiques managériales que le secteur privé. Ce qui explique le recours massif à des méthodes de gestion privée parmi lesquelles, l'externalisation. Le secteur régalien ne sera pas épargné et les Etats commencent, par conséquent, à diminuer leur budget de la défense et à réduire leurs effectifs militaires. Ces changements conduisent les armées de taille réduite à se consacrer aux activités essentielles que sont les combats. Les autres activités en dehors des combats font l'objet d'une externalisation. A partir de là, des sociétés spécialement transformées ou créées pour servir les armées commencent à poindre. *DynCorp*<sup>91</sup> qui a été créée en 1946 était une entreprise qui évoluait dans l'énergie et l'aéronautique, mais elle s'est transformée en 1990, comme l'avait fait *Vinnell* auparavant, en société offrant ses services dans logistique et le renseignement. *MPRI* est spécialement créée en 1987 par des anciens généraux américains et va très vite signer des contrats dans l'entraînement. *Blackwater*, créée

---

<sup>88</sup> La société est basée à Fairfax aux Etats-Unis, elle est devenue une filiale du Groupe Northrop Grumman. Voir, *Northrop Grumman awarded \$ 48 Millions Contract to train New Iraqi Army*. Consultable sur : [http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news\\_releases.html?d=42207](http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news_releases.html?d=42207). Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>89</sup> Un Rapport de l'Armée américaine en date du 06 février 1968 déclassifié en 1980, confirme le contrat de *Vinnell* au Viet Nam. Cf, "Distribution authorized to U.S Gov't agencies and their contractors: Administrative/operational" 06 February 1968. Consultable au lien suivant : <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=AD0827059>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi le Rapport du *U.S General Accounting Office (GAO)*, (équivalent de la Cour des Comptes française) "Report to the armed services- Investigating Subcommittee- Committee on armed services – House of representatives", *Department of Defense, Property Disposal Operations in Viet Nam*, April 1, 1974, p.25. Consultable sur : <http://www.gao.gov/assets/210/202858.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>90</sup> Voir, *Northrop Grumman confirms nine employees killed in Saudi Arabia terrorist attack*. Consultable sur le site : [http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news\\_releases.html?d=40347](http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news_releases.html?d=40347). Dernière visite le 27 octobre 2013. Voir également le site de *Vinnell Arabia* au lien suivant : [http://www.vinnellarabia.net/business\\_contacts.htm](http://www.vinnellarabia.net/business_contacts.htm). Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, VINCENT (Léonard), « *Vinnell Corp., l'autre cible des terroristes* », *Le Monde, Quotidien, Paris*, 10 novembre 2003.

<sup>91</sup> *DynCorp* est le nom donné à une société ayant connu des fusions et acquisition. Au départ, en 1946, deux sociétés d'aviation, *California Eastern Airways* et *Land-Air Inc.* ont été créées. La première a absorbé la seconde en 1951 pour devenir en 1962 « *Dynalectron Corporation* ». La compagnie devient partenaire de l'Etat fédéral dans l'aéronautique civile et militaire. Suite à une offre publique d'achat en 1987, la société *Dynalectron* cède la majorité de son capital à ses employés et abandonne ses activités dans le secteur de l'énergie et devient « *DynCorp* ». En 2003, *DynCorp* est acheté par *Computer Science Corporation*. Cf, *A brief history of DynCorp International*, consultable au lien suivant : <http://www.dyn-intl.com/about-us/history.aspx>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

par un ancien militaire de la *Navy SEAL* Erik Prince, fait sa nouvelle entrée en 1997. En 2000, l'attaque du navire *USS Col* par *Al Qaeda* dans le Port d'Aden au Yémen et les attentats du 11 septembre 2001 à New York apportent une extension de l'externalisation, respectivement dans la sécurité maritime et le terrorisme. Les guerres menées par les Américains et leurs alliés en Afghanistan à partir de 2001 et en Irak à partir de 2003 constituent pour le moment la cime de l'externalisation.

L'utilisation de sociétés privées prestataires dans les conflits armés et en période de paix est née et elle connaît désormais une ascension exponentielle.

## **§ VI : Le développement de l'externalisation**

Le ratio un contractuel privé / un militaire est presque atteint lors de l'apogée du conflit en Irak<sup>92</sup> alors qu'il était d'un contractuel pour 10 militaires quelques années auparavant.

Si l'externalisation est devenue une espèce de norme internationale dans la généralité de son application, elle s'est imposée du fait de l'insuffisance de la réponse étatique aux différentes formes d'insécurité et de la disponibilité d'une offre privée qualifiée et porteuse d'avantages.

### **1). La réponse étatique insuffisamment efficace contre les différentes formes d'insécurité**

De nouvelles sources d'insécurité sont apparues à partir de la fin de la Guerre froide. C'est le cas des pirates et du trafic de stupéfiants. Parallèlement, du terrorisme se radicalise à partir du 11 septembre 2001. Au-delà des missions de départ que sont l'entretien des espaces verts, la restauration ou le ramassage des déchets aux côtés des forces armées, le sSMSP assurent désormais la formation, le conseil, le déminage, le soutien logistique, la protection de hautes personnalités<sup>93</sup>, la sécurité maritime, la lutte contre le trafic de stupéfiants etc.<sup>94</sup>. De

---

<sup>92</sup> Hélène JACQUIN (sous direction), « *L'emploi des sociétés militaires privées en Afghanistan et en Irak* », Etude réalisée sous la direction du bureau recherche de la division recherche et retour d'expérience (DREX), in Cahier de la recherche doctrinale, Ministère de la défense, Paris 21 juin 2010, p. 5. Consultable sur : [http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers\\_drex/cahier\\_recherche/SMP.pdf](http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers_drex/cahier_recherche/SMP.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, BRICET DES VALLONS (Georges-Henri), « *Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose* », op. cit, p. 35.

<sup>93</sup> *Blackwater* a été employée en Irak pour assurer la protection de Paul Bremer, le responsable de la l'Autorité Provisoire de la Coalition. Cf, ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), « *Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues* », op. cit, p. 8. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

plus en plus, les activités de ces sociétés sortent du carcan purement sécuritaire et militaire pour concerner d'autres domaines comme la gestion des catastrophes naturelles<sup>95</sup> et le renseignement<sup>96</sup>. Les sociétés prennent de plus en plus de l'importance. Pour illustration, la société *Groupe4Securitor (G4S)* est, selon la Rapport du Groupe d'experts des Nations unies du 25 août 2010<sup>97</sup>, la plus grosse entreprise de sécurité privée. *G4S* emploie 600 000 personnes et est présente dans 30 pays d'Afrique et 22 pays d'Amérique centrale et d'Amérique Latine<sup>98</sup>.

## 2). La disponibilité d'une offre privée appropriée

Les prestataires deviennent de plus en plus incontournables et la dépendance des clients vis-à-vis d'eux est devenue une réalité<sup>99</sup>. Cela s'explique par la qualification des membres des SMSP et par les avantages de l'externalisation.

---

<sup>94</sup> SCHWARTZ (Moshe), "The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress". February 21, 2011, Congressional Research Service. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>95</sup> La SMSP *Blackwater* était engagée lors de l'ouragan Katrina en Nouvelle Orléans. Cf, STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », in Sécurité globale, Dossier « *La privatisation de la guerre* », (dir) Jean-Louis ROTRUBIN, Paris, La documentation française, 2009, p. 91.

<sup>96</sup> Le *Washington Post* a publié une enquête les 19, 20 et 21 juillet 2010, portant sur les services de renseignement américains. Cette enquête révèle que la collecte de renseignements, l'analyse des réseaux terroristes et des factions locales en zones de conflit, la formation d'agents de renseignement, etc. sont confiés aux SMSP. Cf, *Washington Post*, « *Top Secret America, National Security Inc.* », Washington, 20 juillet 2010. Dans cette lancée, *Northrop Grumman* révèle qu'elle a signé un contrat de 220 millions de dollars dans le domaine du renseignement avec la NSA (Nation Security Agence), l'Agence du renseignement américain. Voir, « *Northrop Grumman Wins \$220 Million Information Management and Storage System Development Contract with the National Security Agency* ». Cet article est consultable sur le site du Groupe <http://investor.northropgrumman.com/phoenix.zhtml?c=112386&p=irol-newsArticle&ID=1062828&highlight=>. Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>97</sup> Assemblée Générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, A/65/325, 25 août 2010, § 13.

<sup>98</sup> Chiffres tirés du site de la société : [www.g4s.com/en/](http://www.g4s.com/en/). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>99</sup> ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), "Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues", op. cit, p. 2. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi le Rapport de la Chambre des Représentants du Congrès américain portant la dépendance de l'armée américaine à l'égard des SMSP : "Iraqi Reconstruction : Reliance on Private Military Contractors and Status Report. Hearing before the Committee on Oversight and Government Reform, House of Representatives", February 2007, p. 28. Le Rapport de la Chambre des Représentant est consultable sur : <http://democrats.oversight.house.gov/images/stories/documents/20071113181443.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, le Rapport présenté en 2005 par l'*International Relations and Security Network* (Suisse) qui a soutenu que : "Not since the 17th century has there been such a reliance on private military actors to accomplish tasks directly affecting the success of military engagements". SCHREIER (Fred) and CAPARINI (Marina), "Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies", Geneva, Switzerland, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, March 2005. p.1. Consultable sur : <http://www.isn.ethz.ch/isn/Digital-Library/Publications/Detail/?ots591=0c54e3b3-1e9c-be1e-2c24-a6a8c7060233&lng=en&id=14077>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

S'agissant de la qualification professionnelle des membres du personnel des SMSP, elle est due à leurs expériences diverses et à leur spécialisation<sup>100</sup>. La plupart sont issus des forces spéciales des Etats les mieux entraînés (SEAL<sup>101</sup>, SAS<sup>102</sup>, GIGN<sup>103</sup>, etc.) mais aussi des industries militaires et des services de renseignement les plus performants comme la *Central Intelligence Agency* (CIA). Aussi, avec la dissolution d'une bonne partie des forces armées et de la police des Etats de l'ancien bloc soviétique, une main d'œuvre militaire importante dans la qualité comme dans la quantité et des armements étaient-ils disponibles. A la même période, on assista également à la chute du régime de l'Apartheid en Afrique du sud qui va engendrer la dissolution des unités spéciales de la Police et de l'Armée de mauvaise réputation. Les membres de ces unités livrés à eux-mêmes et désœuvrés, étaient des spécialistes bien entraînés. D'autres personnes débauchées<sup>104</sup> grâce, entre autres, à l'attraction salariale, ont rejoint les SMSP. Toutes les recrues cumulent expérience professionnelle et spécialisation pointue pour constituer un vivier permettant aux SMSP d'être à la hauteur des tâches qui leur sont confiées. La perte de la qualification évanescence au sein des armées à cause de leur recentrage sur les tâches de combat renforce la dépendance.

Le délaissement des activités en dehors des combats comporte des avantages pour les Etats. D'abord, sur le plan économique, il est moins onéreux de confier la mission à des acteurs privés plutôt que de recruter des forces armées régulières. En effet, les forces régulières sont entretenues pendant la durée de leur carrière en période de conflit comme en

---

<sup>100</sup> ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), "*Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues*", op. cit, p. 3. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>101</sup> SEAL est l'abréviation de *Sea, Air, Land* (mer, air, terre). C'est une unité spéciale de l'armée américaine dont l'un des anciens membres, Erik Prince a créé la SMSP de droit américain *Blackwater*, laquelle, d'ailleurs va changer de nom en 2009 pour devenir *Xe Services* et en 2011 pour être désormais *Academi*. Cf, <http://www.academi.com/>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Les 4 membres de l'ancienne *Blackwater* qui ont été tués par les insurgés irakiens à Fallouja en 2004 sont issus de la *Navy SEAL*. Cf, ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), "*Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues*", op. cit, p. 11. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>102</sup> SAS est l'abréviation *Special Air Service*. C'est une unité spéciale de l'armée britannique dont l'un des anciens membres, Tim Spicer a créé la SMSP de droit anglaise, *Sandline International*, dissoute officiellement en 2004. Son site internet est toujours opérationnel. Cf, <http://www.sandline.com/site/>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>103</sup> GIGN est l'abréviation de Groupement d'Intervention de la Gendarmerie Nationale. Comme son nom l'indique, c'est une unité spéciale de la Gendarmerie nationale française d'où est issu Paul Barril qui a fondé la société de droit français « *Le Groupe privé Barril* » évoluant dans la « *sécurité privée* ». Cf, <http://www.societe.com/societe/groupe-privé-barril-348868647.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>104</sup> Un Rapport de 2005 du *US Government Accountability Office* (équivalent de la Cour des comptes française), avait fait état de départs massifs des rangs de l'armée américaine de spécialistes qui disaient être attirés par les meilleures conditions de vie dans les SMSP, lesquelles ont connu une croissance énorme depuis le lendemain du 11 septembre 2001. Cf, Government Accountability Office (GAO), « *Rebuilding Iraq: Actions Needed to Improve Use of Private Security Providers* », July 2005, p. 43. Consultable sur : <http://www.gao.gov/new.items/d05737.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

période de paix et même après leur retraite<sup>105</sup>. Or, les SMSP ne sont payées que lorsqu'on les emploie<sup>106</sup>. En revanche, les militaires nationaux sont rémunérés durant toutes leurs carrières qu'ils soient en opération ou non. C'est le système de l'intérim<sup>107</sup> qui est transposé dans le domaine de la production privée de la sécurité. Le fait aussi que le personnel public ne s'occupe plus de certaines tâches permet de réduire les budgets de fonctionnement. Ensuite, sur plan politique, les États qui externalisent des activités militaro-sécuritaires peuvent y tirer des avantages. En effet, les sociétés militaires et de sécurité privées sont flexibles. Par ce fait, elles permettent d'agir plus rapidement et avec la plus grande discrétion. En réalité, les lourdeurs administratives et l'aval parlementaire, qui sont des obstacles pour les armées régulières, n'existent pas chez les SMSP. En plus, certains contrats sont classés secret défense ce qui fait qu'ils peuvent demeurer longtemps sans être divulgués. L'engagement d'une société privée peut être considéré comme la mise en place d'« *une force d'appoint en politique étrangère qui permet d'intervenir en sous-marin* »<sup>108</sup>. C'est la théorie du démenti plausible (*plausible deniability*) qui est la base même de la diplomatie secrète. Le démenti plausible permet de mener des opérations spéciales avec la possibilité dans tous les cas, de nier qu'on en soit responsable, sans que l'État doive s'expliquer ou sans que l'on en parle au grand public. L'emploi des prestataires de service privé permet également de camoufler réellement des effectifs déployés sur le terrain. Les pertes humaines peuvent être minimisées pour la simple raison que les victimes du côté privé sont passées sous silence<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> BRICET DES VALLONS (Georges-Henri), « *Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose* », op. cit. p. 39.

<sup>106</sup> United States Congressional Budget Office (CBO), « *Contractors Support of U.S. Operations in Iraq* », August 2008, p.14. Consultable sur : <http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/96xx/doc9688/08-12-iraqcontractors.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>107</sup> ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), « *Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues* », op. cit, p. 15. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>108</sup> Hélène JACQUIN (sous direction), « *L'emploi des sociétés militaires privées en Afghanistan et en Irak* », op. cit, p. 68. Voir : [http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers\\_drex/cahier\\_recherche/SMP.pdf](http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers_drex/cahier_recherche/SMP.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>109</sup> Le Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes note que c'est parmi les agents de sécurité privée que l'on enregistre le plus grand nombre de victimes après l'armée américaine au cours du conflit en Irak : entre 2003 et 2007, il a été dénombré plus d'un millier de morts et 12 000 blessés. Et le Rapport d'ajouter que ces chiffres ne reflètent pas toute la réalité car ils se sont basés sur les demandes d'indemnisations auprès du Ministère américain du travail par des agents blessés ou des familles des employés tués ou invalides qui sont tous des Américains. Or, parmi les membres des SMSP, il y a beaucoup d'irakiens et d'autres nationalités dont les victimes et les blessés ne font l'objet d'aucune statistique. Cf, Assemblée générale, Conseil des droits de l'homme, Rapport sur la « *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au Développement* », présenté par José Luis Gomez Del Prado, 9 janvier 2008, § 42. Pour un approfondissement des informations sur le mauvais comptage des pertes en vie humaine des membres des SMSP, voir : SCHOONER (Steven L.), SWAN (Collin D.), « *Dead Contractors : The An-examined Effect of Surrogates on the Public's Casualty Sensitivity* », in *Journal of National Security Law &*

Ces avantages politiques cachent mal le revers des activités des SMSP, à savoir les risques liés aux interventions de ces prestataires. Si de nombreuses sociétés de sécurité offrent des garanties de sérieux et de professionnalisme, ce secteur attire beaucoup d'individus au caractère douteux. Or, les tâches de sécurité impliquent un risque d'utilisation abusive de la force ou de la contrainte surtout lorsque le personnel engagé est peu ou pas formé et/ou recruté à la légère. De ce fait, la légitimité de l'intervention des SMSP dans ces situations conflictuelles suscite des interrogations. La raison est que ces acteurs ne sont prévus par aucun texte pertinent du droit international. Leurs activités s'accompagnent d'utilisations de la force d'où le risque de porter atteinte aux règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Pour illustration, les salariés de ces sociétés ont été mêlés à des trafics d'adolescents en Bosnie<sup>110</sup>. Les conflits armés en Afghanistan et en Irak ont connus des faits dans lesquels des membres de ces sociétés sont impliqués dans des tortures survenues dans la prison d'Abu Ghraïb en Irak<sup>111</sup>. D'autres faits peuvent être cités. C'est le cas de la fusillade qui a eu lieu en 2007 en Irak où des civils non armés sont tués à la Place Nisour à Bagdad par des membres de la SMSP *Blackwater* suite aux difficultés de passage du convoi dont ils assuraient la sécurité<sup>112</sup>.

Ces faits d'une gravité indicible font poser des questions sur les statuts de leurs auteurs en droit international. Les SMSP sont des personnes morales de droit privé. Elles n'ont pas encore acquis de statut en droit international. Les membres des SMSP sont des individus et à ce titre, ils sont destinataires des règles internationales applicables aux particuliers. Mais ils n'ont aucun droit, ni aucune obligation particuliers relativement à leurs activités. Cette situation ne manque pas de leur causer des problèmes de protection, une fois qu'ils sont entre les mains d'une puissance. Ils peuvent être également pris pour des cibles. Quatre membres de

---

Policy, 2012, GWU Law School Public Law Research Paper n°55. Consultable sur : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1826242](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1826242). Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>110</sup> Quelques agents de la société américaine *DynCorp Aerospace Technology UK Ltd* ont été impliqués dans une affaire de réseau illicite de prostitution et de traite d'êtres humains en Bosnie. Cf, SCHULZ (Sabrina) et YEUNG (Christina), « *Place du genre dans les sociétés militaires et de sécurité privées* » disponible sur le site : [www.osce.org/item/29669.html?ch=1026&lc=FR](http://www.osce.org/item/29669.html?ch=1026&lc=FR). Voir aussi, Human Rights Watch (HRW), « *Hopes Betrayed: Trafficking of Women and Girls to Post-Conflict Bosnia and Herzegovina for Forced Prostitution* », November 2002, vol. 14, n°9, p. 67. Consultable sur : <http://www.hrw.org/reports/2002/bosnia/Bosnia1102.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>111</sup> Pour les détails de ces tortures, voir le Rapport du Ministère américain de la défense présenté en 2004 et intitulé « *Investigation of Intelligence Activities At Abu Ghraib* », August, 23, 2004, p. 52. Consultable au lien suivant : [http://humanrights.ucdavis.edu/projects/the-guantanamo-testimonials-project/testimonies/testimonies-of-the-defense-department/fay\\_jones.pdf](http://humanrights.ucdavis.edu/projects/the-guantanamo-testimonials-project/testimonies/testimonies-of-the-defense-department/fay_jones.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>112</sup> WAXMAN (Henry A.), « *Statement of Erik D. Prince Chairman and CEO, Blackwater for the House Committee on oversight and Gouvernement reform* », op. cit, p. 2. Consultable au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20071003153621.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

la société *Blackwater* ont été attaqués en 2004 par des insurgés irakiens à Fallouja qui les ont assassinés et leurs corps ont été suspendus aux poutres d'un pont enjambant l'Euphrate<sup>113</sup>.

## § VII : Problématique de la recherche

Le défaut de statut juridique international fait que les membres des SMSP sont dans une position où, on peut les confondre avec différents groupes qui participent ou non à un conflit. Ils ne sont pas des forces étatiques, ce qui fait qu'ils ne sauraient être assimilés aux combattants. Le fait qu'ils soient armés peut les exclure des civils. On ne peut non plus leur réserver, en tout cas, le même traitement que les mouvements de libération nationale, loin s'en faut. En réalité, l'on est en face à des acteurs hybrides car ils brouillent les catégories traditionnelles qui sont militaires et civils.

D'autres problèmes juridiques se posent également dès lors que les faits commis dans le cadre des activités des SMSP n'ont pas fait l'objet de sanction. L'impunité du côté des prestataires mais aussi du côté des clients a été constatée. L'une des raisons principales de l'impunité est l'existence d'immunité de juridiction. Les immunités de juridictions sont accordées par des règles de droit dans le but de faire échapper à la justice des justiciables qui étaient passibles de sanctions. En Irak, par exemple, l'arrêté n°17<sup>114</sup> de la Coalition avait accordé l'immunité aux membres des SMSP vis-à-vis des tribunaux irakiens. Ces immunités peuvent être interprétées par leurs destinataires comme leur accordant implicitement un permis de violer le droit international humanitaire ou les droits de l'homme. Elles sont contre-productives pour la protection des populations civiles dans une zone de conflit. En effet, la société militaire et de sécurité privée exerce un pouvoir particulier sur les civils et les prisonniers en raison de son armement et de son mandat. De plus, elle est souvent éloignée de la surveillance de son mandataire. Dans ces conditions, le contrôle qu'il faut mettre en place ne saurait être efficace. A cela s'ajoute le défaut de réglementation du secteur de la sécurité militaire privée par beaucoup d'Etats. Le droit international sera d'un secours limité dans la mesure où il ne comporte pas de normes juridiques spécifiques relatives aux SMSP. Celles-ci fonctionnent dans une espèce de *no man's land* du droit des gens, car leur activité n'a aucune qualification juridique.

---

<sup>113</sup> WAXMAN (Henry A.), "*Private military contractors in Iraq. An examination of Blackwater's action in Fallujah*", op. cit : <http://democrats.oversight.house.gov/images/stories/documents/20070927104643.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>114</sup> L'arrêté n°17 de l'Autorité provisoire de la Coalition en Irak est disponible sur le site suivant : [http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627\\_CPAORD\\_17\\_Status\\_of\\_Coalition\\_Rev\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

Cependant, le manque d'encadrement suffisant est de notoriété dans le secteur des activités des SMSP. Les défaillances les plus marquantes ont eu lieu dans le cadre de la responsabilité et du contrôle. Le contrôle et la responsabilité revêtent une importance particulière dans la mesure où ces entreprises interviennent dans des situations de conflits et d'après conflits avec emploi de la coercition. Le terme responsabilité doit être compris ici comme signifiant « *pouvant être tenu responsable* », c'est-à-dire devant répondre de ses actes ou rendre des comptes. Quant à l'expression contrôle, elle revêt une dimension négative dans ce marché sécuritaire où a tendance à gouverner la loi de l'offre et de la demande. Ainsi, elle est comprise comme un mécanisme visant à empêcher de se produire les possibilités ne correspondant pas aux aspirations des normes internationales.

Parallèlement, les membres des SMSP ne jouissent d'aucun droit qui les protège contre l'arbitraire.

L'encadrement de leurs activités devient une nécessité dès lors qu'une interdiction pure et simple de ces personnes morales et de leurs employés ne saurait être envisageable. Il importe aux Etats et aux organisations internationales de mettre en place des modes d'encadrement du phénomène. Au niveau international, il s'agira d'une régulation tant que les sociétés militaires et de sécurité privée ne sont pas devenues des sujets de droit international. Il s'agira d'une réglementation au niveau national en ce sens que les SMSP sont des entités infra étatiques assujetties aux lois internes des Etats.

Les règles que les Etats et les organisations internationales mettront en place peuvent être des normes contraignantes. Un projet de convention est en cours sous les auspices des Nations unies. Les règles contraignantes peuvent intimider ceux qui ont des velléités pour commettre des actes interdits mais elles ne suffisent pas à elles seules pour encadrer efficacement les prestataires et leurs clients. Elles doivent tenir compte de la responsabilité de l'Etat et des organisations internationales. Les projets d'articles respectifs sur la responsabilité internationale de l'Etat et sur la responsabilité des organisations internationales n'ont pas prévu de sanctions applicables à ces sujets de droit international pour le comportement des SMSP qu'ils emploient. Ensuite, il s'agira d'aller au-delà du statut de la Cour pénale internationale pour rendre possible la sanction d'une personne morale de droit privé. L'irresponsabilité de la personne morale de droit privé en droit international heurte de plein fouet l'encadrement des sociétés militaires et de sécurité privées. Enfin, les règles contraignantes devront mettre en place un véritable statut des victimes. Ces dernières

rencontrent d'énormes difficultés pour accéder à un juge et certaines procédures pénales les mettent dans une situation de simples témoins.

L'apport de normes souples peut être d'un secours non négligeable. En effet, ces normes soignent les comportements pour éviter la commission d'actes. Elles se placent donc dans la prévention et sur ce plan elles peuvent contribuer à mieux encadrer les SMSP et leurs clients. Le Document de Montreux adopté en 2008 par des Etats représente un encadrement non contraignant. C'est dans le même sillage d'ailleurs, que l'autorégulation des SMSP s'est développée. Les sociétés ont élaboré des codes de conduite au niveau individuel comme dans le cadre associatif.

L'externalisation des activités militaires et de sécurité arrive à un point où son encadrement par des règles est devenu un véritable défi juridique. C'est un domaine que le droit international n'arrive pas encore à réguler spécialement. Il existe des règles qui, dans leur conception, étaient destinées à régir d'autres situations mais qui peuvent s'appliquer à ce secteur d'activités. Il est évident par conséquent, qu'il y aura des lacunes et le besoin d'encadrement ne se dissipe pas. Les législations nationales sont peu nombreuses à se pencher sur la réglementation des prestations de services de sécurité militaires.

### **§ VIII : Justification et annonce du plan**

Les sociétés militaires et de sécurité privées sont des personnes morales qui emploient des individus pour exécuter des activités de sécurité militaires, qui peuvent être menées en temps de paix comme en période de conflit armé. L'industrie de la sécurité militaire privée succède aux mercenaires traditionnels mais apporte une nouvelle forme de conduire la violence privée. La nouveauté est que ces sociétés exercent plusieurs tâches qui s'étendent en dehors des conflits. Ce qui implique un encadrement par des règles spécifiques pour pouvoir prendre en compte tous les aspects particuliers de cette nouvelle industrie. Les règles existantes sont caractérisées soit par leur généralité soit par leurs lacunes.

Dès lors, dans leur état actuel, les règles existantes ne sont pas appropriées pour encadrer suffisamment les activités des SMSP et régir le comportement de leurs clients. Par conséquent, la nécessité de mettre en place une réglementation spécifique devient de plus en plus irrésistible. C'est dans ce sens que des initiatives sont prises tant au niveau des Etats qu'au niveau des sociétés elles-mêmes. Il résulte de cela qu'il n'existe pas encore d'encadrement particulièrement efficace concernant l'externalisation des activités militaires et

sécuritaires, ce qui justifie le processus de réglementation mis en mouvement pour trouver les normes appropriées.

L'insuffisance de la réglementation actuelle et la recherche de solutions en matière réglementaire sont donc deux axes sur lesquels sera construite la démarche. La raison de ce choix consistant à faire un diagnostic avant d'étudier les solutions réside d'abord dans le dessein d'analyser minutieusement les règles pour en sortir les conditions d'applications et les obstacles. C'est après cela que les initiatives en matière d'encadrement pourront être passées en revue avant de la proposition de la réglementation envisageable.

C'est ainsi qu'il convient de commencer par l'inefficacité de la régulation existante (Première partie) et terminer par l'encadrement envisageable (Deuxième partie).

## **Première partie : L'inefficacité des instruments existants**

Les sociétés militaires et de sécurité privées sont de plus en plus impliquées dans des opérations militaires et de maintien de l'ordre. Leur secteur d'activité a connu un accroissement exponentiel ces dernières années sans un encadrement juridique spécifique. En effet, en droit international, les règles étaient conçues pour réguler uniquement le mercenariat. Aucune règle ne s'adresse directement aux SMSP. Sous l'angle du droit des conflits armés, les conventions internationales n'ont prévu ni d'obligations ni de droits, spécifiquement pour ces sociétés et leurs membres. Les champs d'application de ces normes prévues pour les mercenaires n'étaient pas préparés pour couvrir les activités de ces nouveaux acteurs<sup>115</sup>. Ces dernières années, leurs activités ont considérablement augmenté pour dépasser le cadre national et connaître un regain d'effervescence avec les conflits afghans et irakiens. En droit national, les Etats n'ont pas tous adapté leurs législations et adopté de nouvelles règles pour encadrer particulièrement les activités des SMSP. Certains Etats ont commencé à encadrer ce secteur d'activité mais leurs normes sont loin de montrer leur efficacité.

Cependant, cette carence de règles spécifiques, ne voudrait pas dire qu'il n'y ait aucune obligation juridique pouvant peser sur les clients et les prestataires privés. Certes, les règles générales en droit international et les règles de droit commun à l'intérieur des Etat contiennent des obligations générales mais elles peuvent s'imposer aux SMSP et à leurs membres ainsi qu'à leurs clients. Seulement, le fait qu'elles ne soient pas destinées à ce type d'activité rend leurs effets moins efficaces. L'inefficacité résulte du défaut de pertinence des textes dans leur champ d'application (Titre I) et de leur contenu en matière de responsabilité dans le cadre des activités des SMSP (Titre II).

---

<sup>115</sup> Dans son rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité de mercenaire, la Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat français écarte toute application de la loi d'avril 2003 sur les mercenaires aux activités des sociétés militaires et de sécurité privées : « [le projet de loi] *laisse une place éventuelle à de telles sociétés, dès lors qu'elles ne seraient pas spécialement sollicitées pour participer à un conflit donné ou qu'elles ne seraient pas directement impliquées dans les hostilités, dans un cadre qu'il resterait alors, si cette voie était suivie, à organiser et à réglementer* ». Cf, BALME (Carole), « *La privatisation des actions de défense et de sécurité* », in les Cahiers CHAÉr, Paris, Mars 2003, p. 7.



## **Titre I : Le défaut de pertinence des textes dans leur champ d'application**

Les textes existants sont constitués des conventions internationales et des législations internes des Etats. S'agissant des textes internationaux, ils ont été adoptés dans un contexte où les SMSP n'existaient pas encore. Seul le mercenariat individuel a eu un encadrement juridique à cette époque. Les règles qui concernent les mercenaires sont des normes internationales destinées à régir l'activité de personnes physiques mais elles n'étaient pas prévues pour être applicables à des personnes morales. Quant aux législations nationales, toutes ne contiennent pas de normes spécifiques relatives aux sociétés militaires et de sécurité privées. Une partie infime de ces Etats a décidé d'encadrer la violence privée, mais elle l'a fait d'une manière incomplète. C'est dire que l'on ne peut pas soutenir qu'il y ait véritablement une réglementation exhaustive couvrant tous les aspects des activités des SMSP. Par exemple, dans certains Etats, les lois relatives à l'externalisation ne sont valables que pour l'intérieur du territoire national. Ce qui fait que telles règles « *concernent [...] le territoire [...] et n' [ont] pas vocation à s'appliquer sur les territoires étrangers c'est-à-dire, là où se déploie généralement l'activité militaire de ces sociétés* »<sup>116</sup>. Or, les SMSP exercent leurs activités également en dehors du territoire de leur Etat national.

Il s'ensuit que l'application aux SMSP des textes existants va être confrontée à un problème d'efficacité. Pour analyser cette inefficacité, il convient de s'intéresser aux instruments internationaux qui ont été adoptés sans égards aux SMSP et à l'incomplétude des législations nationales.

---

<sup>116</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », in RCADI, 2008, n°337, Martinus Nijhoff Publishers, p. 274.



## **Chapitre I : Des instruments internationaux adoptés sans égards aux activités des SMSP**

Dans le cadre du droit international humanitaire, les conventions susceptibles d'être invoquées sont celles de Genève de 1949<sup>117</sup>. Pour ce qui est du droit international général, ce sont les traités spécialisés dans le domaine du mercenariat individuel telles que la Convention de l'OUA du 3 juillet 1977<sup>118</sup> et la Convention des Nations unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989<sup>119</sup> qui pourraient être des normes de référence à vérifier si elles sont applicables aux activités des SMSP. Or, tous ces textes, en régulant l'activité des mercenaires, ne leur reconnaissent même pas une existence collective. Ils ne les considèrent pas non plus comme dépendants d'une personne morale. Ces normes internationales s'intéressent plutôt aux situations individuelles des mercenaires au moment où les SMSP sont caractérisées par le collectif d'individus sous l'égide d'une société privée. Dès lors, il convient de soutenir que les conventions internationales qui découragent le mercenariat sont inadaptées aux activités des sociétés militaires et de sécurité privées (Section I). Parallèlement, les SMSP et leurs membres n'ont aucun statut en droit international public (Section II).

### **Section I : Des conventions internationales relatives aux mercenaires inopérantes à l'égard des SMSP**

Les sociétés privées ont dominé présentement la production de la violence privée. Les mercenaires deviennent de plus en plus rares même s'ils continuent d'être remarqués dans

---

<sup>117</sup> Deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève ont été signés le 08 juin 1977. Le premier Protocole appelé « *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)* » est ratifié par 163 États. Le second intitulé « *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)* » est ratifié par 167 États. Aucun des deux protocoles n'est ratifié par les États-Unis. Plus de renseignements sur les Protocoles sont disponibles sur :

<http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/genovaconventions>. Dernière consultation le 10 octobre 2013.

<sup>118</sup> Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique, 03 juillet 1977. [http://www.africa-union.org/Official\\_documents/Treaties\\_Conventions\\_fr/Convention%20sur%20l%20elimination%20du%20mercenariat.pdf](http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Convention%20sur%20l%20elimination%20du%20mercenariat.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>119</sup> Cette Convention est publiée dans son texte français à la Revue générale de droit international public 1990, p. 561. Elle a été adoptée et ouverte à la signature et ratification par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa Résolution A/RES/44/34 du 4 décembre 1989 (44<sup>ème</sup> session), disponible sur le site : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/550/34/IMG/NR055034.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 05 septembre 2013. La Convention de 1989 est entrée en vigueur le 20 octobre 2001.

certaines conflits récents en Côte d’ivoire<sup>120</sup> et en Libye<sup>121</sup>. Mais, lorsque les conventions internationales relatives aux mercenaires ont été élaborées, la préoccupation des Etats était de s’intéresser aux individus prenant part aux conflits armés moyennant de l’argent. Le Premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949 place les mercenaires au même pied que les civils participant aux hostilités en les privant du statut de combattant et de prisonnier de guerre. Les Conventions de l’OUA et des Nations unies relatives au mercenariat prévoient des sanctions pénales à l’encontre des personnes s’adonnant à des activités mercenaires.

Présentement les SMSP et leurs membres sont souvent désignés comme des mercenaires. Pourtant, aucun élément des définitions de la notion de mercenaires ne fait référence à ces nouveaux prestataires de sécurité privée. Les définitions en questions plongent leurs racines dans le contexte au cours duquel les textes qui les prévoient ont été adoptés. En méconnaissant l’existence des SMSP, la notion de « *mercenaire* » est devenue obsolète et inappropriée (§ I). Ensuite, les conventions relatives aux mercenaires n’ont pas interdit les activités mercenaires et prévoient des sanctions pénales à l’encontre de toute personne participant à de telles activités. En se limitant au mercenariat, ces textes ont donc une portée pratique limitée à propos des SMSP et de leurs membres (§ II).

### **§ I : Le caractère obsolète et inapproprié de la notion de mercenaire pour qualifier les SMSP et leurs membres**

La pratique consistant à engager des étrangers pour mener des combats, moyennant de l’argent, est aussi ancienne que la guerre elle-même. Les individus qui prenaient part aux conflits comme des mercenaires, le faisaient à titre personnel. Les Etats qui sollicitaient leurs services n’étaient pas en mesure d’assurer une victoire face à leur ennemi<sup>122</sup>. Les services de ces Etats étaient peut-être incapables « *d’assumer l’activité régaliennne que constitue la protection de la sécurité publique* »<sup>123</sup>. L’Etat est certes détenteur du monopole de la violence mais cela n’a pas été toujours ainsi. La violence privée a connu son heure de gloire avant

---

<sup>120</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, « *Rapport du Secrétaire général sur l’Opération des Nations Unies en Côte d’Ivoire* », S/2012/186, 29 mars 2012, § 32. Consultable au lien suivant : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/269/95/PDF/N1226995.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>121</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1973, 2011, « *Situation en Jamahiriya Arabe Libyenne* », S/RES/1973/2011, du 17 mars 2011. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/268/40/PDF/N1126840.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>122</sup> LE PAUTREMAT (Pascal), « *Mercenariat et volontaire de 1960 au début des années 1990* », in *Des conflits en mutation ? De la guerre froide aux nouveaux conflits*, sous la direction de Danielle Domergue-Cloarec et Antoine Coppolani, Bruxelles, éditions Complexe, 2003, p. 200.

<sup>123</sup> MAHIOU Ahmed, « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 272.

l'apparition de l'Etat moderne au 16<sup>ème</sup> siècle et c'est en réaction contre elle que les institutions étatiques se sont consolidées. Toutefois, la violence privée n'a pas entièrement disparu car elle peut être encouragée par l'affaiblissement d'un Gouvernement et de ses forces militaires<sup>124</sup>. La question qui se pose est de savoir si les mercenaires peuvent être assimilés aux SMSP ou à leurs membres. L'expression « *mercenaire* » qui est définie par les textes pertinents s'adresse uniquement à des individus participant aux conflits armés moyennant de l'argent. Or, les SMSP sont non seulement des personnes morales mais également elles ne participent pas forcément aux conflits armés. Ainsi, les mercenaires traditionnels diffèrent beaucoup des SMSP, tant au niveau de l'organisation qu'au niveau des activités. Sous ce rapport, il convient de démontrer que la notion de mercenaire dont on s'intéresse de prime abord aux définitions conventionnelles (A) est obsolète et inappropriée pour qualifier les nouveaux prestataires de service militaire et de sécurité privés (B).

#### **A/. Approches définitoires de la notion de « *mercenaire* » axée sur l'individu**

C'est en réaction contre l'implication des mercenaires dans une Afrique en pleine période de décolonisation que la Communauté internationale a commencé à dénoncer le recours à ces combattants privés et a entrepris d'adopter des mesures à ce sujet. Le droit international ne s'est intéressé que tardivement à la question de l'utilisation de mercenaires<sup>125</sup>. En effet, c'est lors de la tentative de sécession du Katanga (province de l'actuelle République démocratique du Congo) au début des années mille neuf cent soixante, que le mercenariat est apparu comme un enjeu international soulevant des questions d'ordre juridique<sup>126</sup>. Le premier problème juridique à résoudre fut la définition de la notion de « *mercenaire* ». Le mercenaire lui-même « *est difficile à saisir ; il se situe d'emblée plutôt en marge des cadres juridiques* »<sup>127</sup>. Pourtant, le sens du mot était d'une grande importance car des vies en

---

<sup>124</sup> « *L'absence d'une autorité centralisée crée les conditions optimales pour le recrutement de soldats privés* », cf. SINGER (Peter Warren), « *Un métier vieux comme le monde* », in *Le Monde diplomatique*, novembre 2004, Paris, p. 24.

<sup>125</sup> Avant la seconde guerre mondiale, le mercenariat avait un degré de légitimité. Toutefois, avec les horreurs de cette guerre et la reconnaissance du droit à l'autodétermination, l'attitude de la Communauté internationale vis-à-vis des activités de mercenariat a changé. C'est d'abord à travers des rapports que l'ONU accusait les activités mercenaires de mettre en danger le droit à l'autodétermination des peuples. Le développement du mercenariat individuel en Afrique et le processus de décolonisation sur le continent ont été à l'origine de la condamnation de l'utilisation des mercenaires par l'ONU et par l'OUA qui les considèrent comme des criminels par le truchement de leurs conventions respectives en la matière : Convention des Nations unies sur le mercenariat de 1989 et Convention de l'OUA pour l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977. Cf, CM/817 (XXIX) Annex II Rev.1, disponible dans le site de l'Union Africaine : [www.africa-union.org](http://www.africa-union.org).

<sup>126</sup> DAVID (Eric), « *Les mercenaires en Droit international (Développements récents)* », in *Revue belge de droit international*, 1977, p. 201.

<sup>127</sup> TERCINET (Josiane), « *Les mercenaires et le droit international* », in *AFDI*, 1977, vol. 23, Paris, CNRS, p. 271.

dépendaient. En effet, l'expression « *mercenaire* » elle-même a été l'objet des abus<sup>128</sup> les plus spectaculaires. L'excès de langage dans la qualification de certains combattants peut tout à fait comporter un inconvénient pour le respect du droit humanitaire<sup>129</sup>. A ce titre, il est utile que la notion soit cernée clairement. Le sens qui lui a été donné va être analysé pour voir s'il inclut les SMSP et leurs membres.

Cependant, la définition juridique en préparation devait faire abstraction des intérêts politiques. En effet, il y avait des enjeux : les Etats avaient des intérêts divergents et les individus exerçant l'activité de mercenariat n'avaient jamais voulu se reconnaître dans une quelconque définition du mercenaire à cause de la mauvaise image que traîne celui-ci dans l'histoire. Lorsqu'il s'agissait pour les Etats de trouver la définition de la notion de « *mercenaire* », l'entente autour du contenu du concept se révélait loin d'être univoque. D'abord, les résolutions adoptées par les Nations unies et de l'Organisation de l'Unité Africaine respectivement en 1964 et 1967<sup>130</sup> ne contenaient pas de définition. Ensuite, dans d'autres résolutions relatives à la décolonisation adoptées par l'Assemblée générale de l'ONU à partir de 1968, le sens de la notion n'y était pas non plus déterminé<sup>131</sup>. Finalement c'est le Protocole additionnel I du 8 juin 1977 (article 47) aux Conventions de Genève de 1949 qui a fourni une définition de la notion de « *mercenaire* » et son texte a inspiré les conventions spécialisées<sup>132</sup>, à savoir celle de l'OUA du 3 juillet 1977 et celle des Nations unies de 1989. Ceci montre que, bien que les priorités et les objectifs soient différents, les conceptions respectives du droit humanitaire et des conventions spécialisées sur le mercenariat peuvent manifester une coexistence et une complémentarité. Au niveau de la spécificité des conventions spécialisées, on note qu'elles ont pour objet d'interdire le recours aux

---

<sup>128</sup> Idem. Selon l'auteur, « *une utilisation politique, voire passionnelle est généralement faite du terme [mercenaire], conduisant à des abus de langage, obscurcissant la réalité et la portée du phénomène* ».

<sup>129</sup> D'ailleurs certains Etats voulaient réduire le risque que cet article serve de prétexte pour dénier aux non-combattants et aux combattants réguliers le statut de combattant et de prisonnier de guerre. En effet l'attribution du statut de mercenaire à une personne peut être une question de vie ou de mort.

<sup>130</sup> Organisation de l'Unité Africaine, « *Résolutions et Déclarations adoptées par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement lors de sa quatrième session ordinaire tenue à Kinshasa, Congo du 11 au 14 septembre 1967* », AHG/RES.49. Dans cette Résolution, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, l'organe délibérant de l'organisation régionale, se contente d'exiger que « *les mercenaires qui se trouvent [...] au Congo oriental (Bukavu) quittent immédiatement le territoire du Congo [...]* ». Cf, [http://www.africa-union.org/Official\\_documents/Assemblée%20fr/ASS67.pdf](http://www.africa-union.org/Official_documents/Assemblée%20fr/ASS67.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>131</sup> On pouvait y lire « *La pratique consistant à utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance est un acte criminel et que les mercenaires eux-mêmes sont des criminels hors-la-loi* », cf. A/Rés. 2465 (XXIII), du 20 décembre 1968, § 8.

<sup>132</sup> On dénomme ainsi les Conventions de l'OUA et des Nations unies car leur objet était de régir spécifiquement les activités des mercenaires alors que le Protocole additionnel de 1977 est un traité de droit humanitaire de cadre général.

mercenaires et de faire aussi bien du recours aux mercenaires que la participation aux hostilités en tant que mercenaires des infractions pénales.

Avant de s'intéresser à la définition de l'article 47 du Premier Protocole précité, il convient d'essayer de comprendre comment l'accord qui en est l'origine a été obtenu à la suite de négociations tendues. En fait, au moment où la conférence diplomatique se tenait à Genève, un procès de 13 mercenaires<sup>133</sup> avait lieu à Luanda en Angola<sup>134</sup>. Le jugement rendu à cet effet donne une définition du mercenaire en affirmant que : « *Pratique le crime de mercenaire, celui qui pour un profit personnel, en groupe ou individuellement, se propose par l'action armée d'entraver le processus d'autodétermination d'un peuple qui lui est étranger, ou veut lui imposer par la même voie une vie néocoloniale* »<sup>135</sup>.

Cette définition est très étroite en ce sens qu'elle condamne le mercenariat lorsqu'il entrave l'autodétermination et dans la mesure où il veut imposer le néocolonialisme. Ici, le mercenariat est lié à la cause défendue. Une telle définition est frappée du sceau de la position d'un Etat accédant à l'indépendance. Les autres Etats africains vont l'utiliser lors de la conférence de Genève sur la lutte contre les mercenaires traditionnels. Les puissances réunies autour du Comité International de la Croix-Rouge devaient discuter de « *la réaffirmation et [du] développement du droit humanitaire applicable dans les conflits armés* ». A ce moment, l'adoption des Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 était en préparation. C'est au cours de cette conférence que le Nigéria avait suggéré dans le cadre d'un groupe de travail, un projet d'articles refusant le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires prenant part à un conflit armé international. La définition proposée était que le mercenaire s'entend de « *toute personne n'appartenant pas aux forces armées d'une Partie au conflit, qui est spécialement recrutée à l'étranger et qui combat ou prend part à un conflit armé essentiellement en vue d'obtenir un paiement en argent, une récompense, ou un autre avantage personnel* »<sup>136</sup>. Cette définition avait provoqué un certain scepticisme aux yeux de

---

<sup>133</sup> Ces mercenaires avaient participé à la guerre civile aux côtés du parti vaincu (Front National de Libération de l'Angola - FNLA) contre le parti vainqueur au pouvoir (Mouvement Populaire pour la Libération de l'Angola - MPLA). Le jugement fut rendu le 28 juin 1976. Cf, DAVID (Eric), « *Les mercenaires en Droit international (Développements récents)* », in Revue belge de droit international, 1977, p. 203.

<sup>134</sup> Lors du procès de Luanda en Angola en 1976, des ressortissants étrangers furent jugés pour leur participation à la guerre civile. Accusés d'être des mercenaires, quatre d'entre eux seront condamnés à la peine de mort et les autres à de lourdes peines de prisons. Cf, KINSEY (Christopher), « *Le droit international et le contrôle des mercenaires et des compagnies militaires privées* », in Cultures & Conflits, n°52, Hiver 2003, *Les entreprises para-privées de coercition : de nouveaux mercenaires ?* <http://conflits.revues.org/index981.html>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>135</sup> DAVID (Eric), « *Les mercenaires en Droit international (Développements récents)* », op. cit, note 21, p.204

<sup>136</sup> Ibid., p. 204.

quelques Etats qui trouvaient dans le texte un défaut de distinction entre ceux qui se battent pour l'argent d'une part et d'autre part, ceux qui combattent pour des convictions politico-religieuses. Mais au final, la définition adoptée non moins complexe figurant à l'article 47 § 2 du Protocole additionnel est la suivante :

*« Le terme « mercenaire » s'entend de toute personne :*

*a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ;*

*b) Qui en fait prend une part directe aux hostilités ;*

*c) Qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ;*

*d) Qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ;*

*e) Qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et*

*f) Qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ».*

Ces critères posés dans la définition sont cumulatifs. La personne qui est accusée d'être un mercenaire doit les remplir intégralement.

La définition a exclu tacitement les ressortissants étrangers membres de forces armées d'un pays tiers (comme les cubains venus renforcer l'armée angolaise). Dans cette optique, le texte ignore les personnels militaires étrangers intégrés d'une manière permanente ou durable aux forces armées d'un autre Etat. C'est le cas par exemple de l'intégration individuelle en cours dans la Légion étrangère française ou d'un arrangement conclu par les autorités nationales comme le cas des *Gurkhas* formés de Népalais et insérés dans l'armée britannique. La définition laisse aussi en suspens le cas des individus amenés à combattre par idéologie ou sympathie religieuse et ceux qui n'auraient pas participé directement aux hostilités. En effet, elle a retenu le mobile pécuniaire. C'est à juste titre que les mobiles non pécuniaires sont écartés car ils sont par nature subjectifs et leur démonstration est complexe. D'ailleurs, c'est ce que voulait éviter la définition de Genève en consacrant uniquement le mobile pécuniaire facile à caractériser objectivement. Toutefois, l'article 47 n'est pas exhaustif dans la cause défendue par le mercenaire. En fait, dans le contexte où ce texte a été élaboré, les mercenaires

étaient accusés, surtout par les pays en voie de développement, d'être au service de ceux qui s'opposaient à l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes c'est-à-dire les pays occidentaux<sup>137</sup>. Dans la définition de l'article 47 précité, le mobile pécuniaire a été mis en valeur parce qu'il permettait de distinguer le mercenaire du volontaire qui s'engage pour des convictions politiques. La distinction se heurte très vite à des difficultés considérables dans la pratique. En effet, la pureté des convictions politiques n'est pas l'élément que les Etats vont prendre en compte quand ils qualifient les étrangers qui combattent à leur encontre. Déjà au cours de la conférence de Genève, certains Etats critiquaient l'idée de limiter les mercenaires aux individus qui se battent pour l'argent. C'est le cas par exemple du Zaïre (actuelle République démocratique du Congo) qui considérait qu'un tel critère encourageait « *l'apparition d'une nouvelle catégorie de mercenaires à savoir ceux qui fondent leurs actions sur l'idéologie* » et qui ont été nombreux à combattre aux côtés des rebelles zaïrois par amour du désordre et du sang<sup>138</sup>. D'autres Etats, tels que la Mauritanie ont souhaité l'adjonction d'autres mobiles<sup>139</sup>.

Enfin, les étrangers employés comme conseillers militaires ou formateurs ne sont pas non plus concernés par la définition. En effet, ces personnes ne sont pas spécialement recrutées pour combattre.

En définitive, la définition de la notion de mercenaire écarte certaines catégories de personnes pouvant être assimilées à des mercenaires. Par ce fait, elle manque de pertinence. Or sans pertinence, les sociétés militaires et de sécurité privées ainsi que leurs membres peuvent souvent être qualifiés à tort de mercenaires alors qu'une différence énorme sépare les deux prestataires. C'est ainsi qu'il convient de démontrer, après avoir au préalable cerné la notion de mercenaire, que celle-ci est ensuite obsolète et inappropriée pour qualifier les SMSP et leurs membres.

---

<sup>137</sup> Voir par exemple, la Résolution 226 du 14 octobre 1966 (*Plainte du Congo contre le Portugal*). Consultable sur : <http://www.un.org/fr/documents/scres.shtml>. Dernière visite le 01 décembre 2013.

<sup>138</sup> DAVID (Eric), « *Les mercenaires en Droit international (Développements récents)* », op. cit, p. 210.

<sup>139</sup> A propos de l'article 47 du Protocole additionnel aux conventions de Genève de 1977, la Mauritanie estimait que : « *le texte aurait été meilleur s'il avait visé tous les genres d'activités mercenaires car, à son avis, les personnes qui les exercent ne sont pas toujours motivées par l'appât du gain ; le mercenaire tend en effet, à prendre de plus en plus un caractère politique et subversif et le texte aurait été plus clair s'il avait également tenu compte des nouveaux cas dans la définition générale donnée au paragraphe 2* ». Cf, Doc. CDDH/III/SR. 57, § 26, cité par DAVID (Eric), « *Les mercenaires en Droit international (Développements récents)* », op. cit, p. 211.

## **B/. Mercenaire et société militaire et de sécurité privée : deux notions juridiquement distinctes et aux contenus opposés**

Le droit international humanitaire connaît les mercenaires à travers l'article 47 du Protocole additionnel I précité. Par contre, ses règles pertinentes ne mentionnent nullement les sociétés militaires et de sécurité privées et leurs membres. L'article 47 précité s'applique à des personnes physiques et non à des personnes morales. On peut dire que le texte est assez « *peu pertinent pour régir le statut* »<sup>140</sup> des sociétés qui sont des personnes morales. Ce serait donc plus les employés des SMSP qui devraient remplir les conditions cumulatives<sup>141</sup> de la définition de la notion de « *mercenaire* ». Il n'y a pas de doute que de telles conditions posées dans l'article seront difficiles à remplir. Cela est attesté par la remarque illustrative de Geoffrey Best selon laquelle « *tout mercenaire qui n'arrive pas lui-même à s'exclure de cette définition mérite d'être abattu et son Avocat avec !* »<sup>142</sup>.

Nous allons examiner quelques uns des critères qui sont les plus difficiles à remplir par les membres des SMSP.

Si l'on prend le premier critère de la définition à savoir le fait que la personne physique soit recrutée spécialement à l'étranger pour combattre dans un conflit armé, on va s'apercevoir qu'il est d'une application difficile. En effet, les SMSP qui opèrent actuellement en Irak et en Afghanistan n'ont pas été spécialement engagées pour participer directement aux hostilités mais elles fournissent plutôt une large gamme de services logistiques et d'appui aux forces armées. Les employés de ces sociétés ne sont ni recrutés pour un conflit particulier, ni exclusivement pour combattre<sup>143</sup>. Le contrat individuel peut prévoir un engagement dans un domaine autre que le combat<sup>144</sup>. L'engagement général permet la polyvalence car tantôt les

---

<sup>140</sup> BALMOND (Louis), « *Observations sur le Document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées* », in RGDIP, Tome 113, n°1, mars 2009, p. 115.

<sup>141</sup> Le caractère cumulatif des conditions posées à l'article 47 précité du Premier protocole additionnel est symbolisé par la conjonction de coordination « *et* » située entre l'avant dernière et la dernière condition.

<sup>142</sup> BEST (G), « *humanity in warfare : The Modern History of International Law of Armed Conflict* », 1980 cité par GILLARD (Emmanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire* », in Revue internationale de la Croix-Rouge, Vol 88, Genève, 2006, p. 220.

<sup>143</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 120.

<sup>144</sup> Voir par exemple, le contrat entre le *Regency Hotel & Hospital Company* une société koweïtienne et la SMSP américaine *Blackwater* signé le 12 mars 2004. *Blackwater* devait fournir en tant que sous-traitant du Regency un service de sécurité à une société chypriote *ESS support services Worldwide* qui était lui-même en contrat de

membres des SMSP sont appelés à former des combattants, tantôt ils sont assignés à des tâches de sécurité de convois ou de lieux. Pour illustration, la SMSP *Blackwater* devenue *Academi* en 2010 affiche sur son site internet les principaux domaines où elle intervient à savoir, la logistique, la formation et la gestion des crises<sup>145</sup>. Ses membres étaient présents en Irak où ils assuraient la protection du personnel de la Coalition. Ils sont également intervenus en Louisiane aux Etats-Unis lors de l'ouragan Katrina en patrouillant « *dans les rues de Nouvelle Orléans afin d'aider à rétablir l'ordre* »<sup>146</sup>. C'est dire que les SMSP interviennent aussi bien en période de conflit qu'en situation de paix.

Quant au second critère en l'occurrence la participation directe au conflit, force est de constater que de nombreuses sociétés fournissent des services de sécurité armée à côté des missions de combat<sup>147</sup>. D'ailleurs, rien n'interdit que les contrats des sociétés excluent la participation directe aux combats<sup>148</sup>. Ce qui fait que les employés ne s'impliqueraient dans les hostilités en principe qu'en cas de légitime défense. Certaines SMSP comme *CACI* et *TITAN*<sup>149</sup> ne fournissent que des services d'interprétariat et d'interrogatoire dans les prisons<sup>150</sup>.

Par ailleurs, le critère relatif à la rémunération supérieure à celle du mercenaire ne se trouve pas toujours au profit de l'employé de SMSP. En fait, les membres de ces sociétés ne sont payés que lorsqu'ils travaillent ; ils payent leur propre assurance. A Bagdad par exemple, ils sont logés dans la Zone verte où les loyers sont élevés<sup>151</sup>. En guise d'illustration, il est remarqué que l'engagement des sociétés privées se fait de plus en plus dans les pays du sud surtout de l'Amérique Latine. Les sociétés ne recrutent pas exclusivement des employés ayant

---

fourniture de restauration avec le Regency. Ce contrat est disponible au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20061207151614-43671.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>145</sup> Voir le site : <http://www.academi.com/>. Dernière visite le 17 septembre 2013.

<sup>146</sup> STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », in Sécurité globale, Dossier « *La privatisation de la guerre* », (dir) Jean-Louis ROTRUBIN, Paris, La documentation française, 2009, p. 91

<sup>147</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p.182.

<sup>148</sup> Par exemple, la société *Xe services*, anciennement *Blackwater* n'a pas mentionné la participation aux combats parmi les missions qu'elle propose sur son site internet. On y découvre l'expression un peu plus admissible « *Gestion des crises* ».

<sup>149</sup> *TITAN* a fourni près de 7 300 interprètes et interrogateurs à l'armée américaine en Irak. Cf, BRICET DES VALLONS (Georges-Henry), « *Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose* », op. cit. p. 37.

<sup>150</sup> D'ailleurs ce sont leurs employés qui ont été mis en cause dans les faits survenus à la Prison d'Abu Ghraïb en Irak suite à des maltraitances sur les prisonniers.

<sup>151</sup> Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008, § 40, p. 15.

la nationalité de l'Etat où elles sont établies<sup>152</sup>. Les personnels proviennent de différents pays et leur rémunération dépend non seulement de leurs compétences, mais aussi de leur origine nationale<sup>153</sup>. La différence de traitement favorise une différence de qualification. Cela remet en cause réellement la pertinence du critère de rémunération<sup>154</sup>.

Le critère de nationalité qui avait tout son sens lorsqu'il importait de recruter des mercenaires étrangers, ne correspond plus à la réalité d'aujourd'hui. Ainsi, en Irak les sociétés militaires et de sécurité privées employées par les Etats-Unis comptent parmi leurs membres des Américains et des Britanniques. En effet, le but de l'Etat qui externalise est de faire travailler à son profit une société de son économie nationale. Cela est confirmé par les faits ; dans les conflits d'Irak et d'Afghanistan, les SMSP sont en majorité anglaises et américaines. Il y a également des irakiens et d'autres nationalités. Ce qui veut dire qu'en vertu de ce critère, les employés ayant la nationalité d'Etats qui ne sont pas Parties au conflit peuvent être qualifiés de mercenaires alors que leurs collègues américains, britanniques ou irakiens seraient des combattants irréguliers. Les distinctions injustifiées éloignent davantage le critère de nationalité des réalités du moment.

Toutefois, puisque les conditions posées par l'article 47 § 2 du Protocole I sont cumulatives, les membres des SMSP peuvent difficilement être assimilés aux mercenaires. En effet, ils peuvent toujours échapper à la qualification de mercenaire sur la base d'un critère qui peut ne pas leur être applicable. L'article 47 précité traite du statut des personnes correspondant à la définition des mercenaires et les exclut de la protection du droit international humanitaire.

## **§ II : Des champs d'application limités**

L'expression « *champ d'application* » désigne les catégories de situations de fait ou de droit et les personnes auxquelles un acte s'applique. Les règles internationales régissant uniquement l'activité des mercenaires individuels ne peuvent connaître une application en

---

<sup>152</sup> SCHWARTZ (Moshe), "The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress". February 21, 2011, Congressional Research Service. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>153</sup> Par exemple *Triple Canopy* payait 150 000 Dollars par an les ex-soldats des unités spéciales occidentales et 11 800 pour les ressortissants des pays pauvres. Cf, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique, enquête au cœur des sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit. p. 189. Voir également, BRICET DES VALLONS (Georges-Henry), « *Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose* », op. cit, p. 39.

<sup>154</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 124.

dehors de l'objet pour lequel elles ont été adoptées. Autrement dit, au-delà des mercenaires individuels, l'application des conventions internationale devient très compliquée. De cela résulte une inefficacité face au phénomène des SMSP. En effet, l'externalisation des activités militaires et sécuritaires ne saurait être couverte ni par le Protocole additionnel I de 1977 des Conventions de Genève de 1949, ni par les conventions internationales relatives au mercenariat.

### **A/. La portée limitée du Protocole additionnel I de 1977**

Le premier Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 concerne en principe la protection des victimes de conflits armés internationaux. Mais à son article 47, il détermine un régime juridique destiné aux mercenaires. Il prévoit une définition du mercenaire dont le but est justement d'exclure ces soldats privés de la protection accordée par les Conventions de Genève aux combattants et aux prisonniers de guerre. Il s'agissait en réalité, de transformer les personnes qui répondent à la définition du mercenaire, en « *combattants non privilégiés* » ayant les mêmes droits et obligations que tout civil qui participe directement aux hostilités. Ce régime juridique est confronté à l'apparition de nouveaux acteurs non militaires qui peuvent intervenir dans des conflits armés. Il convient de voir comment on peut l'appliquer aux SMSP et à leurs membres. Mais le texte comporte deux faiblesses. D'une part, la régulation qu'il contient est partielle vis-à-vis de la violence privée et d'autre part, il se limite seulement aux conflits armés internationaux.

#### **a). Une régulation partielle de la violence privée**

L'article 47 du premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949 ne s'est intéressé qu'aux individus pratiquant le mercenariat. D'ailleurs, la notion de « *mercenariat* » n'a pas fait l'objet de définition. Cela résulte des négociations diplomatiques lors de l'adoption du Premier Protocole additionnel de 1977. L'article 47 est un texte de compromis. Les Etats qui venaient de sortir de la décolonisation souhaitaient un texte plus strict tandis que les autres Etats ne voulaient pas que le mercenariat soit interdit<sup>155</sup>. Cette activité n'est qu'une partie des formes de violence privée que l'on peut trouver dans les conflits armés. Les combattants volontaires et ceux qui se battent pour leurs idéologies sont écartés de cet article 47. Le mobile pécuniaire a été plus pris en compte que les motivations idéologiques, politiques et religieuses. Certes, les mercenaires s'engagent individuellement

---

<sup>155</sup> SANDOZ (Yves), SWINARSKI (Christophe) et ZIMMERMANN (Bruno), « *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* », CICR, 1986, p. 582.

pour gagner de l'argent et les autres mobiles sont des causes collectives, mais il n'en demeure pas moins que tous ces combattants développent la violence privée dans les conflits armés. On peut dire par conséquent qu'il n'était pas question de réguler la violence privée prise globalement qui sévit dans les conflits armés. Or, ce devait être l'occasion de « *nettoyer* » les conflits armés infestés de « *combattants* » non militaires dont la liste ne cesse de s'allonger jusqu'à l'arrivée des sociétés militaires et de sécurité privées. En se focalisant sur les mercenaires, l'article 47 a un objet restreint. De plus, le texte n'a pas incriminé les activités des mercenaires, ni leurs complices. Il n'a pas interdit non plus à des combattants non membres des forces armées de prendre part de quelque manière que ce soit aux hostilités. L'objectif était seulement de priver les mercenaires du statut de combattant et de prisonnier de guerre. A terme, cela a affaibli son contenu face à de nouveaux acteurs privés que sont les SMSP et leurs membres. Déjà la personne morale elle-même qu'est la SMSP n'est pas concernée par l'article 47 puisque le texte ne s'intéresse qu'aux individus qui seraient qualifiés de mercenaires. C'est dire que si une SMSP recourt au service des mercenaires, ce texte est inopérant face à cet acte. La seule mesure pouvant être prise sur sa base est de priver les individus capturés du statut de combattant et de prisonnier de guerre. Ensuite, le personnel des SMSP, comme cela été démontré plus haut, pourra facilement échapper au cumul des critères contenus dans la définition du mercenaire.

L'article 47 n'a pas régulé la violence privée pour couvrir les SMSP et leurs membres. Il a également une faiblesse face aux prestataires privés de services de sécurité militaires, il s'agit du cadre des conflits armés internationaux qui est très restreint.

#### **b). Le cadre restreint des conflits armés internationaux**

Le premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949 ne s'applique que dans le cadre d'un conflit armé international. Le droit international humanitaire ne dit rien ainsi sur le statut des mercenaires dans les conflits armés non internationaux. En fait, puisque le statut de mercenaire n'existe pas dans les guerres civiles, il ne saurait être possible de préciser que certaines personnes n'y ont pas droit. Il n'y a pas l'équivalent de l'article 47 dans le Protocole additionnel II de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. C'est dire qu'aucune référence n'est faite au mercenariat. Or, le mercenariat s'est développé, sous sa forme la plus grave, dans des conflits non internationaux et dans des situations de troubles internes.

Les activités des SMSP s'étendent en dehors des conflits armés internationaux en englobant des services rendus dans les conflits internes et des missions de nature sécuritaire en période de paix<sup>156</sup>. Ce qui fait que même dans les cas extrêmement rares où un membre de SMSP peut tomber dans la qualification de mercenaire dans le sens de l'article 47, il ne saurait être possible juridiquement de le priver du statut de prisonnier de guerre, s'il intervient dans un conflit interne.

Au total, le premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949 est inefficace face aux SMSP et à leurs membres. Il convient de voir quelle est la portée des conventions spécifiques relatives aux mercenaires au regard des activités des SMSP.

### **B/. La portée limitée des conventions spécifiques relatives aux mercenaires**

Les conventions spécialisées à savoir, la Convention de l'OUA et celle des Nations unies ont prévu seulement des sanctions à l'encontre des personnes physiques répondant à la définition du mercenaire. Or, les SMSP sont des personnes morales et leurs membres, comme cela vient d'être démontré, peuvent difficilement être qualifiés de mercenaires. Mais en prévoyant un certain nombre d'infractions dans les rapports avec les mercenaires, elles sont plus à même d'inquiéter les nouveaux prestataires privés de sécurité militaire que l'article 47 du premier Protocole des Conventions de Genève précité.

#### **a). Celle de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique**

Contrairement à l'article 47 du premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949, la Convention de l'OUA prévoit que le mercenariat est un crime dès lors que « *son but est d'opposer la violence armée à un processus d'autodétermination, à la stabilité ou à l'intégrité territoriale d'un Etat* »<sup>157</sup>. Cela voudrait dire qu'en dehors de ces situations, l'activité des mercenaires est licite en vertu du texte. On peut donc dire que l'utilisation de mercenaires pour combattre une rébellion est compatible avec la Convention de l'OUA. Du coup, force est de constater que l'incrimination du mercenariat traduit réellement l'état d'esprit des jeunes Etats africains au lendemain de leur indépendance. En effet, ils étaient « *préoccupés du danger que représente le mercenariat pour l'exercice légitime du droit des peuples [...] sous domination coloniale [...] à la lutte*

---

<sup>156</sup> Même si des personnes physiques exercent les missions sur le terrain, les contrats sont conclus par les SMSP avec les Etats.

<sup>157</sup> Article 2 de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 03 juillet 1977.

*pour leur indépendance et leur liberté* »<sup>158</sup>. Les personnes physiques et les personnes morales sont visées dans la mesure où elles peuvent commettre le crime de mercenariat. En effet, l'article 2 prévoit qu'un individu, un groupe, une association, un représentant d'un Etat ou un Etat peuvent commettre le crime de mercenariat s'ils sont auteurs d'actes regroupés en trois séries : « a) *abriter, organiser, financer, assister, équiper, entraîner, promouvoir, soutenir ou employer de quelque façon que ce soit des bandes de mercenaires ; b) s'enrôler, s'engager ou tenter de s'engager dans les dites bandes ; c) permettre que les territoires soumis à sa souveraineté ou dans tout autre lieu soumis à son contrôle se développent les activités mentionnées dans l'alinéa a) ou accorder des facilités de transit, de transport ou autre opérations des bandes sus-mentionnées* ».

L'article 2 ne cite pas des sociétés ou des entreprises mais l'article 3 dispose que les personnes physiques et morales peuvent commettre le crime de mercenariat. Dans ce cadre, il convient de voir si la convention peut s'appliquer aux SMSP et à leurs membres.

Il convient de vérifier la possibilité pour les SMSP en tant que personne morale de commettre le crime de mercenariat en vertu des dispositions de la convention. Cela dépend du statut des personnes que la société emploie. Si ces personnes sont des mercenaires au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention, la SMSP est punissable. Or, puisque l'article 1<sup>er</sup> reprend la définition de la notion de mercenaire contenue dans l'article 47 du Premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949, les membres des SMSP ne sauraient être qualifiés de mercenaires s'ils continuent d'être recrutés pour exercer diverses activités et non spécialement pour combattre. Par contre, si une société s'aventure à « *abriter, organiser, financer, assister, équiper, entraîner, promouvoir, soutenir ou employer* » des personnes qui répondent à la définition du mercenaire, elle s'expose à des sanctions en vertu de la Convention. La probabilité qu'une SMSP ait des liens avec des mercenaires est très faible à cause de l'image désastreuse de ces derniers. Mais, cela n'est pas à exclure totalement. Dans la pratique, des anciens membres de la société sud africaine *Executive Outcomes* avaient participé à une tentative de coup d'Etat en Guinée équatoriale<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> Préambule de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique.

<sup>159</sup> Selon un Rapport de l'Assemblée générale des Nations unies « *La tentative de coup d'Etat de mars 2004 a constitué l'incident le plus médiatisé qui impliquait manifestement des mercenaires, dont certains étaient des employés ou des anciens employés de sociétés militaires ou de sécurité privées de plusieurs pays étrangers. Le Groupe de travail a constaté que la tentative de coup d'Etat fait comprendre les éventuels liens étroits troublants entre les mercenaires et certaines sociétés militaires et de sécurité privées, rendant d'autant plus nécessaire le contrôle de ces liens* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Additif (Mission en Guinée Equatoriale 16-20 août 2010)*, A/HRC/18/21/add.2.

**b). Celle de la Convention des Nations unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires**

A l'instar de la Convention de l'OUA, la Convention des Nations unies prévoit à son article 3 que le recrutement, l'utilisation, le financement ou l'instruction des mercenaires constituent une infraction<sup>160</sup>. En vertu de l'article 4, cette dernière peut être commise par le mercenaire ou par son complice. La définition de la notion de « *mercenaire* » est formulée en considérant deux situations particulières dans lesquelles une personne peut être considérée comme un mercenaire. D'une part, dans le cadre d'un conflit armé ; il doit être spécialement recruté pour prendre part aux hostilités en vue d'un avantage personnel nettement supérieur à celui des combattants de même rang que lui se trouvant dans les forces armées nationales ; il ne doit être ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni un résident d'un territoire contrôlé par une Partie au conflit ; il ne doit être membre des forces armées d'une partie, ni son envoyé. D'autre part, dans le cadre d'un acte concerté, il ne doit être pas être spécialement recruté pour renverser un Gouvernement, porter atteinte à l'ordre constitutionnel ou porter atteinte à l'intégrité territoriale ; il ne doit pas non plus participer à un tel acte dans le but d'avoir un intérêt personnel s'il n'est ni ressortissant, ni résident de l'Etat contre lequel l'acte est dirigé ; il ne doit être ni membre des forces armées de cet Etat ni son envoyé.

De cette définition, il faut retenir que l'activité mercenaire peut avoir lieu dans une situation de conflit armé ou en période de paix. Dans les deux cas, le mercenaire et son complice sont passibles de sanctions s'ils commettent une infraction au sens de la Convention.

Il convient de voir comment cette infraction peut s'appliquer aux SMSP et à leurs membres. Cette Convention n'a fait aucune référence à une quelconque personne morale de droit privé. Ses dispositions sont assez générales dans la détermination des éventuels auteurs d'infraction. Autrement dit, il n'est pas distingué les personnes physiques des personnes morales. Ce qui est clair c'est que, le mercenaire ne peut être qu'un individu car, eu égard aux conditions cumulatives, le critère de *l'appartenance à une force armée* est le fait d'une personne physique. Par conséquent, ce sont les membres des SMSP qui pourraient être concernés par l'infraction correspondant à l'acte d'un mercenaire s'ils remplissent les conditions posées dans la définition. Or, comme il a été démontré plus haut, les membres des

---

<sup>160</sup> Article 3 de la Convention des Nations unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires.

SMSP peuvent être difficilement qualifiés de mercenaires. S'agissant de la SMSP personne morale, l'infraction qui pourrait lui être appliquée est le fait d'une part de recruter, utiliser, financer et instruire des mercenaires et d'autre part d'être complices de leurs actes<sup>161</sup>. Dans la première situation, il est probable que les sociétés connaissant les règles qui régissent l'activité des mercenaires, ne vont pas prendre le risque de les recruter, les utiliser, les financer ou les instruire. Dans la seconde situation, elles peuvent bel et bien être complices de mercenaires. Le complice est celui qui apporte aide ou assistance à l'auteur d'une infraction. Il ne fait que « *tirer les ficelles* ». Les SMSP peuvent commettre l'infraction de complicité, mais il va falloir apporter la preuve de leur implication.

La difficulté de sanctionner les SMSP et leurs membres en vertu des conventions relatives aux mercenaires rend ces textes inefficaces à l'égard de ces prestataires privés. Une autre efficacité de règles peut être trouvée dans le cadre du droit international humanitaire dans la mesure où, les SMSP et leurs membres n'ont aucun statut en vertu des textes pertinents.

## **Section II : Absence de statut des membres des SMSP en droit international humanitaire**

Le droit humanitaire, tel le dieu *Janus*, a une double face. Il fixe les règles de conduite des hostilités en instituant des obligations et des protections. Ce droit ne reconnaît que les combattants et les civils. Les militaires ont le droit de combattre<sup>162</sup> avec des obligations juridiques<sup>163</sup> (respect des principes et règles humanitaires). Les civils n'ont pas le droit de

---

<sup>161</sup> En 2012 la possibilité qu'une société militaire et de sécurité privée utilise les services de mercenaires fait l'objet d'une mise en garde par une Résolution de l'Assemblée générale des Nations à l'endroit des Etats. Il y est mentionné que l' « *Assemblée générale [...] [d]emande à tous les Etats de faire preuve d'une extrême vigilance pour empêcher toute forme de recrutement, d'instruction, d'engagement ou de financement de mercenaires par des sociétés privées qui offrent, au niveau international, des services de conseil et de sécurité en matière militaire, et d'interdire expressément à ces sociétés d'intervenir dans des conflits armés ou dans des opérations visant à déstabiliser des régimes constitutionnels* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, Résolution A/RES/66/147 du 29 mars 2012 « *Utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* ».

<sup>162</sup> C'est l'article 43, alinéa 2 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève qui définit le combattant. En vertu de ce texte, le combattant est un membre des forces armées d'une partie au conflit (excepté le personnel médical et religieux). Ainsi, il a le droit de participer directement aux hostilités. Le combattant est donc désormais pensé de manière individuelle alors que les Règlements de la Haye de 1899 et 1907, à l'article 3, disposaient que les forces armées sont faites de combattants et de non-combattants. L'abolition de ce raisonnement a pour effet de faire disparaître des personnes qui seraient mi-combattantes /mi-civiles. Dès qu'une personne est intégrée dans une organisation militaire respectueuse de certaines règles, elle est jusqu'à la fin du conflit un combattant, si elle se distingue de la population civile.

<sup>163</sup> Ainsi par exemple, « *la violence n'est permise que dans la mesure où elle est strictement indispensable pour affaiblir militairement l'ennemi, le mettre hors de combat et le tenir en son pouvoir mais au-delà* ». Cf,

porter des armes et doivent être protégés. Le droit international humanitaire a mis en place le principe de la distinction entre civil et combattant. Pour être reconnu comme combattant<sup>164</sup> en vertu de l'article 43 du Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, il faut appartenir à des forces armées ou à des unités d'une Partie au conflit soumises à une discipline interne et à un commandement responsable mais disposées à appliquer le droit international humanitaire<sup>165</sup>.

Les SMSP et leurs membres n'évoluent pas dans un cadre juridique officiellement reconnu<sup>166</sup>. Dans les contrats, c'est la société qui est cocontractante de l'Etat<sup>167</sup>. Quant aux membres, ils sont liés eux aussi à la société par un autre lien contractuel. Au final, on se trouve dans une situation où, des individus sont recrutés par une SMSP, laquelle est à son tour engagée par un Etat. Mais sur le terrain, ce sont les individus membres de la SMSP qui exécutent les missions confiées par l'Etat. Le problème est que ces missions peuvent être exercées, armes à la main, dans une situation conflictuelle alors que les membres de ces sociétés ne sont pas des militaires. Le fait que les contractants portent des armes, sans être des militaires, dans l'exercice de leurs fonctions pouvant les amener à participer directement aux conflits, pose un véritable problème de statut. La règle est que, tout individu qui n'est pas combattant, n'a pas le droit de porter des armes et combattre. La situation des membres des SMSP est donc logiquement la suivante : ce sont des contractants pouvant être « *armés*

---

BRETON (Philippe), « *Le problème des méthodes et moyens de guerre ou de combat dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 Août 1949* », in RGDIP, 1978, Paris, Pedone, p. 44.

<sup>164</sup> Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a même considéré qu'une milice appartient à un Etat, si ce dernier exerce une autorité sur la milice ou le groupe en question, avec l'existence d' « *une relation de dépendance et d'allégeance de ces combattants irréguliers vis-à-vis de cette partie au conflits*. Cf. TPIY, chambre d'appel IT-94-1, le procureur c. Dusko Tadić, jugement en appel du 15 février 1999, § 93-94 disponible le 17 septembre 2010, sur <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-991507f.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>165</sup> Article 43 du Protocole additionnel I aux Convention de Genève de 1977 :

« *Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés.*

*Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la IIIe Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités* ».

<sup>166</sup> CRAWFORD (Emily), « *The Civil-Military Inteface in 21<sup>st</sup> Century Armed Conflict – Private Military Contractor and Principe of Distinction* », in Sidney Law School Reseach Paper, n°11/45, 2011. Consultable sur : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1909666](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1909666). Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>167</sup> « *Ces sociétés sont souvent employées sous contrat par des Etats Membres* ». Cf. Rapport de Mme Shaista SHAMEEN, Rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'homme sur la question de l'utilisation des mercenaires, présenté en application de la résolution 59/178 de l'Assemblée générale sur « *L'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », § 47. Ce rapport a été présenté le 17 août 2005 lors de la Soixantième session, disponible sur le site : [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_f.aspx?m=105](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_f.aspx?m=105), sous le n°A/60/263 (17/08/2005).

*comme des militaires* »<sup>168</sup> sans que les règles du droit international humanitaire leur octroient le droit d'agir ni de protection en cas de capture par l'ennemi.

La situation des SMSP et de leurs membres par rapport au droit international humanitaire est qu'ils ne sont pas encore reconnus spécialement comme devant appliquer les obligations d'une Partie au conflit et bénéficiant des droits reconnus aux combattants réguliers.

### **§ I : L'inexistence d'obligations spécifiques pour les SMSP et leurs membres en tant que Partie au conflit**

Le droit international humanitaire n'a pas seulement prévu des obligations à l'encontre de ceux qui utilisent la force. La plupart de ces obligations sont d'ordre préventif. Il s'agit de mettre en place les moyens juridiques permettant d'endiguer les violations du droit humanitaire et du droit international des droits de l'homme.

Le phénomène récent des sociétés militaires et de sécurité privées a mis à nu les faiblesses du système de prévention tel que conçu et déterminé par les normes internationales relatives aux conflits armés. La prévention des infractions prévue par le droit international humanitaire n'a pas été mise en place pour préparer un jour l'irruption des employés des SMSP dans le champ conflictuel. Dans la prévention, le commandement responsable est établi de sorte que tout combattant soit intégré à une chaîne allant du plus gradé au seuil de la hiérarchie. D'autre part, il s'agit de mettre sur pied une obligation pour les combattants de connaître les règles du droit international humanitaire. Ces deux mécanismes confrontés au comportement réel des SMSP et de leurs employés dans les zones où ils sont appelés à servir, révèlent un défaut d'exigence du commandement responsable et une négligence au niveau de la diffusion de la connaissance des règles du droit international.

#### **A/. Absence d'obligation d'appliquer de la règle du commandement responsable**

Un groupe armé doit avoir un degré minimum d'organisation pour être en mesure de se conformer à toutes les règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés. Ce niveau d'organisation est particulièrement pertinent, car il se peut fort bien qu'un

---

<sup>168</sup> DEL PRADO (José Luis Gomez), « *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », présenté devant le Conseil des droits de l'Homme, Septième session, Assemblée générale des Nations unies, 9 janvier 2008, p. 9.

groupe qui n'atteint pas ce niveau ne soit pas en mesure de familiariser ses membres avec le droit international humanitaire et d'établir les mécanismes nécessaires pour en assurer le respect. L'organisation interne présuppose l'existence d'une structure de commandement. Ce n'est que si une telle structure existe que les chefs peuvent former les membres du groupe. Ils peuvent ainsi donner des instructions et des ordres clairs, être informés des actions de leurs subordonnés et réagir promptement. Sont donc nécessaires une chaîne de commandement et un système d'établissement des faits pour que les dirigeants soient informés des violations et qu'ils puissent suivre le rôle joué par les personnes ayant commis un crime et prendre les mesures qui s'imposent<sup>169</sup>.

Chaque individu qui combat doit trouver sa place dans un ensemble hiérarchisé. Il découle de l'article 86 du Protocole I de 1977 précité que « *le fait qu'une infraction aux Conventions de Genève ou au [Protocole] a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction* » (sic). En disposant ainsi, le droit international humanitaire veut lier le principe d'autorité à celui de responsabilité dans le but de rendre efficace le respect du droit dans le champ conflictuel.

Ainsi, selon le grade, le militaire peut donner des ordres à ses subalternes et devoir obéissance à ses supérieurs<sup>170</sup>. Ce régime de responsabilité assure un contrôle effectif du respect du droit par chacun dans la mesure où tout chef peut être tenu pénalement responsable des actes commis par les hommes sous ses ordres.

Cette garantie n'est pas réelle s'agissant des SMSP. En effet, il n'y a pas à proprement parler de rapport de commandement à subordonné. On peut trouver dans certaines sociétés de petite taille une absence totale de hiérarchie. Les employés se coordonnent entre eux sans qu'ils soient responsables l'un de l'autre.

---

<sup>169</sup> Williamson (Jamie Allan), « *Responsabilité du commandement et pratique pénale* », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°870, 2008, p. 304.

<sup>170</sup> L'article 6 du Règlement de discipline générale des forces armées françaises dispose que « *tout militaire peut être appelé à donner des ordres en tant que chef, soit à en recevoir en tant que subordonné. L'une ou l'autre de ces situations comportent [...] des devoirs et responsabilités particuliers* ». Cf. Décret n°2005-794 du 15 juillet 2005 relatif aux sanctions disciplinaires et à la suspension de fonctions applicables aux militaires, JORF du 17 juillet 2005, p. 4738.

Mais, en se référant au libellé de l'article 86 précité, l'on constate que le texte n'évoque pas explicitement l'appareil militaire en parlant de commandant et de subordonné. Il crée seulement un cadre de responsabilité des supérieurs sans qualifier ces derniers de militaires ou non<sup>171</sup>. Ce qui fait qu'il peut y avoir responsabilité du commandant dans le domaine civil. C'est dans ce sens que dans l'affaire *Semanza*, la Chambre de Première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a caractérisé les liens de subordination en les situant à l'intérieur comme à l'extérieur des appareils militaires. Se cette formation du TPIR, « *pour qu'il y ait lien de subordination, il faut que, de par sa position dans la hiérarchie officielle ou non, l'intéressé ait un rang supérieur à son subordonné. Le lien ne se limite pas aux strictes structures militaires* »<sup>172</sup>. Cette jurisprudence est sur la même ligne que celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie à travers la décision de sa Chambre d'Appel dans l'affaire du *Camp Celebeci* selon laquelle « *la nécessité de démontrer que l'auteur du crime est le «subordonné» de l'accusé n'implique pas qu'un lien de subordination direct ou formel soit nécessaire, mais que cet accusé doit, de par sa position dans la hiérarchie officielle ou non, avoir un rang supérieur à celui de l'auteur du forfait* »<sup>173</sup>.

Au niveau des SMSP, le problème ne réside pas dans leur caractéristique non militaire mais seulement dans l'existence même du lien hiérarchique. Certes, certaines grandes sociétés ont tendance à reproduire les aspects de l'appareil militaire dont la majorité des membres connaissent bien le fonctionnement. Mais un contractant privé est avant tout une personne civile travaillant librement pour une entreprise. Ce qui fait qu'il peut toujours démissionner ou abandonner son poste si son intérêt est bafoué. On peut même dire que « *le contractuel ne dépend que d'une chaîne restreinte de contrôle* »<sup>174</sup>. En revanche, un militaire ne peut désert<sup>175</sup> sous peine de sanction sévère. Il est dans une véritable obligation de suivre les ordres là où l'employé de SMSP ne risque que le licenciement en guise sanction grave. Certaines sociétés ont des codes de conduite internes mais ces instruments d'autorégulation sont non contraignants. Ces règles d'autorégulation sont mises en place pour indiquer des

---

<sup>171</sup> L'article 28 du Statut de Rome instituant la CPI établit « *la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchique* ».

<sup>172</sup> TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, affaire n°ICTR-97-20-T 15 mai 2003, p.110. Disponible sur le site du TPIR. Dernière consultation le 10 octobre 2013.

<sup>173</sup> TPIY, *Affaire Camp de Celebeci, Procureur c. Zejnir DELALIC, Zdravko MUCIC (aka "PAVO"), Hazim DELIC and Esad LANDZO (aka "ZENGA")*, arrêt rendu le 20 février 2001, disponible sur le site du TPIY : <http://www.icty.org/>. Dernière consultation le 10 octobre 2013.

<sup>174</sup> KLEN (Michel), « *La privatisation de la guerre* », in *Etudes* 2004/3, Tome 401, p.190.

<sup>175</sup> La désertion est l'infraction commise par un militaire qui rompt sans droit le lien qui l'attache à l'armée. Elle est constituée à l'issue d'un délai variable, le délai de grâce, pendant lequel l'intéressé est dit en absence irrégulière.

comportements à adopter plus que des ordres à respecter. Il y a donc une possibilité réelle de se réfugier derrière l'argument solide selon lequel l'obéissance d'un employé d'une SMSP est volontaire et acceptée. Par conséquent, l'application du concept de « *commandement responsable* » est très difficile pour ce qui concerne les employés des SMSP. La hiérarchie n'est pas toujours présente dans l'organisation d'une société militaire et de sécurité privée alors qu'elle permet quand même l'accomplissement de la mission dans les meilleures conditions de respect du droit. Cette obligation de mettre en place un commandement responsable fait défaut comme celle qui consiste à diffuser la connaissance du droit international humanitaire.

### **B/. Absence d'obligation de diffusion du droit international humanitaire et de la formation du personnel**

L'article 87 du Protocole I relatif à l'obligation qu'ont les commandants d'empêcher ou de réprimer les infractions de leurs subordonnés, dispose aussi que les combattants doivent connaître leurs obligations au regard du droit international humanitaire<sup>176</sup>. Tout groupe armé se doit dans le cadre de sa responsabilité d'assurer le respect du droit international humanitaire. Il doit vérifier également que tous ses membres, à la fois dans ses branches politique et militaire, sont familiarisés avec les règles de ce droit et les ont bien comprises. Pour que des individus adhèrent à une norme particulière, il faut qu'elle fasse partie de leur cadre de référence. L'enseignement et la diffusion du droit international humanitaire doivent être respectés au niveau des appareils militaires<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> Article 87 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949 :

« -- *Devoirs des commandants*

1. *Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placés sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d'empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes.*

2. *En vue d'empêcher que des infractions soient commises et de les réprimer, les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger que les commandants, selon leur niveau de responsabilité, s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du présent Protocole.*

3. *Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de tout commandant qui a appris que des subordonnés ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole qu'il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations ».*

Consultable sur : <http://www2.ohchr.org/french/law/protocole1.htm>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>177</sup> Le Manuel de droit des conflits armés de la France dispose à son Préambule que « *Tous les militaires de l'armée de terre, de la marine nationale, de l'armée de l'air et de la gendarmerie nationale sont tenus d'appliquer les règles du droit des conflits armés, qui sont contenues dans le bulletin officiel en édition méthodique BOEM 101-2\*, disponible depuis l'année 1998 dans les unités, les états-majors et les écoles du ministère de la Défense. La directive du ministre de la Défense n°000147 en date du 4 janvier 2000 a réaffirmé,*

La formation est une prévention à la commission d'infraction. Cette formation devrait traiter à la fois des modalités pratiques du respect et des mécanismes à mettre en œuvre en cas de violation. Les porteurs d'armes par exemple doivent intérioriser non seulement le message sur l'obéissance aux règles mais aussi le message sur les sanctions qui leur seront infligées en cas de non respect. Il faut qu'ils soient conscients que quiconque prend part à un conflit, quelle que soit son allégeance, devra rendre compte de tout acte criminel commis.

Pour les militaires, il s'agit bien d'une obligation de connaître ce qui leur est permis dans un conflit et ce qui leur est interdit. A l'encontre des SMSP, une telle obligation est pesante. En effet la formation en droit des conflits armés nécessite des dépenses supplémentaires difficiles à recouvrer. Pour assurer la continuité des connaissances, les sociétés militaires et de sécurité privées devraient également assurer à leur personnel la formation qualifiée et si possible prévoir la présence de conseillers juridiques capables de fournir des informations aux commandants sur l'application du droit humanitaire.

A l'argument selon lequel, les membres des SMSP ne sont pas sensés prendre part aux conflits, il est possible de répondre que, dans la pratique, le personnel de ces sociétés peut se trouver dans des combats intenses comme l'illustre l'exemple de la société *Blackwater*<sup>178</sup>. Les salariés de cette société ont combattu contre les insurgés irakiens en avril 2003 avec utilisation d'armes à feu.

En principe, les SMSP qui sont soumises aux lois et contraintes du marché développent la qualité de leur service à savoir, le professionnalisme, l'efficacité, le respect des dispositifs légaux à condition que le client accepte d'en supporter le prix. En effet, le marché de la sécurité est très concurrentiel et la demande dans ce secteur est aussi très forte. Le besoin d'attractivité peut engendrer des baisses de prix. Dans cette optique, le professionnalisme qui a un coût que les sociétés doivent répercuter sur leurs clients, risque d'en pâtir. En fait, une politique de prix attrayante est souvent synonyme de baisse de professionnalisme, d'un personnel moins nombreux ou moins efficace d'où un risque de copier l'aspect des « *chiens de guerre* »<sup>179</sup>. Cela se confirme dans la pratique d'une part par une négligence dans le recrutement du personnel dont certains ont servi dans des régimes

---

*dans le prolongement d'une directive ministérielle du 15 avril 1991, l'importance de la bonne connaissance de ces règles par les militaires : cette connaissance est un préalable nécessaire à leur mise en œuvre adéquate ».*

<sup>178</sup> Bagdad a tenté d'interdire à *Blackwater* d'opérer sur le territoire irakien après la fusillade qui a eu lieu en 2007, dans l'espoir de faire oublier son passé, *Blackwater* a d'ailleurs changé son nom, en février 2009, pour devenir « *Xe Services LLC* » puis *Academi* en 2011.

<sup>179</sup> Nom donné péjorativement aux mercenaires traditionnels.

dictatoriaux ou même ségrégationnistes. C'est le cas d'*Executive Outcomes* composée essentiellement des anciens membres du 32<sup>ème</sup> Bataillon des « *Buffalo* » du régime sud africain de l'époque de l'Apartheid. Ce fait est confirmé par le Rapport des Nations unies du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en ces termes : « *Parmi les employés des sociétés [...] chargés aujourd'hui d'instruire et d'appuyer la police iraquienne, figurent des Sud africains qui ont servi dans la police et l'armée sud-africaines sous le régime d'Apartheid, [...] certains ont commis des crimes contre l'humanité* »<sup>180</sup>. D'autre part, au niveau du choix du client, aucune garantie réglementaire n'est pas encore adoptée pour que les sociétés ne puissent fournir des hommes à des organisations criminelles (mafias, cartels de narcotrafiquants etc.) lorsque les Etats se feront de plus en plus rares dans la demande en sécurité.

La formation a pour but de faire en sorte que ceux qui évoluent dans les conflits armés connaissent le droit international humanitaire pour mieux l'appliquer. Pourtant ce droit que les membres des SMSP sont sensés appliquer dans leurs missions exécutées dans les conflits armés ne leur garantit pas de protections adéquates.

## **§ II : L'inexistence de droits spécifiques pour les SMSP et leurs membres en tant que combattants réguliers**

L'une des missions du droit international humanitaire est de protéger<sup>181</sup> les personnes au moment où elles sont plus fragiles c'est-à-dire en situation de conflit armé. C'est une protection contre les violences irrégulières. Les militaires sont des cibles légitimes en tant que combattants. Quant aux civils, ils ne peuvent faire l'objet d'attaques tant qu'ils ne portent pas ouvertement des armes. Le droit international humanitaire protège les civils aussi longtemps qu'ils restent éloignés des combats. Cette protection est élargie pour couvrir les malades, les blessés et les prisonniers qui sont « *hors état de nuire* ». Le droit des conflits armés a prévu un

---

<sup>180</sup> Assemblée générale des Nations unies, Conseil des droits de l'homme, Rapport du *Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Septième session n°A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008.

<sup>181</sup> Selon la CII, cette protection « *ne doit pas cesser en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clause dérogatoire du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international sur les droits civils et politiques* ». Cf, CII, « *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* », Avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec., § 106, p. 46. Pour rappel, l'article 4 du Pacte susvisé est ainsi reproduit : « *Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale* ».

certain nombre de règles destinées à limiter l'arbitraire de la partie adverse et à sauvegarder l'intégrité et le respect des droits fondamentaux de la personne qui se trouve fragilisée. Tout individu qui se trouve sous le contrôle de son Etat national est protégé par celui-ci<sup>182</sup>. Seulement, s'il tombe sous le pouvoir de l'ennemi, il perd *de facto* la protection étatique.

Dans ce paragraphe, va être exposée la question de la protection d'un membre d'une SMSP qui se trouverait entre les mains d'un ennemi. En l'absence de règles spécifiques dans ce domaine, vu l'implication croissante de ces prestataires de sécurité privée dans les nouveaux théâtres d'opérations où les conflits asymétriques<sup>183</sup> dominent, la protection de leur personnel reste ambiguë. En principe, la protection que prévoit le droit international humanitaire dépend du statut que la personne concernée acquiert en vertu de ce droit. Cette personne doit être un « *combattant hors état de nuire* »<sup>184</sup> ou un civil. Etant dans une situation où ils connaissent des difficultés d'être classés dans un des statuts protecteurs, les membres des SMSP peuvent prétendre à une protection minimale dans les situations de conflits armés internationaux ni dans celles des guerres civiles.

#### **A/. Une protection minimale non garantie au cours des conflits internationaux**

La protection dont les membres des SMSP peuvent bénéficier n'est pas liée à leur situation de membre du personnel d'une personne morale. Elle est liée au fait qu'ils sont des individus ayant pris part dans un conflit armé. La situation juridique de ces salariés est complexe.

En étant différents des mercenaires traditionnels, les employés des SMSP échappent au statut défavorable de ces combattants qui s'engagent individuellement. S'agissant du statut

---

<sup>182</sup> D'abord, c'est en vertu du principe de l'exclusivité de compétence et ensuite en vertu du monopole de la contrainte légitime que l'Etat est seul compétent pour assurer une protection à ses ressortissants.

<sup>183</sup> L'expression elle-même peut être définie comme désignant simplement une relation conflictuelle caractérisée par l'inégalité entre les belligérants, notamment en termes d'armement. La guerre asymétrique est donc caractérisée par des inégalités significatives entre les capacités militaires des parties belligérantes. Un belligérant qui bénéficie de la supériorité militaire peut avoir tendance à assouplir les normes de protection des personnes civiles et des biens de caractère civil, en réponse aux violations constantes du Droit international humanitaire de la part de l'adversaire. Aujourd'hui les confrontations des armées sont de plus en plus brutales, et il n'y a aucun doute qu'elle laisse peu de place au respect de la règle de droit. Les règles les plus fondamentales sur la conduite des hostilités, à savoir le principe de distinction entre civil et combattant sont les plus touchées. Cf, XXX<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant rouge, Genève, (Suisse) du 26 au 30 novembre 2007 sur « *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains* », Document préparé par le Comité international de la Croix-Rouge, Genève, octobre 2007 (OIC/07/8.4). Disponible sur le site : <http://www.cicr.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5XRHA5>. Dernière visite le 16 septembre 2013.

<sup>184</sup> L'expression « *combattant hors état de nuire* » peut être comprise ici comme étant un combattant blessé ou capturé par le camp ennemi.

défavorable contenu dans l'article 47<sup>185</sup> du premier Protocole additionnel de 1977, force est de constater d'abord, qu'en vertu de la définition du mercenaire, le fait de remplir les conditions cumulatives ne fait pas de l'auteur un criminel en vertu de ce texte. En clair, le fait d'être mercenaire ne constitue pas une infraction<sup>186</sup> en vertu du droit international humanitaire. En revanche, la qualification de mercenaire enlève le statut protecteur de prisonnier de guerre à la personne concernée. Puisqu'ils ne peuvent pas être qualifiés de mercenaires, ils ne devraient pas en principe être privés du statut de prisonnier de guerre. La question est de savoir sur quelle base leur accorder ce statut. C'est là que se trouve le risque pour eux de perdre la protection minimale qu'accorde le droit international humanitaire aux civils. En n'ayant pas le statut de combattant qui procure automatiquement celui de prisonnier de guerre<sup>187</sup>, leur protection n'est guère assurée. En effet, le statut de combattant permet à celui qui en bénéficie d'avoir le droit de prendre part aux hostilités, en procédant, bien sûr, à des actes licites, sans craindre d'être poursuivi ou condamné pour le fait de combattre<sup>188</sup>. Or dans la pratique, les employés des SMSP peuvent être amenés à prendre part aux hostilités comme cela a eu lieu en Angola et en Sierra Leone avec *Executive Outcomes* ou même, dès lors qu'en escortant les convois humanitaires ou diplomatique par exemple, ils peuvent être attaqués au moment où ils ne sont sensés exercer que des missions de protection<sup>189</sup>. Or, ils ne jouissent d'aucun droit pour participer un conflit armé. Si les membres des SMSP ne peuvent

---

<sup>185</sup> En instituant un statut défavorable, l'article 47 du Protocole additionnel de 1977 devient un texte de paradoxe. En effet, il est inséré dans un Convention qui vise à « réaffirmer et développer » le droit international humanitaire, un droit protecteur, alors qu'il prévoit une absence de protection pour certains individus. Normalement, lorsque ce droit humanitaire s'adresse à des personnes, c'est pour les protéger et non l'inverse. En plus, si les mercenaires, en l'occurrence, sont défavorisés, c'est à cause de l'avantage personnel tiré des actes accomplis.

<sup>186</sup> Les conventions spécialisées sur le mercenariat ont par contre prévu d'autres régimes juridiques. Ainsi, la convention des Nations unies de 1989 sur la lutte contre le mercenariat dispose qu'une participation directe aux hostilités par un mercenaire est constitutive d'une infraction. De même, la convention de l'OUA de 1977 fait de la participation directe aux hostilités pour les mercenaires, un fait constitutif d'infraction à condition que l'acte lui-même soit dirigé contre un processus d'autodétermination, la stabilité et l'intégration d'un Etat entre autres. Ces conventions demandent aux Etats qui les ont ratifiées de punir les individus coupables d'actes de mercenaires. Ce qui fait qu'en l'absence de prisonnier de guerre, la personne qui répond à la définition du mercenaire est poursuivie devant les tribunaux locaux.

<sup>187</sup> Le statut de prisonnier de guerre permet de bénéficier de ce que l'on appelle le privilège du combattant : c'est-à-dire que ceux qui en jouissent, sont autorisés à procéder à des actes licites de guerre et ne risquent pas de poursuites pénales ou judiciaires à ce titre.

<sup>188</sup> La participation directe aux hostilités est une caractéristique du combattant et il en possède le droit exclusif.

<sup>189</sup> OLSSON (Christian), « Vrai procès et faux débats : perspectives critiques sur les argumentaires de légitimation des entreprises de coercition para-privées », *Cultures & Conflits*, Les entreprises para-privées de coercition : de nouveaux mercenaires ?, mis en ligne le 03 juillet 2004. Disponible sur le site : <http://conflits.revues.org/index975.html>, pp. 10 et 11 de la version électronique. Dernière visite le 17 septembre 2013.

être qualifiés de combattants, ils devraient donc être classés parmi les civils<sup>190</sup>. S'ils sont considérés comme des civils, le fait qu'ils portent des armes va poser des problèmes de protection. Il convient donc de voir la différence qui existe entre les membres des sociétés militaires et de sécurité privées et les autres civils.

Il est vrai que les civils sont regroupés sous la notion de « *population civile* ». Le « *Projet de Règles limitant les risques courus par population civile en temps de guerre* » préparé par le CICR en 1956, définissait la population en stipulant qu'il s'agit de « [...] *toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories suivantes : membres des forces armées ou des organisations auxiliaires ou complémentaires de celles-ci, personnes qui, sans appartenir aux catégories citées, prennent part aux hostilités* »<sup>191</sup>.

Cette définition procède d'une démarche négative. Ce qui fait comprendre que la population civile est un ensemble très vaste. Mais, s'il s'avère que les agissements des membres des SMSP dans le cadre d'un conflit sont constitutifs d'« *une participation directe aux hostilités* », ils perdent leur statut de civil. Une « *catégorisation* » des civils est possible entre ceux qui doivent être protégés contre les attaques et ceux qui ne le sont plus. Cela permettra de voir, à la lumière du contenu complexe de la notion de « *la participation directe aux hostilités* », comment les activités des membres des SMSP peuvent être interprétées dans pour savoir si ces acteurs peuvent jouir d'une protection réellement.

Pour cela, il convient de s'appesantir sur le sens de la notion<sup>192</sup> de « *participation directe aux hostilités* » puisqu'elle détermine le moment où les civils perdent leur protection contre les attaques. Elle n'est pas définie dans les traités internationaux mais selon le commentaire du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, elle s'entend des « *actes qui par leur nature et leur but, sont destinés à frapper concrètement le personnel et le*

---

<sup>190</sup> CAMERON (Lindsey), « *Private military companies : their status under international humanitarian law and its impact on their regulation* », in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 88, n°863, Genève, septembre 2006, p. 587.

<sup>191</sup> Article 4 du *Projet de Règles limitant les risques courus par population civile en temps de guerre*. Consultable sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/420?OpenDocument>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>192</sup> Cette notion est évoquée à l'article 44 du Protocole Additionnel I, mais elle n'est pas non plus définie, dans les textes de droit international humanitaire : « *Bien que l'expression « participation active aux hostilités » utilisée à l'article 3 commun aux Conventions de Genève se soit transformée en « participation directe aux hostilités » dans le texte des Protocoles additionnels de 1977, le Commentaire du Protocole Additionnel I (confirmé par la jurisprudence du Tribunal pénal International pour le Rwanda) considère ces deux formulations juridiques comme synonyme* ». Cf « *La participation directe aux hostilités en droit international humanitaire* ». Rapport de la conférence du Comité Internationale de la Croix-Rouge, Genève, Septembre 2003, p. 3. Disponible sur le site : [http://www.help.cicr.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-report\\_res/\\$File/direct\\_participation\\_in\\_hostilities\\_Sept\\_2003\\_fre.pdf](http://www.help.cicr.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-report_res/$File/direct_participation_in_hostilities_Sept_2003_fre.pdf). Dernière visite le 12 septembre 2013.

*matériel des forces armées* »<sup>193</sup>. Il ressort de cette définition que les services visés sont de nature offensive. Or le droit international humanitaire ne fait justement pas la distinction entre actes offensifs et actes défensifs. Pour illustration, le paragraphe premier de l'article 49 § 1 du Protocole I dispose que l'expression « *attaque* » s'entend des « *actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs* ». Ainsi, à la question de savoir si les SMSP ne fourniraient que des actes défensifs, il faut trouver une réponse dans la pratique. En effet, les sociétés privées engagées en Irak depuis 2003 pour protéger des installations militaires, participent ipso facto aux hostilités dans le sens où leurs membres travaillent à proximité des forces armées en s'exposant à des attaques auxquelles ils répondent<sup>194</sup>. Mais cela ne signifie pas pour autant que tous leurs actes doivent naturellement être interprétés comme « *participation directe* ». Cette participation directe sur laquelle est basé le sort des employés des SMSP au pouvoir de l'ennemi, n'a pas encore fait l'objet d'une détermination par des règles. Il existe ainsi une sorte de « *zone grise juridique* » dont l'existence est liée à la nature de la conduite des opérations dans les conflits d'aujourd'hui. En dehors du droit, l'évolution la stratégie de combat dans les conflits armés amène à concevoir une nouvelle approche de la participation directe. Actuellement, le nombre de soldat est moins important que la maîtrise de l'information et la supériorité technologique. C'est à ce niveau que la question se pose réellement : peut-on considérer la collecte d'informations à des fins militaires comme une participation directe aux hostilités ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de s'intéresser au sort réservé à l'agent informatique qui opère à distance, visant à attaquer les réseaux ennemis. L'article 52 du premier Protocole sur lequel on peut se baser, définit les objectifs militaires comme des « *biens qui, par leur nature, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offrent en l'occurrence un avantage* »<sup>195</sup>. Dans ce sens, les ordinateurs destinés à programmer des attaques contre l'ennemi peuvent être pris pour des objectifs militaires. Mais qu'en est-il de l'agent lui-même qui peut être un membre de SMSP ? Peut-il être licitement une cible pour l'adversaire ?

Les civils peuvent aussi être placés à des postes vitaux pour le succès des opérations. Tel est le cas de l'exemple de l'agent informatique cité plus haut. Si l'on s'en tient au libellé de l'expression « *participation directe* », le mot « *directe* » peut permettre de soutenir que

---

<sup>193</sup> SANDOZ (Yves), SWINARSKI (Christophe) et ZIMMERMANN (Bruno), « *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* », 1986, p. 1942.

<sup>194</sup> JACQUIN (Hélène), « *L'emploi des sociétés militaires privées en Afghanistan et en Irak* », op. cit, p. 28.

<sup>195</sup> Article 52 du Premier Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. Consultable au lien suivant : <http://www2.ohchr.org/french/law/protocole1.htm>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

l'acte du civil doit être décisif, c'est-à-dire apporter une contribution à l'action militaire et en cas de neutralisation, cela procure un avantage à l'adversaire.

La protection des membres des SMSP dépend de leur participation directe aux hostilités. Pour évaluer l'étendue de cette protection, il faut distinguer deux cas : en l'absence totale de participation directe aux hostilités et en cas d'implication dans les combats.

#### **a). En cas d'absence totale de participation aux hostilités**

Dans ce cas de figure, si les membres des SMSP s'abstiennent de combattre, ils peuvent bénéficier du statut de personnel suivant les forces armées (sans en faire partie)<sup>196</sup>, de celui de personne protégée au titre le IV Convention de Genève ou de celui de sans protection spécifique. Le personnel des SMSP suivant les forces armées comme celles qui fournissent une aide logistique, qui travaillent dans le renseignement ont le droit de bénéficier du statut de prisonnier de guerre une fois au pouvoir de l'ennemi sur la base de l'article 4 de la 3<sup>ème</sup> Convention de Genève qui étend cette protection à ceux qui suivent les militaires « *sans en faire partie* » à condition d'y être invité avec « *une carte d'identité* »<sup>197</sup>. La pièce d'identité étant de la responsabilité de la force armée et le contrat tient lieu d'invitation. Différentes conceptions au niveau étatique peuvent être soulignées à cet égard.

---

<sup>196</sup> Par exemple les journalistes correspondants de guerre.

<sup>197</sup> Article 4 de la 3<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949 : « A. *Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : [...]*

4) *les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des militaires, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci étant tenues de leur délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé ; [...]*

2) *les personnes appartenant à l'une des catégories énumérées au présent article que des Puissances neutres ou non belligérantes ont reçues sur leur territoire et qu'elles sont tenues d'interner en vertu du droit international, sous réserve de tout traitement plus favorable que ces Puissances jugeraient bon de leur accorder et exception faite des dispositions des articles 8, 10, 15, 30, cinquième alinéa, 58 à 67 inclus, 92, 126 et, lorsque des relations diplomatiques existent entre les Parties au conflit et la Puissance neutre ou non belligérante intéressée, des dispositions qui concernent la Puissance protectrice. Lorsque de telles relations diplomatiques existent, les Parties au conflit dont dépendent ces personnes seront autorisées à exercer à l'égard de celles-ci les fonctions dévolues aux Puissances protectrices par la présente Convention sans préjudice de celles que ces Parties exercent normalement en vertu des usages et des traités diplomatiques et consulaires ».* Consultable au lien suivant : [http://www2.ohchr.org/french/law/convention\\_geneve.htm](http://www2.ohchr.org/french/law/convention_geneve.htm). Dernière visite le 10 octobre 2013.

La question de la carte d'identité a été débattue pendant les négociations précédant l'adoption des Conventions et il a été finalement décidé que la possession d'une carte représentait une garantie supplémentaire pour les personnes concernées, mais non une condition indispensable pour se voir accorder le statut de prisonnier de guerre. Cf, PICTET (Jean S.) (dir.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 – Commentaire, III : La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, 1958, p. 72. Voir, aussi, le *Rapport sur les travaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre* (Genève, 14-26 avril 1947), CICR, Genève, décembre 1947, p. 115.

Certains Etats comme le Royaume uni<sup>198</sup>, s'inscrivent dans le sens de l'article 4 précité à savoir que pour jouir du statut de prisonnier de guerre, les personnes concernées ne doivent participer directement aux hostilités. D'autres comme les Etats-Unis défendent le point de vue opposé. Selon les Américains, même si les civils qui suivent les forces armées participent aux hostilités, ils conservent néanmoins leur statut de prisonnier de guerre<sup>199</sup>.

Quant au statut de personne protégée, il s'agit du cas où des individus accompagnent des ONG ou des organisations internationales qui ne prennent pas part aux conflits. Les employés des sociétés militaires et de sécurité privées travaillent souvent sous contrat avec ces organismes et peuvent bénéficier de la protection de l'article 4 de la 3<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949 précité relative aux personnes civiles en temps de guerre à la double condition de n'être ressortissants ni d'une partie au pouvoir duquel ils se trouvent ni d'un Etat ayant une représentation diplomatique normale avec cet Etat.

Le personnel des SMSP peut jouir des droits de la protection minimale garantis par le droit humanitaire. C'est le cas lorsqu'il se trouve dans la situation de la personne sans protection spécifique. S'agissant de ce dernier cas, un membre d'une SMSP qui ne travaillerait pas pour une armée et ne serait pas personne protégée, peut bénéficier d'une garantie minimale. En tout état de cause, il peut jouir de la protection diplomatique de son Etat national. Il s'agit pour ce dernier de prendre en charge le contentieux qui oppose son ressortissant à l'Etat au pouvoir duquel celui-ci se trouve. Selon le dictionnaire du droit international, il s'agit d'un « *droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat (ou d'une organisation internationale) lorsqu'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite de la part de ce dernier* »<sup>200</sup>. La protection diplomatique relève du pouvoir discrétionnaire<sup>201</sup> de l'Etat à qui elle est

---

<sup>198</sup> Le Manuel militaire du Royaume uni prévoit que les civils « *ne doivent pas porter d'uniforme militaire et ils doivent être porteur d'une carte d'identité spéciale attestant leur statut. Le droit ne dit pas si les civils dans cette situation peuvent se voir confier des armes. Pour garantir qu'ils conservent leur statut de non combattant, il convient de ne leur confier que des armes légères, à des fins de légitime défense exclusivement. Il faut garder présent à l'esprit le fait que s'ils portent des armes, ils risquent d'être pris pour des combattants. Par conséquent il convient d'éviter autant que faire se peut, de déployer ces civils dans des lieux où ils risqueraient d'être pris sous le feu ennemi ou d'être capturés* ». Cf *The Manual of The Law of Armed Conflict*, Ministère de la Défense du Royaume uni, 2004, par. 4.3.7, cité par GILLARD (Emmanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et de sécurité privées et le droit international humanitaire* », op. cit, p. 187.

<sup>199</sup> Département américain de la Défense, Instruction n°3020.41 (*Instruction on Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S Armed Forces*), 3 octobre 2005, paragraphe 6.2.7.1, op. cit Document disponible sur le site: [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020\\_41.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020_41.pdf), dernière visite le 14 septembre 2013.

<sup>200</sup> SALMON (Jean) (dir), *Dictionnaire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 904.

<sup>201</sup> Selon la CIJ « *l'Etat doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice*

demandée<sup>202</sup>. Au-delà de cette protection, l'employé peut bénéficier des garanties offertes par l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Ce texte oblige la puissance détentrice à respecter un traitement humain et d'assurer des garanties judiciaires. S'y ajoutent aussi, au niveau de la protection, les garanties fondamentales de l'article 75 du Protocole I<sup>203</sup> qui développent les principes de l'article 3 précité et le respect des droits de l'homme. La Cour internationale de justice a confirmé l'application des règles imposant le respect des droits de l'homme en temps de conflit armé à travers son Avis consultatif sur l'emploi et la menace de l'arme nucléaire<sup>204</sup>.

Dès lors que les protocoles et conventions n'apportent pas de protection à un employé de SMSP entre les mains de l'ennemi, le soldat privé peut bénéficier de la protection instaurée par la Clause de Martens. En vertu de ce texte « *les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'emprise du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique* »<sup>205</sup>.

---

*peut dépendre des considérations d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèces* ». Cf, CIJ, 5 février 1970, Affaire Barcelona Traction, Rec., 1970, p. 43. Dans le même sens, la CPJI avait jugé auparavant à travers un dictum que : « *en prenant fait et cause pour l'un des siens en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, [l']Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international* ». Cf, CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Arrêt du 30 Août 1924, Série A, p. 12. Voir sur ce point PELLET (Alain), « *La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique* », in *Droit du pouvoir et pouvoir du droit* : Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1360, note 6 ; FORTEAU (Mathias), « *L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable* », in RGDIP, 2007, Paris, Pedone, p. 754. Notons que le Projet d'articles de la CDI de 2006 réaffirme qu'« *un Etat a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles* » (article 2) même pour des « *personnes morales autres que des sociétés* » (article 13). Projet d'articles de la CDI de 2006 est disponible sur : [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet\\_d'articles/9\\_8\\_2006\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d'articles/9_8_2006_francais.pdf). Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>202</sup> La protection diplomatique peut être considérée comme un droit pour les particuliers comme ce fut le cas dans la République de Weimar en 1919 dont le non respect pouvait engager la responsabilité de l'Etat. Par contre dans certains Etats comme la France, l'exercice de la protection diplomatique est « *acte de gouvernement* » dans le sens que cette notion acquiert en droit administratif, c'est-à-dire un acte ayant une immunité juridictionnelle et dont les juridictions de l'ordre administratif n'acceptent pas de connaître, par exemple quand une requête reproche à l'Etat de l'avoir refusée (Cf, Conseil d'Etat, 23 décembre 1904, *Poujade*, Rec. Lebon, p. 783 ; Dans ce sens, voir KDHIR (Moncef), « *La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international* », in *Journal du Droit international*, n°1, 2003, pp. 1059-1083). Voir, la position de Sévane GARIBIAN sur la question du droit individuel à la protection diplomatique qui soutient que : « *l'individu reste tributaire de la discrétionnarité du droit étatique d'agir : il ne saurait faire valoir un droit à l'action proprement parler, même si le pouvoir d'appréciation de l'Etat de nationalité relativement à l'opportunité de l'action en protection diplomatique est plus encadré* ». Cf, GARIBIAN (Sévane), « *Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ?* », in AFDI, 2008, Paris, CNRS, p. 119.

<sup>203</sup> L'article 75 du premier Protocole aux Convention de Genève déjà cité, énonce notamment l'obligation de traitement humain, l'interdiction de toute atteinte à l'intégrité physique et morale, l'interdiction des traitements humiliants et dégradants ainsi que toutes les garanties d'un procès impartial et régulier.

<sup>204</sup> CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, Rec., 1996, p. 265, § 24.

<sup>205</sup> La clause se fondait sur une déclaration lue par le professeur Frédéric de Martens (à qui elle doit son nom), délégué russe à la Conférence de la paix réunie à La Haye en 1899. Il avait présenté cette déclaration après que les délégués à la Conférence de la paix n'eurent pas réussi à se mettre d'accord sur la question du statut des civils

Cependant, l'Etat au pouvoir duquel se trouve l'employé d'une SMSP n'applique ces normes internationales que s'il y adhère. Dans le cas contraire, la protection est très mince comme dans la situation où il est considéré comme participant directement aux hostilités.

### **b). En cas de participation directe aux hostilités**

La participation directe a pour conséquence la perte d'immunité contre les attaques en tant que non-combattant. Si un civil prend part aux hostilités, il devient une cible légitime pouvant être capturée, blessée ou tuée par un combattant sans que celui-ci n'enfreigne le droit des conflits armés.

Toutefois, l'article 51 du premier Protocole pose des conditions pour perdre la protection. Il faut dans ce cadre situer la perte « *pendant la durée de cette participation* »<sup>206</sup>. Le commentaire du Protocole additionnel I de 1977 des Conventions de Genève de 1949 situe la durée de la participation dans « *le temps où le civil se sert d'une arme, [...] le temps pendant lequel il la porte [et] les situations où le civil se livre à des actes hostiles [même] sans se servir d'une arme* »<sup>207</sup>. La puissance détentrice profite de la participation pour minimiser la protection accordée aux personnes tombées sous son pouvoir. En fait, la participation ouvre sur les statuts moins favorables. En effet, le fait d'avoir recours à la violence est assimilable pour le civil à « *une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat* ». Ce qui peut encourager d'ailleurs l'Etat détenteur à utiliser l'article 5 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève<sup>208</sup> pour déroger aux droits alloués aux personnes protégées au titre de l'article 4 (du

---

qui prenaient les armes contre une force occupante. De l'avis des grandes puissances militaires, il fallait traiter ces civils comme des francs-tireurs et les rendre passibles d'exécution ; de leur côté, les petites nations soutenaient qu'il fallait les traiter comme des combattants réguliers. Bien qu'elle ait été formulée à l'origine spécifiquement pour résoudre ce différend, la clause est réapparue plus tard, sous des formes diverses quoique similaires, dans des traités ultérieurs réglementant les conflits armés. Cf, V. Poustogarov, « *Un humaniste des temps modernes : Fiodor Fiodorovitch Martens (1845-1909)* », Revue internationale de la Croix-Rouge, n°819, mai-juin 1996, pp. 322-338.

<sup>206</sup> Article 51 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. Consultable au lien suivant : <http://www2.ohchr.org/french/law/protocole1.htm>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

« 3. *Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation* ».

<sup>207</sup> PILLOUD (Claude), SANDOZ (Yves) et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 Août 1949*, Editions Kluwer Academic Publishers, 1986, p. 633.

<sup>208</sup> Article 5. – « *Si, sur le territoire d'une Partie au conflit, celle-ci a de sérieuses raisons de considérer qu'une personne protégée par la présente Convention fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou s'il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, ladite personne ne pourra se prévaloir des droits et privilèges conférés par la présente Convention qui, s'ils étaient exercés en sa faveur, pourraient porter préjudice à la sécurité de l'Etat.*

*Si, dans un territoire occupé, une personne protégée par la Convention est appréhendée en tant qu'espion ou saboteur ou parce qu'elle fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de la Puissance occupante, ladite personne pourra, dans les cas où la sécurité militaire l'exige absolument, être privée des droits de communication prévus par la présente Convention.*

même texte) dans la limite fixée par cet article. L'article 5 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève dispose qu'une personne soupçonnée de se livrer légitimement à un acte contre la sûreté de l'Etat aux mains duquel il se trouve, ne peut se prévaloir « *des droits et privilèges conférés par la Convention* »<sup>209</sup>. Ainsi, les employés des SMSP, ne pouvant avoir le privilège du statut de combattant, s'exposent à des poursuites judiciaires pour homicide ou violence avec armes entre autres, pour le seul fait de prendre part aux hostilités. Ils peuvent dans ce cadre être jugés par des tribunaux de la puissance détentrice.

Toutefois, cette protection minimale peut connaître des restrictions dans certains cas qu'il convient d'analyser.

### **B/. Une protection minimale non garantie au cours des conflits internes**

Le développement des conflits armés internes est le catalyseur de la faiblesse de la protection des employés des sociétés militaires et de sécurité privées. Depuis le début des années 90, la plupart des conflits dans le monde étaient internes. En Afrique, c'était la période où explosa le phénomène des SMSP, coïncidant avec « *l'affaiblissement de l'autorité de l'Etat et la déliquescence des armées nationales* »<sup>210</sup>. Ce qui fait, qu'excepté les conflits armés en Irak et en Afghanistan, ces sociétés ont connu la majorité de leurs interventions dans des guerres civiles. Sous l'angle de la conduite de la guerre, les conflits en Irak et en Afghanistan s'approchent des opérations de guérillas urbaines avec combattants mélangés à la

---

*Dans chacun de ces cas, les personnes visées par les alinéas précédents seront toutefois traitées avec humanité et, en cas de poursuites, ne seront pas privées de leur droit à un procès équitable et régulier tel qu'il est prévu par la présente Convention. Elles recouvreront également le bénéfice de tous les droits et privilèges d'une personne protégée, au sens de la présente Convention, à la date la plus proche possible eu égard à la sécurité de l'Etat ou de la Puissance occupante, suivant le cas ».*

<sup>209</sup> « Si, sur le territoire d'une Partie au conflit, celle-ci a de sérieuses raisons de considérer qu'une personne protégée par la présente Convention fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou s'il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, ladite personne ne pourra se prévaloir des droits et privilèges conférés par la présente Convention qui, s'ils étaient exercés en sa faveur, pourraient porter préjudice à la sécurité de l'Etat.

*Si, dans un territoire occupé, une personne protégée par la Convention est appréhendée en tant qu'espion ou saboteur ou parce qu'elle fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de la Puissance occupante, ladite personne pourra, dans les cas où la sécurité militaire l'exige absolument, être privée des droits de communication prévus par la présente Convention.*

*Dans chacun de ces cas, les personnes visées par les alinéas précédents seront toutefois traitées avec humanité et, en cas de poursuites, ne seront pas privées de leur droit à un procès équitable et régulier tel qu'il est prévu par la présente Convention. Elles recouvreront également le bénéfice de tous les droits et privilèges d'une personne protégée, au sens de la présente Convention, à la date la plus proche possible eu égard à la sécurité de l'Etat ou de la Puissance occupante, suivant le cas ».*

Consultable au lien suivant : [http://www2.ohchr.org/french/law/personnes\\_civiles.htm](http://www2.ohchr.org/french/law/personnes_civiles.htm). Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>210</sup> CHAIGNEAU (Pascal), « *Pour une typologie des conflits africains* », in *Conflits en mutation ?* Danielle Domergue-Cloarec (dir), Paris, éditions Complexe, 2003, p. 193.

population civile. Ainsi, la guerre classique disparaît en laissant la place à des opérations de combat plus proches des actions de maintien de l'ordre. En fait, durant ces conflits, ne s'appliquent ni la totalité des Conventions de Genève, ni le premier Protocole additionnel de 1977 mais uniquement l'article 3 commun aux Conventions de Genève<sup>211</sup> et le Protocole II. Ces instruments ne s'appliquent qu'aux Etats qui y sont parties. La défaillance de l'Etat dans sa mission de respecter et faire respecter le droit international humanitaire et l'existence d'entités non étatiques non signataires des conventions internationales régulant les conflits, ne garantissent pas l'application de protection qu'il convient d'apporter aux civils tombés aux mains de l'ennemi. Ensuite, en matière de conflit interne, les Etats ne conçoivent pas les opérations comme une guerre mais comme une mission de maintien de l'ordre<sup>212</sup>. Ainsi, il convient de constater que « *la qualification des situations de violence armée est en outre souvent tributaire de considérations d'ordre politique, les parties impliquées cherchant à interpréter les faits en fonction de leurs intérêts. S'appuyant sur la marge d'appréciation laissée ouverte par la généralité des catégories juridiques, il n'est pas rare notamment que des Etats refusent d'admettre qu'ils se trouvent engagés dans un conflit armé. Ils préfèrent relativiser l'intensité de la situation en déclarant conduire une opération de maintien de l'ordre. Ce faisant, ils nient l'applicabilité du droit humanitaire* »<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> Etant donné son importance, le texte complet de l'article 3 commun est cité ci-dessous : « *En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties (à savoir : Etats, rebelles, Etats qui aident, etc.) au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :*

*1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.*

*A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :*

*a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;*  
*b) les prises d'otages ;*  
*c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;*  
*d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.*

*2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention. L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit ».*

<sup>212</sup> Cette tendance des Etats est difficile à contrecarrer dans la mesure où il n'y a pas d'autorité internationale chargée de faire les qualifications nécessaires auxquelles doivent se conformer les acteurs des conflits, à l'image par exemple du Conseil de sécurité qui qualifie une situation de menace à la paix ou rupture de paix (article 39 de la Charte des Nations unies).

<sup>213</sup> VITE (Sylvain), « *Typologie des conflits armés en droit international humanitaire : concepts juridiques et réalités* », article publié dans sa version anglaise sous le titre "Typology of armed conflicts in international

Du coup, l'invocation de l'application du droit international humanitaire peut être confrontée à des difficultés. Ainsi, les personnes capturées, même étant des membres des SMSP, risquent de ne pas bénéficier de la protection minimale octroyées par le droit international humanitaire dans les situations de conflits armés internes. La particularité de ces conflits est que la protection des civils est mise en veilleuse car la crise qui oppose l'Etat à l'entité non étatique s'insurgeant, n'est pas toujours reconnue comme « *conflit armé non international* » au sens conventionnel du terme par les différents acteurs et le respect du droit par les rebelles dépend de la volonté de ces derniers de se sentir liés par les règles du droit des conflits armés.

**a). La garantie de droits dépendant de la seule volonté des entités non étatiques d'être liées aux règles du droit international humanitaire**

Les groupes rebelles<sup>214</sup> comme toutes les entités non étatiques, ne se sentent pas liés par les conventions internationales auxquelles en réalité ils ne sont pas adhérents. Le respect du droit humanitaire empêche les rebelles d'atteindre leur but. En effet, les armées nationales contre lesquelles ils combattent sont mieux organisées et disposent de plus de moyens militaires et financiers. Mais le rebelle n'est pas sans savoir qu'une fois entre les mains de l'Etat qui le considère comme refusant son autorité sur le territoire national, il ne peut jouir ni du statut de prisonnier de guerre, ni de celui de combattant. Il est poursuivi devant les tribunaux nationaux en vertu de la loi du *for* pour le fait d'avoir pris part aux hostilités. C'est ce qui explique qu'il s'adonne à des actes de guerre non conventionnels. Ce mauvais comportement pousse les rebelles souvent jusqu'au bout de leurs objectifs par tous les moyens.

Dans les conflits armés non internationaux, les parties peuvent utiliser les services des sociétés militaires privées. Le constat dans la pratique montre que ce sont les Etats qui engagent le plus les soldats privés. C'est le cas de la Sierra Léone et de l'Angola entre autres autour des années 90. Ainsi un employé d'une SMSP qui tombe entre les mains de rebelles ne peut jouir que des droits ces derniers voudront bien lui accorder. On imagine mal que les

---

humanitarian law: legal concepts and actual situations", dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, n°873, mars 2009, pp. 69-94. Il est disponible en français sur le site : [http://www.help.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/review-873-p69/\\$File/irrc-873-Vite-fre.pdf](http://www.help.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/review-873-p69/$File/irrc-873-Vite-fre.pdf). Dernière visite le 30 septembre 2013.

<sup>214</sup> « *Etymologiquement, le rebelle est celui qui établit ou bien qui perpétue un état de guerre (re/ bellum)* ». Cf, DESRAYAUD (A), *Cours d'Histoire du droit public*, Année universitaire 1993-1994, Tome II, Paris Saint-Maur-des-Fossés, p. 222.

groupes en rébellion octroient la protection de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et celle du Protocole II. Le lynchage des combattants de la société *Blackwater* et la suspension de leurs corps brûlés sur les poutres du pont de Falloujah témoignent de la violence dont sont capables les entités armées non étatiques en insurrection<sup>215</sup>. Les employés des SMSP sont forcément regardés comme des mercenaires, ne méritant aux yeux des rebelles aucun respect dans ce genre de conflit. C'est dans cette situation qu'il faut s'interroger sur les limites du droit humanitaire dans le cadre d'un conflit armé interne.

### **b). La garantie des droits dépendant de l'aléa de la qualification juridique du conflit opposant un Etat à une entité non étatique**

Dans le cadre des conflits internes, le Protocole II de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 est la référence en matière de respect du droit humanitaire. Les Etats qui y sont parties sont tenus de l'appliquer. Le texte prévoit l'obligation de traitement humain et le respect des garanties fondamentales prévues à l'article 3 commun aux Conventions de Genève<sup>216</sup>. Des garanties sont également prévues en matière de poursuite pénale et d'internement en vertu de l'article 5 et 6 du Protocole II. Le titre IV du Protocole II garantit une protection générale pour les personnes et les biens à caractère civil.

Toutefois, l'Etat partie à la convention, même s'il est obligé d'appliquer le texte, n'assure pas toujours la protection qu'il faut. En effet, la protection dépend du sens donné au concept de « *conflit armé non international* » qui est une expression juridique à multiples facettes. Les instruments internationaux pertinents n'ont pas proposé de critères suffisamment précis pour qualifier les situations d'affrontements armés se déroulant à l'intérieur des Etats. C'est dire que la notion de conflit armé non international n'a pas fait l'objet de définition de la part des conventions internationales relatives au droit humanitaire. La question de la définition a été l'objet d'âpres négociations à la Conférence ayant précédé l'adoption de l'article 3 commun<sup>217</sup>. Les textes au regard desquels la notion peut être analysée sont l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et le deuxième Protocole de 1977 additionnel aux dites conventions.

---

<sup>215</sup> WAXMAN (Henry A.), « *Private military contractors in Iraq : An examination of Blackwater's action in Fallujah* », op. cit, p. 6. Cf, <http://www.c-span.org/pdf/blackwater100207.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>216</sup> La Cour internationale de justice a qualifié les dispositions de l'article 3 de « *considérations élémentaires d'humanité* » constituant une norme minimale applicable aux conflits armés, internationaux ou non. Cf CIJ, *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, Rec. 1986, p. 14, par. 218, confirmé dans CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, § 157.

<sup>217</sup> MOMTAZ (Djamchid), « *Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux* », in RCADI, 2001, Tome 292, pp. 28 et 47.

En vertu de l'article 3 commun, le conflit armé non international est conçu de manière négative c'est-à-dire qu'il est présenté comme étant un conflit ne présentant pas un caractère international. Ce texte exige en substance que la situation atteigne le niveau de conflit armé, c'est-à-dire atteindre un degré élevé de violence et que le protagoniste du Gouvernement soit identifiable et ait une certaine organisation pour être capable d'appliquer les dispositions de l'article 3 commun. Ainsi, ces deux critères évoqués ci-dessus se dégagent et permettent de distinguer le conflit armé non international des tensions et troubles intérieurs<sup>218</sup> auxquels le droit international humanitaire ne s'applique pas. Le problème d'application de ces critères dépendra plus du seuil minimum du degré de violence et de l'organisation de la partie non étatique que de leur cumul. Chaque critère sera apprécié au cas par cas. S'agissant du degré élevé de violence, par exemple, l'utilisation de l'armée lorsque les forces de police sont impuissantes face aux insurgés et l'armement employé peuvent montrer que l'on n'est plus en opération de maintien de l'ordre. Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a décidé que le seuil est atteint chaque fois que la conflictualité peut être qualifiée de « *protracted armed violence* »<sup>219</sup> (conflit armé prolongé). Cette position est critiquable dans la mesure où le moment à partir duquel, un conflit armé non international a suffisamment duré et ainsi entraîné l'application du droit international humanitaire, n'est pas déterminé. Si l'on se base même sur la notion de durée, il peut arriver qu'un conflit bref mais très violent soit écarté de l'application des dispositions de l'article 3, d'où une absence de protection. Quant à l'organisation de la partie non étatique, le seuil ne s'aurait être la hiérarchie sophistiquée des forces armées nationales. Elle peut être « *suffisamment organisée* »<sup>220</sup> juste pour encadrer les troupes et leur imposer une discipline dans le sens de mieux assurer les protections exigées par le droit international humanitaire.

Cependant, les dispositions de l'article 3 commun ne s'appliquent qu'aux conflits se déroulant dans le territoire d'un Etat. Or, depuis l'adoption de ce texte, les conflits locaux ont connu de nouvelles formes le rendant difficilement applicable. Il en est ainsi des conflits internes qui opposent des groupes armés non étatiques. C'est pour corriger la restriction du

---

<sup>218</sup> Les tensions et troubles internes supposent l'émergence d'une violence « *anormale* » qui est le fait de personnes qui ne sont pas clairement identifiables. C'est le cas par exemple des tensions qui ont eu lieu en Grèce en 2008. Cf. PERILLEUX (Jonas), « *L'interprétation des notions de « conflit armé interne » et de « violence aveugle » dans le cadre de la protection subsidiaire : le droit international humanitaire est-il une référence obligatoire ?* », in Revue belge de droit international, n°1, 2009, Bruxelles, Bruylant, p. 124.

<sup>219</sup> TPIY, *Affaire Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 70.

<sup>220</sup> MOMTAZ (Djamchid), « *Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux* », op. cit, p. 51.

champ d'application de l'article 3 commun que le Protocole additionnel n° II aux Conventions de Genève a été adopté en 1977. Son article premier dispose qu'il « *développe et complète l'article 3 commun [...]* ». Ainsi, son champ d'application s'élargit par rapport au texte précédent et couvre non seulement les conflits armés qui opposent des forces gouvernementales à des forces armées dissidentes mais aussi ceux opposant uniquement des groupes armés non étatiques. Le protocole II reprend les critères de l'article 3 commun mais exige en plus de l'organisation de l'entité non étatique que celle-ci contrôle une partie du territoire de l'Etat sur lequel elle combat. Cette disposition souffre d'une imprécision dans la mesure où, ni la surface minimum à contrôler, ni le temps nécessaire ne sont déterminés. En plus de cela, « *les Etats aux prises avec le conflit armé [non international] seront généralement réticents à reconnaître l'applicabilité du Protocole II, preuve de leur incapacité à contrôler l'ensemble de leur territoire et d'y exercer une souveraineté effective* »<sup>221</sup>.

Toutefois, l'article 3 commun et le Protocole II ne couvrent pas tous les aspects des conflits locaux. Il en est ainsi des conflits non internationaux transfrontaliers. C'est le cas par exemple du conflit opposant Israël au Hezbollah libanais durant l'été 2006. Pour qualifier ce type de conflit, il convient de s'en tenir à la nature du contrôle exercé par l'Etat sur le territoire duquel se situe le groupe armé. En l'espèce, si le Gouvernement libanais contrôle le Hezbollah, il y a conflit international. Or, tel n'est pas le cas dans la réalité<sup>222</sup>.

Au total, lorsqu'une SMSP est engagée par un groupe rebelle combattant un Gouvernement, ses employés, une fois arrêtés et détenus par l'Etat doivent bénéficier des protections prévues par l'article 3 commun et le Protocole II. Mais il est peu probable qu'un Etat applique des « *mesures de clémence* » du droit humanitaire à l'endroit d'étrangers qui sont venus s'immiscer dans un conflit interne. La raison est qu'ils peuvent être perçus comme des aventuriers attirés par l'argent ou les ressources naturelles qui souvent tombent aux mains des rebelles. Cette image de mercenaire qui plane sur le personnel des sociétés militaires et de sécurité privées peut priver ces combattants de la protection et les exposer à l'arbitraire.

Cette situation montre comment la protection des employés des SMSP est très limitée. Le droit international humanitaire ne protège donc pas les contractants d'une façon adéquate.

---

<sup>221</sup> Ibid., p. 51.

<sup>222</sup> Le Gouvernement libanais, par une lettre datée du 13 juillet 2006 et adressée au Secrétaire Général et le Président du Conseil de sécurité par le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente du Liban auprès de l'Organisation des Nations unies, a démontré qu'il ne contrôle pas cette force. La lettre publiée sous le n°A/60/938-S/2006/518, est disponible sur le site : <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/ga/60/docs1.htm>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

En ne leur prévoyant aucun statut réel, ce droit laisse une large marge de manœuvre aux ennemis aux mains desquels se trouvent ces personnes fragilisées. La carence juridique est injustifiable dans le contexte où le combat direct a disparu laissant la place à une guérilla urbaine qui ressemble plus à une opération de maintien de l'ordre qu'à une guerre classique.

Sur ce point, le droit international est actuellement inefficace pour encadrer les activités des SMSP. Il convient de voir maintenant la situation du droit national présentement face aux prestataires de sécurité militaires.

## Chapitre II : L'incomplétude des législations nationales relatives aux SMSP

Le rôle de l'Etat est de fournir la sécurité, comme un bien public<sup>223</sup>, à ses ressortissants. La sécurité est naturellement un bien public essentiel, au même titre que l'éducation, la santé et l'eau potable<sup>224</sup>. Pour assurer un usage adéquat de la sécurité, il est essentiel que les Etats développent une législation étendue pour réglementer et contrôler le travail de l'industrie privée de la sécurité. De nombreux Etats ont adopté un cadre légal de réglementation du secteur de la sécurité privée. Si le domaine de la sécurité privée est non réglementé et mal contrôlé, il « *peut avoir des effets atroces sur la vie humaine* »<sup>225</sup>.

Les Etats légifèrent chacun de son côté et leurs positions sont très éloignées les unes des autres car les objectifs nationaux diffèrent d'un pays à l'autre<sup>226</sup>. Il y a alors autant de normes que de pays. Puisqu'il n'y a pas encore de convention internationale relative à la régulation des statuts et des activités des sociétés militaires et de sécurité privées, l'harmonisation des approches nationales de réglementation pourrait être d'un secours important pour endiguer ce phénomène qui ne cesse de prendre de l'ampleur et qui est surtout porteur de risque d'abus.

L'analyse des réglementations nationales ne consistera pas à dresser un tableau de toutes les législations des Etats qui existent concernant les SMSP. Il s'agit plutôt de mettre l'accent d'abord sur les tendances que suivent les législations dans leur disparité et montrer que ce manque d'uniformisation des pratiques législatives participe à l'affaiblissement de la réglementation des activités des SMSP. Il convient ainsi de s'appesantir d'abord sur la disparité des approches nationales de réglementation des activités des SMSP en étudiant les

---

<sup>223</sup> La « *Déclaration de Principe sur la privatisation du secteur de la sécurité* », Œuvre du Bureau du Forum Parlementaire sur les armes légères et de petit calibre, réunion tenue à Panama City les 28 et 29 octobre 2007, disponible sur le site :

[http://www.parliamentaryforum.org/joomla/images/stories/dclaration\\_de\\_principe\\_sur\\_la\\_privatisation\\_du\\_secteur\\_de\\_la\\_scurit.pdf](http://www.parliamentaryforum.org/joomla/images/stories/dclaration_de_principe_sur_la_privatisation_du_secteur_de_la_scurit.pdf). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>224</sup> La sécurité vient après les besoins physiologiques qui occupent la base de la pyramide d'Abraham Maslow. Cf. Abraham Maslow, *A theory of human motivation*, 1943, in *Psychological Review*, 50, pp. 370-396.

<sup>225</sup> La « *Déclaration de Principe sur la privatisation du secteur de la sécurité* », Œuvre du Bureau du Forum Parlementaire sur les armes légères et de petit calibre, op. cit. Disponible sur le site : [http://www.parliamentaryforum.org/joomla/images/stories/dclaration\\_de\\_principe\\_sur\\_la\\_privatisation\\_du\\_secteur\\_de\\_la\\_scurit.pdf](http://www.parliamentaryforum.org/joomla/images/stories/dclaration_de_principe_sur_la_privatisation_du_secteur_de_la_scurit.pdf). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>226</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 137.

modèles de quelques Etats avant de souligner ensuite les difficultés d'application des législations nationales.

## **Section I : La disparité des approches nationales**

Faute d'une harmonisation, les Etats se sont lancés dans cette entreprise de réglementation des activités des SMSP en ordre dispersé. Chacun légifère dans le sens de ses intérêts sans se soucier de l'intérêt de la communauté internationale à savoir, la promotion de la paix qui passe par le respect des droits de l'homme. En effet, pour certains, contrôler les sociétés militaires et de sécurité privées comporte des avantages dans la conduite de la politique étrangère tandis que d'autres rechignent à encadrer réellement l'activité de ces entités privées en se contentant de lois de portée générale.

Du reste, la disparité des approches nationales apporte sa contribution dans l'affaiblissement de l'encadrement des activités des SMSP. Dans la catégorie des Etats exportateurs et d'origine, la réglementation est conçue soit pour régir davantage les interventions extérieures des SMSP, soit pour manifester un laisser faire en faveur des privés. S'agissant de la catégorie des pays hôtes, les normes relatives à l'activité des SMSP sont à l'état embryonnaire et elles concernent plus les interventions à l'intérieur du territoire de ces Etats d'accueil. Ces catégories seront étudiées tour à tour.

### **§ I : La réglementation de la catégorie des Etats d'origine et exportateurs**

Dans ce groupe d'Etats à majorité anglo-saxonne, deux options sont dominantes dans les approches législatives. Certains Etats pratiquent expressément l'instrumentalisation des sociétés militaires et de sécurité privées tandis que d'autres ont adopté la position de laisser faire à travers des règles aux contours flous.

#### **A/. L'instrumentalisation : les SMSP comme outils de la politique extérieure**

Très peu d'Etats ont réglementé les activités des sociétés militaires et de sécurité. Il existe pourtant certaines bonnes raisons pouvant inciter un Etat à contrôler ce type d'activité. Il en est ainsi de l'impact de ces activités sur la réputation des Etats et sur l'accomplissement de leurs objectifs en termes de politique étrangère.

Cette séquence vise avant tout, à décrire les efforts déployés par les Etats-Unis et l'Afrique du Sud<sup>227</sup>, pour la réglementation de la violence privée. Ces pays, se distinguent en ce que leurs législations, adoptées au cours de la période récente, visent à encadrer les activités de leurs sociétés privées portant sur des services liés à la sécurité ou à la défense. Les sociétés privées travaillent sous le couvert de leur Etats d'origine et elles sont de véritables vecteurs de l'influence que leur Gouvernement national peut exercer sur les pays contractants. Les Etats ont une tutelle plus ou moins forte sur les activités des sociétés militaires et de sécurité privées qui portent leur nationalité, car les réglementations sont faites de sorte que leur feu vert soit nécessaire pour la signature des contrats à l'étranger ou l'exportation d'armes. Dans ces conditions, l'autorisation donnée par les services gouvernementaux ne saurait aller à l'encontre des intérêts nationaux de politique étrangère. Les sociétés participent au développement de l'économie nationale avec leurs capitaux et les emplois qu'elles créent.

#### **a). Le modèle sud africain ou la réglementation des activités au détriment du statut des SMSP**

L'approche sud africaine en matière de la réglementation des activités des SMSP, est clairement singulière en ce sens que, le pays a dû faire face à une période postApartheid marquée par des programmes de désarmement, de démobilisation et de réintégration de son personnel militaire. Le démantèlement des unités de répression<sup>228</sup> de la période d'Apartheid, a mis sur le marché de la sécurité des hommes aguerris qui ne vont pas rester longtemps au chômage. Très vite, ils vont créer des sociétés privées évoluant dans le secteur de la sécurité. C'est dans ce sillage qu'est née la plus emblématique d'entre-elles, *Executive Outcomes*. D'ailleurs, l'image donnée par cette SMSP, employée dans de nombreux conflits dans les années 1990 a été à l'origine de l'effort de régulation impulsé par le Gouvernement sud

---

<sup>227</sup> Ces Etats sont en même temps des Etats d'origine et des Etats exportateurs.

<sup>228</sup> Il s'agit du « *Groupe des Bravos* » qui sera rebaptisé « *32<sup>ème</sup> Bataillon* » et connu aussi sous le nom de « *Buffalo Battalion* » en référence à un ancien insigne de tradition sur lequel figurait une tête de buffle. Ce Groupe se spécialise dans la contre-guérilla. D'abord installé en Namibie sous domination sud africaine, il sera rapatrié en 1989 en Afrique du sud lors de l'indépendance de cet Etat du sud ouest africain. La fin du régime de l'Apartheid a poussé les autorités sud africaines à dissoudre toutes les unités de mauvaise réputation avant la transition démocratique. Parmi ces unités, on peut noter notamment le *Koevoet* littéralement « *pied-de-biche* » en Afrikaner (langue apparentée au néerlandais parlée par les descendants des colons hollandais dans cette partie australe de l'Afrique). Le *Koevoet* est officiellement connu sous le nom de *South West Africa Police Counter-Insurgency Unit/ SWAPOL-COIN*. (Cf, OLSSON Christian, « *Les relations houleuses entre SMP et tenants de la doctrine de contre insurrection* » in Sécurité globale, *Dossier privatisation de la guerre*, ROTRUBIN Jean-Louis (dir), Paris La Documentation française, 2009, p.69). Cette unité spéciale s'était illustrée dans la lutte contre la SWAPO (South West African People Organisation), un mouvement révolutionnaire et indépendantiste en Namibie. Elle traînait une mauvaise réputation de brutalité et d'usage indiscriminée de la force. Cf, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, pp. 18 et 19.

africain<sup>229</sup>. En fait, les opérations menées par *Executive Outcomes* dans le continent africain n'ont pas facilité la diplomatie de la Nation Arc-en-ciel. En effet, le pays avait des liens avec certains Etats peu « fréquentables » tels que la Syrie, la Libye, le Soudan et ses exportations d'armements avaient irrité la communauté internationale<sup>230</sup>. En plus, la présence de cette SMSP en Sierra Leone était « un des principaux points d'achoppement des négociations »<sup>231</sup> entre le Gouvernement de Freetown et la rébellion sierra léonaise.

C'est pour résorber les désagréments causés à la diplomatie nationale<sup>232</sup>, que le Parlement sud africain a adopté le 26 février 1998 le « *Regulation of Foreign Military Assistance Act* » (RFMAA)<sup>233</sup>. L'adoption de ce texte a pour but de servir plus la politique étrangère de l'Afrique du sud<sup>234</sup> que d'encadrer un phénomène porteur de risque de violation des droits de l'homme et du droit international humanitaire. En réalité, la législation n'a pas visé directement *Executive Outcomes*, mais elle répond à des préoccupations de politique étrangère d'une puissance régionale africaine. Cette instrumentalisation se traduit par le modèle de réglementation sud africaine qui est axé uniquement sur l'encadrement des activités de mercenariat et d'assistance militaire, sans pour autant déterminer le statut de société militaire et de sécurité privée<sup>235</sup>. En légiférant ainsi, l'Afrique du sud semble vouloir protéger des sociétés contre d'éventuelles sanctions qui pourraient les empêcher de continuer à mener les missions qui sont utiles pour l'économie nationale.

Toutefois, le RFMAA s'inspira fortement de la Convention de l'OUA de 1977<sup>236</sup> mais la dépassa en s'appliquant explicitement aux mercenaires traditionnels mais implicitement aux SMSP. Son article 2 dispose que la législation interdit « à tout citoyen ou résident sud africain de recruter, d'entraîner des personnes en vue d'activités mercenaires ou de financer

---

<sup>229</sup> PHILIPPON (Aymeric), « *Activités mercenaires et de sûreté face au droit* » in *Mercenaires et Polices privées La privatisation de la violence armée*, (dir), Olivier HUBAC, Paris, Collections Universalis, 2005, p. 60.

<sup>230</sup> Idem.

<sup>231</sup> Idem.

<sup>232</sup> Officiellement, la loi a été votée pour promouvoir la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cf, Préambule du RFMAA. Voir, ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, Annexe IV, p. 257.

<sup>233</sup> Le *Regulation of Foreign Military Assistance Act* du 20 mai 1998 peut être consulté sur : <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=70672>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>234</sup> PHILIPPON (Aymeric), « *Activités mercenaires et de sûreté face au droit* », op. cit, p. 60.

<sup>235</sup> D'ailleurs, l'expression « *personne* » est employée dans la loi, sans tenir compte de la différence entre les mercenaires et les SMSP d'une part et d'autre part entre mercenaires et membres d'entités privées prestataires de service de sécurité militaire. A travers cette expression « *personne* », il y a l'envie d'assimiler les mercenaires et les SMSP. Ce qui est attesté par l'article 1 du RFMAA qui définit le mot « *personne* » comme signifiant personne physique et personne morale.

<sup>236</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 137.

ces activités »<sup>237</sup>. Ce texte ne s'applique qu'aux personnes physiques s'adonnant à la pratique d'activités mercenaires. D'ailleurs, l'activité mercenaire est définie comme étant « *une participation directe en qualité de combattant dans un conflit armé pour une rémunération personnelle* »<sup>238</sup>. La personne physique doit être recrutée en tant que combattant dans un conflit armé pour être qualifiée de mercenaire. Les membres des SMSP sont plus visés que la société elle-même. Par rapport à la définition du mercenaire à l'article 47 du Premier Protocole de 1977 des Conventions de Genève, l'expression « *spécialement recruté pour combattre* » ne figure pas dans l'article 2 du RFMAA. Ce qui fait que, s'il avéré qu'un citoyen sud africain ou résident permanent participe directement dans un conflit moyennant une rémunération, il peut être qualifié de mercenaire. La notion de participation directe qui est utilisée dans ce texte, n'est pas définie. Ainsi, cette loi comme le droit de Genève, n'a pas précisé le sens de cette notion qui a le mérite d'être au centre de l'application des textes qui la contiennent. L'expression « *en qualité de combattant* » employée dans le texte permet d'interpréter la notion de « *participation directe* » comme étant le fait d'exercer des actes offensifs ou défensifs dans le but d'affaiblir l'ennemi.

La société en tant que personne morale peut être concernée par le financement du mercenariat. La facilité avec laquelle on peut qualifier de mercenaire une personne physique membre d'une SMSP montre que la société peut tomber sous le coup du texte en étant accusée de financer le mercenariat. Les SMSP sont concernées aussi par l'assistance militaire à l'étranger prévue à l'article 3. En effet, le mot « *personne* » est employé sans distinguer les personnes physiques et les SMSP. Ces dernières ne sont même pas définies dans le texte. Tout ceci laisse à croire que les autorités sud africaines ont voulu étendre la définition du mercenaire aux SMSP<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> Article 2 *Prohibition on mercenary activity*

« *No person may within the Republic or elsewhere recruit, use or train persons for or finance or engage in mercenary activity* ». Consultable sur : <http://www.pmg.org.za/bills/0511b42-05.pdf>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>238</sup> Selon la FMAA, article 1, d), iv) « *Mercenary activities means direct participation as a combatant in armed conflict for private gain* » que l'on peut traduire par, « *l'activité mercenaire s'entend d'une participation directe en qualité de combattant dans un conflit armé pour une rémunération personnelle* ». Consultable sur : <http://www.pmg.org.za/bills/0511b42-05.pdf>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>239</sup> Il est légitime de se poser la question de savoir si elles ne sont pas influencées par les dirigeants d'*Executive Outcomes* lors de l'adoption du RFMAA. En effet, les parlementaires sud africains ont présenté une centaine d'amendements dont 28 venaient de cette SMSP. La société demandait que l'on écrive sur le projet de loi, l'interdiction des activités mercenaires parce qu'elle prétendait que les siennes ne seraient pas affectées par le texte. En effet, selon ses dirigeants, le personnel n'est pas « *une équipe de mercenaires* » et la preuve de ses activités mercenaires ne seront pas facile à réunir. Mais, un autre élément juridique peut faire échapper la SMSP sud africaine au RFMAA, c'est précisément le fait qu'elle soit enregistrée comme société britannique. Ce qui rend la saisie de ses avoirs difficile, en cas d'amende en vertu de cette loi. Cf, « *Les multinationales de*

Les SMSP peuvent utiliser leurs membres dans le cadre d'une mission d'assistance militaire. Ainsi, l'article 3 du RFMAA règlemente la manière dont, toute personne (physique ou morale) de nationalité sud africaine ou résidant sur le territoire du pays peut proposer et/ou fournir divers services relevant de l'assistance militaire. Cette dernière est définie de façon très vague. Elle comprend le conseil, l'entraînement, la logistique, le recrutement, etc. Cet article 3 ajoute également que ces activités peuvent être autorisées à condition que les personnes et les activités visées aient été agréées par l'Organe de contrôle en vertu des articles 4 et 5 du RFMAA. Le Comité national de contrôle des armes conventionnelles vérifie la conformité de chaque opération commerciale dans le domaine des prestations militaires ou sécuritaires avec les intérêts de l'Etat sud africain. La violation de ces articles 4 et 5 entraîne une condamnation pénale ainsi qu'une confiscation du matériel et de l'armement ayant servi à commettre l'infraction. Ainsi, si le principe est la prohibition, un régime dérogatoire est prévu. Il s'agit d'une habilitation à obtenir en suivant différentes étapes. D'abord, la société souhaitant s'engager à l'étranger pour fournir un service militaire ou sécuritaire, doit obtenir une habilitation émanant du Gouvernement sud africain. Ensuite, elle va solliciter l'autorisation de conclure le contrat avec le client auprès du *Comité National du Contrôle des Armes Conventionnelles* institué à cet effet. Ce Comité rejette toute opération envisagée en contradiction avec les intérêts de la République d'Afrique du sud.

Un tel texte n'est pas spécifiquement voté pour déterminer le statut des SMSP même s'il leur est applicable en tant que personne morale. Dans la pratique, les sociétés ont essayé de le contourner en se déclarant société de déminage et aussi comme des associations humanitaires parce que l'organe de contrôle pouvait exempter une société de l'obligation d'habilitation si ses activités avaient pour objectif de soulager les civils affectés par un conflit armé. Ainsi, la stratégie adoptée par les personnes morales était de montrer qu'elles ne participaient pas aux combats pour obtenir l'autorisation. Cette pratique a ouvert une brèche constitutive d'abus et de ce fait, l'efficacité de cette loi se réduit comme peau de chagrin<sup>240</sup>.

C'est ainsi qu'en 2005, le RFMAA est finalement abrogé et remplacé par un texte d'une dénomination compliquée et longue mais qui se veut beaucoup plus pragmatique. C'est

---

*mercenaires dans le monde : histoire et activités de ces entreprises d'un nouveau genre* ». Article disponible sur le site : [intelligence.iframe.com/mercenaires.htm](http://intelligence.iframe.com/mercenaires.htm). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>240</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 139.

le *Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of certain Activities in Areas of Armed Conflict Bill* <sup>241</sup>.

Le Bill<sup>242</sup> s'inscrit dans une logique de renforcer l'efficacité du défunt RFMAA. Il amène une nouvelle interdiction de toute activité militaire y compris à des fins humanitaires à destination d'une zone en situation de conflit armé<sup>243</sup>. Cette interdiction est destinée à toute personne<sup>244</sup> prenant part à un conflit. Le *Bill* prohibe aussi toute activité destinée à soutenir un coup d'Etat, à renverser un Gouvernement légitime ou à attenter à l'intégrité territoriale d'un Etat souverain ainsi que tout enrôlement de citoyen sud africain ou résident permanent sur le territoire de la nation arc-en-ciel dans une force étrangère sans autorisation préalable. C'est pourquoi, désormais toute intervention extérieure doit faire l'objet d'une autorisation. En vertu du *Bill*, il est impossible pour le Ministre de la défense de dispenser certaines sociétés de l'agrément, de le refuser ou de l'accorder sous conditions spéciales. Toute décision concernant l'agrément est dorénavant du ressort du Comité. Seul le Président de la République dispose d'un pouvoir d'exemption d'agrément à l'endroit d'organisation internationale lorsqu'il s'agit d'apporter une aide urgente à une population civile victime d'un conflit armé<sup>245</sup>.

En guise de sanction, le texte de loi prévoit que toute personne physique ou morale auteur d'infraction, dès lors qu'elle est arrêtée dans les eaux territoriales ou à bord d'un navire ou aéronef battant pavillon sud africain, peut être jugée par les cours et tribunaux du pays.

Au total, la réglementation sud africaine n'a pas consisté à encadrer les SMSP intégralement. Le législateur a réglementé les activités des prestataires privés en interdisant les activités mercenaires totalement et en réglementant les fournitures d'assistance militaire à l'étranger dans le sens de donner une autorisation sous certaines conditions. Ce sont les mesures sur l'assistance militaire qui concernent réellement les sociétés militaires et de sécurité privées. Une réglementation complète couvrirait toutes les activités et les statuts de ces entités privées et de leurs membres. Malgré tout, ce dispositif législatif existant est une

---

<sup>241</sup> Loi n°27-2006, publiée dans le *Republic of South Africa, Government Gazette n°30477, Government Notice n°1083*, 16 November 2007, Government Printers, Pretoria. Elle est dénommée "*Prohibition of mercenary activities and prohibition and regulation of certain activities in areas of armed conflict Bill*". Consultable sur : <http://www.issafrika.org/AF/profiles/southafrica/mercenarybill29082006.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>242</sup> Pour des raisons de facilité de lecture, nous utiliserons dans les développements qui suivent l'expression *Bill* pour désigner cette loi.

<sup>243</sup> Une liste exhaustive des zones soumises à agrément est régulièrement mise à jour et publiée par le Comité national de contrôle des armes conventionnelles.

<sup>244</sup> Le terme « *personne* » vise les personnes physiques et morales ainsi que les Etats et tout groupe armé.

<sup>245</sup> Article 13 du *Bill*.

tentative pour poser des garde-fous dans un domaine gangréné par l'absence de réglementation.

Cet arsenal législatif montre que la volonté déterminante de la République sud africaine est de lutter contre la violence privée lors des conflits armés<sup>246</sup>. Mais cela n'empêche pas que le pays reste un grand pourvoyeur de main d'œuvre à des SMSP installées dans d'autres régions du globe. De nombreux Sud africains sont employés par des sociétés militaires et de sécurité privées opérant en Irak et en Afghanistan. Du reste la politique législative a pour but d'instrumentaliser les SMSP à l'instar des Etats-Unis d'Amérique<sup>247</sup>.

### **b). Le modèle américain : un arsenal juridique rigoureux dans le contrôle du personnel civil mais laxiste dans celui des SMSP personnes morales**

Les Etats-Unis ont initié et développé l'externalisation des fonctions militaires et de sécurité. Leur réglementation en la matière peut être considérée comme la plus développée<sup>248</sup>. Il existe, dans le système américain un contrôle considérable des ventes d'articles et de services de défense dans le sens de la préservation des intérêts nationaux. L'idée d'instrumentaliser les entités privées de sécurité militaire est toujours présente. L'emploi des civils confère à la diplomatie américaine des avantages considérables. En effet, avec le « *démenti plausible* » (plausible deniability), certaines opérations peuvent être réalisées sans que l'Administration doive s'expliquer devant le pouvoir législatif. L'envoi de privés permet de maquiller ou de dissimuler une présence américaine<sup>249</sup>. Les Etats-Unis peuvent ainsi atteindre leurs objectifs stratégiques dans une zone lorsque le besoin d'intervention se fait sentir.

Les Etats-Unis réglementent l'activité de ces sociétés en mettant en place une accréditation<sup>250</sup>. Cette dernière doit être obligatoirement obtenue pour toute société souhaitant

---

<sup>246</sup> BESTER (Amelia), NTOUBANDI (Faustin Z.), "The regulatori context of private and security services in South Africa", National Reports Series, Priv-war Report South Africa, November 15<sup>th</sup>, 2009, p.3. Consultable sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>247</sup> PHILIPPON (Aymeric), « *Activités mercenaires et de sûreté face au droit* » in *Mercenaires et Polices privées La privatisation de la violence armée*, (dir), Olivier HUBAC, op. cit, p. 54.

<sup>248</sup> L'encadrement juridique peut se baser sur de vieilles lois américaines encore en vigueur comme l'Alien Tort Claims Act qui permet des sanctions civiles à l'égard des SMSP et sur lequel des éclairages seront faits dans les pages suivantes. Mais la réglementation américaine touche aussi le domaine non militaire des SMSP.

<sup>249</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 285.

<sup>250</sup> Ce genre de contrôle plonge ses racines dans l'Histoire des Etats-Unis. Ainsi la Section 8 de l'article I de la Constitution américaine de 1787 dispose que « *Le Congrès a le pouvoir de déclarer la guerre, d'accorder des lettres de marques et de représailles et d'établir des règlements concernant les prises sur terre et sur mer* ». Les lettres de marque dont il s'agit dans ce texte étaient édictées en faveur des corsaires (mot tiré de l'italien *correre* signifiant courir) qui armaient des flottes privées afin d'attaquer les lignes commerciales britanniques.

fournir un service militaire ou sécuritaire avant la signature des contrats avec un client hors Etats-Unis. Pour réglementer tout cela, plusieurs textes d'ordre général peuvent être applicables à l'activité des SMSP. Ainsi, l'exécution des missions avec des armes fait que les sociétés militaires et de sécurité privées de nationalité américaines sont concernées par le *Neutrality Act* de 1794<sup>251</sup> dont deux révisions sont intervenues en 1937 et 1939. Ce texte règlemente l'exportation d'armes, de munitions et d'instruments de guerre depuis les Etats-Unis vers les zones en situation de conflit armé ou de troubles civils. La violation du *Neutrality Act* est passible d'une sanction pénale<sup>252</sup>.

Dans l'arsenal juridique américain de contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité privées, il faut compter *l'International Traffic in Arms Regulation Act* (ITAR)<sup>253</sup> qui impose à tout fabricant ou exportateur d'articles ou de service de défense de se faire enregistrer au Département d'Etat (Ministère des affaires étrangères) après consultation du Ministère de la défense et de la Représentation américaine dans le pays qui est client<sup>254</sup>. Aux termes de l'ITAR, l'accord préalable du Congrès américain est obligatoire pour la conclusion de tout contrat de fourniture de services militaires d'une valeur supérieure à cinquante millions de dollars. Pour les contrats d'une valeur inférieure à ce seuil sus mentionné, la licence délivrée par l'organe de contrôle logé au Ministère des affaires étrangères suffit. Les SMSP doivent sur la base de ce texte être enregistrées auprès du Département d'Etat qui leur octroie une licence. Ainsi, elles sont autorisées à commercialiser leurs prestations et leur savoir faire par le biais des programmes de ventes aux armées des autres pays (*Foreign Military Sales*), programmes gérés par le Département de la défense<sup>255</sup>.

Par ailleurs, toujours dans le cadre du contrôle des SMSP, le Code militaire américain a connu une évolution de taille en 2006. En fait, jusque là, les textes n'ont prévu aucun mode de sanction à l'encontre des membres des sociétés privées prestataires qui commettent des

---

Cf, KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 285. Les corsaires conservaient le butin à condition que les opérations se soient déroulées conformément aux indications des lettres de marques. Si ce n'était pas le cas, les sommes d'argent placées par les corsaires en guise de garantie servaient à payer les indemnités de réparation des préjudices subis par les propriétaires des navires attaqués. Certains juristes pensent que c'est ce texte qui a servi de base pour l'adoption des lois américaines qui règlementent l'activité des SMSP. C'est le cas par exemple de Matthew J. Gaul: « *Regulating the New Privateers: Private Military Service Contracting and the Modern Marque and Reprisal Clause* », Loyola of Los Angeles Law Review, juin 1998, pp. 1489-1522.

<sup>251</sup> Consultable sur : [http://www.archive.org/stream/neutralitylawsof00fenwa/neutralitylawsof00fenwa\\_djvu.txt](http://www.archive.org/stream/neutralitylawsof00fenwa/neutralitylawsof00fenwa_djvu.txt). Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>252</sup> Avec une amende de 10 000 dollars et un emprisonnement de 5 ans max. cf Jean Didier ROSI, op. cit, p. 143.

<sup>253</sup> Disponible sur le site du Département d'Etat des Etats-Unis au lien suivant : [http://www.pmdtc.state.gov/regulations\\_laws/itar\\_official.html](http://www.pmdtc.state.gov/regulations_laws/itar_official.html). Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>254</sup> GARCIA Thierry, « *La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité mercenaire* », in Revue générale de droit internationale public, vol.3, Paris Pedone, 2003, p. 686.

<sup>255</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, 2009, p. 285.

infractions dans les lieux où ils exercent leurs missions de sécurité ou militaires. En réalité, avant la réforme du Code militaire, les civils qui travaillaient pour le Pentagone (Ministère de la défense) ne pouvaient être jugés pour actes répréhensibles commis sur le terrain que si le Congrès déclarait la guerre à un Etat. Le comble dans tout cela est que les Etats-Unis n'ont pas fait usage de la déclaration de guerre depuis 1941. Ainsi, pour adapter le code militaire à un contexte de développement de la sécurité privée, la réforme du Code militaire intervenue en 2006 a remplacé le terme « guerre » par celui de « guerres déclarées ou autres opérations ».

Cette modification de grande envergure est passée inaperçue. Aucune opposition de la part des SMSP n'a été notée. Curieusement, certaines sociétés comme *Blackwater* se sont félicitées de son adoption car enfin leur statut a l'occasion de se renforcer<sup>256</sup>.

Toutefois, le *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* (MEJA)<sup>257</sup>, 18 U.S.C à la section 3261, prévoit la compétence des juridictions américaines pour des faits commis à l'étranger par un soldat américain ou un « *civil accompagnant les forces de l'Etat fédéral* ». Cette dernière expression signifie, en vertu de la section 3267, toute personne qui aura conclu un contrat avec le Département de la Défense ou tout autre organisme fédéral, ou toute autorité provisoire, dans la mesure où l'emploi est un soutien à la mission du ministère de la Défense.

Mais dans le sillage de la réglementation des activités des sociétés militaires et de sécurité privées, les Etats-Unis ont émis un Document qui contient des lignes directrices contenant des mesures imposées à toute société évoluant dans la production de la violence privée. Il s'agit du *Department Of Defense Instruction 3020.41 « Contractor Personnel Authorized to Accompany The US Armed Forces »*<sup>258</sup> du 3 octobre 2005<sup>259</sup>. Il s'agit dans ce texte de déterminer les conditions dans lesquelles les employés des SMSP peuvent porter des armes dans les zones où les forces américaines opèrent. Le point 6.1.1 de cette Instruction prévoit que les prestataires privés sont des « *civils accompagnant les forces armées* » et qu'ils

---

<sup>256</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 146.

<sup>257</sup> Disponible sur le site suivant : <http://uscode.house.gov/download/pls/18C212.txt>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>258</sup> Document disponible sur le site : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020\\_41.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020_41.pdf). Dernière visite le 14 septembre 2013.

<sup>259</sup> COTTIER (Michael), « Attribution de mandats aux entreprises de sécurité et militaires privées et régulation de leurs activités : éléments à considérer », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°863, Genève 2006, p. 232.

doivent être détenteurs de la carte d'identité spéciale prévue par la III<sup>ème</sup> Convention de Genève relative aux traitements des prisonniers de guerre. Ainsi, en cas de capture, ils doivent bénéficier de statut de prisonnier de guerre. Le point 6.1.3 précise que le personnel des SMSP est soumis aux lois et règlements américains. En cas de déclaration de guerre faite par le Congrès, les « *civils accompagnant les forces armées* » américaines peuvent faire l'objet de poursuites, s'ils commettent des infractions, en vertu du *Uniform code of military justice*.

En octobre 2007, l'ancienne Secrétaire d'Etat américain Condoleeza Rice a donné des directives dont le but était d'équiper les convois diplomatiques américains<sup>260</sup> en Irak de caméra vidéo, de traqueurs par satellite et d'appareillage permettant de « *monitorer* » les conversations radio. Ces mesures se veulent efficaces contre la ou les commissions d'actes comme les massacres du 16 septembre 2007 à Bagdad<sup>261</sup>.

Les Cours et Tribunaux américains disposent désormais d'instruments juridiques pour contrôler les activités des sociétés militaires privées hors du territoire des Etats-Unis. Quand bien même la volonté de réglementer est présente, la problématique des SMSP n'est pas définitivement réglée. En effet le code militaire s'applique aux membres des SMSP qui sont des civils suivant les forces armées et non les sociétés en tant que personnes morales. Sur ce point, l'*Alien Tort Claims Act* de 1789<sup>262</sup> connaît une espèce de résurrection en ce sens que son application est de plus en plus demandée aux tribunaux fédéraux pour juger au civil, les sociétés, dont les SMSP, qui auraient commis des dommages en violation de « *la loi des nations* ». Mais cette loi ne permet que de prononcer des sanctions civiles, lesquelles ont la particularité d'être constitutives de paiement de dommages et intérêts. Malgré tout cela, des plaintes ont été déposées contre des SMSP<sup>263</sup>. Seulement, la jurisprudence américaine a connu

---

<sup>260</sup> La sécurité des convois diplomatiques est assurée par les employés des SMSP qui se trouvent sur le territoire irakien.

<sup>261</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 1490.

<sup>262</sup> « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* » ; traduit comme suit : « *Le tribunal de district sera le premier compétent pour connaître de toute action civile portée par un étranger et ce uniquement pour des griefs portant sur une atteinte à la loi des nations ou un traité auquel les Etats-Unis sont parties* ». Cf, *United States Code*, Title 28--Judiciary And Judicial Procedure, Part IV "Jurisdiction And Venue", Chapter 85 "District Courts; Jurisdiction", Sec. 1350. "*Alien's action for tort*".

L'*Alien tort Acte Clam* de 1789 peut être consulté au lien suivant : [http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=RETRIEVE&FILE=\\$\\$xa\\$\\$busc28.wais&start=2639306&SIZE=4129&TYPE=PDF.](http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=RETRIEVE&FILE=$$xa$$busc28.wais&start=2639306&SIZE=4129&TYPE=PDF.), dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>263</sup> C'est le cas de *Saleh v. Titan Corp.*, 9 juin 2004, *District Court for the Southern District of California*. Il s'agit d'une plainte déposée par d'anciens prisonniers d'Abu Ghraïb contre les sociétés *TITAN Corporation* et *CACI International Inc.* ainsi que contre certains de leurs employés. L'affaire s'est soldée par un renvoi devant un jury dans le cadre d'un *Jury Trial*. Cf, PARODI (Florence), « *Les sociétés militaires privées en Irak* :

depuis 2010 un revirement au sujet de l'application de l'ATCA aux personnes morales. Le 17 septembre 2010, dans l'affaire *Kiobel*, la Cour du 2<sup>ème</sup> Circuit aux Etats-Unis a jugé que l'*Alien Tort Act* ne peut être une base pour engager la responsabilité d'une personne morale<sup>264</sup>. Le 17 avril 2013, la Cour suprême américaine, saisie de l'affaire *Kiobel* dans le cadre de la procédure de « *certiorari* »<sup>265</sup> (procédure d'annulation) a confirmé la décision de la cour d'appel en apportant une précision. Elle décide qu'il y a une présomption d'écarter l'application de l'ATCA aux affaires concernant des violations commises à l'étranger mais cette présomption ne joue pas lorsque l'entreprise a un lien étroit avec le territoire des Etats-Unis<sup>266</sup>. Ce qui fait qu'en vertu de cette jurisprudence, engager la responsabilité civile des SMSP sur la base de l'ATCA va devenir de plus en plus compliqué. Toutefois, la décision de cette juridiction américaine n'a pas clos la possibilité d'attaquer les sociétés sur la base de l'ATCA. Cette voie reste ouverte pour les victimes, mais il va falloir qu'elles démontrent un lien étroit entre la société et les Etats-Unis comme l'existence d'un siège social.

Cependant, la législation américaine connaît d'autres faiblesses. Ainsi, n'ayant pas ratifié le Statut de Rome relatif à la Cour pénale internationale, sa législation ne prévoit pas de mesure permettant de traduire devant la justice internationale les membres des SMSP de nationalité américaine qui seraient soupçonnés d'avoir commis des violations entrant dans les compétences de la juridiction universelle. Dans ce cadre, si des victimes sont déboutées par les juridictions américaines, elles n'auraient plus la possibilité de saisir la CPI. Les mesures

---

*contrôle laxiste et compétences limitées des juridictions américaines* », in Revue *Sentinelles*, Hebdomadaire d'information internationale de la société française pour le droit international, 11 novembre 2007, disponible sur le site :

<http://www.sfdi.org/actualites/a2007/Sentinelles%20125.htm#blackwater>. Dernière visite le 15 septembre 2013.

<sup>264</sup> United States Court of Appeals, Second Circuit, *KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO PLC*, September 17, 2010. Dans cette affaire, il s'agissait d'une plainte en civil contre le royal Dutch Petroleum introduite par des nigériens en vertu de l'*Alien Tort Act Claim*. Selon les plaignants, la société est complice des violations de droits que pratiquait la dictature nigérienne. La nigérienne Esther Kiobel dont l'arrêt porte le nom était l'épouse du sieur Kiobel exécuté par pendaison en 1995. Consultable sur : <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1538779.html>. Dernière visite le 03 juin 2011. Précédemment, l'application de l'*Alien Tort Act Claim* n'a pas été retenue dans une autre affaire. Il s'agit de l'affaire UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc. and the Republic of Sudan (Talisman)*, op. cit. : [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Talisman\\_Court\\_of\\_Appeal\\_Judgement\\_3-10-2009.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Talisman_Court_of_Appeal_Judgement_3-10-2009.pdf). Dernière visite le 03 octobre 2013. Dans sa décision, la Cour a jugé que les demandeurs n'avaient pas établi que l'entreprise *Talisman* avait « *agi dans le but de soutenir les violations du gouvernement* ». La cour a également confirmé le rejet des preuves liées à l'achat d'armes. Elle a notamment considéré comme insuffisants les éléments de preuves démontrant que les paiements effectués par l'entreprise *Talisman* étaient directement destinés à l'approvisionnement en armes du Gouvernement soudanais, en dépit du fait que le jury ait considéré que l'entreprise *Talisman* était au courant que les paiements pouvaient être utilisés dans ce but.

<sup>265</sup> La procédure « *Certiorari* » est une action extraordinaire intentée devant une juridiction supérieure en vue de casser une ordonnance ou une décision d'une juridiction inférieure.

<sup>266</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *KIOBEL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL.*, April, 17, 2013. Consultable sur : [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491\\_l6gn.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013.

prises par le Département d'Etat se résument seulement à des exfiltrations d'employés soupçonnés consistant à les renvoyer vers les Etats-Unis<sup>267</sup>.

Si les Etats-Unis et l'Afrique du sud ont fait d'énormes efforts dans la réglementation, d'autres Etats par contre, engageant moins de sociétés prestataires de service de sécurité privée, ont opté pour une législation aux contours flous.

## **B/. L'encadrement aux contours flous**

Les législations des Etats qui suivent n'ont prévu aucune mesure spécifiquement destinée aux sociétés militaires et de sécurité privées. Elles se limitent à des règles générales sur les sociétés commerciales ou de vieilles lois relatives à la violence privée qui sont d'une application peu efficace aux activités des SMSP. Deux modèles de réglementation seront analysés : c'est d'abord celui de la France et ensuite celui du Royaume uni.

### **a). Le modèle français ou un encadrement juridique indirect et lacunaire**

Le droit français ne régit pas les activités des SMSP qui sont actives dans les pays étrangers même si les autorités sont « *très attentives à la question du recours* »<sup>268</sup> à ces entités privées<sup>269</sup>. Le Livre blanc de 2008 mentionne, d'ailleurs, la notion de sociétés militaires et de sécurité privées en la définissant, dans sa partie consacrée au glossaire, comme étant « *un organisme civil privé impliqué dans le cadre d'opérations militaires, dans la fourniture d'aide, de conseil, d'appui militaire et offrant des prestations traditionnellement assurées par les forces armées nationales* »<sup>270</sup>. Bien que ce texte n'ait pas de force juridique contraignante, il démontre quand même la préoccupation que les autorités se font de ces acteurs. Ainsi, la volonté de légiférer existe bel et bien, mais la réalité est que l'encadrement de

---

<sup>267</sup> PARODI (Florence), « *Les sociétés militaires privées en Irak : contrôle laxiste et compétences limitées des juridictions américaines* », op. cit., disponible sur le site : <http://www.sfdi.org/actualites/a2007/Sentinelles%20125.htm#blackwater>. Dernière visite le 15 septembre 2013.

<sup>268</sup> Réponse du Ministre des Affaires étrangères Bernard Kouchner à une question écrite de l'Assemblée nationale le 16 mars 2010. Disponible sur le site : <https://pastel.diplomatie.gouv.fr/editorial/actual/ael2/bulletin.asp?liste=20100318.html#Chapitre5>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>269</sup> Dans le Livre Blanc sur la Défense et la Sécurité nationale, il est noté dans la foulée de la préoccupation du rôle croissant des entités non étatiques dans la production de la sécurité que « *Des sociétés militaires privées se développent en marge des forces régulières* ». Cf, MALLET (Jean-Claude), *Le Livre Blanc sur la Défense et Sécurité nationale*, in La Documentation française, juin 2008, p. 24.

<sup>270</sup> Ibid., p. 329.

l'externalisation est lacunaire. L'externalisation, en tant que pratique est hésitante en France<sup>271</sup>.

Dans la conception française de l'exercice du pouvoir régalien, l'Etat assure tout en matière de sécurité. Sur ce point, la directive ministérielle n°30892 du 3 août 2000 fixe le cadre général<sup>272</sup> de la démarche d'externalisation<sup>273</sup> au sein du ministère de la Défense<sup>274</sup>.

D'ailleurs, au sujet de l'emploi des civils dans des tâches de défense, la conception française est définie dans le Livre Blanc sur la Sécurité et la Défense comme suit : « *Les personnels militaires devront se concentrer sur les missions opérationnelles, les personnels civils sur les tâches administratives et de soutien, dès lors qu'elles ne sont pas l'objet d'une externalisation [...]. Les contrats d'externalisation de services, qui sont encouragés pour accompagner le redéploiement et la restructuration de l'appareil de défense, pourront être*

---

<sup>271</sup> L'Etat est encore hostile à toute participation directe des sociétés militaires et de sécurité privées aux combats. Les quelques utilisations des services de ces entités non étatiques se résument à des interventions ponctuelles et hors combats comme celle de la société GEOS en Côte d'Ivoire en 2003 pour évacuer les ressortissants français. A noter également que la base aérienne de Villacoublay a confié le transport du personnel et la maintenance de certains aéronefs à des sociétés privées. En 2004, le Gouvernement français a autorisé le ministère de la Défense à confier la formation initiale des pilotes d'hélicoptères à l'Institut aéronautique Amaury de la Grange. Cf, MAMPAEY (Luc), MEKDOUR (Mehdi), « *La guerre en sous-traitance. L'urgence d'un cadre régulateur pour les sociétés militaires et de sécurité privées* », Rapport du Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), publié dans le cadre du programme « *cellule de veille sur la production et les transferts d'armes dans le monde* » subventionné par la Région wallonne. Disponible sur le site du GRIP au lien suivant : <http://www.grip.org/fr/siteweb/images/RAPPORTS/2010/2010-2.pdf>. Dernière visite le 18 septembre 2013.

<sup>272</sup> La directive ministérielle n°30 892 du 3 août 2000 prévoit que trois types de tâches sont à externaliser en priorité. Ce sont :

- les tâches assurées par les appelés, qui sont insuffisamment attractives pour être confiées à des personnels civils ou militaires du ministère de la Défense ;
- les fonctions de soutien général ;
- et les opérations de forte technicité sous réserve des dispositions permettant de garantir la réversibilité du mode de gestion.

Le ministre de la Défense avait identifié cinq thèmes devant faire l'objet d'externalisation en 2004 : la formation initiale des pilotes d'hélicoptères, la gestion des logements, la gestion du parc automobile, le transport aérien de longue portée et la logistique des opérations extérieures. Voir, pour la Directive, le Rapport d'information n°3595 de Michel Dasseux sur « *l'externalisation de certaines tâches relevant du ministère de la Défense* » pour la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale française (12 février 2002). Le Rapport est disponible sur le site de l'Assemblée nationale au lien suivant : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i3595.asp>. Dernière visite le 18 septembre 2013.

<sup>273</sup> L'externalisation des tâches de la défense consiste à confier certaines missions à des sociétés extérieures aux armées. Elle se distingue de la sous-traitance en ce qu'elle transfère au cocontractant la responsabilité de l'exécution des tâches concernées. En vertu de Article 1 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ». Cf, Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance modifiée par La Loi 2001-1168 2001-12-11 art. 6 1° JORF 12 décembre 2001.

<sup>274</sup> CARREZ (Gilles), *Rapport de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2006* (n°2540), p. 25, disponible sur le site : <http://www.assembleenationale.fr/12/pdf/budget/plf2006/b2568-10.pdf>. Dernière visite le 12 août 2013.

liés, dans le respect de la déontologie et des textes, à l'embauche de militaires quittant l'institution »<sup>275</sup>.

Sur le plan national, il n'y a pas de dispositions spécifiques mais quelques textes peuvent être applicables à l'activité des SMSP. C'est le cas par exemple des dispositions du droit des sociétés qui exigent que les personnes morales poursuivent un objet social licite et que leurs activités ne doivent pas contrevenir à l'ordre public<sup>276</sup>.

Sur le plan international, jusqu'à l'arrivée de la gauche au Gouvernement en 1997, la France n'avait pas encore ratifié le Protocole additionnel I du 8 juin 1977, les Conventions de Genève ainsi que la Convention internationale des Nations unies du 4 décembre 1989 contre le recrutement, le financement, l'utilisation et l'instruction des mercenaires. La raison qui justifiait cette méfiance était bel et bien l'éventuelle application de ces textes aux membres de la Légion étrangère<sup>277</sup> jugée inacceptable. En raison du fait que les légionnaires sont totalement intégrés dans l'armée française<sup>278</sup> et qu'ils ont les mêmes droits que les militaires nationaux, ce corps ne saurait être qualifié de mercenaire.

Cependant le statut de la Cour pénale internationale a été ratifié par la France et il permet de sanctionner les membres des SMSP, en tant qu'ils sont des individus, s'ils commettent les infractions qui y sont prévues. Mais les personnes morales ne peuvent être sanctionnées que sur la base de la responsabilité civile.

Sur le plan de la législation consacrée à la violence privée, une loi relative à la répression du mercenariat<sup>279</sup> a été adoptée en avril 2003. Paradoxalement, au moment où cette loi sur les mercenaires était en instance d'être votée, les SMSP proliféraient en Irak et en Afghanistan. La question se pose donc de savoir si ce texte est applicable aux sociétés

---

<sup>275</sup> MALLET (Jean-Claude), *Le Livre Blanc sur la Défense et Sécurité nationale*, op. cit, pp. 237 et 238.

<sup>276</sup> L'objet social peut être défini comme le type d'activité choisi par la société dans ses statuts. Il s'agit de l'entreprise commune visée par l'article 1832 du code civil. L'objet social doit être licite, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (article 1833 du Code Civil).

<sup>277</sup> La création de cette force remonte au 5 mars 1831 (année de la conquête de l'Algérie) lorsque le Roi Louis Philippe décida de reprendre à son compte une formule qui fonctionnait jusque là depuis des siècles, le recrutement d'étrangers au service militaire de la France aux fins d'augmenter ses capacités défensives et offensives. Les légionnaires sont toujours utilisés pour des combats à l'extérieur du territoire français excepté les années 1870 au cœur de la guerre entre la France et la Prusse (avec Léon Gambetta comme Ministre de la guerre). Cf, ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, pp. 37 à 41.

<sup>278</sup> *Idem*.

<sup>279</sup> Loi n°2003-340 du 14 avril 2003, JORF du 15 avril 2003, p. 06636.

militaires et de sécurité privées françaises<sup>280</sup> qui sont des personnes morales. En analysant le texte, l'on remarque que l'article 436-5 dispose que « les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement [...] de l'infraction définie à l'article 436-2 du code pénal »<sup>281</sup>. Une précision est à faire dans ce texte, car l'article 436-2 auquel il renvoie n'a pas prévu spécialement les SMSP. Selon ce texte de renvoi « le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet le recrutement, l'emploi, la rémunération, l'équipement ou l'instruction militaire d'une personne définie à l'article 436-1 est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ». A l'article 436-1, il est fait référence à une personne « spécialement recrutée »<sup>282</sup> pour participer directement à un conflit armé, et il s'agit bien du mercenaire traditionnel (individuel). Au final, la personne morale dont la responsabilité peut être engagée en vertu de cette loi, serait celle qui emploierait des personnes physiques pour prendre part dans un conflit armé en vue d'un avantage personnel ou pour renverser un Gouvernement légitime. Ce qualificatif ne correspond pas à celui des SMSP. En effet, ces dernières, tel qu'elles évoluent actuellement, ne recrutent pas spécialement des individus pour les engager dans des opérations de combat. D'abord, ces individus ne s'engagent pas pour une mission spéciale et ensuite ils sont appelés à exercer la panoplie d'activités que des clients peuvent proposer à leurs employeurs. Même si la responsabilité d'une personne morale est prévue dans l'article 436-5, il s'agit de la responsabilité basée sur l'utilisation par une personne morale des services de mercenaires individuels. Or, une telle éventualité risque de ne jamais se réaliser dans la mesure où, les SMSP savent que le mercenariat est plus sévèrement encadré. En plus, cette activité impopulaire peut nuire à la réputation d'une société qui y serait engagée. En clair, les SMSP feront très attention pour ne pas tomber sous le coup de la loi de 2003.

---

<sup>280</sup> Dans la panoplie des SMSP, il y en a quelques unes qui sont françaises. Il s'agit de *PHL Consultant* dirigée par Philippe Legorjus ancien patron du Groupement d'Intervention de la Gendarmerie Nationale (GIGN). On peut citer également la société *SECOPEX* créée par David Hornu, ancien analyste du Renseignement à la DRM.

<sup>281</sup> La loi de 2003 a ajouté un chapitre au Code pénal, chapitre intégralement consacré à la répression du mercenariat et faisant par l'intermédiaire de l'article 436-1 le lien entre activités mercenaires et terrorisme.

<sup>282</sup> « Art. 436-1. - Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 EUR d'amende le fait :

« 1° Par toute personne, spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé et qui n'est ni ressortissante d'un Etat partie audit conflit armé, ni membre des forces armées de cet Etat, ni n'a été envoyée en mission par un Etat autre que l'un de ceux parties au conflit en tant que membre des forces armées dudit Etat, de prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération nettement supérieure à celle qui est payée ou promise à des combattants ayant un rang et des fonctions analogues dans les forces armées de la partie pour laquelle elle doit combattre ;

2° Par toute personne, spécialement recrutée pour prendre part à un acte concerté de violence visant à renverser les institutions ou porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un Etat et qui n'est ni ressortissante de l'Etat contre lequel cet acte est dirigé, ni membre des forces armées dudit Etat, ni n'a été envoyée en mission par un Etat, de prendre ou tenter de prendre part à un tel acte en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération importants ».

Toutefois, une telle orientation législative peut avoir deux interprétations qui vont dans le même sens : soit, le législateur n'a voulu interdire que l'activité mercenaire en sanctionnant même les personnes morales qui y recourraient soit, il a envisagé de laisser le champ libre aux SMSP sans les nommer et en les mettant en garde contre toute participation aux combats. Ainsi, vu le contenu de la loi de 2003, le législateur a « *occulté totalement le phénomène des sociétés militaires et de sécurité privées* »<sup>283</sup>. Cette loi, ne concerne pas au final les SMSP françaises. A partir de là, il est possible de soutenir que juridiquement, rien n'empêcherait une société militaire et de sécurité privée de droit français, de contracter avec par exemple l'armée américaine ou britannique ou même des organismes humanitaires en Afghanistan, ou en Irak. Seulement, elles doivent s'abstenir de toute participation directe au conflit. La notion de participation n'est pas définie dans le texte de loi comme elle ne l'a pas été non plus dans les conventions internationales pertinentes.

Toutefois, ce qu'il faut retenir dans l'adoption de ce texte, c'est qu'il reste peut clair sur le statut des SMSP françaises. La question semble ne pas être d'actualité alors que le phénomène de ces sociétés bat son plein à travers le monde. Sur ce point, le Rapport Pelchât avait souligné que « *le débat sur l'intervention dans le domaine de la sécurité voire du conseil et de l'assistance militaire de sociétés privées spécialisées [...] n'est pas à l'ordre du jour* »<sup>284</sup>. Or, la France n'échappe pas au phénomène des SMSP<sup>285</sup>.

La loi du 14 avril 2003 n'entrave donc pas l'activité des SMSP tant qu'elles ne sont pas définies et encadrées directement. Par contre, en n'interdisant que le mercenariat, ce texte ne prohibe pas les activités de conseil dans le domaine de la sécurité, ni les activités d'assistance à un Gouvernement légitime à l'étranger.

Toutefois, malgré leur omission dans la loi, les sociétés prestataires de service de sécurité militaire n'étaient pas absentes lors du débat portant sur l'adoption du projet. Le ministre de la défense de l'époque avait constaté que « *de véritables entreprises de guerre, souvent d'origine anglo-saxonne, ont, sur ce terreau, pu apparaître et fructifier. Elles*

---

<sup>283</sup> GARCIA Thierry, « *Loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité mercenaire* », in *Revue générale de droit international public*, Tome 3, Paris, Pedone, 2003, p. 685.

<sup>284</sup> Rapport Pelchât fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaires, Sénat, n°142, Session ordinaire de 2002-2003, p.19. Disponible sur le site du Sénat : [http://www.senat.fr/rap/102-142/102-142\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/102-142/102-142_mono.html). Dernière visite le 19 septembre 2013.

<sup>285</sup> D'ailleurs la société DCI exporte ses expertises militaires à l'étranger et elle est contrôlée à 49 % par l'Etat. Voir le site de DCI, <http://www.groupepci.com/>. Dernière visite le 10 octobre 2013. On peut citer « *Le Groupe privé Barril* » évoluant dans la « *sécurité privée* » fondé par Paul Barril, un ancien membre du GIGN. Cf, <http://www.societe.com/societe/groupe-privé-barril-348868647.html>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

*fournissent à des Etats à la dérive des produits guerriers « clé en main » et à des opposants peu soucieux des procédures légales les moyens de parvenir à leurs fins. Il est à noter d'ailleurs qu'il ne s'agit pas du mercenariat traditionnel, individuel mais de véritables entreprises commerciales d'autant plus redoutables qu'elles disposent de moyens importants »*<sup>286</sup>.

Sans doute, il y avait une volonté réelle de la part du Gouvernement de ne pas trop amplifier l'objet de la loi de 2003. Mais, il est possible de voir dans cette législation une position de laisser faire face aux SMSP pour ne pas se priver de l'avantage de leur utilisation dans l'accompagnement des forces armées en vue d'assurer des tâches précises mais hors combat. Du reste, la France n'entend certainement pas se priver d'un outil de politique étrangère essentiel, et qui va encore prendre de l'importance dans les années à venir. Guy Teissier, le président de la commission de la Défense nationale, a souligné que « *les services de renseignements préfèrent parfois recourir à des personnels spécialement rémunérés plutôt qu'à leurs propres éléments pour accomplir certaines missions* »<sup>287</sup>.

Au total, les contours de cette loi demeurent flous. En revanche, cela ne signifie pas pour autant que les SMSP et leurs membres soient exemptés de toute sanction en France. En effet, les membres des SMSP de nationalité française peuvent être sanctionnés en cas de commission d'infraction dans les conditions fixées par l'article 113-6 du Code pénal<sup>288</sup>. De même les sociétés militaires et de sécurité privées qui sont des personnes morales, peuvent voir leur responsabilité engagée si des infractions ont été commises pour leur compte par leurs organes ou leurs représentants<sup>289</sup>.

Au demeurant, l'absence de réglementation spécifique maintient la confusion entre les SMSP françaises et les mercenaires et n'aide pas les premières à s'affirmer dans un environnement concurrentiel dominé par les sociétés anglo-saxonnes à l'intérieur desquelles celles du Royaume uni occupent une place importante. Malgré cela, la législation britannique n'a pas encore adopté des règles spécifiques applicables aux SMSP quand bien même des

---

<sup>286</sup> KLEN Michel, *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 310.

<sup>287</sup> Jeune Afrique, « *Des chiens de guerre aux entreprises de guerre* », Paris, 16 avril 2003.

<sup>288</sup> Article 113-6 du code pénal français : « *La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.*

*Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.*

*Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé ».*

<sup>289</sup> Article 121-2 du code pénal français : « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ».

prémices, à travers le livre vert de 2002, permettent de s'attendre à une réglementation imminente.

### **b). Le modèle du Royaume Uni : une faible volonté de légiférer**

Le Royaume uni ne dispose pas d'une législation spécifique relative aux sociétés militaires et de sécurité privées opérant à l'étranger. Toutefois certaines lois sont applicables à ces sociétés mais pas d'une manière assez stricte. Par exemple en 2001, une réglementation sur les activités des SMSP était prévue dans le « *Private Security Industry Act* ». Cette loi régit le marché de la sécurité privée seulement au niveau national. Elle n'a pas de portée extraterritoriale. En 2002, une autre loi voit le jour. Elle est dénommée « *Arms Export Control Act* » et établit une liste de biens dont l'exportation est interdite. Ce qui inclut l'exportation d'armes vers d'autres pays, mais des autorisations peuvent être délivrées dans certains cas.

C'est à partir de 2002 que la réflexion sur l'encadrement des SMSP a été lancée<sup>290</sup>. Ce mouvement s'est amplifié suite à des faits reprochés à *Sandline International*, société militaire privée britannique qui avait violé l'embargo sur les armes en destination de la Sierra Leone en proie à une guerre civile. La conception de l'encadrement fut matérialisée par la publication d'un Livre vert sur la thématique<sup>291</sup>. Le document a été publié par le Ministère des affaires étrangères de l'époque Jack Straw<sup>292</sup>. Le Livre vert propose trois champs d'action dans la régulation des activités des sociétés militaires et de sécurité privées. Le premier suggère l'obligation de délivrer une licence d'exportation de services bien définis comme cela se fait aux Etats-Unis. Le deuxième champ d'action envisage d'imposer aux sociétés souhaitant conclure un contrat avec un Etat d'informer le Gouvernement de Sa majesté de la nature des appels d'offre qui sont présentés. L'objectif pour le Gouvernement est de pouvoir interdire un engagement qui nuirait aux intérêts de l'Etat. Quant au troisième champ, il se positionne dans la délivrance de licences de respectabilité aux sociétés. Ces licences seraient distribuées en fonction des services proposés.

---

<sup>290</sup> Voir le « *Rapport de l'Office fédéral de la justice sur l'examen d'un système d'enregistrement obligatoire des entreprises de sécurité actives dans les zones de crise ou de conflit* », Suisse, 2007, p. 21. Disponible sur le site : <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen/ber-br-f.pdf>. Dernière visite le 18 octobre 2013.

<sup>291</sup> Ce document fait dire à David Isenberg qu'« *enfin un Gouvernement occidental [...] joue finement* », cité par Philippe Champleau, « *Sociétés militaires privées : enquête sur les soldats sans armes* », Monaco, Editions du Rocher, 2005, p.249.

<sup>292</sup> *Private Military Companies: Options for Regulations 2001-02 (Green Paper)*, Foreign and Commonwealth Office, ISBN 0 10 291415 X, London, 2002.

Toutefois, ce Livre vert n'a pas de force juridique contraignante ; il ne fait que traduire une volonté d'encadrer une activité qui ne saurait être exercée sans risque de violation de droits humains.

Par ailleurs, le texte pose les questions de responsabilité pénale des employés des prestataires de services privés militaires, de création de sociétés *off shore* échappant à tout contrôle étatique, du recrutement de mercenaires sur le sol britannique et envisage le risque de conflit d'intérêt entre une SMSP britannique et le Royaume.

Du reste, le modèle de régulation des SMSP du Royaume uni n'est pas favorable à une législation trop stricte. Il s'agit de réguler les activités des sociétés sur le système d'habilitation. C'est une technique qui permet d'utiliser les soldats privés dans le cadre de la politique étrangère. Elle est en phase avec la tradition britannique d'utiliser des combattants privés dans les opérations militaires. Des sociétés comme *Watchguard*, *Gurkhas Security Guard* et *Sandline International* ont souvent remplacé « l'action diplomatique officielle »<sup>293</sup> du 10 Downing Street. Les Britanniques procèdent à des externalisations de certains services qui relèvent d'habitude de l'armée. En 1992, un programme dénommé « *Private Finance Initiative* »<sup>294</sup> a été mis en place pour aménager une série de contrats qui vont de la concession au partenariat public privé. C'est ce qui a favorisé l'entrée des SMSP en masse dans l'externalisation des fonctions de la défense. Dans le même sens, le « *Sponsored Reserve* » introduit par la loi sur les *Forces de réserve* de 1996 indique que les SMSP peuvent fournir des services dans des situations de conflit en enrôlant une partie de leur personnel dans les Forces de réserve<sup>295</sup>. Les emplois de ces sociétés deviennent ainsi des réservistes des forces britanniques et reçoivent un entraînement adéquat et soumis à la loi militaire.

Mais en réalité, le Royaume uni est encore dans une régulation qui est très loin du niveau de l'Afrique du sud et des Etats-Unis. Ainsi le 16 avril 2004, *Sandline International* a annoncé sa propre dissolution<sup>296</sup> justifiée par l'absence de texte réglementant son domaine d'activité. Son pays n'étant pas encore prêt à adopter un texte sur la régulation des activités

---

<sup>293</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 143.

<sup>294</sup> Ministère britannique de la Défense, <http://www.aof.mod.uk/aofcontent/tactical/toolkit/content/topics/pfi.htm>. Dernière visite le 18 octobre 2013.

<sup>295</sup> MAMPAEY (Luc) et MEKDOUR (Mehdi), *La guerre en sous-traitance. L'urgence d'un cadre régulateur pour les sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p 14. Disponible sur le site du GRIP au lien suivant : <http://www.grip.org/fr/siteweb/images/RAPPORTS/2010/2010-2.pdf>. Dernière visite le 18 septembre 2013.

<sup>296</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 90.

des SMSP. Pour illustration, l'affaire de la violation de l'embargo sur les armes en Sierra Leone a démontré que cette opération a reçu le soutien du Foreign Office (Ministère des affaires étrangères) et des services secrets britanniques<sup>297</sup>. En plus, le contexte actuel des budgets de la défense de plus en plus serrés, poussent aussi les anglais à transférer certaines tâches de leur armée royale aux privés. A cela s'ajoute également la réticence de l'opinion publique face à l'envoi de soldats nationaux dans des Etats étrangers qui sont plongés dans l'insécurité.

Toutefois, ces pays qui connaissent des problèmes de sécurité dus à un conflit ouvert ou à une période post conflictuelle, ne sont pas en reste dans le cadre de la prise de mesures visant à réguler les activités des SMSP qu'ils accueillent dans leurs territoires. Même si dans la plupart de ces Etats, le principe est l'absence de réglementation, certains ont fait preuve d'exception en adoptant des normes destinées à réguler cette activité qui peut comporter des risques de violations de droits humains. Ainsi, les exemples de l'Irak et de la Sierra Leone constituent l'illustration de la volonté de ces pays de maîtriser la violence privée.

## **§ II : La réglementation des Etats hôtes**

Il s'agit des Etats sur le territoire desquels opèrent les sociétés militaires et de sécurité privées. Le niveau d'insécurité est très élevé à l'intérieur des frontières de tels pays qui, soit ont connu un conflit interne soit ont fait l'objet d'une occupation étrangère par un autre Etat, lequel rencontre des difficultés à rétablir l'ordre. L'insécurité s'aggrave à cause du comportement d'entités internes incontrôlables tels les groupes rebelles ou les terroristes. Le maintien de l'ordre ou le rétablissement de la paix dans ces pays devient un défi majeur auquel les forces publiques ont du mal à faire face. C'est dans ces conditions que les SMSP sont appelées à intervenir dans ces tâches de haut risque.

En effet, le maintien de l'ordre dans son volet répressif est l'un des domaines les plus sous-traités ; ou il est exercé pour stopper une manifestation de grévistes employant la violence ou c'est pour faire face à une insurrection.

Parmi les Etats hôtes, deux sont connus pour leurs efforts dans la réglementation des activités des sociétés prestataires de sécurité privée. Il s'agit de l'Irak et de la Sierra Leone.

---

<sup>297</sup> Idem.

## A/. La réglementation embryonnaire de l'Irak

Etant à l'origine du renversement du régime de Saddam Hussein, les Etats-Unis, épaulés par une coalition d'Etats n'ont pas pu assurer le maintien de l'ordre sur le territoire irakien uniquement avec les militaires. Les conditions de sécurité de la période d'après conflits se sont logiquement dégradées. Cette situation favorise la prolifération des sociétés militaires et de sécurité privées car les forces de la coalition, quoique nombreuses et professionnelles, ne suffisent pas pour satisfaire ce besoin en sécurité<sup>298</sup>. L'autre raison du recours aux SMSP peut être trouvée dans la tradition américaine d'externalisation massive, laquelle a provoqué d'ailleurs, des suppressions d'emplois dans le secteur de la défense. Ainsi pour certaines tâches de sécurité, le recours aux prestataires privés est incontournable. C'est ainsi que l'Autorité provisoire, voulant maintenir l'ordre en tant que puissance occupante, a favorisé l'entrée de nombreuses sociétés fournisseuses de service de sécurité dans le territoire. Certains spécialistes de la question des sociétés militaires et de sécurité privée parlent même de véritable « *Yalta* » à propos du partage des contrats<sup>299</sup>.

Les événements survenus à la prison d'Abu Ghraïb et l'assassinat de quatre soldats privés de *Blackwater* par une foule irakienne<sup>300</sup> ont posé la question de la gestion des prestataires de service de sécurité et militaire. Les Etats-Unis en tant que puissance occupante, sont de plus en plus réticents face aux bavures des soldats privés. C'est ainsi que l'Autorité provisoire de la Coalition décide en juin 2004 d'édicter un arrêté visant à réglementer l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées en Irak. C'est l'arrêté n°17 du 26 juin 2004 relative aux exigences en matière d'enregistrement pour les SMSP désirant être prestataires de services de sécurité en Irak<sup>301</sup>.

---

<sup>298</sup> En 2007-2008, la Coalition comptait 200 000 hommes et les privés étaient estimés à 190 000. Cf CHAPLEAU Philippe « *Après la guerre en Irak, quel avenir pour les SMSP ?* », in *Sécurité globale*, Dossier privé de la guerre, (dir) Jean Louis ROTRUBIN, n°8, Eté 2009, Paris, La Documentation française, p. 56.

<sup>299</sup> KLEN Michel, « *L'Odyssée des mercenaires* », op. cit, p. 301.

<sup>300</sup> Les quatre cadavres furent sortis de leur véhicule et atrocement mutilés avant d'être pendus sur le pont enjambant l'Euphrate. Il s'agit à propos des victimes de Stephen Scotter Helvenston, Jerry Gerald Zovko, Wesley-John Batalona et Michael Richard Teague. Cf, KLEN Michel, *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 294. Pour plus de détails sur les circonstances du massacre et sur les carrières des victimes, voir, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires et de sécurité privée*, op. cit, pp. 84 à 89.

<sup>301</sup> L'arrêté est disponible sur le site suivant :

[http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627\\_CPAORD\\_17\\_Status\\_of\\_Coalition\\_Rev\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf). Dernière visite le 20 septembre 2013. Voir également COTTIER (Michael), « *Attribution de mandats aux entreprises de sécurité et militaires privées et régulation de leurs activités : éléments à considérer* », op. cit, p. 237.

Le texte dispose qu'il entend par « *entreprise privée de sécurité* », « *les personnes morales non irakiennes résidant habituellement en Irak [...] qui fournissent des services de sécurité pour des missions de liaison extérieurs, des missions diplomatiques et consulaires et [...] autres contractants* »<sup>302</sup>.

La section 4 de l'arrêté est relative aux « *Entrepreneurs* ». Dans cette rubrique, il est prévu que les SMSP opérant en Irak doivent faire l'objet d'un enregistrement et obtenir une licence en bonne et due forme. En fait, les sociétés prestataires de service de sécurité ne sont pas soumises à la loi irakienne mais aux instruments de l'Autorité provisoire en ce qui concerne leurs activités : « *contractors shall not be subject to Iraqi laws or regulations in matter on relating to the terms and conditions of their contract [...]* ».

L'élaboration d'une réglementation relative à l'obtention d'une licence par les SMSP à l'intention de pays en conflit, peut être considérée comme un moyen d'aider le Gouvernement à se doter d'un arsenal juridique permettant d'éviter des bavures comme celle du 16 septembre 2007 se soldant par 17 civils tués. Cet acte de ces membres de SMSP a été qualifié par le Gouvernement irakien de crime<sup>303</sup>. L'Irak n'a pas juridiquement les moyens de retirer la licence à *Blackwater* qui était impliquée dans le massacre des civils<sup>304</sup>, mais le Gouvernement s'est acharné à le faire à travers les media. La réalité ira dans le sens de la volonté de l'Administration irakienne car le dirigeant de la société quitte son poste et la société est rebaptisée *Xe* depuis Février-mars 2009<sup>305</sup>. En fait le Président directeur général lui-même (Erik Prince) a été auditionné par le Congrès américain le 2 octobre 2007. Malgré ses allégations à savoir que « *les civils sur lesquels il a été fait feu, étaient en fait des ennemis armés* », l'issue ne lui sera pas favorable car près de 168 crimes et délit graves commis en Irak lui sont reprochés<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> Traduit par nos soins.

<sup>303</sup> SINGER (Peter Warren), « *Comment le Pentagone est devenu accro au mercenaires* », in *Courrier international*, n°886 du 25 au 30 octobre 2007, Paris, 2007.

<sup>304</sup> Selon le Ministre de l'intérieur irakien, le retrait de la licence de *Blackwater* a été décidé pour le « *comportement abusif et usage excessif de la force* ». Cf « *L'Irak retire sa licence à Blackwater* » disponible sur le site <http://web.ibalgique.com/actu/monde/265586>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>305</sup> Les Echos, « *Blackwater, une armée très privée* », 30 juillet 2009, disponible sur le site [www.lesEchos.fr](http://www.lesEchos.fr), le 20 octobre 2013.

<sup>306</sup> *Idem*.

Toutefois, l'Irak a une base juridique pour assurer le contrôle des activités des SMSP. Ainsi, l'Accord sur le statut des forces<sup>307</sup> (SOFA : *Status of Forces Agreement*), signé avec les Etats-Unis, a pour but d'énoncer les droits et les responsabilités de chaque partie sur les questions tels que, la juridiction pénale et civile, le port de l'uniforme, le port d'arme, l'allègement fiscal et douanier, l'entrée et la sortie de personnel et de leurs biens et la prise en charge des demandes. S'agissant du statut juridique des troupes américaines, le traité irako-américain, prévoit l'immunité des forces face à des poursuites irakiennes si elles commettent des délits alors qu'elles sont de service et sur les bases américaines. Mais elles peuvent être jugées par les tribunaux irakiens si elles commettent des crimes graves alors qu'elles ne sont pas en service ou à l'extérieur des enceintes militaires. Pour ce qui est du statut juridique des SMSP opérant en Irak, l'article 12 dispose que « *l'Irak a le droit d'exercer sa juridiction sur les entrepreneurs privés qui ont contracté avec les Etats-Unis et leurs membres concernant des crimes majeurs et prémédités [...], lorsque ces crimes sont commis en dehors des installations et des zones préalablement convenues et en dehors des heures de service* ». L'Accord a été approuvé par le Cabinet (Gouvernement) irakien le 16 novembre 2008<sup>308</sup> et par la suite, le Parlement l'a adopté<sup>309</sup>. De même, en vertu du même texte, les Etats-Unis ont eux aussi un droit équivalent sur les entrepreneurs privés pour des faits commis à l'intérieur des zones d'installation, au cours des heures de service et dans les circonstances qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 1, c'est-à-dire dépassant le cadre des lois irakiennes.

Ainsi, on observe qu'il y a une compétence partagée entre les Etats-Unis et l'Irak à propos des troupes américaines. En fait, un SOFA est une application du principe « *non bis in idem* » selon lequel, un individu jugé par l'autorité compétente d'un Etat A, ne saurait être jugé par l'autorité compétente d'un autre Etat B pour les mêmes faits. C'est pourquoi, il est souvent procédé à la répartition des compétences entre les juridictions de l'Etat d'origine et celles de l'Etat hôte. Ainsi, soit, il y a un partage de compétences entre les Etats parties, soit il y a une exclusivité de compétence de l'un des Etats. Par exemple, dans la Convention de l'OTAN, dénommée *Convention de Londres du 19 juin 1951 entre les Etats parties sur le*

---

<sup>307</sup> L'Accord approuvé par le Parlement irakien en novembre 2008 est disponible sur le site suivant : [http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/world/20081119\\_SOFA\\_FINAL\\_AGREED\\_TEXT.pdf](http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/world/20081119_SOFA_FINAL_AGREED_TEXT.pdf). Dernière visite le 22 septembre 2013.

<sup>308</sup> Libération, « *Le gouvernement irakien donne son feu vert au retrait américain fin 2011* », quotidien, Paris, 16 novembre 2008.

<sup>309</sup> Cf, « *Iraqi parliament backs US pullout* ». London, BBC. November 27, 2008.

*statut de leurs forces*<sup>310</sup>, la compétence partagée<sup>311</sup> et l'exclusivité de compétence<sup>312</sup> sont associées.

Mais d'autres SOFA mettent en place la compétence exclusive de l'Etat d'envoi sur la base du principe selon lequel « *le droit suit l'étendard* ». C'est le cas par exemple des Conventions que les Nations unies signent pour le déploiement des opérations de maintien de la paix. Aucune compétence des juridictions de l'Etat hôte n'est admise. Il s'agit essentiellement pour les Nations unies de s'assurer du soutien des Etats d'envoi, car à défaut d'une telle garantie, ils ne voudraient plus participer aux missions de maintien de la paix. Ainsi, l'opération de maintien de la paix agissant à Chypre est régie par le *United Nations Model Status of Forces Agreement for Peacekeeping Operations* dont l'article IV, 47, alinéa b, dispose que : « *military members of the military component of the United Nations peace-keeping operation shall be subject to the exclusive jurisdiction of their respective participating States in respect of any criminal offenses which may be committed by them in [host country]* »<sup>313</sup>.

La particularité du SOFA irako américain dans son genre réside dans le fait qu'il prévoit l'emploi de la force par les troupes américaines<sup>314</sup>. Or, généralement, un SOFA définit le statut du personnel et de leurs biens et organise la répartition des compétences entre les

---

<sup>310</sup> Convention de Londres du 19 juin 1951 disponible sur le site de l'OTAN : <http://www.nato.int/cps/fr/SID-02E1C46F-31403C57/natolive/index.htm>. Dernière visite le 13 octobre 2013.

<sup>311</sup> Article VII Convention de Londres du 19 juin 1951

« 1. *Sous réserve des dispositions du présent article :*

*Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer sur le territoire de l'Etat de séjour les pouvoirs de juridiction pénale et disciplinaire que leur confère la législation de l'Etat d'origine sur toutes personnes sujettes à la loi militaire de cet Etat ;*

*Les autorités de l'Etat de séjour ont le droit d'exercer leur juridiction sur les membres d'une force ou d'un élément civil et les personnes leur charge en ce qui concerne les infractions commises sur le territoire de l'Etat de séjour et punies par la législation de cet Etat ».*

<sup>312</sup> Article VII Convention de Londres du 19 juin 1951

« 2. *Les autorités militaires de l'Etat d'origine ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les personnes soumises aux lois militaires de cet Etat, en ce qui concerne les infractions punies par la législation de l'Etat d'origine, notamment les infractions portant atteinte à la sûreté de cet Etat mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat de séjour;*

*Les autorités de l'Etat de séjour ont le droit d'exercer une juridiction exclusive sur les membres d'une force ou d'un élément civil et sur les personnes à charge en ce qui concerne les infractions punies par les lois de l'Etat de séjour, notamment les infractions portant atteinte à la sûreté de cet Etat mais ne tombant pas sous le coup de la législation de l'Etat d'origine ».*

<sup>313</sup> Consultable sur le site des Nations unies au le lien suivant : <http://www.undemocracy.com/A-45-594.pdf>. Dernière visite le 23 septembre 2013.

<sup>314</sup> Article 4 du SOFA liant l'Irak aux Etats-Unis.

juridictions de l'Etat d'origine et celles de l'Etat hôte, sans possibilité de « mener des opérations de combat »<sup>315</sup>.

## **B/. La réglementation insuffisante de la Sierra Léone**

La Sierra Léone est un Etat hôte dans la mesure où elle a accueilli sur son territoire des sociétés militaires et de sécurité privée avant de s'atteler à les soumettre à une réglementation. La trame de la conflictualité est intéressante à retracer pour illustrer les interventions des SMSP sur le territoire de cet Etat ouest africain. Le pays a connu une instabilité suite à un conflit interne qui a duré des années 90 jusqu'en 2003. En fait, le régime de Valentine Strasser arrivé au pouvoir en 1992 par un coup d'Etat est combattu par une milice rebelle, le Front Révolutionnaire Uni (*Revolutinary United Front* (RUF)). Ce groupe d'insurgés est soutenu en argent et en armes par la Libye et Charles Taylor chef du *Natioanl Patriotic Front*. Ce dernier s'en sert, d'ailleurs, comme soutien de base arrière pour ses combats au Libéria. C'est dans cette situation que le Gouvernement de Sierra Léone de cette époque décida d'utiliser *Executive Outcomes* pour « conseiller » son armée mal payée et peu sûre politiquement<sup>316</sup>. Pendant ce temps, les rebelles ont pris possession des mines d'oxyde de Titane et de bauxite. L'annonce officielle du contrat qui liait l'Etat sierra léonais à la SMSP sud africaine *Executive Outcomes* a eu lieu le 10 mai 1995 par le Vice-président du Conseil National Provisoire de Direction en ces termes « une compagnie sud africaine a été engagée pour fournir des services d'entraînement à l'armée de la République de Sierra Léone »<sup>317</sup>. Mais le déploiement des forces privées sur le territoire sierra léonais a avivé les tensions entre les rebelles et le Gouvernement en place comme en témoigne la déclaration du chef du RUF Alfred Foday Sankoh selon laquelle « la présence d'*Executive Outcomes* en Sierra Léone viole [leur] dignité nationale et [leur] souveraineté autant que cela handicape [leur] développement à partir du moment où ils sont payés sur les bénéfices des activités minières »<sup>318</sup>. Sur le terrain, les rebelles ont récolté une lourde défaite au cours de combats d'une rare violence. Ainsi, ils sont forcés d'accepter le cessez-le-feu et la tenue d'une élection

---

<sup>315</sup> VASSEUR (Aude), « Statut futur des forces américaines en Iraq », in *Sentinelle*, n°140, Hebdomadaire d'information de la société française pour le droit international, du 16 mars 2008, disponible sur le site : <http://www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle%20140.htm#iraq>. Dernière visite, le 23 septembre 2013.

<sup>316</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 182.

<sup>317</sup> 285 Conseillers d'*Executive Outcomes* ont été délégués aux forces de la Sierra Léone moyennant une facture de 1,225 millions de dollars US par mois et quelques concessions de mines. Cf, « *Multinationale des mercenaires* », p. 28. Disponible sur le site : <http://intelligence.ifrance.com/mercenaires.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Cf, « *Guerre en Sierra Leone* », in RAIDS, n°18, Hors Série « *Les "contractors" des sociétés militaires privées* », Paris, 2005, p. 62.

<sup>318</sup> Voir « *Multinationale des mercenaires* », p. 28. Voir : <http://intelligence.ifrance.com/mercenaires.htm>. Dernière visite le 23 septembre 2013.

présidentielle qui amène Ahmad Tejan Kabbah au pouvoir. Ce dernier fut chassé du pouvoir en 1997 et il demanda à *Sandline International*, une société militaire et de sécurité privée britannique de former les milices *Kamajors* (chasseurs traditionnels) qui lui sont fidèles. Pour assurer la mission, la SMSP précitée achemina des armes de la Bulgarie<sup>319</sup> en direction de la Sierra Léone alors que le pays était soumis à un embargo sur les armes par la Résolution 1132 du Conseil de sécurité des Nations unies d'octobre 1997<sup>320</sup>. L'intervention de *Sandline International* et celle des forces de l'ECOMOG ont permis au Président Kabbah de reprendre le pouvoir en 1998. Le ministre sierra léonais de l'information Julius Spencer, contrairement aux membres du Gouvernement britannique, atteste la réalité de l'implication de la SMSP anglaise en déclarant que « *je dois malgré tout dire que si le gouvernement britannique et les représentants anglais officiels en Sierra Léone ont été impliqués dans la livraison d'armes, alors le peuple anglais doit être fier de ses dirigeants* »<sup>321</sup>.

Fort de cette expérience en matière de réception de sociétés militaires et de sécurité privées, le Gouvernement sierra léonais, après la fin des hostilités, fait voter une loi qui règlemente les activités des forces privées sur son territoire. Il s'agit du « *National Security and Central Intelligence Act* » (La Loi sur la sécurité nationale, 2002-N°10 de 2002)<sup>322</sup>. C'est une loi qui a été votée en vue d'organiser la sécurité intérieure et extérieure de la Sierra Leone et d'autres questions connexes. Elle contient en particulier un article 19 consacré aux « *entreprise(s) de sécurité privée(s)* ». L'expression choisie révèle que la Sierra Leone n'a pas souhaité règlementer l'aspect militaire de ces sociétés. Ce choix est concrétisé par le contrôle des armes et munitions que la société éventuellement engagée voudra utiliser. En légiférant ainsi, peut être pour tourner la page des conflits, la Sierra Leone a laissé de côté l'engagement des SMSP dans les conflits armés. Or, présentement la plupart des sociétés évoluant dans le secteur de la sécurité privée exercent des missions aussi bien en période de conflit qu'en période de paix.

Toutefois, en vertu de cette loi de 2002, l'expression « *entreprise de sécurité privée* » s'entend d'une société fournissant des services de sécurité, y compris les services d'escortes

---

<sup>319</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit., p. 89.

<sup>320</sup> S/RES/1132 (1997), le 8 octobre 1997.

<sup>321</sup> Voir, « *Multinationale des mercenaires* », p. 28. Voir : <http://intelligence.ifrance.com/mercenaires.htm>. Dernière visite le 23 septembre 2013.

<sup>322</sup> La loi est disponible sur le site suivant : <http://www.sierra-leone.org/Laws/2002-10.pdf>. Dernière visite le 23 septembre 2013.

armées, à des personnes, des entreprises ou des institutions qu'elles soient publiques ou privées<sup>323</sup>. Ainsi, un Bureau de la sécurité nationale est institué. Il est chargé de délivrer une licence à chaque société désirant évoluer dans le domaine de la sécurité privée. Cette autorité a la possibilité d'octroyer ou non la licence sollicitée dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande. Le Bureau de la sécurité nationale évalue l'adéquation des ressources et la validité du mode d'acquisition de l'équipement. C'est là qu'un examen spécial intervient. Il s'agit de se renseigner sur les armes et les munitions que la SMSP veut utiliser dans le cadre de ses missions. Ce contrôle d'armement est d'une importance capitale dans la mesure où les armes non conventionnelles peuvent causer des dommages qui risquent d'écorner l'image de la Sierra Léone pays hôte. C'est pourquoi, le Bureau de la sécurité nationale analyse l'ensemble du dossier pour voir si l'intérêt public est préservé. Mais on imagine mal qu'un petit pays comme la Sierra Léone puisse être capable de faire ce travail de contrôle d'une manière efficace en ce sens que les sociétés militaires et de sécurité privées ont des capacités financières qui leur permettent d'imposer leur volonté. En dehors de ces rapports de forces qui leur sont favorables, les SMSP peuvent également s'adonner à la corruption, très en vogue malheureusement dans les Etats faibles. Cette observation signale avec acuité l'existence de la faiblesse des législations nationales.

## **Section II : Les difficultés d'application des législations nationales**

Les difficultés rencontrées par toutes les législations nationales relèvent des facteurs généraux qui dépassent le bon vouloir des Etats. Aussi, observe-t-on que les problèmes d'application de toute réglementation nationale sur les SMSP sont liés aux carences des textes et à la faiblesse du contrôle.

### **§ I : Les carences des législations nationales**

Les législations nationales connaissent des problèmes d'efficacité d'une part à cause d'un manque de précision sur les contours de la notion de société militaire et de sécurité privée et d'autre part, du fait qu'il y a un encadrement insuffisant du recrutement et des conditions de travail des employés des SMSP. Aussi dans les législations, les compétences extraterritoriales des juridictions nationales rencontrent-elles un problème sérieux d'application.

---

<sup>323</sup> Article 1, situé au « *Part I Preliminary* » du *National Security and Central Intelligence Act* de 2002. Op. cit.

## **A/. Les contours imprécis de la notion de « société militaire et de sécurité privée »**

Dans le cadre du droit national comme également au niveau du droit international, l'imprécision autour de la notion de « société militaire et de sécurité privée » est une source d'inefficacité. Aussi, observe-t-on que les difficultés d'entente sur une définition lors de conclusions de traités internationaux sur les mercenaires individuels se retrouvent également quand les Etats règlementent les activités des SMSP à l'intérieur de leurs frontières. En effet, dans la variété des législations nationales, les textes ont différentes sources d'inspiration. Certains reprennent les définitions contenues dans des conventions internationales relatives aux mercenaires tandis que d'autres font fi de faire la distinction entre l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées et celle des mercenaires.

Force est de constater qu'avant tout, la plupart des législations nationales sont mal adaptées aux activités des SMSP. En effet, elles sont soit constituées de vieilles lois interdisant le recrutement militaire d'individus pour l'étranger, soit de lois plutôt récentes, mais qui ne déterminent pas avec satisfaction le statut et les activités de ces entités privées. Dans le lot des vieilles lois, on peut citer le *Foreign Enlistment Act* britannique de 1870 qui interdit aux citoyens du pays de s'engager dans une action militaire contre un Etat en paix avec le Royaume sans autorisation de Sa Majesté<sup>324</sup>. On voit mal comment ce texte sur le mercenariat traditionnel va s'appliquer aux SMSP dont le Royaume Uni est un des principaux centres d'activité aujourd'hui. D'ailleurs elle n'a pas défini la notion même de *mercenaire*. Il est tombé en obsolescence car aucune poursuite pénale n'a jamais été engagée sur cette base<sup>325</sup>.

A propos des lois récentes, on remarque que s'agissant de la notion de « société militaire et de sécurité privée », beaucoup de législations nationales n'ont pas adapté leurs normes conformément à la réalité que décrit cette appellation. Au niveau par exemple de la législation sierra léonaise, l'expression « *entreprises de sécurité privée* » est définie comme « *une société fournissant des services de sécurité, y compris les services d'escortes armées, à*

---

<sup>324</sup> Article 4 du Foreign Enlistment Act britannique de 1870 "If any person, without the license of Her Majesty, being British subject, within or without Her Majesty's dominions, accepts or agrees to accept any commission or engagement in the military or naval service of any foreign state at war with any foreign state at peace with Her Majesty, and in this Act referred to as a friendly state, or whether a British subject or not within Her Majesty's dominions, induces any other person to accept or agree to accept any commission or engagement in the military or naval service of any such foreign state as aforesaid; He shall be guilty of an offence against this Act, and shall be punishable by fine and imprisonment, or either of such punishments, at the discretion of the court before which the offender is convicted; and imprisonment, if awarded, may be either with or without hard labour". Disponible sur : [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1870/90/pdfs/ukpga\\_18700090\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1870/90/pdfs/ukpga_18700090_en.pdf). Dernière visite le 23 septembre 2013.

<sup>325</sup> VIGNOLLES (J-M), *De Carthage à Bagdad. Le nouvel âge d'or des mercenaires*, Paris, Editions des Riaux, p. 108.

*des personnes, des entreprises ou des institutions qu'elles soient publiques ou privées* »<sup>326</sup>. Cette loi qui porte cette définition ignore l'aspect militaire. La réglementation ne concerne a priori que les sociétés qui ne fournissent que des services de sécurité. Or la pratique nous enseigne que les employés de telles sociétés engagés dans des zones d'après conflit comme en Irak (et même en Sierra Leone), peuvent mener des opérations de combat. Même présentement, la plupart des SMSP fournissent aussi bien les services de sécurité que militaires<sup>327</sup>.

Ainsi, distinguer les sociétés militaires privées et les sociétés de sécurité privées n'est plus d'actualité car la plupart ont tendance à offrir à la fois les deux catégories de service. Ce retard de quelques réglementations nationales est souligné par le Rapport de la Commission du Conseil de l'Europe « *sur les entreprises militaires et sécurité privées et l'érosion du monopôle étatique du recours à la force* » en ces termes : « *des tentatives ont été faites dans le passé pour distinguer les sociétés privées à vocation militaire (SPM) des sociétés privées à vocation sécuritaire (SPS). Cette distinction présente un certain intérêt par rapport au système existant de réglementation nationale, car la majorité des Etats réglementent déjà les activités des sociétés à vocation sécuritaire sur leur territoire tandis qu'aucun Etat européen ne dispose d'une réglementation générale des activités des sociétés à vocation militaire ou sécuritaire dans d'autres Etats. Cela étant, ce n'est pas le « caractère » de l'entité mais les activités de cette dernière qui sont importantes. Les sociétés ayant des activités « militaires » peuvent aussi avoir des activités « sécuritaires »* »<sup>328</sup>.

Il est toutefois difficile de légiférer en clarté sur les situations où les lignes de démarcations entre ce qui relève de la sécurité proprement dite et ce qui relève des combats sont inévitablement floues. Or le respect des droits humains et la responsabilité qui sont des préoccupations non négociables, ne sauraient être garantis par une législation mal adaptée.

Dans d'autres législations, l'expression « *sociétés militaires et de sécurité privées* » elle-même est ignorée au profit de la notion de « *personne morale* ». C'est le cas des lois sud africaines et de la loi française de 2003. Les lois sud africaines condamnent les actes de

---

<sup>326</sup> Article 19 du « *National Security and Central Intelligence Act* » (La Loi sur la sécurité nationale, 2002-N ° 10 de 2002). Op. cit.

<sup>327</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 81.

<sup>328</sup> Rapport adopté par la Commission de Venise (Conseil de l'Europe), lors de sa 79<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 juin 2009) op. cit, voir, Cf, [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV\(2009\)002syn-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV(2009)002syn-f.asp). Dernière visite le 10 octobre 2013.

mercenariat pouvant être commis par des personnes morales. La réglementation concerne seulement les activités mais non pas les statuts des sociétés militaires et de sécurité privées. C'est cela qui justifie d'ailleurs l'absence de définition légale de la notion de SMSP.

Quant à la loi française de 2003, sa réglementation aussi s'applique à des personnes morales s'adonnant à des activités de mercenaires. Dans ce texte également, il n'y a pas de définition de la notion de société militaire et de sécurité privée.

En disposant ainsi, ces lois ne précisent pas la nature de ces personnes morales pour qu'elles soient identifiables. Dans d'autres législations, les SMSP sont ignorées en tant que personnes morales. Ce sont ses membres qui sont seuls concernés par les dispositions législatives. C'est le cas de la réglementation américaine qui ne s'adresse qu'aux « *civils suivant les forces armées* ». La notion de société militaire et de sécurité privée n'y a fait l'objet d'aucune définition.

Une définition la plus complète possible permettrait d'exercer un contrôle dans les meilleures conditions et de cantonner l'activité dans un carcan déterminé pour éviter qu'elle touche à des domaines sensibles. On ne peut réglementer bien sans une définition appropriée de l'objet même qui en est la cause. Le sens donné au concept « *société militaire et de sécurité privée* » est un gage d'une bonne application des normes qui n'ont pour but que d'encadrer une activité.

Il est de l'intérêt d'une bonne application des lois de déterminer le cadre juridique des statuts des prestataires à travers une définition du concept de « *société militaire et de sécurité privée* » d'autant plus que l'on voit certaines d'entre elles s'ouvrir à de nouveaux métiers d'influence tels la cyber-guerre<sup>329</sup>, l'interprétation d'imagerie satellitaire achetée sur les marchés civils voire la lutte anti-terroriste<sup>330</sup>. Pendant ce temps, le recrutement et les conditions de travail continuent de s'aggraver.

---

<sup>329</sup> Par exemple, *Northrop Grumman* a annoncé en mars 2012 qu'elle a signé un contrat de 189 millions de dollars avec le Département américain de la défense dans le cadre de la cyber-sécurité. Voir, « *Northrop Grumman Awarded \$189 Million Contract by Defense Information Systems Agency to Strengthen Cybersecurity Across DoD, Intelligence Community Networks* ». Cet article est consultable au lien suivant : <http://investor.northropgrumman.com/phoenix.zhtml?c=112386&p=irol-newsArticle&ID=1669746&highlight=>. Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>330</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 218.

## **B/. La réglementation en veuilleuse du recrutement et des conditions de travail des employés des SMSP**

La plupart des employés des SMSP, se trouvant dans des zones de crises où les risques sont élevés et les dangers imminents<sup>331</sup>, ne sont pas toujours ressortissants d'une Partie au conflit<sup>332</sup>. Ils ne sont pas non plus résidents de l'Etat en difficulté sécuritaire qui les accueillerait. Ils ne sont pas spécialement recrutés pour prendre part aux hostilités<sup>333</sup>. Leur recrutement se déroule dans leurs pays d'origine et ils sont engagés en tant qu'« *agents de sécurité* » pour assurer des services de protection. Si ces personnes sont choisies, c'est parce qu'elles ont participé à des conflits internes de faibles intensité, ou bien elles ont fait partie d'une unité spéciale. La société nord américaine *Triple Canopy Inc.* a par exemple procédé au recrutement de péruviens en août 2005<sup>334</sup>. Les personnes recrutées étaient d'anciens membres de police et de l'armée du Pérou. L'expérience qu'ils ont acquise face aux terroristes du *Sentier Lumineux* fait d'eux des combattants capables d'évoluer dans un milieu hostile.

Par ailleurs, si des individus ont accepté ces missions, c'est parce qu'ils sont à la recherche d'un avantage personnel. La raison principale illustrative est que, la plupart viennent de pays en développement, là où le chômage lié à un échec d'insertion, les oblige à se lancer dans cette aventure. Les candidats ne manquent pas : à haut risque correspond en principe une haute rémunération qui peut atteindre, en 2006 en Irak pour un expatrié occidental de 10 à 15.000 \$ par mois, tandis qu'un agent recruté localement, surtout dans les pays du tiers monde, réputé de moindre qualité, devra se contenter de « *150 \$ par mois !* »<sup>335</sup>. En guise d'illustration, la SMSP américaine *Triple Canopy* s'est mise à recruter du personnel

---

<sup>331</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 282.

<sup>332</sup> Par exemple en Irak, plusieurs SMSP sud africaines y sont présentes avec certains de leurs employés qui sont de même origine que les sociétés alors que l'Afrique du sud ne fait pas partie de la coalition. Cf, « *Solliciter le renfort des SMP* », in Raids, n°18, hors série consacré aux « *contractors des sociétés militaires privées* », Paris, 2005, p. 29.

<sup>333</sup> En Sierra Léone par exemple, les membres d'*Executive Outcomes* ont été engagés par le Gouvernement de Freetown pour assurer la formation de l'armée. Mais, lorsque les rebelles étaient sur le point d'occuper la capitale, les forces privées ont participé directement aux combats et ont permis aux forces armées régulières de reprendre le contrôle des zones minières. Cf, KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 182. Voir aussi OLSSON (Christian), « *Les relations houleuses entre SMP et tenant de la doctrine de contre-insurrection* », op. cit, p. 72.

<sup>334</sup> CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 191.

<sup>335</sup> PARIS (Henry) Général, « *Le renouveau du mercenariat dans les relations internationales* », in Revue Géostratégiques, n°16 intitulé « *Les ONG* », mai 2007, p. 96.

moins qualifié<sup>336</sup> : à la place des forces spéciales anglo-saxonnes dont « *les rémunérations évoluaient entre 400 et 600 Dollars US, la firme américaine a recruté 500 ex-soldats ougandais aux prétentions salariales réduites* »<sup>337</sup>. La très forte rémunération ne dépend que de la loi de l'offre et de la demande mais non pas du niveau de qualification, décidément mesuré suivant l'origine du candidat. Pourtant, depuis les attentats du 11 septembre 2001, la demande en employés de SMSP, ne cesse de croître face à une augmentation exponentielle du sentiment d'insécurité nourri aussi par la croisade contre le terrorisme lancée par la Maison Blanche, et par la perpétuation, voire l'accroissement des conflits larvés en Afrique subsaharienne et en Amérique latine.

Dans cette optique, force est de constater que les conditions de recrutement seront loin de favoriser ces ressortissants sans pouvoir de négociation. Cela se reflète dans le contenu de leurs contrats. En effet, lorsqu'ils signent de tels contrats, ils renoncent « *fréquemment à certains droits, dont celui d'intenter un recours contre la filiale qui les a sélectionnés et engagés ou contre la société qui les emploie, y compris lorsque ladite société est à l'origine ou partiellement responsable de quelque manière que ce soit, d'une perte, d'un dommage, d'une blessure ou d'un décès* »<sup>338</sup>. Certaines sociétés comme KBR en Irak imposent même que « *les volontaires acceptent par avance de régler à l'amiable tout différend qui pourrait surgir* »<sup>339</sup> de leur contrat.

Des problèmes d'indemnisation et des incertitudes juridictionnelles peuvent surgir. C'est le cas lorsque *Triple Canopy*, recrutant des péruviens, prévoit dans le contrat que tout recours judiciaire contre la SMSP ne peut être déposé que devant le tribunal de Fairfax en Virginie aux Etats-Unis<sup>340</sup>. Le problème pour les péruviens est de pouvoir assurer le voyage aux Etats-Unis en cas de nécessité. Ce sont là des pratiques qui ne protègent aucunement les salariés de ces sociétés et dont le but est évidemment d'éviter les juridictions nationales du

---

<sup>336</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Additif « Mission au Chili », 9-13 juillet 2007, A/HRC/7/7 du 4 février 2008.

<sup>337</sup> CHAPLEAU (Philippe), « *Après la guerre d'Irak, quel avenir pour les sociétés militaires privées ?* » in *Sécurité globale* (dir) Jean Louis ROTRUBIN, Dossier La privatisation de la guerre, Paris, La Documentation française, été 2009, p. 55.

<sup>338</sup> Rapport du Conseil des Droits de l'homme, Assemblée générale des Nations unies, n°A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008 du Groupe de travail sur « *l'utilisation des mercenaires comme moyens de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », présenté par José Luis Gomez Del Prado dans le cadre de la Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement.

<sup>339</sup> CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 231.

<sup>340</sup> Ibid.

pays où s'effectuent les sélections. On remarque que la juridiction compétente n'est pas celle du lieu d'exécution du contrat ; elle n'est pas non plus celle du domicile du particulier, en l'occurrence les tribunaux péruviens. Dans ces conditions, il y aura forcément un déséquilibre dans le contrat car le fait que la juridiction compétente se trouve dans le pays d'origine de la société est beaucoup plus favorable à cette dernière, qui peut recourir facilement à des avocats connaissant bien le droit local, qu'aux personnes recrutées. Mais si cela se déroule de cette manière, c'est parce que le droit péruvien qui régit la signature de ces contrats n'est pas très contraignant. D'ailleurs, c'est ce que révèle le Rapport des Nations unies présenté en février 2008 à l'Assemblée générale. Selon ce rapport, « *L'absence de législation, de réglementation et de contrôle national approprié au Pérou a créé un vide juridique qui sert et encourage les sociétés de sécurité privées opérant sur le marché international en quête de citoyens étrangers à recruter comme « gardes » de sécurité dans les zones de conflit armé* »<sup>341</sup>.

De cette façon, les activités de ces sociétés sont assez peu surveillées dans certains Etats. Dans le cadre du conflit irakien par exemple, les sud américains qui y assurent des missions de sécurité (Chiliens, Péruviens, Honduriens...), sont victimes d'irrégularités contractuelles<sup>342</sup>. En effet, ils exercent leurs missions dans de mauvaises conditions de travail : des heures de travail excessives<sup>343</sup>, des salaires souvent non versés en totalité ou payés partiellement. En plus de ces conditions salariales misérables pour certains, ils logent dans des quartiers résidentiels comme par exemple à Bagdad où la vie est excessivement chère<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes présenté par M. José Luis Gómez del Prado, Additif MISSION AU PÉROU (29 janvier-2 février 2007), Résolution A/HRC/7/7/add.2 Assemblée Générale de l'ONU, février 2008.

<sup>342</sup> Rapport du Conseil des Droits de l'homme, Assemblée générale des Nations unies, n°A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008 du Groupe de travail sur « *l'utilisation des mercenaires comme moyens de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », présenté par José Luis Gomez Del Prado dans le cadre de la Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement.

<sup>343</sup> Douze à seize heures par jour, sept jours sur sept. Cf. CECILE (Jean-Jacques), op. cit .p. 196. C'est ce que confirme un chauffeur de camion ancien employé de *Kellog Brown and Root (KBR)* lorsqu'il servait en Irak entre 2004 et 2005. L'employé avait attaqué la SMSP en justice pour demander le paiement qui lui était dû suite à sa blessure. La décision de justice satisfaisant sa demande a mentionné 12 heures de travail par jour et un service assuré 7 jours sur sept : « *Claimant testified he worked twelve hours a day, seven days a week [...]* ». Cf, US Department of Labor, *M. V. v. Kellog Brown & Root*, 7 march 2008. Consultable sur : [http://www.oalj.dol.gov/Decisions/ALJ/LDA/2007/MV\\_v\\_KELLOGGBROWN\\_and\\_RO\\_2007LDA00325\\_\(M\\_AR\\_07\\_2008\)\\_132542\\_CADEC\\_SD.PDF](http://www.oalj.dol.gov/Decisions/ALJ/LDA/2007/MV_v_KELLOGGBROWN_and_RO_2007LDA00325_(M_AR_07_2008)_132542_CADEC_SD.PDF). Dernière visite le 15 octobre 2013.

<sup>344</sup> Dans cette optique, il est à noter le témoignage de Philippe Chapeau qui soutient que les employés des SMSP ne sont payés que les jours réellement travaillés. A sous-entendre que, ne pouvant travailler 30 jours consécutifs dans un mois, leurs salaires ne correspondent qu'aux nombres de jours de prestations. Ils n'ont pas de RTT, ni de congés payés. Cf CHAPLEAU Philippe, Conférence tenue à l'Université de Poitiers sur le thème « *Les sociétés militaires privées : les enjeux juridiques du mercenariat modernes* », 25 mai 2009.

Par ailleurs, leur accès aux services médicaux est dérisoire. En fait, la plupart des sociétés militaires et de sécurité privées ne prévoient pas de prestations de santé pour leurs employés. Aussi, les employés eux-mêmes renoncent-ils tout simplement à des contrats d'assurance afin de mieux profiter de leurs salaires. Si d'autres s'aventurent à signer des contrats d'assurance, l'aléatoire les guette dans l'exécution<sup>345</sup>.

De toute évidence, le champ d'activité d'une SMSP se situe souvent dans des pays en proie à un conflit, par exemple en Irak ou en Afrique subsaharienne. Dans ces conditions, comment hospitaliser un blessé ou organiser son évacuation sanitaire sans recourir au service de santé d'une force armée auquel une SMSP n'a pas accès de droit ? Se pose également le cas d'une pension éventuelle d'invalidité. Les dommages couverts expliquent la hauteur des primes d'assurance et, par voie de conséquence, le refus fréquent du recours à un système de garantie surtout au regard du caractère incertain de la couverture matérielle. Autre risque, la perte d'emploi due à un licenciement total ou partiel du personnel de la SMSP qui cesse ou réduit son activité. Il est évident qu'aucune assurance-chômage ne peut jouer, comme il est tout aussi évident qu'un soldat privé ne peut prétendre à une pension de retraite.

Certains agents sont parfois contraints d'assumer leurs missions malgré les blessures dont ils sont atteints. Dans certaines circonstances, recevoir les réparations après blessures ou décès est un parcours du combattant. Pour illustration, « *les jeunes hommes du Pérou sont actuellement recrutés pour aider à protéger le personnel et les troupes de la coalition en Irak et en Afghanistan. Ils sont attirés par les généreux salaires attractifs (mais chaque paie a un lourd prix). Ils sont attirés par les salaires relativement généreux, mais beaucoup vont payer un lourd tribut. Nous rencontrons certains de ceux qui ont subi des blessures horribles et qui se battent maintenant pour une indemnisation* »<sup>346</sup>.

Le recrutement des employés de SMSP ne rencontre donc aucun problème si ce n'est qu'il s'agit de faire appel à du personnel déjà formé. Les sociétés prestataires de service de sécurité privée recrutent ainsi hors des armées. La sélection porte sur des critères simples : des individus suffisamment motivés, avec une puissance de caractère et un niveau culturel adéquat pour devenir des combattants performants dans le cadre d'un combat de basse intensité<sup>347</sup>. L'instruction et la formation peuvent être assurées sans grande complication puisqu'elles n'ont trait qu'à des actes élémentaires simples, impliquant en outre un armement

---

<sup>345</sup> PARIS (Henry) Général, « *Le renouveau du mercenariat dans les relations internationales* », op. cit, p.96.

<sup>346</sup> BROOKS (R), « *Deniable, disposable casualties* », *Los Angeles Times*, du 1<sup>er</sup> juin 2007.

<sup>347</sup> PARIS (Henry) Général, « *Le renouveau du mercenariat dans les relations internationales* », op. cit, p. 97.

individuel sans grande sophistication, dans un contexte de guérilla. En France, ce type d'activité est impossible à organiser. Ne sont acceptées qu'une instruction et une formation relevant de la sécurité proprement dite visant essentiellement à recruter un garde du corps rapproché ou le personnel d'une société de vigiles ou encore s'occupant de la protection de transferts de fonds. C'est ce dont s'occupe, en 2004, la société *Secopex*, une SMSP de droit français qui, en plus, offre des services de conseil militaire et uniquement de conseil militaire. Pourtant, lors de l'instruction, les cours pratiques seront dispensés avec maniement des armes. Cela pose évidemment la question de l'armement des employés des SMSP sur le terrain une fois recrutés. Ces civils armés envoyés sur les champs d'opérations, seront difficiles à canaliser, d'où le problème de leur contrôle.

### **C/. La limite des législations sur les compétences extraterritoriales des juridictions nationales**

Les juridictions nationales chargées d'appliquer les lois auxquelles les SMSP sont assujetties, ont en général des compétences limitées à l'intérieur du territoire de leur pays. Certaines législations ont tenté d'élargir leurs domaines de compétences pour pouvoir juger les personnes ayant commis des actes illicites à l'étranger en violation de leur droit national. L'Etat d'origine des SMSP et celui de leurs membres pour leurs compétences personnelles et l'Etat d'accueil pour sa souveraineté sur son territoire peuvent prévoir les répressions des actes contraires à leurs règles internes commis en dehors de leurs frontières.

Toutefois, les Etats qui se sont lancés dans l'octroi de compétence extraterritoriale à leurs juridictions internes, ne sont pas allés très loin dans cette entreprise. Les exemples des Etats-Unis et de l'Afrique du sud vont nous servir d'illustration.

Aux Etats-Unis, le *Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA)*<sup>348</sup> a étendu la compétence des juridictions fédérales américaines pour régir les actes commis par les civils à l'étranger<sup>349</sup>. Avant cette loi, leur compétence territoriale se limitait aux frontières des Etats-Unis et leur compétence personnelle sur les civils et les entrepreneurs employés par le Département de la défense. Ce qui faisait que, quand des civils de nationalité américaine commettaient des infractions à l'étranger, il appartenait seulement à l'Etat hôte d'engager des

---

<sup>348</sup> Disponible sur le site suivant : <http://www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf>. Dernière visite le 24 septembre 2013.

<sup>349</sup> WAITS (K. Elizabeth), « *avoiding the "legal bermuda triangle" : the military extraterritorial jurisdiction act's unprecedented expansion of U.S criminal jurisdiction over foreign nationals* », in *Arizona Journal of international & comparative law*, Vol. 23, n°2, 2006, p. 516.

poursuites. Ainsi, en cas de refus de sanctions ou d'absence de Gouvernement sur le territoire où les faits ont été commis, les auteurs restaient impunis. C'est pour endiguer ce défaut de répression que l'Administration Clinton a fait voter le MEJA pour créer une nouvelle infraction punissable par un tribunal fédéral pour les actes commis en dehors des Etats-Unis. La compétence *ratione personae* de ce texte est limitée aux civils accompagnant les forces armées américaines en contrat avec le Département de la défense. Toutefois, dès 2004, la loi va révéler des difficultés d'application suite aux mauvais traitements infligés aux détenus de la prison d'Abu Ghraïb en Irak<sup>350</sup>. Lorsqu'il a été question d'engager des poursuites contre les civils mis en cause dans cette affaire, le Ministère de la justice s'est rendu compte qu'il y a un obstacle juridique. En effet, certains civils étaient employés par la *Central Intelligence Agency* (CIA) et le Ministère de l'intérieur. Or, le MEJA ne permettait de sanctionner que les civils en contrat avec le Ministère de la défense (DoD). C'est en ce moment qu'une réforme tendant à modifier le texte est entreprise. Ainsi, la compétence personnelle des tribunaux fédéraux est étendue. Ce qui fait que le terme « *civils accompagnant les forces armées américaines* » va connaître une nouvelle définition<sup>351</sup>. Désormais il englobe d'une part, à la fois les employés du DoD, ceux de tout organisme fédéral ou de tout autre autorité provisoire dans la mesure où l'emploi est destiné à soutenir une mission du ministère de la défense. D'autre part, l'expression « *civils accompagnant les forces armées* » traduit aussi un entrepreneur du DoD, de tout organisme fédéral ou de toute autorité provisoire, un employé de cet entrepreneur et toute personne étrangère vivant en dehors des Etats-Unis et n'ayant pas la nationalité, ni une résidence habituelle sur le territoire de l'Etat hôte.

Cette nouvelle définition ne supprime pas réellement les difficultés d'application du MEJA. En effet, l'expression « *emploi destiné à soutenir une mission du département de la défense* » est vague. Le seuil exigé pour qu'une mission puisse être qualifiée d'être apte à soutenir le DoD n'est pas non plus déterminé. Ensuite, le fait de cantonner l'application du MEJA à cette limite peut signifier que, si des personnes mises en cause exerçaient des fonctions en dehors des missions de soutien au DoD, elles ne seraient pas punies en vertu de cette loi. Par exemple, les civils employés par la CIA ne sauraient voir leurs missions qualifiées, avec facilité, de soutien au Département de la défense.

---

<sup>350</sup> Idem.

<sup>351</sup> Paragraphe 3267 du MEJA.

Toutefois, les infractions punies de moins d'un an de prison ne sont pas couvertes le MEJA. Les civils commettant des faits pouvant entrer dans cette catégorie, ne pourront être jugés par les juridictions américaines.

En Afrique du sud par exemple, la loi de 1998 (*Foreign Military Assistance Act*) connaît des difficultés d'application<sup>352</sup>. D'abord, les ressources affectées au contrôle s'avèrent insuffisantes et ensuite les poursuites relatives aux infractions commises à l'étranger manquent de viabilité. Ensuite, cette loi a été abrogée et remplacée par le Bill dans le but de rendre plus efficace le contrôle. Malgré ces efforts législatifs, l'Afrique du sud est l'un des plus gros pourvoyeurs de soldats privés au monde<sup>353</sup>.

D'autres lacunes se retrouvent dans la loi sud africaine sur la Prohibition de l'activité mercenaire de 2005 (*Bill*). C'est l'article 11 du texte qui prévoit la compétence extraterritoriale des juridictions nationales<sup>354</sup>. Elle détermine dans ce sens l'existence d'une infraction présumée<sup>355</sup> lorsqu'un acte est commis en dehors de la République par un citoyen sud africain, une personne résidant habituellement dans la République, une société constituée ou enregistrée comme telle dans la République, ainsi que tout organisme de personnes. Toute personne soupçonnée peut être poursuivie devant un tribunal compétent en Afrique du Sud, qui peut condamner le prévenu, s'il est reconnu coupable. La définition de « *personne* », est alignée sur la compétence, en ce qu'elle est limitée dans son sens à un citoyen, un résident permanent, une personne morale enregistrée ou incorporée dans la République, ou tout ressortissant étranger qui contrevient aux dispositions de la nouvelle loi de la République. Pour l'étranger, il faut qu'il soit appréhendé sur les eaux territoriales, à bord d'un aéronef ou navire battant pavillon sud africain.

Cependant, malgré cette loi, les Sud africains continuent d'être embauchés par les SMSP d'autres nationalités qui fournissent des services à travers le monde<sup>356</sup>. L'exercice de la compétence extraterritoriale consiste à contrôler les ressortissants de l'Afrique du sud qui

---

<sup>352</sup> Voir le « *Rapport de l'Office fédéral de la justice sur l'examen d'un système d'enregistrement obligatoire des entreprises de sécurité actives dans les zones de crise ou de conflit* », Suisse, 2007, p. 19. Disponible sur le site : <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen/ber-br-f.pdf>. Dernière visite le 18 octobre 2013.

<sup>353</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 141.

<sup>354</sup> JACOBS (Philip C.), "South Africa's new counter-mercenary law" in Strategic Review for Southern Africa, May, 2008, disponible sur le site : [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_hb1402/is\\_1\\_30/ai\\_n29451036/](http://findarticles.com/p/articles/mi_hb1402/is_1_30/ai_n29451036/). Dernière visite le 20 août 2013.

<sup>355</sup> Article 3 § 2 du Bill.

<sup>356</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 141.

s'engagent par le biais de sociétés étrangères à l'insu total du Gouvernement. De même, les dispositions législatives n'empêchent pas les SMSP de nationalité sud africaine de délocaliser leurs bureaux dans d'autres pays moins regardants sur la réglementation de leurs activités. C'est dans ce sens qu'il convient d'analyser la faiblesse du contrôle des Etats sur les sociétés militaires et de sécurité privées.

## **§ II : La faiblesse du contrôle des Etats sur les SMSP**

Tous les Etats qui engagent des SMSP dans un conflit armé, ont l'obligation de respecter et de faire le droit international humanitaire mais aussi d'assurer la bonne application du droit international des droits de l'homme en toute circonstance. Les tâches confiées à ces sociétés vont de la sécurité des agents de l'Etat et des projets de reconstruction au soutien logistique, de la formation du personnel militaire et de sécurité au fonctionnement et à l'entretien des systèmes d'armement. Dans certains cas, le personnel de ces sociétés remplit des fonctions très sensibles, par exemple, celle de traducteur ou d'interprète lors des interrogatoires de personnes soupçonnées d'actes de terrorisme. C'est dans ce contexte que des risques d'atteintes graves aux droits humains peuvent être le plus rencontrés. Etant liés à ces sociétés par le lien juridique du contrat, les Etats doivent en principe être en mesure d'avoir la possibilité d'exercer un contrôle sur les activités concernées. Mais le fait d'exécuter les contrats dans des situations de conflit armé et dans des Etats effondrés, rend ce contrôle difficile à mettre en œuvre. Aussi certaines sociétés n'hésitent-elles pas à s'engager dans la voie de la délocalisation pour échapper à toute forme de contrôle.

### **A/. Les difficultés du contrôle**

Il est dangereux que des entités armées exercent une activité commerciale sans contrôle. Il ne s'agit pas d'un service comme les autres. Parce qu'impliquant le maniement des armes, il est à rapprocher plutôt du service fourni par les sociétés d'armements qui subissent une procédure d'agrément très sérieux. Le contrôle dont il s'agit doit permettre à l'Etat qui engage la SMSP de mener une sorte de suivi des activités par lesquelles la société assure les missions qui lui sont confiées. L'objectif de la supervision est de faciliter l'enquête sur toute allégation de comportement illicite, conformément à l'obligation qu'a l'Etat de faire respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme<sup>357</sup>. Mais dans la pratique,

---

<sup>357</sup> Les Etats-Unis ont exigé en Irak qu'aussi bien les employés militaires que le personnel contractant civil les accompagnant, signalent toute violation possible soupçonnée ou alléguée du droit international humanitaire, pour qu'elle fasse l'objet d'une enquête. Cette obligation de signalement doit être mentionnée dans les contrats passés

des difficultés font irruption dans le cadre du contrôle des SMSP. D'abord le contrôle administratif mené par les Etats contractants et les Etats d'origine est insuffisant et ensuite le contrôle parlementaire est quasiment inexistant. Il convient tour à tour d'examiner ces difficultés.

#### **a). L'insuffisance du contrôle administratif**

Les risques que comportent les activités des sociétés militaires et de sécurité privée dans les endroits où elles interviennent, ne sont pas forcément liés à un manque d'implication des Gouvernements. Il est avéré que les SMSP opèrent souvent hors du contrôle gouvernemental et ne font l'objet que d'une surveillance limitée de la part des organes de l'État<sup>358</sup>. En fait, ces acteurs ne sont pas soumis au commandement et au contrôle direct de l'armée car les SMSP fonctionnent comme des entités autonomes qui ne sont pas subordonnées à la hiérarchie militaire. Du point de vue pratique, la seule régulation étatique de ces entreprises qui instaurerait un droit de regard des services gouvernementaux, n'est pas forcément une panacée. En effet, les contrats avec les SMSP sont approuvés par les services gouvernementaux et ne sont pas toujours publiés. Aussi sur le terrain, est-il très difficile de reconnaître les soldats privés car la plupart ne portent même pas d'uniforme.

Cela met en relief une difficulté réelle, dans le cadre d'un Etat qui règlemente l'engagement des SMSP à l'étranger.

D'une part, il s'agit de l'éloignement de la société par rapport à l'autorité qui lui confie le mandat. Souvent, la société se trouve dans une zone de conflit situé sur un territoire d'un Etat autre que celui qui la mandate. Ainsi, l'Etat mandant ou l'Etat d'origine n'auront pas la tâche facile pour s'adonner à un contrôle. Ce type de surveillance exige techniquement des moyens importants comme la mise en place d'un dispositif de contrôle. Ainsi, l'insuffisance de la surveillance donne une espèce de carte blanche aux acteurs privés dans la mesure où, ayant un pouvoir particulier sur les civils, leurs interventions peuvent provoquer de graves infractions. A l'éloignement de la zone d'opération s'ajoute une pénurie de moyens

---

entre l'Etat américain et les sociétés. Cf, la Directive « *Dod Law of war program* », *Us Departement of Defense Directive* n°2311.01E, 9 mai 2006, disponible sur le site : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311\\_01e.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311_01e.pdf). Dernière visite le 25 septembre 2013. Voir également, GILLARD (Emanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire* », op. cit, p. 202.

<sup>358</sup> Rapport du Conseil des Droits de l'homme, Assemblée générale des Nations unies, n°A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008 du Groupe de travail sur « *l'utilisation des mercenaires comme moyens de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », op. cit.

humains pour exercer le contrôle. Cette situation est observée en Irak. En effet, suite au lynchage des employés de *Blackwater* en 2004, la Coalition a décidé de mettre en place un organe chargé de superviser les déplacements du personnel des sociétés militaires et de sécurité privées<sup>359</sup>. Ce projet baptisé *Matrix* a été confié pour sa gestion à la SMSP britannique *AEGIS* dirigée par Tim Spicer très connu au cours des conflits dits des « *diamants de sang* » en Sierra Léone et au Libéria<sup>360</sup>. Cette externalisation témoigne non seulement, d'une véritable perte de contrôle, mais aussi d'un conflit d'intérêt en ce sens qu'elle donne à une société un accès direct aux dossiers d'enquête d'une autre société. Dans cette optique de pénurie de moyens humains, une initiative mérite d'être soulignée. Il s'agit en fait de la demande faite par l'Etat américain dans le cadre du Programme « *Blue Lantern* »<sup>361</sup> à l'endroit du personnel de ses ambassades d'assumer les tâches d'application des lois, de vérification de l'octroi des licences et de contrôle des exportations autorisées<sup>362</sup>.

D'autre part, il convient de poser la question suivante : jusqu'à quel point est-il facile, pour un pays donné, de réguler l'activité des sociétés qui opèrent principalement dans une juridiction étrangère ? Cette question suggère la compétence juridictionnelle. Les employés des SMSP n'étant pas justiciables devant des tribunaux militaires, relèvent de la compétence des juridictions de droit commun de leur pays d'origine, celui de l'Etat mandant ou celui de l'Etat sur le territoire duquel ils opèrent. De nombreux Etats conditionnent l'exercice par leurs propres tribunaux de la compétence universelle à la présence de l'accusé sur leur territoire. Ainsi, lorsque la société mandatée emploie des personnes d'autres nationalités qui commettent des crimes hors du territoire de l'Etat mandataire, ce dernier se trouve dans l'incapacité de juger ces accusés.

Dans une société déchirée par la guerre, même si un Gouvernement légitime est en place et souhaite exercer divers contrôles, il n'en a souvent pas la capacité. L'Irak offre un

---

<sup>359</sup> Assemblée générale des Nations unies, Rapport sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, A/65/325, 25 août 2010, p. 8.

<sup>360</sup> BRICET DES VALLONS (Georges-Henry), « *Armée et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose* », op. cit, p.44.

<sup>361</sup> Ce programme lancé en septembre 1990 vise à lutter contre le détournement des matériels et services de défense qui fait l'objet d'abus. Cf, SCHROEDER (Matt), « *La transparence et la fiabilité des systèmes d'exportation d'armes : le cas des Etats-Unis* », Forum du désarmement de l'UNIDIR consacré à « *Investir dans la sécurité* », p. 33. Disponible sur le site de l'UNIDIR au : <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art2400.pdf>. Dernière visite le 26 septembre 2013.

<sup>362</sup> MAULNY Jean-Pierre « *La réforme du contrôle des exportations d'armement et de biens à double usage aux Etats-Unis : philosophie de la réforme, contenue et limites* », in Les analyses stratégiques de l'Institut de Relations Internationales et Stratégiques, juin 2010, p. 2. Disponible sur le site : [http://www.iris-france.org/docs/kfm\\_docs/docs/2010-06-asdi.pdf](http://www.iris-france.org/docs/kfm_docs/docs/2010-06-asdi.pdf). Dernière visite le 25 septembre 2013.

exemple classique : en principe, les forces de la Coalition ont redonné le contrôle au peuple irakien le 30 juin 2004. Or, l'Etat irakien est encore incapable d'exercer véritablement un tel degré de contrôle. Les sociétés militaires et de sécurité privées peuvent donc opérer d'une manière qui n'est pas nécessairement celle que souhaite le Gouvernement irakien<sup>363</sup>. Il n'y a aucun problème quand un Gouvernement est suffisamment fort pour exercer ses fonctions. Par contre, des difficultés se posent quand, le Gouvernement n'est pas ou plus en mesure d'exercer ses propres fonctions légitimes comme il devrait le faire.

Au total, rien n'empêche que le doute puisse s'installer à propos de la pertinence ces contrôles administratifs. Les informations relatives à l'exportation et à l'importation de service de sécurité militaires sont relativement rares.

Ensuite, il est remarqué dans le domaine du transfert des services privés de sécurité militaire « *l'effet porte tournante* ». Il s'agit d'individus qui changent d'emplois en passant du Gouvernement au privé<sup>364</sup>. Il s'ensuit une connexion entre les privés et le monde public. Par conséquent, cette proximité confère aux SMSP une facilité d'accès aux informations classifiées et leur accorde au mieux la bienveillance de l'Administration et au pire une certaine « *impunité* »<sup>365</sup>. Cela accentue la transparence dans le cadre de ce contrôle. Ainsi, l'insuffisance de la surveillance administrative va demeurer car le contrôle parlementaire est lui aussi défaillant.

### **b). La défaillance du contrôle parlementaire**

Le contrôle parlementaire est extrêmement compliqué puisque les gouvernements ne peuvent fournir que des informations limitées sur le contenu des contrats. Les SMSP sont rarement soumises à des mécanismes de contrôle au niveau parlementaire, que ce soit dans les Etats qui utilisent leurs services ou dans les pays où elles opèrent. Dans ce cadre, l'exemple américain est illustratif. En effet, la Constitution américaine prévoit que la « *Marque and Reprisal Clause* »<sup>366</sup> relève des pouvoirs du Congrès<sup>367</sup>.

---

<sup>363</sup> OLSSON (Christian), « *Les relations houleuses entre SMP et tenant de la doctrine de contre-insurrection* », op. cit, p. 68.

<sup>364</sup> La société *MPRI* se targue d'avoir plus de généraux à la retraite au mètre carré que le Pentagone. Ses salariés non seulement des officiers mais aussi des hauts fonctionnaires du Ministère américain de la défense. Même l'ancien Secrétaire américain à la défense Frank Carlucci a eu à diriger la SMSP *Wackenhurt*. Cf, KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 290.

<sup>365</sup> CHARLIER (Marie-Dominique), « *Les sociétés militaires privées en Afghanistan : une coalition dans la coalition* », in *Revue Défense Nationale et Sécurité Collective*, n°10, Paris, octobre 2009, p.89.

<sup>366</sup> Section 8 de la Constitution américaine réservée aux pouvoirs du Congrès lui réserve la possibilité d'émettre des lettres de marques et de représailles.

En matière commerciale, la Constitution prévoit également que « *le Congrès aura le pouvoir de réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers Etats, et avec les tribus indiennes* »<sup>368</sup>. Il ressort de cela clairement que, constitutionnellement, c'est le Congrès qui est compétent pour réglementer la vente de services militaires par des sociétés privées. Pourtant c'est le Département d'Etat, et donc le pouvoir exécutif, qui reste l'acteur principal. Egalement, le Congrès des Etats-Unis a un rôle à jouer dans le contrôle de l'exportation d'armes (dont les contrats des SMSP) en vertu de l'ITAR. Ainsi, il a le pouvoir de bloquer certaines ventes d'armes. La procédure est la suivante : en vertu de la Loi sur le contrôle des exportations d'armes, le pouvoir exécutif est tenu de notifier au Congrès au moins quinze jours avant la signature de tout contrat de vente ou d'octroi de licence dépassant cinquante millions de dollars (US)<sup>369</sup>. Le Congrès peut ensuite bloquer le contrat de vente en votant une Résolution conjointe d'annulation.

Outre le rôle de contrôle, le Congrès exerce une influence particulière par le biais du mécanisme des rapports commandés. L'un des organismes qu'il utilise est le *Government Accountability Office* (GAO). En 2003 un rapport du GAO déplorait un manque de visibilité, une absence de supervision, une opacité de la chaîne de direction, des dérives financières... à propos des sociétés militaires et de sécurité privées en Irak<sup>370</sup>.

Toutefois, force est de constater dans la pratique que le contrôle du Congrès connaît quelques limites. D'abord la première limite est d'ordre technique. En effet, pour les contrats dont le montant est inférieur à cinquante millions de dollars (US), le contrôle parlementaire est non obligatoire. L'exécutif joue sur cette brèche offerte par la loi en fractionnant souvent certains contrats où le blocage du Parlement est craint. Un exemple illustre bien le contournement du Congrès américain. Ainsi en 2004, la CIA a passé un contrat avec *Blackwater* afin de localiser et assassiner des chefs de file d'Al Qaïda. Ce projet a été mis en œuvre car le programme de ce type lancé en 2002 avait été suspendu. Cette nouvelle opération qui vaut plusieurs millions de dollars se réalise par une utilisation de drones armés de missiles en Afghanistan et en Irak. Le Congrès a été marginalisé tout au cours de

---

<sup>367</sup> PHILIPON (Ayméric), « *Les activités mercenaires et de sûreté face au droit* », in *Mercenaires et polices privées. La privatisation de la violence armée*, Olivier HUBAC (dir), Paris, Universalis, 2005, p. 58.

<sup>368</sup> Section 8 de la Constitution des Etats-Unis qui prévoit les pouvoirs du Congrès.

<sup>369</sup> Cf, l'ITAR (International Traffic in Arms Regulation Act), point 123. Consultable sur le site : [http://www.pmdtc.state.gov/regulations\\_laws/itar\\_official.html](http://www.pmdtc.state.gov/regulations_laws/itar_official.html). Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>370</sup> Rapport du GAO 06-865 ("*Rebuilding Iraq. Actions still needed to improve the use of private security contractors*"), Juin 2006. Consultable sur le site du GAO au lien suivant : <http://www.gao.gov/new.items/d06865t.pdf>. Dernière visite le 25 septembre 2013.

l'opération. C'est Leon Panetta nouveau patron de la CIA qui alerta les parlementaires américains en juin 2009<sup>371</sup>.

La pratique d'évitement du Congrès est par ailleurs une habitude permettant de contourner la difficulté de devoir justifier des conflits extérieurs non directement liés aux intérêts américains<sup>372</sup>. En plus de cela, parfois les dépassements éventuels de montants ne sont généralement connus au moment de la conclusion du contrat. Ensuite, la deuxième limite est purement politique. En effet, il est difficile pour les membres du Congrès d'être trop rigoureux dans leurs contrôles sur les SMSP à cause de la concurrence rude dans le domaine de la vente transnationale des services de sécurité militaire. Une contrainte trop stricte laisserait le marchés aux sociétés installées dans d'autres Etats, alors que les contrats en question créent des recettes et des emplois.

En réalité, l'emploi de soldats privés échappe au contrôle budgétaire du Congrès et permet de faire baisser les coûts réels des opérations extérieures<sup>373</sup>. Pour illustration, lors de la guerre en Bosnie en 1996, le Congrès avait fixé une intervention avec un effectif de vingt mille hommes. Pour contourner cela, l'Administration avait utilisé des SMSP.

Au total, l'exemple américain montre que dans le cadre du contrôle parlementaire exercé sur les SMSP, il y a des défaillances. Ainsi, pour promouvoir la transparence de cette activité, la surveillance des organes politiques des Etats aurait un effet positif. L'absence de contrôle est contraire aux principes de base de la démocratie et partant, elle peut conduire à des excès de violence à l'encontre des civils sans qu'il y ait facilité à désigner un Etat responsable<sup>374</sup>.

Mais quoiqu'il en soit, les SMSP ne sont pas favorables à une législation trop stricte qui nuirait à leurs intérêts comme d'ailleurs la plupart des entreprises commerciales de droit commun. C'est fort de cette volonté d'évoluer dans un cadre réglementaire souple ou inexistant, qu'elles pratiquent de plus en plus les délocalisations.

---

<sup>371</sup> Cette affaire a soulevé un tollé à Washington selon le *New York Times* et ainsi des voix se sont levées pour demander que la lumière soit faite sur le partenariat public-privé. Cf. *New York Times* du 21 Août 2009, « *Les Etats-Unis utilisent encore la société de sécurité avec laquelle ils ont rompu* », New York, 2009.

<sup>372</sup> CHARLIER (Marie-Dominique), « *Les sociétés militaires privées en Afghanistan : une coalition dans la coalition* », in *Revue Défense Nationale et Sécurité Collective*, op. cit, p.90.

<sup>373</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 284.

<sup>374</sup> ROSI (Jean-Didier), « *Privatisation de la violence* », op. cit, p. 175.

## B/. Les délocalisations

Les délocalisations<sup>375</sup> des sociétés militaires vers des pays où le contrôle étatique est défaillant constituent une des failles de la réglementation nationale. En fait, les SMSP sont enregistrées dans un Etat mais peuvent être des sociétés multinationales c'est-à-dire qu'elles ont des sièges dans plusieurs Etats. A ce titre, elles opèrent à partir d'un Etat qui accepte leurs activités ou un paradis fiscal<sup>376</sup> qui ignore leur domaine professionnel. Nombre d'entre elles comportent des filiales un peu partout dans le monde. Elles peuvent recruter les membres de leur personnel dans d'autres Etats et intervenir dans plusieurs pays. Mais en raison des intérêts (profits) qui sont recherchés, il est peu probable que celles-ci acceptent de se soumettre à des modes de régulation absolument transparentes. Ainsi, il existe un risque réel de voir des SMSP dans des pays à réglementation souple ou inexistante. Par exemple, la société *Sandline International* était enregistrée aux Bahamas<sup>377</sup> dont les autorisations d'installation étaient faciles à obtenir. A cet exemple on peut aussi ajouter que la *Southern Cross Security services*, SMSP d'origine Sud-Africaine, s'est délocalisée en Sierra Leone en 1999 pour échapper à la loi nationale votée par le parlement pour réguler les activités liées à la sous-traitance militaire<sup>378</sup>. En délocalisant leur siège social, ces sociétés peuvent jouer sur les différentiels de régulation. Cela justifie pourquoi les SMSP elles-mêmes sont généralement favorables à une

---

<sup>375</sup> La délocalisation correspond au déplacement ou à un transfert géographique des activités productives, en raison essentiellement d'un prix de revient plus avantageux. Le déplacement international des activités de production de biens ou de service s'analyse comme le résultat d'une stratégie d'entreprise délibérée ou le résultat des forces naturelles du marché basées sur la compétitivité. Cf, MORCOS (Jean-Louis), « *Sous-traitance internationale ou délocalisation? Un aperçu de la littérature et études de cas en provenance du réseau SPX/BSTP* », ONUDI, Vienne 2004. Consultable sur le site : [http://www.unido.org/fileadmin/import/28897\\_Soustraitanceoudelocalisation.pdf](http://www.unido.org/fileadmin/import/28897_Soustraitanceoudelocalisation.pdf). Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>376</sup> Il n'y a pas de définition juridique de la notion de « paradis fiscaux ». Il existe des caractéristiques qui peuvent permettre de dire qu'on est en présence d'un paradis fiscal. On peut dire que ce sont des pays et territoires offrant des avantages fiscaux considérables par la non imposition ou la faible imposition des revenus et des bénéfices. C'est la principauté de Monaco qui inventa la taxation zéro en 1868 en supprimant toute imposition personnelle afin d'augmenter l'attractivité de son casino. Les Français parlent de *paradis fiscaux*, les Anglais et les Américains parlent de *tax havens* (havres fiscaux). On peut dire pour être précis qu'il s'agit de paradis fiscaux, bancaires et judiciaires. Dans ces pays et territoires, les trois caractéristiques fiscales, bancaires et judiciaires sont toujours mêlées à des degrés divers. Les paradis fiscaux facilitent la création de « sociétés offshore » et de « banques coquilles » et permettent de pratiquer l'évasion fiscale, la corruption et le blanchiment de recettes liées à des activités illégales. Cf, MIGAUD (Didier), *Rapport d'information sur les paradis fiscaux*, n°1902, 10 septembre 2009, Assemblée nationale française, consultable sur le site : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1902.asp>. Dernière visite le 26 septembre 2013.

<sup>377</sup> C'est Tim SPICER lui-même, fondateur de la SMSP britannique *Sandline International* qui l'affirme dans un mémorandum qui était destiné à présenter la structure de *Sandline* et de ses relations avec d'autres sociétés. Cf, Memorandum submitted by Mr Tim Spicer "The structure of *Sandline International* and its relationship with certain other companies". Consultable sur le site du Parlement britannique: [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk). Dernière visite le 03 mars 2013. Voir aussi BANEGAS (Richard), « *De la guerre au maintien de la paix. Le nouveau business mercenaire* », in Critique internationale n°1, automne 1998, Paris, p. 181. Voir également, ROSI (Jean-Didier), « *Privatisation de la violence* », op. cit, p. 88,

<sup>378</sup> Idem.

« *régulation flexible* » de leurs activités. Certains Etats d'accueil font face à de nombreux problèmes socio-économiques et l'arrivée de firmes étrangères apparaît comme une aubaine. Ces Etats sont moins regardants sur les activités qui seront exercées par les sociétés auxquelles ils accordent un droit d'installer leur siège. En réalité, ce qui les intéresse le plus c'est le facteur financier. Par ailleurs, si l'on prend dans la globalité l'exemple des sociétés transnationales dont font partie les SMSP, il est observé que les Etats d'accueil souvent faibles devant ces privés, font l'objet de chantage et de menace, ce qui fait qu'ils n'ont en réalité ni la capacité, ni les moyens de contrôler leurs activités<sup>379</sup>. Aussi, les sociétés elles-mêmes cherchent-elles à faire plus de gain en recourant à la délocalisation. C'est ce que soutient le Conseil des droits de l'homme des Nations unies en ces termes : « *Cette tendance à la privatisation, [...] s'inscrit dans le cadre d'une économie globalisée qui justifie un recours croissant à la délocalisation et aux coûts minimaux en vue de générer le maximum de profits* »<sup>380</sup>. Cette tendance à la délocalisation a des incidences majeures sur le respect des droits de l'homme. Le fait que les Etats d'accueil soient moins regardants sur les activités des sociétés transnationales en générale et des SMSP en particulier, donne une espèce de carte blanche au niveau de la violation des droits humains. C'est ainsi que dans un rapport présenté en 2009, le représentant du Secrétaire général des Nations unies rappelle aux Etats leurs obligations internationales de préserver les droits des particuliers contre les entreprises<sup>381</sup>. Et dans son rapport d'août 2010, il « *a insisté sur le fait que pour éviter que les entreprises ne commettent des violations, les Etats doivent s'employer à promouvoir le respect des droits de l'homme par les entreprises lorsqu'ils font des affaires avec des entreprises, en tant que propriétaire, investisseur, assureur, acheteur [...]* »<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> ÖZDEN (Melik), « *Sociétés transnationales et droits humains. Etat des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises* », [http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/091201\\_STN\\_et\\_droits\\_humains\\_Cetim\\_38p.pdf](http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/091201_STN_et_droits_humains_Cetim_38p.pdf).

Dernière visite le 25 août 2013.

<sup>380</sup> Conseil des droits de l'homme, le rapport présenté le 10 mars 2008 par le Président-Rapporteur du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, disponible sur le site : [http://www.aidh.org/ONU\\_GE/conseilddh/08/7-rapp-mercen.htm](http://www.aidh.org/ONU_GE/conseilddh/08/7-rapp-mercen.htm) le 22 mars 2010.

<sup>381</sup> Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Assemblée générale des Nations unies, A/64/216, soixante quatrième session, consacrée à la « *Promotion et protection des droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » 3 août 2009. Disponible sur : [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_f.aspx?s=58](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_f.aspx?s=58). Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>382</sup> Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Assemblée générale des Nations unies, A/65/310 soixante cinquième session consacrée au « *Questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », 19 août 2010. Consultable au : [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_f.aspx?s=58](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_f.aspx?s=58). Dernière visite le 25 septembre 2013.

Aussi est-il impossible de demander à un Etat qui ne respecte pas les droits de l'homme de les faire respecter par une entité installée sur son sol et qui contribue à l'économie nationale. Le fait de laisser les SMSP s'installer dans d'autres pays afin de fuir des réglementations plus coercitives est incontestablement dangereux. Cela est d'autant plus vrai que la délocalisation des ces multinationales « *tend à obscurcir encore plus leur régime juridique et leurs activités extraterritoriales contribuent à les faire échapper au droit* »<sup>383</sup>. Les contrats signés entre les SMSP et leurs employés sont régis par la législation d'un Etat dont celle de l'Etat d'origine. Si des personnes sont recrutées dans un pays n'ayant pas de réglementation en la matière et si ces mêmes personnes sont envoyées dans un autre pays où il y a également un vide juridique, elles seront dans une situation qui compliquerait leur revendication judiciaire.

La délocalisation favorise l'émergence de nouvelles menaces à l'instar du trafic d'arme et de drogue. Elle favorise également les abus au niveau des recrutements du personnel de ces sociétés. Il est donc de l'intérêt de l'Etat d'origine de réglementer les activités d'exportation de services militaires et de sécurité privée. En effet, cela lui permettrait de marginaliser ipso facto les sociétés sans scrupules et partant, d'éviter que le risque de mauvaise réputation. Egalement, pour l'Etat d'origine les nuisances causées par les sociétés installées sur son territoire pourraient contrecarrer les objectifs de sa politique étrangère.

En revanche, dans d'autres Etats, il peut bien y avoir un niveau élevé de respect des droits de l'homme, mais par une négligence, l'absence de réglementation des activités des SMSP ayant leur siège sur son territoire peut être notée. C'est le cas notamment de la Suisse qui a une tradition humanitaire et est également signataire des Conventions de Genève. Ainsi les activités exercées à l'étranger par des sociétés établies sur le territoire helvétique ne sont pas régies par des dispositions spéciales même s'il existe un projet réglementation des activités des SMSP. Le choix d'un siège en Suisse par une SMSP est motivé non seulement par la recherche d'une bonne image en relation avec la neutralité du pays mais aussi par les avantages fiscaux. Dans le Canton de Bâle-Campagne par exemple, trois sociétés ont été recensées qui opèrent à l'étranger dans des zones de conflits. Deux d'entre elles ont leur siège en Suisse et une n'y a qu'une succursale<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> BALMOND (Louis), « *Observation sur le document relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées* », op. cit, p. 116.

<sup>384</sup> Rapport du Conseil Fédéral sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées rendu le 2 décembre 2005. Disponible sur le site : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/631.pdf>. le 22 mars 2010.

Au total, la Suisse comme tous les Etats où les sociétés militaires et de sécurité privées ont leur siège, ne doivent pas se limiter à permettre l'installation de ces prestataires de services. Ils doivent faire le maximum pour qu'il y ait une réglementation sur les activités qui pourraient être menées à partir de leur territoire. En fait, de telles activités peuvent générer de graves violations du droit humanitaire en cas d'intervention dans une zone de conflits ou violation des droits de l'homme dans n'importe quelle situation d'engagement. Ainsi leur responsabilité et celle de ces acteurs privés pourraient être engagées sur la base de ces violations. Les conditions dans lesquelles les Etats, les SMSP et leurs employés peuvent être mis en cause font l'objet des développements qui suivent.

---

base de l'enquête de ce rapport, le Conseil fédéral a décidé le 21 mai 2008 de renoncer pour l'instant à l'élaboration d'une réglementation, mais a participé activement à l'élaboration du Document de Montreux).

## **Titre II : Le défaut de pertinence des textes existants en matière de sanctions**

L'activité des sociétés militaires et de sécurité privées comporte des risques de violations des règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme<sup>385</sup>. Les membres de ces sociétés qui exécutent les missions confiées par les Etats, utilisent des moyens coercitifs pouvant les conduire à commettre des actes que les instruments pertinents du droit international interdisent comme par exemple la torture<sup>386</sup>. En effet, les traités internationaux prévoient des interdictions de commettre des actes qu'ils déterminent. Aussi, des obligations sont-elles prévues à la charge des Etats pour prévenir ces éventuelles violations. Il en est de même dans le cadre des législations nationales pour régir le comportement des personnes physiques ou morales.

A côté de ces obligations, la loi du contrat s'applique aux différents cocontractants. Cette loi peut faire référence au droit national ou au droit international que les Etats et les SMSP ont choisi.

Il s'agira, dans cette rubrique, de voir comment ces règles s'appliquent aux différents acteurs qui interviennent dans le cadre des activités des SMSP. Dans les cas où cette application est avérée, tout manquement à ces obligations entraîne une responsabilité à l'encontre de l'auteur des faits. C'est pourquoi, il est nécessaire de voir en détail le mécanisme dans lequel, les règles peuvent être appliquées aux Etats, aux sociétés militaires et de sécurité privées et à leurs membres (Chapitre I) avant d'analyser leurs éventuelles responsabilités en butte avec des obstacles (Chapitre II).

---

<sup>385</sup> PARODI (Florence), « *Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées* », in RGDIP, 2010, Tome 114, n°3, p. 503.

<sup>386</sup> La société *CACI International Inc.* a été impliquée dans des actes de torture à l'encontre des prisonniers d'Abu Ghraïb en Irak. Ces agissements n'ont été suivis « *ni d'enquêtes externes ni de sanctions juridiques en dépit des assurances données à ce sujet par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique* ». Cf, « *The American way: Private Military Contractors & US Law After 9/11 An Update- 2010* », in Pri-war Report, The United States of America, December 2010, p. 4. Disponible sur [priv-war.com](http://priv-war.com). Dernière visite le 15 novembre 2013. Voir également Assemblée générale des Nations unies, « *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* » présenté par José Luis Gomez Del Prado, Résolution A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008, § 45.



## Chapitre I : L'existence d'obligations juridiques applicables

En dépit de l'absence de réglementation spécifique qui devient de plus en plus préoccupante face à la croissance exponentielle de l'externalisation<sup>387</sup>, il n'y a pas de vide juridique. La délégation des services militaires de sécurité ne soustrait pas les Etats à leurs obligations juridiques internationales<sup>388</sup>. De telles obligations sont contenues en ce qui concerne les Etats dans la Charte des Nations unies et dans les conventions relatives au droit international humanitaire et des droits de l'homme. Ainsi, en tant que partie aux conventions de droit international humanitaire et de droits de l'homme, les Etats doivent appliquer et faire appliquer les dispositions de ces instruments. En vertu de cette obligation celles-ci s'imposent aux personnes morales et personnes physiques se trouvant à l'intérieur du territoire. Il est maintenu dans ce cadre le principe classique selon lequel, la norme internationale ne s'applique directement à la personne privée<sup>389</sup> que si l'Etat l'édicte sous une forme qui la rend invocable par celle-ci<sup>390</sup>. L'Etat fait ainsi « écran » entre la règle internationale et la personne privée<sup>391</sup>. C'est la raison pour laquelle, les SMSP appliquent les règles du droit international sous forme de règles nationales<sup>392</sup>. Toutefois, l'interdiction de commettre certaines infractions internationales pèse directement sur les personnes morales et les personnes physiques. Les SMSP et leurs membres sont soumis aussi bien à des règles du droit interne des Etats relatives à leurs activités, qu'aux normes de droit commun. En plus de ces règles de droit objectif, la norme du contrat qui les lie à leurs cocontractants, leur est aussi applicable. Ainsi, le fait d'être prestataires des missions étatiques ne place pas les SMSP et leurs membres dans une situation où ils sont dépourvus d'obligations.

---

<sup>387</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 274.

<sup>388</sup> SUR (Serge) et COMBACAU (Jean), *Droit international public*, op.cit, pp. 626-627. Voir également, CARBONNIER (Gilles), « *Privatisation et sous-traitance des services publics : défis pour l'action humanitaire* », in *Annuaire suisse de politique de développement* », op. cit, p. 120. Voir aussi, COTTIER (Michael), « *Attribution de mandats aux entreprises de sécurité militaires privées et régulation de leurs activités : élément à considérer* », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2006, n° 863, Vol. 88, p. 228.

<sup>389</sup> La CPJI l'a rappelé en ces termes : « *Selon un principe de droit international bien établi, un accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour les particuliers* ». Cf, CPJI, Avis sur l'Affaire relative à la compétence des tribunaux du Dantzig, 3 mars 1928, Série B, n° 15, pp. 17-18. Voir aussi, VERHOEVEN (Joe), *Le droit international public*, Bruxelles, éditions Larcier, 2000, p. 412.

<sup>390</sup> VERHOEVEN (Joe), « *La notion d'“applicabilité” directe du droit international* », in *Revue belge de droit international*, 1986, pp. 243 et suivantes.

<sup>391</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU Mathias et PELLET (Alain), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 716.

<sup>392</sup> GILLARD (Emanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire* », op. cit, p. 177. Voir aussi, WEMBOU (Michel-Cyr Djiena) et FALL (Daouda), *Droit international humanitaire : théorie générale et réalités africaines*, Paris, l'Harmattan, 2000, p. 16.

Seulement, les règles qui sont applicables aux Etats et aux prestataires sont d'ordre général et ce caractère fait qu'elles ne sont pas forcément les mieux à même d'encadrer efficacement l'activité militaire et sécuritaire privée<sup>393</sup>. En définitive, trois catégories de règles peuvent concerner les activités des SMSP. Il s'agit du droit international, du droit interne et des obligations contractuelles. Nous allons, dans cette rubrique, montrer comment chaque catégorie s'applique aux différents acteurs. Ainsi, nous nous intéresserons d'abord au droit international, ensuite au droit interne et enfin aux obligations contractuelles.

## **Section I : Applicabilité des règles générales du droit international**

Les normes internationales sont opposables aux Etats quand bien même ils externalisent les missions qui relèvent de leurs compétences. C'est valable également pour les individus qui sont assujettis aux règles du droit international pénal et ce, même s'ils sont salariés d'une société. Nous allons analyser en détail dans chaque cas comment les règles internationales, qui étaient conçues, sans égard bien évidemment aux activités des sociétés militaires et de sécurité privées, peuvent imposer des obligations à leurs destinataires qui deviennent acteurs dans l'externalisation de la sécurité.

### **§ I : Aux Etats évoluant dans l'externalisation**

Les Etats intéressés par les activités des SMSP sont les Etats d'origine des personnes morales mais également ceux de leurs membres, les Etats d'accueil et les Etats cocontractants<sup>394</sup>. Pour chaque rôle qu'il joue dans l'externalisation des services de sécurité militaire, tout Etat doit tout faire pour que ses obligations internationales ne soient pas violées. De telles obligations sont constituées par les principes fondamentaux du droit international et par les conventions internationales relatives au droit humanitaire et aux droits de l'homme. Ces normes ne s'imposent pas aux Etats selon leurs relations vis-à-vis des sociétés militaires et de sécurité privées, mais du fait qu'ils sont des sujets de droit international. Ce qui fait que les règles applicables seront analysées en prenant les Etats dans leur globalité. L'application directe de ces règles aux Etats sera étudiée ici en commençant par les principes fondamentaux du droit des gens pour finir avec les traités internationaux.

---

<sup>393</sup> CICR, « *Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains* », XXXème Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant rouge, Genève, octobre 2007, p. 29. Cf : [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/jhl-30-international-conference-101207/\\$File/30IC\\_8-4\\_IHLchallenges\\_Report&Annexes\\_FRA\\_FINAL.pdf](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/jhl-30-international-conference-101207/$File/30IC_8-4_IHLchallenges_Report&Annexes_FRA_FINAL.pdf), dernière visite le 10 novembre 2013.

<sup>394</sup> PARODI (Florence), « *Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées* », op. cit, p. 365.

## **A/. Le respect des principes fondamentaux du droit international**

Deux principes sont applicables en matière de recours aux sociétés militaires et de sécurité privées. Il s'agit du principe de la prohibition du recours à la force et de celui de la non intervention dans les affaires intérieures.

### **a). La prohibition du recours unilatéral à la force**

Cette règle est fixée par la Charte de l'Organisation des Nations unies à son article 2 paragraphe 4 et elle dispose que « *les Etats membres s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatibles avec les buts des Nations Unies* ».

Son importance n'est pas moindre<sup>395</sup> car le principe de la prohibition du recours unilatéral à la force est classé par la CDI comme relevant « *du jus cogens* »<sup>396</sup>, ce que la Cour internationale de justice cite d'ailleurs dans l'arrêt « *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* »<sup>397</sup>. La Cour précise également que « *les représentants des Etats le mentionnent comme étant non seulement un principe de droit international coutumier, mais encore un principe fondamentale ou essentiel de ce droit* »<sup>398</sup>. Il vise à la fois, la menace et l'emploi de la force<sup>399</sup>. Dès lors, comment s'applique-t-il dans le cadre des activités des sociétés militaires et de sécurité privées ?

---

<sup>395</sup> TREVES (Tullio), « *La déclaration des Nations unies sur le renforcement de l'efficacité du principe du non recours à la force* », in AFDI, 1987, Paris, CNRS Editions, p. 380.

<sup>396</sup> Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 « *Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* ». Voir aussi, Annuaire de la Commission, 1966-II, p. 270.

<sup>397</sup> CIJ, *Affaire militaire et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci*, 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 90, § 190.

<sup>398</sup> Ibid. Voici quelques exemples de positions de représentants d'Etats membres : Pour les Etats-Unis qui se réfèrent à l'article 2 de la Charte, « *Si l'on ajoute les obligations positives que contient le paragraphe 3 de l'Article 2, l'interdiction du paragraphe 4 est complète et impérative* ». Cf, A/C.6/S.R.808, 11 novembre 1963, p. 152, § 15. Pour la Bolivie, « *les buts et principes de l'Organisation [...] ont le caractère de règles de jus cogens, auxquelles le droit international n'admet aucune exception* ». Cf, A/C.6/S.R.814, 19 novembre 1963, p. 184, § 6. Selon le représentant de Chypre, l'article 2 § 4 énonce « *une règle péremptoire de droit international, qui ne peut être enfreinte même par voie de traité* ». Cf, A/C.6/S.R.822, 29 novembre 1963, p. 238, § 7 ; Voir aussi A/C.6/S.R.892, 7 décembre 1965, p. 341, § 19. Pour Madagascar, « *The rule stated in Article 2 (4) of the Charter was a peremptory norm of international law* ». Cf, A/AC.119/SR.9, 3 septembre 1964, p. 17.

<sup>399</sup> CIJ, *Avis relatif à la licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, § 42.

Le principe s'adresse d'abord aux Etats dans la mesure où il leur enjoint de s'abstenir de recourir à la force « *dans leurs relations internationales* ». Mais avant de voir la portée et les destinataires de l'interdiction, intéressons-nous d'abord à l'expression « *force* ». Que renferme-t-elle ?

L'expression « *force* » traduit une forme de « *contrainte matérielle* » qu'un ou plusieurs Etats peuvent exercer sur un autre Etat. Son utilisation peut prendre deux formes : soit elle est directe avec les militaires soit elle est indirecte avec le recours à des organisations armées. C'est cette forme indirecte que peut emprunter l'utilisation des sociétés militaires et de sécurité privées. Ainsi, l'Etat qui utilise les SMSP à l'encontre d'un autre Etat violerait les dispositions de l'article 2 § 4 lorsque l'utilisation de la force s'exerce « *contre l'intégrité territoriale, l'indépendance politique de tout Etat, [ou] toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* ». Autrement dit, l'utilisation de la SMSP est illicite si elle prend la forme d'une agression. Cette dernière est définie comme « *l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies* »<sup>400</sup>.

Les Etats ont l'obligation de ne pas utiliser des forces privées à l'encontre de leurs pairs<sup>401</sup>. Ainsi, ils doivent veiller à ce que leur territoire ne soit pas utilisé à des fins contraires aux droits des autres Etats. C'est ce qu'avait décidé la Cour internationale de justice dans l'affaire du Détroit de Corfou<sup>402</sup>. Par conséquent, sur la base de cette jurisprudence, il est loisible de dire que les Etats ont l'obligation d'encadrer les activités des SMSP pour qu'elles ne portent pas atteinte aux droits des autres Etats<sup>403</sup>. Par contre, l'Etat qui accueille sur son territoire une société militaire et de sécurité privée dans le cadre d'une guerre civile<sup>404</sup> ou une

---

<sup>400</sup> La Résolution 3314 (1974) de l'Assemblée générale des Nations unies. Consultable sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)&Lang=F), dernière visite le 07 novembre 2013.

<sup>401</sup> Résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations unies, (XXV), 24 novembre 1970, « *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies* ». Consultable sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=F). Selon la CIJ : « *Chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées [...] en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat* ». CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, op. cit., § 191.

<sup>402</sup> CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, (Royaume uni c. Albanie), Rec. 1949, p. 22.

<sup>403</sup> TOUGAS (Marie-Louise) et DELAS (Olivier), « *Quelques réflexions entourant la participation de compagnies militaires privées aux conflits armés* », in *Revue québécoise de droit international*, Hors série, 2007, p. 55.

<sup>404</sup> L'Angola en 1992 et la Sierra Leone en 1995 ont accueilli la SMSP sud africaine *Executive Outcomes* (EO). Dans ces pays, il s'était déroulé des conflits civils meurtriers et l'intervention de cette société privée s'était passée dans le cadre d'opérations de combats. En Angola, EO devait reprendre la zone diamantifère de Soyo entre les mains de l'*Union Nationale pour l'indépendance totale de l'Angola* (UNITA). En Sierra Leone, le

insurrection<sup>405</sup> ne porte pas atteinte au principe du non recours à la force dans la mesure où l'interdiction se limite aux relations internationales. Mais cela n'est valable que pour les domaines exclusivement internes c'est-à-dire ceux que le droit international ne s'est pas approprié. Si l'on prend les buts des Nations, on s'aperçoit qu'il est prévu de développer et encourager « *le respect des droits de l'homme* ». Si l'utilisation des SMSP implique des violations massives des droits humains, la question de la licéité du recours à la force dans le domaine interne se pose. Même si cette utilisation n'est pas faite dans les relations entre Etats, les droits de l'homme ne sont plus un domaine qui relève des affaires internes des Etats. Les violations des droits de l'homme sont « *incompatibles avec les buts des nations unies* ». Dès lors, l'engagement des SMSP à l'intérieur d'un Etat d'accueil peut violer le principe de la prohibition du recours à la force.

Par ailleurs, l'Etat a le droit d'utiliser la force en cas de réunion des conditions de la légitime défense<sup>406</sup>. Mais la question qui se pose à propos du droit direct de recourir à la force est de savoir, s'il peut être invoqué par des entités non étatiques. Pour les entités qui aspirent à devenir des Etats (Mouvements de libération nationale et peuple), il y a une reconnaissance pour qu'elles mènent une guerre légitime au nom de leur droit à l'autodétermination. Pour autant, les Résolutions 2625 (XXV) et 3314 (XXIX) n'octroient pas au peuple « *le droit*

---

Gouvernement avait chargé la société de pacifier la capitale Freetown de la pression du *Revolutionary United Forces* (RUF). L'existence de ces contrats a été confirmée par le Livre vert du Royaume uni sur la régulation des SMP, « *Private military companies : options for regulation* », February 2002, § 24. Disponible sur : <http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2002/mercenaries.pdf>. Dernière visite le 30 septembre 2013.

Voir aussi, ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la guerre. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit pp. 82 à 88. Voir aussi LEYMARIE (Philippe), « *En Afrique, une nouvelle génération de chiens de guerre* », in *Le Monde diplomatique*, mensuel, Paris, novembre 2004, pp. 28 à 29.

<sup>405</sup> L'exemple type est la Papouasie Nouvelle Guinée qui a accueilli la SMSP britannique *Sandline International* pour une mission d'encadrement technique et un soutien à l'armée officielle de Port Moresby incapable de mater la rébellion de Bougainville. Cette intervention avait mal tourné à cause de la révolte des militaires de l'armée régulière, orchestrée par *Gurkha security*, contre ce qu'ils considéraient la présence des membres de *Sandline* comme une intrusion. Ces derniers ont quitté la Papouasie avec précipitation. Voir, MANCINI (Marina), « *Private military and security company employees: are they the mercenaries of the twenty-first century?* », in EUI Working Papers, AEL 2010/5, Academy of European Law, PRIV-WAR Project, p7. Disponible [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 19 septembre 2013. Voir également, MC CORMACK (Tim), « *Australian Report on national legislation and judicial Practice* » in National Reports Series (2009) 10/09, p. 15. Consultable sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 19 septembre 2013. Ce contrat de 36 millions de dollars a été torpillé par *Gurkha security* qui s'est vengé de son éviction dans un autre contrat auparavant en Sierra Leone. Cf, KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, pp. 240 à 241.

<sup>406</sup> Article 51 de la Charte des Nations unies : « *Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales* ».

*direct de recourir à la force* »<sup>407</sup>. Dans cette optique, le recours à la force dans ses aspects légaux (légitime défense) reste entre les mains des seuls Etats. Ces derniers sont seuls détenteurs du monopole de la contrainte légitime. Dès lors, les SMSP ne sauraient détenir le droit de recourir à la force car « *le droit international ne reconnaît pas l'usage de la force par des privés* »<sup>408</sup>. Mais à supposer qu'elles fassent usage de la force à l'encontre d'un Etat, celui-ci a-t-il la possibilité d'invoquer la légitime défense ? C'est la question de la licéité de l'emploi de la force en réaction à des opérations militaires menées par des SMSP. La légitime défense est, selon la CIJ, un droit naturel pour les Etats qu'ils ne sauraient, « *exercer qu'en cas d'agression armée par un Etat contre un autre* ». Mais en cas d'attaque par des forces non étatiques, ce qu'il faut regarder, c'est le contrôle d'un Etat sur l'entité en question qui mène l'agression. Ce contrôle doit démontrer l'existence d'un lien étroit entre l'entité privée et l'Etat, lien qui fasse de la première un instrument du second. Si ce contrôle n'existe pas, il ne saurait être possible d'invoquer la légitime défense. Mais il en est autrement dans la pratique des Etats. Israël avait invoqué son droit à la légitime défense lorsqu'elle a été attaquée par le Hezbollah en 2006 mais sans faire état de l'existence d'un contrôle de l'Etat libanais sur cette force non étatique. En réalité, le Hezbollah, même si certains de ses membres sont élus députés, il n'est pas un organe gouvernemental, ni une collectivité territoriale, encore moins un Etat fédéré. Ce qui fait que l'Etat libanais n'exerce aucun contrôle sur cette entité<sup>409</sup>. Dans un autre exemple, l'Ouganda avait soutenu devant la CIJ que la République démocratique du Congo avait utilisé des forces irrégulières pour l'agresser. L'Ouganda invoquait dans cette affaire la légitime défense. La Cour a exclu une implication « *directe ou indirecte* » du Congo dans les actions militaires contre l'Ouganda. Selon elle, « *les conditions de droit et de fait justifiant l'exercice de la légitime défense à l'encontre de la RDC ne sont pas réunies* ». Elle ajoute aussi curieusement, alors que le point méritait qu'elle lui donne un éclairage, qu'elle n'avait pas à se prononcer sur les arguments des parties relatifs à la question de savoir si, et à quelles conditions, le droit international prévoit un droit de légitime défense pour riposter à des attaques menées par des forces irrégulières<sup>410</sup>. En tout cas, le Conseil de sécurité, à travers

---

<sup>407</sup> SUR (Serge) et COMBACAU (Jean), *Droit international public*, op. cit, p. 631.

<sup>408</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 274.

<sup>409</sup> CANNIZZARO (Enzo), « *Entités non étatiques et régime international de l'emploi de la force : une étude sur le cas de la réaction israélienne au Liban* », in RGDIP, 2007, Tome CXI, Paris Pedone, p. 339.

<sup>410</sup> CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 106 et suivants.

les Résolutions 1368 et 1373 (2001) a reconnu la légitime défense à propos des attentats du 11 septembre 2001 dont le commanditaire n'était pas un Etat<sup>411</sup>.

Dès lors que les SMSP agissent sous mandat d'un Etat, l'implication d'une puissance ne peut être écartée en cas d'attaque conduite par ces entités à moins qu'il soit démontré un agissement en dehors d'un contrat ou spontanément. Si la mission confiée est de mener l'agression, l'Etat agressé peut à juste titre invoquer la légitime défense à l'encontre de l'Etat mandant. Ce dernier, même en envoyant des forces privées pour mener des opérations sur le territoire d'un autre Etat, viole ipso facto le principe de non intervention dans les affaires intérieures.

### **b). Le principe de non intervention dans les affaires intérieures des Etats**

Ce principe est posé par la Déclaration des Nations unies de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats. Il s'agit pour les membres de l'organisation mondiale de « *s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat* »<sup>412</sup>.

Ce principe n'interdit que des interventions illicites qui sont de nature à porter atteinte à la souveraineté des autres Etats contre lesquels elles sont dirigées. Le principe de non intervention s'adresse aux Etats et constitue pour eux une obligation dans la seule mesure où l'emploi de forces irrégulières a une finalité illicite. Cette obligation est analysée ici pour savoir comment elle s'applique aux Etats lorsqu'ils emploient des sociétés militaires et de sécurité privées. Le fait de donner l'exemple des mercenaires comme forces irrégulières, fait penser au fait que les auteurs de cette règle avaient voulu interdire l'emploi de moyens de contrainte autres que militaires à l'encontre des autres Etats. C'est ainsi que, quand il y a une possibilité pour les Etats d'utiliser les services des SMSP, la question du respect du principe de non intervention se pose naturellement. Mais d'abord, il convient de souligner que cette question ne se pose pas d'emblée quand l'intervention est sollicitée par un Gouvernement légalement constitué. Toute la question se situe au niveau de la possibilité de ce

---

<sup>411</sup> Conseil de sécurité, Résolution S/RES/1373 (2001) du 28 septembre 2001 : « *Le Conseil de sécurité, [...] Réaffirmant le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que consacre la Charte des Nations Unies et qui est réaffirmé dans la résolution 1368 (2001)* ». Consultable sur : [http://www.un.org/french/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/french/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001)). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>412</sup> Déclaration des Nations unies de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats.

Gouvernement de garder son droit de mettre fin à cette intervention, si le besoin ne se fait plus sentir. Si tel n'est pas le cas, l'intervention risque de se transformer en une occupation. Les Etats faibles ne seraient pas en mesure de s'extirper d'une occupation militaire non voulue. On imagine mal comment l'Irak pouvait décider unilatéralement de mettre fin à l'occupation américaine, même si, soulignons-le, l'intervention n'a pas été sollicitée par le Gouvernement en place en mars 2003. Ensuite, dans le cas où un Etat utilise une SMSP pour consolider la résistance d'une force dissidente dans un autre Etat ou pour assister un Gouvernement illégitime, cet acte viole le principe de non intervention. Dans l'utilisation des SMSP comme celle des forces irrégulières, l'emploi de ces forces n'est pas interdit. C'est la finalité qui est condamnée dès lors qu'elle ne respecte pas la souveraineté de l'Etat contre lequel l'intervention est dirigée.

Les SMSP engagées dans le cadre d'une intervention à l'intérieur d'un Etat est un fait qui pourrait favoriser de multiples violations du principe de non intervention. L'ingérence dans un Etat effondré, par exemple, ne rencontre pas de difficulté, dans la mesure où le Gouvernement en place ne contrôle qu'une partie du territoire (souvent la capitale). On peut citer également les interventions déguisées qui utilisent le plus souvent les privés lorsqu'il s'agit de protéger des intérêts. Mais au demeurant, si un Etat emploie des sociétés militaires et de sécurité privées qui vont intervenir sur le territoire d'un autre Etat sans que celui-ci en fasse la demande, il viole le principe de non intervention dans les affaires intérieures. La difficulté est souvent de déterminer, en ces cas d'intervention déguisée, quel Etat est à l'origine de l'envoi de ces sociétés d'autant plus que les contrats conclus entre les Etats et les SMSP sont souvent secrets. Si cette question se pose actuellement, c'est qu'elle n'a pas trouvé une réponse à l'époque de la prolifération des mercenaires traditionnels. Le Conseil de sécurité y a été confronté lorsque des mercenaires sont intervenus au Congo dans les années 1960. La convocation du Conseil en 1967 n'a pas pu déterminer l'Etat agresseur<sup>413</sup>. Cette difficulté de chercher l'Etat mandataire des forces irrégulières est une étape qui ne serait atteinte si l'obligation internationale de non intervention dans les affaires intérieures était respectée. En tant que principe du droit international, son respect est obligatoire par les Etats comme le sont les règles du droit international humanitaire.

---

<sup>413</sup> TERCINET (Josiane), « *Les mercenaires et le droit international* », in AFDI, 1977, vol. 23, Paris, CNRS, p. 279.

## **B/. Les traités du droit international humanitaire**

Le droit international humanitaire est une branche du droit international général qui regroupe l'ensemble des règles applicables dans des situations conflictuelles et qui ont pour but d'atténuer les souffrances des victimes potentielles et autres effets négatifs de la guerre<sup>414</sup>. Il est défini par Jean Pictet comme l'ensemble des « *règles d'origine conventionnelle ou coutumière, qui sont spécialement destinées à régler les problèmes humanitaires découlant des conflits armés, internationaux ou non et qui restreignent, pour des raisons humanitaires, le droit des Parties au conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix ou protègent les personnes et les biens affectés ou pouvant être affectés par le conflit* »<sup>415</sup>. Ce droit est composé des Conventions de la Haye de 1907 relatives aux matériels et outils de la guerre, des Conventions de Genève de 1949 complétées par leurs protocoles additionnels concernant la protection des personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités et divers autres traités interdisant des armes spécifiques et qui en limitent l'usage. La quasi-totalité des Etats les ont ratifiées. De ce fait, une part importante d'obligations est contenue dans ce droit, obligations qui s'appliquent à l'égard des Etats aussi bien dans les conflits internationaux que dans ceux se déroulant à l'intérieur des frontières. L'application du droit international humanitaire concerne toutes les Parties au conflit et les Etats sont tenus de respecter et de faire respecter ses dispositions pertinentes en toutes circonstances. En effet, même en dehors des conflits, les Etats doivent prévenir les violations du droit international humanitaire et réprimer tous les actes des particuliers contraires à ce droit. Ce qui signifie que l'obligation de respect dépasse le cadre du conflit pour s'imposer aussi en temps de paix. Dans tous les cas, même en transférant certaines de leurs tâches aux sociétés militaires et de sécurité privées, les Etats ne sauraient se soustraire à leurs obligations internationales<sup>416</sup>. Ainsi, ils doivent respecter et faire respecter le droit international humanitaire en temps de conflit et faire de même en temps de paix.

---

<sup>414</sup> WEMBOU (Michel-Cyr Djiena) et FALL (Daouda), *Droit international humanitaire : théorie générale et réalités africaines*, op. cit, p. 16.

<sup>415</sup> PICTET (Jean), « *Le droit international humanitaire : définition* », in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, UNESCO, Paris, 1986, p. 13.

<sup>416</sup> La Cour internationale de justice considère d'ailleurs dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci que « [...] les Etats-Unis ont l'obligation, selon les termes de l'article premier des quatre conventions de Genève, de respecter et même de faire respecter ces conventions « en toute circonstance » car une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète ». CIJ, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique)*, 26 juin 1986, Rec., § 220.

## a). Respecter et faire respecter le droit international humanitaire en temps de conflit

L'obligation qu'ont les Etats d'appliquer le droit international humanitaire fait partie de leur devoir général de respecter le droit international public<sup>417</sup>. Ce droit qui régit la conduite des hostilités est applicable dans le cadre d'un conflit armé international ou interne<sup>418</sup>. Ce qui fait qu'il n'est pas possible d'invoquer l'application de ce droit lorsque l'évènement qui se déroule dans un territoire ne peut être qualifié de conflit armé. Cela exclut évidemment les situations de troubles intérieurs et de tensions internes. En effet, les troubles intérieurs et les tensions internes sont caractérisés par un manque d'organisation du groupe qui se soulève avec des revendications socio-économiques. C'est le cas des grèves et des manifestations populaires. Leur manque d'organisation est mesuré par rapport à une rébellion qui a des organes dirigeants et une aile militaire, le tout mobilisé pour des revendications purement politique.

L'obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire en période de conflit signifie que chaque Etat doit remplir ses devoirs et faire tout ce qui est nécessaire pour que ses organes et l'ensemble des personnes relevant de sa juridiction agissent en conformité avec les traités en la matière<sup>419</sup>. Cela montre que cette obligation a un volet préventif. Ce qui veut dire aussi que, même pendant la durée des hostilités, l'Etat doit faire en sorte que les règles pertinentes soient portées à la connaissance des personnes qui sont sous ses ordres<sup>420</sup>. Cette prévention permet toujours une meilleure application des règles humanitaires.

---

<sup>417</sup> HENCKAERTS (Jean-Marie) et DOSWALD-BECK (Louise), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 651.

<sup>418</sup> Article 2 de la VI<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949.

« En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ». Voir aussi, HENCKAERTS (Jean-Marie) et DOSWALD-BECK (Louise), *Droit international humanitaire coutumier*, op. cit, p. 655.

<sup>419</sup> Article 80 - *Mesures d'exécution* (Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949)

« 1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit prendront sans délai toutes les mesures nécessaires pour exécuter les obligations qui leur incombent en vertu des Conventions et du présent Protocole.  
2. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit donneront des ordres et des instructions propres à assurer le respect des Conventions et du présent Protocole et en surveilleront l'exécution ».

<sup>420</sup> Article 83 - *Diffusion* (Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949)

« 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à diffuser le plus largement possible, en temps de paix comme en période de conflit armé, les Conventions et le présent Protocole dans leurs pays respectifs et notamment à en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire et à en encourager l'étude par la population civile, de telle manière que ces instruments soient connus des forces armées et de la population civile.

Toutefois, l'obligation de respecter et de faire le respecter le droit international humanitaire en période de conflit est une obligation de résultat. Il doit réprimer tous les actes commis en violation du droit international humanitaire pendant la durée du conflit. Même en confiant des activités à des sociétés militaires et de sécurité privées, en les accueillant sur son territoire ou en leur ayant octroyé sa nationalité, l'Etat doit sanctionner les actes de ces entités privées qui contreviennent aux dispositions pertinentes des conventions humanitaires auxquelles il est partie. C'est pourquoi, même étant entré dans le conflit par une légitime défense, cela n'exclut nullement l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale humanitaire. Chaque Etat doit aussi veiller à ce que les autres Etats observent aussi les règles humanitaires pertinentes<sup>421</sup>. Ainsi, en tant que partie aux conventions relatives au droit international humanitaire, l'Etat est obligé d'en respecter les dispositions pertinentes<sup>422</sup>. Ces conventions lient les Etats qui les ont signés et ratifiés ou qui y sont adhérents. Ainsi dispose l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 en ces termes : « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* »<sup>423</sup>. Les obligations issues du traité s'imposent aux parties « *à l'égard de l'ensemble de [leur] territoire* » en vertu de l'article 29 de la même convention. Les Etats sont alors obligés d'appliquer le droit international humanitaire à l'intérieur même de leur territoire.

---

2. *Les autorités militaires ou civiles qui, en période de conflit armé, assument des responsabilités dans l'application des Conventions et du présent Protocole devront avoir une pleine connaissance du texte de ces instruments* ».

<sup>421</sup> Cette obligation est le plus souvent remplie par le Comité International de la Croix-Rouge qui est aussi partie aux Conventions de Genève. Ainsi, il avait lancé un appel le 19 mars 1979 à propos du conflit de la Rhodésie (actuel Zimbabwe) en demandant au Royaume Uni et aux Etats « *de première ligne* » de la région du conflit de soutenir sa demande en faveur du respect du droit international humanitaire. CONDORELLI (Luigi) et BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence), « *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire « en toute circonstance »* », in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, Mélanges en l'honneur de Jean PICTET, CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 24 et 28.

<sup>422</sup> Sur ce point l'expression « *respecter et faire respecter* » que l'on trouve dans certaines conventions internationales est plus un engagement solennel de ne pas pratiquer les représailles sur les prisonniers de guerre qu'une représentation d'une obligation juridique. En effet l'engagement à respecter semble juridiquement inutile à mentionner dans la mesure où, la convention où il est inscrit « *lie les parties et doit être exécutée par elles de bonne foi* » (Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969). Il faut dire que cette expression « *respecter et faire respecter* » témoigne de la nature inconditionnelle et du caractère non synallagmatique des obligations découlant du droit international humanitaire. La violation de ces obligations de la part d'un Etat ne saurait autoriser l'Etat victime à les violer à son tour. Ce que l'article 60 §5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités confirme 20 ans après la première inscription de l'expression dans les Conventions de Genève de 1949. Cf, CONDORELLI (Luigi) et BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence), « *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire « en toute circonstance »* », op. cit, p. 17.

<sup>423</sup> C'est le principe du « *Pacta sunt servanda* » prévu par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Disponible sur : [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1\\_1\\_1969\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf), dernière visite le 10 octobre 2013.

Dans cette optique, l'externalisation des activités qui relevaient de leurs forces armées ne sauraient les soustraire à de telles obligations issues des traités dont ils sont exécutants<sup>424</sup>. Soit l'Etat engage une SMSP dans un théâtre d'opération, soit il l'accueille sur son territoire, ou soit il lui octroie sa nationalité. Dans les trois cas, les Etats sont tenus de respecter le droit international humanitaire.

Le droit international humanitaire n'interdit pas aux Etats d'engager des forces privées pour effectuer certaines tâches dans le cadre d'un conflit<sup>425</sup>. En fait, le droit international humanitaire ne règlemente ni la légalité ni la légitimité des combattants ; il se contente de régler les modalités de conduite des combats. La garantie du respect dû aux normes fixées par les conventions internationales dans le déroulement des conflits, reste à la charge de la puissance qui engage la société militaire et de sécurité privée. En effet, lorsque l'Etat partie à un conflit utilise les services d'une SMSP, le fait que les membres de celle-ci agissent en son nom, pourrait faire dire qu'il y a « *une relation de dépendance* » entre eux. En effet, d'après le TPIY, l'existence de la « *relation de dépendance* » entre une Partie au conflit et des personnes agissant en son nom, suffit à qualifier de telles personnes comme les combattants de cette partie<sup>426</sup>. Sur ce point deux interprétations différentes de la notion de contrôle ont pu avoir lieu dans la jurisprudence internationale. Cela concernait le contrôle d'un Etat en l'occurrence la Serbie sur une entité non étatique, la *Republika Srpska*, composante serbe de la Bosnie-Herzégovine en conflit avec d'autres ethnies. La Serbie a été soupçonnée par la Bosnie-Herzégovine d'exercer un contrôle sur la composante serbe en territoire bosnien, en lui apportant une aide afin d'entreprendre un génocide<sup>427</sup>. Le degré du contrôle de la Serbie sur l'entité *Srpska* a divisé le TPIY et la Cour internationale de justice<sup>428</sup>. Précisons que la Bosnie-Herzégovine avait engagé la responsabilité de la Serbie devant la CIJ et le TPIY se prononçait sur la responsabilité pénale du sieur *Tadic*<sup>429</sup> et les deux affaires ont porté sur le génocide bosniaque. Le TPIY a vu dans les relations entre la Serbie et la *Republika Srpska* un

---

<sup>424</sup> Assemblée générale des Nations unies, Commission des droits de l'homme, Septième session, « *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », A/HRC/7/7, présenté par José Luis Gomez Del Prado, 09 janvier 2008, § 51.

<sup>425</sup> GILLARD (Emanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire* », op. cit, p. 177.

<sup>426</sup> TPIY, Chambre d'Appel, Affaire « *Le Procureur c. Dusko Tadic* », Affaire IT-94-1, arrêt du 15 juillet 1999, § 93-94.

<sup>427</sup> En fait, le nettoyage ethnique dont la Serbie est accusée, visait, selon la Bosnie à éliminer les populations non serbes pour intégrer les serbes de Bosnie à la Grande Serbie en projet de création, après l'éclatement de la Yougoslavie.

<sup>428</sup> DOPAGNE (Frédéric), « *La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* », op. cit, p. 503.

<sup>429</sup> TPIY, Chambre d'appel, Affaire *Le Procureur c. DuskoTadic*, op. cit, § 123.

« *contrôle global* »<sup>430</sup> de la première sur la seconde, contrôle suffisant pour attribuer la responsabilité aux forces armées serbes. Le Tribunal s'est ainsi écarté de la notion de contrôle tel que la CIJ l'entendait dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, comme devant être un « *contrôle effectif* »<sup>431</sup>. La Cour a confirmé sa jurisprudence de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Elle estime que le demandeur, en l'occurrence la Bosnie, n'a pas apporté les preuves de l'implication directe des forces armées serbes. La position de la CIJ dans les deux affaires va dans le sens d'exiger la démonstration de la dépendance totale des entités en question (*Srpska - Contras*) aux Etats (Serbie - Etats-Unis) et que ces derniers exerçaient un contrôle effectif dans la mesure où ils ont ordonné ou imposé la perpétration de chacun des actes en cause et que la commission de ceux-ci eût été impossible en dehors d'instructions spécifiques données les autorités étatiques.

L'exigence de contrôle effectif est plus prudent au niveau de l'emploi des SMSP. Si l'Etat confie une mission à une société militaire, il peut garder un contrôle effectif sur la société en vertu du contrat qui les lie. En tant qu'Etat d'origine ou Etat territorial, sa législation peut lui permettre d'imposer le respect du droit international humanitaire. Mais le problème de contrôle peut survenir lorsqu'un Etat faible en face d'une SMSP très puissante ou lorsque la société exerce les missions sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce dernier cas, l'Etat contractant peut rencontrer des difficultés de contrôle liées à la distance.

En tout état de cause, les difficultés de contrôle n'exonèrent pas l'Etat de son obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire. Cette obligation est valable également en temps de paix.

#### **b). Faire respecter les règles du droit international humanitaire en temps de paix**

En vertu de l'article premier commun aux Conventions de Genève de 1949<sup>432</sup>, les Etats se sont engagés, en plus de respecter le droit international humanitaire, de le faire respecter. Ainsi, en temps de paix certaines mesures doivent être prises par les Etats pour montrer qu'ils sont en train de remplir leurs obligations humanitaires. Ces obligations ne se

---

<sup>430</sup> TPIY, Chambre d'appel, Affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt du 15 juillet 1999, op. cit, pp. 1518 et s.

<sup>431</sup> CIJ, *Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* op. cit, pp. 64 et suivantes.

<sup>432</sup> Article Premier de la Première Convention de Genève de 1949 : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances* ». Convention consultable au lien suivant : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/365?OpenDocument>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

limitent pas seulement à faire respecter le DIH aux forces armées nationales mais aussi à toutes les personnes qui agissent au nom de l'Etat ou sous sa direction « *ou qui agissent en fait sur ses instructions* »<sup>433</sup>. Ce qui inclut évidemment toute personne privée<sup>434</sup> physique ou morale dont les sociétés militaires et de sécurité privées et leurs membres. Les Etats ont l'obligation de s'assurer que les civils ne violent pas le droit international humanitaire<sup>435</sup>.

Une telle obligation a deux volets : préventif et répressif. La prévention elle-même est une obligation de moyen dans la mesure où, elle consiste à prendre des mesures nécessaires pour rendre difficiles les violations du droit international humanitaire. Il n'est pas exigé des puissances qu'elles imposent le respect du droit humanitaire car cela reviendrait à les autoriser à employer la force pour cela. Une telle utilisation serait manifestement en contradiction avec la Charte des Nations unies. L'Etat ne peut que prendre les dispositions nécessaires, comme instituer un appareil administratif de prévention, ou prendre des mesures pour éviter les violations massives. Quant à la répression, elle constitue une obligation de résultat<sup>436</sup>. En effet, les mesures prises doivent permettre de sanctionner tous les auteurs des faits incriminés. C'est pourquoi, l'Etat doit adopter une législation qui devra à son tour, non seulement être adéquate mais aussi adaptée<sup>437</sup> au DIH et mettre en place des institutions juridictionnelles pouvant assurer la répression.

En ce qui concerne les mesures qu'un Etat peut prendre à l'endroit des personnes qui agissent en son nom ou sous son contrôle dont les SMSP afin qu'elles respectent le droit international humanitaire, les traités en formulent quelques unes.

D'une part, dans le cadre de la prévention, il s'agit par exemple de :

- diffuser la connaissance des dispositions du droit applicable à leurs activités qui passe par la formation. En effet, s'agissant des SMSP, quand elles sont engagées sur un

---

<sup>433</sup> HENCKAERTS (Jean-Marie) et DOSWALD-BECK (Louise), *Droit international humanitaire coutumier, vol. I, Règles*, op. cit, p. 652.

<sup>434</sup> CIJ, *Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie-Monténégro))*, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 8 avril 1993, § 52.

<sup>435</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 904, N°S/RES/904 (1994), 18 mars 1994, Adoptée par le Conseil de sécurité à sa 3351<sup>ème</sup> séance, le 18 mars 1994.

Disponible sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/904\(1994\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/904(1994)). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>436</sup> MAZZESCHI (Ricardo Pisillo), « *Responsabilité de l'Etat pour la violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme* », in RCADI, 2008, tome 333, p. 311.

<sup>437</sup> C'est dire adopter de nouvelles lois si c'est nécessaire ou même modifier ou abroger les dispositions législatives en contraste avec le respect du droit international humanitaire.

théâtre d'opération, elles doivent recevoir une formation appropriée. Ainsi, l'article 144 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève dispose que : « *Les autorités civiles, militaires, de police ou autres qui, en temps de guerre, assumeraient des responsabilités à l'égard des personnes protégées, devront posséder le texte de la Convention et être instruits spécialement de ses dispositions* ».

Il ressort de ce texte une exigence de formation en droit international humanitaire pour toute personne assumant des responsabilités à l'égard des individus protégés par les traités. Cependant, le texte n'a pas déterminé qui doit assurer cette formation. Il est vrai que l'expression « *autorités* » employée dans l'article 144 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève ci-dessus évoque les représentants de l'Etat, Etat qui est partie au traité. Mais qu'en est-il lorsque, à la place de ces « *autorités* », agissent des sociétés privées prestataires de service militaire et de sécurité ?

Concrètement, si l'Etat emploie une SMSP deux solutions sont possibles : ou bien la société fournit la formation, ou bien l'exigence de formation est inscrite dans le cahier des charges du contrat de prestation. En tout cas, dans la pratique, la deuxième solution est le choix du Département américain de la défense. En vertu d'une Directive adoptée en 2006<sup>438</sup>, ce Ministère exige des contractants qu'ils instituent et mettent en œuvre des programmes efficaces pour prévenir les violations du droit de la guerre par leurs employés et leurs sous-traitants, y compris la formation et la diffusion touchant le droit de la guerre en ces termes « *Ensure that contract work statements for contractors comply with the policies contained in this Directive and DoD Instruction (DoDI) 3020.41 (Reference (h)), and require contractors to institute and implement effective programs to prevent violations of the law of war by their employees and subcontractors, including law of war training and dissemination, as required by References (e) and (f)* »<sup>439</sup>.

- l'existence de dispositif permettant de donner des ordres et instructions dans le but d'assurer le respect des normes de droit international humanitaire. Cette règle est issue du paragraphe 2 de l'article 80 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977. En vertu de ce texte, les employés des SMSP doivent recevoir des

---

<sup>438</sup> « *DOD Law of war Program* », US Department of Defense Directive, n°2311.01E, du 9 mai 2006. Consultable sur : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311\\_01e.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311_01e.pdf), dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>439</sup> Consultable sur : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311\\_01e.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311_01e.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, GILLARD (Emanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en-va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire* », op. cit, p. 202.

instructions de la part de l'Etat qui les engage. Si l'Etat est défaillant, la société pourrait assurer ce rôle à l'endroit de ses employés ;

- la surveillance de l'exécution des instructions par l'Etat qui emploie des SMSP. Ces dernières, en s'acquittant de leurs missions, doivent faire l'objet d'un contrôle pour qu'elles ne se sentent pas libres d'agir comme bon leur semble. La supervision a un intérêt stratégique. En effet, elle permet de pouvoir anticiper ou mener des enquêtes dans les plus brefs délais afin de déceler tout comportement synonyme de violation du droit international humanitaire. En agissant ainsi pour honorer ses obligations en vertu droit applicable en conflit armé, l'Etat doit aussi fournir des efforts comparables pour le respect du droit international des droits de l'homme.

D'autre part, dans le cadre de la répression des violations des règles du droit international humanitaire, les Etats parties sont tenus de rechercher les personnes accusées d'avoir commis ou donné l'ordre de commettre des « *infractions graves* » indépendamment de la nationalité du coupable et du lieu de commission du crime, en application du principe de la compétence universelle<sup>440</sup>. Pour être efficaces, les mesures appropriées doivent être adoptées avant que des « *infractions graves* » n'aient pas eu l'occasion de se produire<sup>441</sup>. C'est dans ce sens par exemple que la Convention de la Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé oblige les Etats parties à « *prendre* » dans le cadre de leur droit pénal, toutes les mesures nécessaires pour rechercher et frapper de sanctions pénales ou disciplinaires les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à ses dispositions<sup>442</sup>. Evidemment, c'est la prise de ces mesures qui permet de s'assurer de la volonté d'un Etat de faire respecter le droit international humanitaire. Les dispositions des traités ne donnent pas d'indications sur le type de mesures à prendre. Elles se contentent seulement d'indiquer que les parties doivent prendre « *les mesures nécessaires* »<sup>443</sup>. Leur choix dans la nature des mesures à prendre dépend de l'ordre

---

<sup>440</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977 :

Article 86 - *Omissions* : « 1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir ».

<sup>441</sup> Convention de Genève I, article 49 ; Convention de Genève II, article 50 ; Convention de Genève III, article 129 ; Convention de Genève IV, article 146 ; Protocole Additionnel I, article 85, § 1.

<sup>442</sup> Article 28 de la Convention de la Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

<sup>443</sup> Par exemple, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité (26 novembre 1968) dispose à son article 4 que : « Les Etats parties à la Conventions s'engagent à adopter toutes les mesures d'ordre législatif ou autre, qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes [...] ». Cf : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1970/11/19701111%2002-40%20AM/Ch\\_IV\\_6p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1970/11/19701111%2002-40%20AM/Ch_IV_6p.pdf), dernière visite le 10 octobre 2013.

interne. L'essentiel est que ces mesures existent et qu'elles soient appliquées. Ainsi, pour satisfaire à leurs obligations, les Etats peuvent voter des lois pour pouvoir sanctionner toute personne responsable d'infractions punies par les conventions<sup>444</sup>. Ensuite, les juridictions internes doivent être compétentes pour poursuivre et juger toute personne soupçonnée d'avoir commis une violation du droit international humanitaire dans les conditions de répression prévues par les traités.

L'origine de cette compétence résulte de certaines conventions internationales qui obligent les Etats signataires à poursuivre par le truchement de leurs tribunaux nationaux certaines violations des traités relatifs au droit international humanitaire et aux droits de l'homme. Aussi, les juridictions nationales tirent-elles leurs compétences des règles coutumières internationales<sup>445</sup>. *Un principe d'universalité* est consacré pour cela. Il permet aux autorités de poursuite et de jugement d'un Etat de se saisir d'un crime, même en l'absence de tout lien de rattachement entre cette infraction et l'Etat en question<sup>446</sup>. Il oblige également les Etats qui ne peuvent pas juger des personnes accusées de les extradier vers d'autres Etats où elles pourront être sanctionnées. Tout Etat qui constate une violation présumée des règles du droit international humanitaire ou celles relatives à la protection des droits de l'homme par un membre d'une SMSP, peut s'atteler à juger celui-ci ou l'extrader s'il y a un obstacle sérieux à son jugement vers les Etats qui seraient en mesure de le faire.

Toutefois, d'autres principes gouvernent la compétence des tribunaux nationaux. Il s'agit d'abord du *principe de territorialité* selon lequel un crime perpétré sur le territoire d'un

---

<sup>444</sup> L'Article 4 de la Convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumain ou dégradants (10 décembre 1984) dispose :

« 1. Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

2. Tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité ». Cf, [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch\\_IV\\_9p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf), dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>445</sup> En 1998, un juge d'instruction belge n'avait pas hésité à affirmer sa compétence à connaître d'une plainte avec constitution de partie civile contre Pinochet sur la base de l'incrimination coutumière des crimes contre l'humanité. A ce moment, les crimes contre l'humanité n'ont pas encore été introduits dans le droit belge. Ils le seront en 1999 par une loi du 10 février amendant la loi du 16 juin 1993 sur la répression des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et à leurs Protocoles additionnels de 1977. Cf, DAVID (Eric), « *Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales* », in *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire* (dir) Jean François FLAUSS, *Actes du Colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut d'Etudes de droit international de l'Université de Lausanne*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 138 et suivantes.

<sup>446</sup> LA ROSA (Anne-Marie), *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, PUF, 1998, p. 10. La plupart des Etats n'appliquent ce principe que dans le cas où la personne présumée auteur de l'infraction se trouve sur leur propre territoire. En France, par exemple, la Cour de cassation estime que des poursuites pour des faits de torture sur la base du code de procédure pénale (article 689-1 et -2) mettant en œuvre la Convention contre la torture ne sont pas possibles tant que l'inculpé n'est pas trouvé sur le territoire français. Cf, Cour de cassation, *Javor*, Arrêt du 26 mars 1996 ; voir pour cet arrêt, RGDIP, 1996, p. 1083.

Etat peut être jugé par les tribunaux du *for*. Les juridictions de l'Etat d'accueil d'une SMSP sont donc compétentes pour connaître des infractions commises sur tout l'espace du territoire national. Sur ce point, certains Etats ont même prévu une compétence extraterritoriale de leurs juridictions nationales. Cela permet aux juges internes d'avoir la possibilité de statuer sur des faits commis en dehors du territoire national. Les Etats qui ont réglementé les activités des SMSP ont prévu une telle législation. C'est le cas par exemple de l'Afrique du sud avec la *Prohibition of mercenary activities and prohibition and regulation of certain activities in areas of armed conflict Bill*. Cette loi permet, en effet, aux cours et tribunaux sud africains d'être compétents pour juger toute personne physique ou morale qui serait accusée d'une infraction à la loi, commise hors des frontières de la République à condition que cette personne soit arrêtée sur le territoire sud africain, dans les eaux territoriales ou à bord d'un navire ou aéronef battant pavillon sud africain<sup>447</sup>. Ensuite, *le principe de personnalité active* permet de juger les citoyens auteurs. Ainsi, les Etats d'origine des membres ordinaires des SMSP ont la possibilité de traduire en justice sur leur territoire, leurs ressortissants accusés d'avoir violé le droit international. Enfin, *le principe de personnalité passive* est celui qui permet à l'Etat dont les victimes sont ses ressortissantes de connaître de ces infractions internationales.

Par ailleurs, pour faciliter la procédure de mise en œuvre nationale, certains Etats ont créé des groupes de travail interministériels, souvent appelés Commissions nationales interministérielles<sup>448</sup> pour la mise en œuvre du droit international humanitaire ou Commissions nationales de droit humanitaire. Ces Commissions sont des organes consultatifs des autorités qui ont pour objectif de promouvoir, de faciliter et d'agir en faveur de la mise en œuvre de ce droit au niveau national. Leur action s'étend à tous les instruments pertinents du droit international humanitaire. Leur objectif est de conseiller et d'aider le Gouvernement dans la mise en œuvre et la diffusion de ce droit. La création de telles commissions, qui doivent être permanentes et non ad hoc, est une étape importante en vue d'assurer l'application effective des obligations humanitaires. Elle est également un moyen pour les Etats de faire respecter les règles qui gouvernent le déroulement des conflits aux sociétés militaires privées.

---

<sup>447</sup> Article 11 de la *Prohibition of mercenary activities and prohibition and regulation of certain activities in areas of armed conflict Bill*. Loi consultable sur :

<http://www.issafrica.org/AF/profiles/southafrica/mercenarybill29082006.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>448</sup> En France, il a été institué une Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) créée par la Loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme. JORF, 6 mars 2007, n°15, p. 4215.

Toutefois, la répression des violations du droit international humanitaire vise des infractions qui concernent aussi le droit international des droits de l'homme que les Etats doivent également respecter.

### C/. Les traités de droit international des droits de l'homme

A l'instar de ce qui prévaut pour le droit international humanitaire, les Etats ne peuvent se défaire de leurs obligations en matière de droits de l'homme en confiant des tâches militaires et de sécurité aux acteurs privés. En fait, le droit international des droits de l'homme a une gamme d'obligations plus larges car, de part sa nature de *lex generalis*, il s'applique aussi bien en temps de conflits<sup>449</sup> qu'en temps de paix<sup>450</sup>. Ce droit est formé d'un corps de règles caractérisées par une spécificité importante, à savoir la nature *verticale* des rapports juridiques avec, d'un côté, l'Etat et de l'autre les personnes soumises à sa juridiction. Mais la nécessité d'accorder une réelle protection à l'individu appelle de l'Etat des mesures positives pour assurer la garantie des droits de l'homme contre les ingérences des autres personnes privées. C'est la protection *horizontale*<sup>451</sup>. Cette spécificité est un phénomène unique dans un système international régi par des règles de nature éminemment interétatique lesquelles sont *horizontales*. En fait, les droits de l'homme s'appliquent dans le cours des conflits, dans les situations de tensions internes et dans le cadre d'une occupation militaire, situation intermédiaire entre guerre et paix<sup>452</sup>. Cependant, l'idée d'appliquer les droits de l'homme pendant les conflits a été soutenue et encouragée par les Nations unies à travers par exemple la Résolution 3244 où l'Assemblée générale réaffirmait « *la nécessité de garantir le respect intégral des droits de l'homme en période de conflit armé en attendant la terminaison la plus rapide possible de ces conflits* »<sup>453</sup>. En effet, l'organe plénier de l'ONU était préoccupé auparavant par « *les souffrances terribles que les conflits armés continuent à infliger aux combattants et aux civils* » et il a désiré, dans la même résolution, « *l'application effective de toutes les règles existantes relatives aux droits de l'homme en période de conflit armé ainsi*

<sup>449</sup> Cour internationale de justice, Avis de droit du 9 juillet 2004 « *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* », Rec. 2004, p. 136.

<sup>450</sup> PERRAKIS (Stelios), « *Le droit international humanitaire et ses relations avec les droit de l'homme. Quelques considérations* », in *Droit international humanitaire : enjeux et défis contemporains*, (dir) Paul TAVERNIER et Jean-Marie HENCKAERTS, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 117.

<sup>451</sup> COHEN-JONATHAN (Gérard), « *L'évolution du droit international des droits de l'homme* », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry*, « *L'évolution du droit international* », Paris, Pedone, 1998, pp. 112-113.

<sup>452</sup> Dans le cadre de l'occupation militaire, la guerre n'est pas terminée entre l'occupant et l'occupé et l'occupant doit s'atteler à des opérations de maintien de l'ordre.

<sup>453</sup> Assemblée générale des Nations unies, Résolution 3244 du 7 décembre 1977, A/RES/3244 « *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé* ». Disponible sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/32/44&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/32/44&Lang=F), dernière visite le 10 octobre 2013.

que le développement de ces règles [...] »<sup>454</sup>. C'est l'adoption en 1977 des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève qui va convaincre l'Assemblée générale que le respect des droits sera désormais pris en compte en période de conflit armé. Mais le Conseil continuera d'exiger la protection des civils (et non celle de combattants) en temps de conflit et a demandé en 1999 « à toutes les parties concernées de s'acquitter strictement des obligations qu'elles ont contractées en vertu du droit international humanitaire et du droit relatif aux droits de l'homme et aux réfugiés »<sup>455</sup>. En effet, les obligations internationales des Etats dans ce domaine que le Conseil rappelle ici, découlent des traités auxquels ils sont parties. A ce titre, ils doivent exécuter les dispositions des instruments internationaux de bonne foi.

Toutefois, les obligations des Etats comprennent à la fois l'obligation de l'Etat de prévenir les violations des droits de l'Homme<sup>456</sup>, applicable dans la conduite d'activités militaires et sécuritaires par des SMSP, ainsi que le devoir de prévoir la répression et la réparation des violations des droits de l'homme causées par les mandataires privés. Ces deux axes seront analysés tour à tour.

#### **a). L'obligation de prévenir les violations des droits de l'homme : *obligation de due diligence***

Le concept de *due diligence* est une notion juridique de droit américain ou plus largement de droit anglo-saxon. Le droit britannique adopte la notion de *duty of care* (devoir de vigilance) dont l'origine est jurisprudentielle<sup>457</sup>. Ces deux concepts sont similaires : ils

---

<sup>454</sup> Assemblée générale, Résolution 2852 (XXVI), du 20 décembre 1971, A/RES/2852, intitulé : « *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé* ». La résolution est consultable sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2852\(XXVI\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2852(XXVI)&Lang=F), dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>455</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1265 (1999), S/RES/1265 (1999), § 4, adopté à propos des civils au conflit : Cf, [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1265\(1999\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265(1999)), dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>456</sup> HOPPE (Carsten), « *Passing the buck: State responsibility for private military companies* », *Academy of European Law, EUI Working Papers, AEL 2009/3*, p.5. Article consultable sur : [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11404/AEL\\_2009\\_03.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11404/AEL_2009_03.pdf?sequence=1). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>457</sup> Il était question de *Duty of care* dans l'affaire *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*. Le sieur Barnett ayant bu du thé a été atteint de nausée et il s'est rendu chez un médecin qui ne l'a pas examiné mais lui a simplement demandé de revenir le lendemain. Malheureusement, il avait bu du poison et a finalement succombé. La responsabilité du médecin n'a pas été retenue du fait qu'à l'heure où il était arrivé à l'hôpital, il était trop tard pour le sauver même si le médecin l'avait examiné. Voir, Haute Cour de Justice anglaise du 8 novembre 1967, *Barnett c/ Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*, *The Law Reports, Queen's Bench*, 1969, vol. 1, pp. 428 à 439. Voir également, *Supreme Court of the UK, Jones v. Kaney*, *Judgement given on 30 March 2011*. Consultable sur : [http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2010\\_0034\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0034_Judgment.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

sanctionnent la négligence d'une personne physique ou morale pour manquement à son devoir de diligence. Le concept de « *due diligence* » est davantage une obligation procédurale ; celui de *duty of care* une obligation substantielle. Le niveau d'exigence est plus élevé dans ce dernier cas du fait qu'il est considéré que le dommage ne doit pas être éloigné de l'acte du défendeur qui en est la cause. Il s'agit donc de prendre toutes les précautions nécessaires et raisonnables pour éviter la survenance d'un dommage. A défaut, il y a manquement au devoir de diligence ou à l'obligation de vigilance<sup>458</sup>.

Cette obligation de prévention s'applique aux actions de l'Etat via les sociétés militaires et de sécurité privées et elle s'applique aussi bien à l'Etat d'origine qu'à l'Etat hôte. Les droits de l'homme doivent être respectés surtout dans les situations de conflits où les atteintes qui leur sont portées, sont évidemment les plus marquées. Lorsqu'un conflit éclate, l'atteinte aux droits de l'homme est fort probable avec les attaques directes contre les civils<sup>459</sup>. Les droits de l'homme, parce qu'ils ne traitent pas de la conduite des hostilités, visent plutôt principalement à protéger les personnes contre tout comportement arbitraire aussi bien en temps de conflit qu'en temps de paix. Dans tous les cas, c'est l'Etat qui doit garantir leur respect. C'est pourquoi, ils sont considérés comme une obligation traditionnelle<sup>460</sup>, mais pas exclusive, des Etats.

Toutefois, les Etats sont tenus d'adapter leur législation nationale pour rendre efficace les règles internationales contenues dans les conventions en la matière. C'est une véritable mesure de prévention en ce sens qu'elle permet une meilleure connaissance des droits protégés. La raison de l'impérieuse nécessité de l'adaptation des dispositions internationales pertinentes est que, les obligations énoncées dans les traités relatifs aux droits de l'homme, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, sont souvent définies au sens large. C'est pourquoi, dans le contexte de conflit armé, pour détecter une violation de

---

<sup>458</sup> Fédération Internationale des Droits de l'Homme (FIDH), Rapport du 7 juillet 2010, « *Entreprises et violations des droits de l'homme : un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et des ONG* », p. 248. Consultable sur le site du FIDH : <http://www.fidh.org/Entreprises-et-Droits-de-l-Homme-Un-guide-sur-les>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>459</sup> O'FLAHERTY (Michael), « *Le respect des droits de l'homme et les situations de conflit armé : les difficultés des Nations unies* », in Forum du désarmement de l'UNIDIR, 2004. Consultable sur : <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art2150.pdf>, dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>460</sup> Pour attester le caractère naturel de l'obligation des Etats de respecter les droits de l'homme, la CIJ soutient que « *l'inexistence d'un engagement [en la matière] ne signifierait pas qu'un Etat puisse violer impunément les droits de l'homme* ». Cf, CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, Rec. 1986, § 267.

droit humain, le mieux est de recourir aux normes humanitaires<sup>461</sup> afin de voir si par exemple une privation de vie, de liberté ou de bien est avérée, parce que les droits humains y sont protégés<sup>462</sup> et cela de manière effective<sup>463</sup>. A titre d'exemple, prenons le cas de la privation de la vie dans un conflit armé. Pour savoir s'il y a ou non violation du droit à la vie garanti par le Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966<sup>464</sup>, il faut recourir au droit international humanitaire qui décide des cas dans lesquelles la privation de la vie est une infraction. C'est dans ce sens que la CIJ a orienté sa jurisprudence. Selon la Cour, « *En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la lex specialis applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte* »<sup>465</sup>.

Dans le cadre de leurs activités, les SMSP sont souvent suspectées de violations graves des droits de l'homme lorsqu'elles interviennent dans un conflit armé. Au cours du conflit en ex-Yougoslavie, la société *DynCorp*, liée par contrat au Pentagone avait été mêlée à des

---

<sup>461</sup> Cependant, certaines juridictions comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme refusent de recourir au droit international humanitaire lorsqu'elles sont saisies pour des privations de vie. Il en était ainsi dans son arrêt relatif à l'Affaire *Las Palmeras*, 4 février 2000. Selon elle, « [La Convention américaine] a seulement attribué compétence à la Cour pour déterminer la compatibilité des actes ou des normes des États avec la Convention, et non avec les Conventions de Genève de 1949 ». Cf, Arrêt *Las Palmeras*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 4 février 2000, § 33. Voir pour le commentaire de cet arrêt, MARTIN (Fanny), « *Application du droit international humanitaire par la cour interaméricaine des droits de l'homme* », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2001, vol. 83, n° 844, p. 1037.

<sup>462</sup> Article 27 de la VI<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949 :

« *Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique* ».

<sup>463</sup> HEINTZE (Hans-Joachim), « *Recoupement de la protection des droits de l'homme et du droit international humanitaire dans les situations de crise et de conflit* », in *Cultures & Conflits*, n°60, hiver 2005, p. 4.

<sup>464</sup> Article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie* ». Pacte consultable sur : <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>465</sup> CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, § 25. Voir aussi, CIJ, *Avis consultatif sur les Conséquences juridiques de la construction d'un Mur dans les territoires palestiniens occupés*, 2004, § 106.

affaires de proxénétisme et à des trafics d'êtres humains. Les faits avaient été dénoncés par les collègues de ceux qui étaient impliqués dans cette affaire<sup>466</sup>.

Cependant, les Etats ont l'obligation de veiller à ce que ces entités privées respectent les droits de l'homme dans les situations de conflits et de prévenir d'éventuelles violations. En effet, l'Assemblée générale des Nations unies a réaffirmé, à travers sa Résolution 2675 (XXV) du 9 décembre 1970 que « *les droit fondamentaux de l'homme, tels qu'ils sont acceptés et énoncés dans les instruments internationaux, demeurent pleinement applicables en cas de conflit armé* »<sup>467</sup>. Le fait de déléguer des missions à des privés ne soustrait pas les Etats à leurs obligations internationales.

Mais, en tout état de cause, les Etats doivent protéger les individus contre toute forme d'abus par des acteurs non étatiques et dans ce cadre ils ont l'obligation de réprimer et réparer les préjudices subis.

#### **b). L'obligation de prévoir la répression et la réparation des dommages causés du fait des activités des SMSP : obligation de résultat dans l'adoption des normes**

Il appartient en principe à tout Etat « *de faire respecter par les personnes privées soumises à sa juridiction, les obligations les visant* »<sup>468</sup> dans la mesure où la répression internationale des actes illicites commis par les personnes privées est moins efficace. Cette obligation concerne au premier chef les Etats d'origine. Elle s'applique aussi aux Etats hôtes c'est-à-dire ceux sur le territoire desquels les sociétés militaires et de sécurité privées exercent leurs missions<sup>469</sup>. Tous sont sensés avoir la capacité de contrôler les sociétés militaires et de sécurité qu'ils accueillent. A propos des Etats d'origine, des problèmes se posent souvent dans la pratique. Il s'agit de déterminer le vrai Etat d'origine car certaines sociétés sont multinationales, d'où l'existence de plusieurs liens juridiques avec des Etats. Ces Etats

---

<sup>466</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 209.

<sup>467</sup> Assemblée générale des Nations unies, Résolution 2675 (XXV) du 9 décembre 1970 relative aux Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé. Consultable sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2675\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2675(XXV)&Lang=F). Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, SICILIANOS (Linos-Alexandre), « *L'autorisation du recours à la force* », in RCADI, tome 339, 2008, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, p. 336.

<sup>468</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU Mathias et PELLET (Alain), *Droit international public*, op, cit, p. 717.

<sup>469</sup> Par exemple l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradant 10 décembre 1984 dispose que : « *Toute Etat partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout le territoire sous sa juridiction* ». Consultable au : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch\\_IV\\_9p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

d'origine doivent également s'assurer que les sociétés qui quittent leur territoire pour exercer des services à l'étranger respectent les droits de l'homme. C'est ainsi que certains Etats règlementent les activités transnationales de ces acteurs. C'était d'ailleurs l'objet de la loi sud africaine de 1998, appelée souvent loi « *anti-Executive* » car, elle a été votée à cause des faits reprochés à cette SMSP au niveau de ses activités au travers des frontières de son Etat national.

L'obligation repose par ailleurs sur la bonne intention des Etats parties d'introduire les dispositions conventionnelles dans son ordre juridique interne<sup>470</sup>. Ce qui permet aux normes internationales de s'imposer comme n'importe quelles règles internes. Il y a ainsi une obligation d'avoir une législation qui puisse permettre de « *respecter et sauvegarder les droits de l'homme* »<sup>471</sup>.

Il s'agit d'une obligation de résultat qui exige d'abord que l'Etat adapte sa législation (au sens large) aux normes du droit international des droits de l'homme, en adoptant si nécessaire de nouvelles lois et en abrogeant toutes règles en contraste avec les droits protégés<sup>472</sup>. Ensuite, l'Etat doit faire en sorte qu'il y ait un dispositif de prévention des violations des droits humains. Dans ce cadre par exemple, il peut être prévu soit d'inscrire dans les contrats conclus avec les SMSP, le respect des droits de l'homme, soit d'exiger que les membres de ces sociétés ne soient pas connus comme ayant violé dans le passé des droits humains. Enfin, pour sanctionner les auteurs de faits incriminés, l'Etat doit disposer d'un

---

<sup>470</sup> L'obligation est souvent rappelée par une disposition expresse. En vertu par exemple du Protocole relatif aux civils et politiques, Article 2 : « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :*

a) *Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.*

b) *Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel* ». Cf, Article 2 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur le 23 mars 1976.

<sup>471</sup> MAZZESCHI (Ricardo Pisillo), « *Responsabilité de l'Etat pour la violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme* », op. cit, p. 311.

<sup>472</sup> L'immédiateté ne saurait être de rigueur, dans la mesure où la modification de la législation interne peut demander une certaine durée « *technique* » (mais pas une négligence de la part des autorités étatiques) que peut exiger la procédure législative en vigueur dans un Etat. Cf, MAZZESCHI (Ricardo Pisillo), « *Responsabilité de l'Etat pour la violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme* », op. cit, p. 313. La durée technique de la procédure législative semble prise en compte dans le cadre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dont l'article V dispose que : « *Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir les sanctions pénales frappant les personnes coupables de génocide [...]* ». Cf, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948. Consultable au : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1951/01/19510112%2008-12%20PM/Ch\\_IV\\_1p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1951/01/19510112%2008-12%20PM/Ch_IV_1p.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

appareil judiciaire qui puisse permettre d'enquêter et de réprimer les violations des droits de l'homme. C'est après cela que l'Etat pourra respecter son obligation d'indemniser les victimes<sup>473</sup>. En fait, l'obligation de protection impose à tous les Etats d'octroyer des recours effectifs en faveur des victimes de violations de droit de l'homme. La plupart des règles de protection des droits de l'homme sont issues de traités internationaux. Mais le droit international prévoit dans l'application des conventions relatives aux droits de l'homme une garantie posée dans l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 qui dispose que : « *Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie [...]* », sauf lorsque ces dispositions sont « *relatives à la protection de la personne humaine [...]* »<sup>474</sup>. Cela montre que les obligations juridiques internationales des Etats parties en matière de respect des droits de l'homme sont d'une particulière importance. D'ailleurs, ce n'est pas seulement à ce niveau universel que l'on accorde une attention remarquable à la protection de la personne humaine. Il en est ainsi au niveau des organisations internationales régionales de coopération.

Au niveau régional, une garantie beaucoup plus solide même est instituée car les « *Etats voisins peuvent plus facilement s'accorder sur des règles protectrices précises et effectives* »<sup>475</sup> que les 193 membres des Nations unies. En effet, pour illustration, la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe est plus précise dans la détermination des droits protégés que la Déclaration universelle<sup>476</sup> des Nations unies de 1948 et elle apporte plus de détails dans la définition des droits civils et politiques (droit à la vie, à la sûreté, au mariage, liberté de penser etc.). Les conventions régionales mettent en place généralement des institutions judiciaires spéciales permettant d'assurer le respect des engagements pris par les Etats parties respectivement<sup>477</sup>. Chacune des organisations

---

<sup>473</sup> Pour illustration, l'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées dispose que « *Tout Etat partie garantit, dans son système judiciaire, à la victime d'une disparition forcée, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate* ». Cf, Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Consultable au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch\\_IV\\_16.pdf](http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/Ch_IV_16.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>474</sup> La Convention de Vienne de 1969 est consultable sur le site de la Collection des Traités des Nations unies au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01p.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>475</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 730

<sup>476</sup> Ibid., p. 733.

<sup>477</sup> Par exemple, l'article I de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) conclue sous les auspices du Conseil de l'Europe dispose que « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés*

régionales crée une commission et une cour de justice<sup>478</sup> dans le sens de faciliter la résolution des affaires relatives aux violations des droits de l'homme dans l'espace de la compétence territoriale.

Tout de même, les quatre Conventions de Genève de 1949 et leur Protocole additionnel I de 1977, de même que d'autres traités spécifiques conclus sous les auspices des Nations unies (crime de génocide, esclavage, etc.), énoncent les obligations explicites des Etats parties de réprimer pénalement les violations graves des règles qu'ils contiennent dont la plupart garantissent le respect des droits de l'homme<sup>479</sup>.

Ce genre de dispositions ordonne à prendre des mesures pour rendre les dispositions conventionnelles applicables. Même si cette disposition n'est pas présente dans le traité relatif aux droits de l'homme, il existe selon la Cour permanente de justice internationale « *un principe allant de soi* » en vertu duquel, un Etat « *qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation, les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris* »<sup>480</sup>. En fait, en ne prenant pas les mesures nécessaires, l'Etat porte atteinte aux droits qui sont garantis par la convention aux individus. Les traités relatifs à la protection des droits de l'homme prévoient des droits dont les destinataires sont les individus. Ces derniers ne sauraient jouir de leurs droits protégés par les instruments internationaux que si l'Etat les édicte sous une forme qui les rend invocable. C'est seulement à cette condition qu'ils pourront obtenir la condamnation de leur Etat national et

---

définis au titre I de la présente Convention ». Cf, MODERNE (Frank), *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2006, p.3

<sup>478</sup> Une Cour européenne des droits de l'homme est instituée (Protocole n°11 du 11 mai 1994) et elle est prévue à l'article 19 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle peut être saisie par toute Haute Partie contractante « *pour tout manquement aux dispositions de la Convention* » (Article 33) et par toute personne physique ou morale privée « *qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention [...]* » (Article 34). Toutefois, « *la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes [...]* » (Article 35). Cf, MODERNE (Frank), *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2006, p. 20.

<sup>479</sup> Articles 146 et 147 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949 :

« *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant* ».

« *Les infractions graves [...] sont celles qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention : l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire* ».

<sup>480</sup> CPJI, Avis consultatif sur les échanges de populations turques et grecques, 21 février 1925, Affaire n°10, Série B, p. 20.

réparation s'ils sont victimes de faits commis par les membres des SMSP. Ces dernières ont aussi des obligations qu'elles sont tenues de respecter dans le cadre de leurs activités transnationales même si, à cause de leurs abus, l'idée qu'elles évoluent dans un vide juridique est très souvent véhiculée à tort.

## **§ II : Aux membres des sociétés militaires et de sécurité privées**

Le droit des gens a reconnu à l'individu des droits, mais il lui a aussi assigné directement des devoirs<sup>481</sup>. Parmi ces obligations, il y a l'interdiction pour tout individu de commettre des infractions internationales, et celle pour les autorités hiérarchiques d'empêcher ou de réprimer des infractions des subordonnés. Puisque les membres des sociétés militaires et de sécurité privées sont des personnes physiques, ils sont concernés par le droit international humanitaire<sup>482</sup>.

Puisque que les obligations ne leur sont pas spécialement destinées et non plus à leurs activités, il convient de voir comment elles peuvent leur être applicables. Ces membres sont composés de subalternes et d'autorités hiérarchiques. En guise de méthodologie, il s'agira dans cette section consacrée à l'application directe du droit international de mettre l'accent uniquement sur les infractions internationales réprimées par des juges internationaux. Par opposition aux obligations internes tirées de la législation nationale même si elle approuve les dispositions pertinentes des traités, les obligations internationales sont issues directement des conventions relatives au droit international humanitaire, du statut de la CPI et des statuts des juridictions internationales ad hoc. Il sera distingué l'interdiction de commettre les infractions internationales et les obligations d'empêcher et de réprimer de telles infractions lorsqu'elles sont soumise par les subordonnés. La première est à la charge de tout individu, quelle que soit sa position hiérarchique, tandis que les secondes ne s'imposent qu'aux autorités hiérarchiques.

---

<sup>481</sup> Cela est attesté par la Commission du Droit International : « *le principe suivant lequel une personne qui a commis un crime international est responsable de ce crime en vertu du droit international, implique ce que l'on appelle communément "la suprématie" du droit international sur le droit national* ». Cf, Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, Assemblée générale, Documents officiels : Cinquième session, Supplément n°12 (A/1316), 1950, p. 12.

<sup>482</sup> ROUSSEAU (Thierry), LE RAY (Bruno) et PACOREL (Patrick), « *Les nouveaux mercenaires en France : la fin des tabous* », in *Annuaire français de relations internationales*, 2008, p. 271. Voir aussi, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « *Les sociétés privées à vocation militaires ou sécuritaires et l'érosion du monopole étatique du recours à la force* », Rapport présenté par Wolfgang WODARG, Doc. 11787, du 22 décembre 2008. Consultable sur <http://assembly.coe.int>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

## **A/. L'interdiction de commettre des infractions internationales : Obligation de ne pas faire**

Les infractions internationales sont « *des faits punissables indépendamment du lieu où ils ont été commis* »<sup>483</sup>. Ce sont des comportements illicites qui portent atteinte à des valeurs « *qui sont communes à toute l'humanité et qui sont intrinsèques à la condition humaine* »<sup>484</sup>. Ce sont les « *crimes les plus sérieux qui préoccupent la communauté internationale dans son ensemble* »<sup>485</sup>. Leur gravité et leur ampleur sont arrivées à un niveau où des sanctions au niveau international visant à décourager d'éventuels auteurs de les commettre sont nécessaires aux yeux des Etats. C'est pourquoi d'abord, certains faits sont érigés en infractions internationales<sup>486</sup>. Ensuite, leur répression est organisée avec la création de juridictions pénales internationales *ad hoc* (le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>487</sup> et le tribunal pénal pour le Rwanda<sup>488</sup>, le Tribunal spécial sur la Sierra Léone, etc. Ce sont en fait, une grande « *deuxième* » vague après les tribunaux internationaux de Nuremberg et de Tokyo). Cette création constitue une étape pour briser le cycle d'impunité face aux violations flagrantes du droit international humanitaire. Les tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda qui sont institués par la suite, ne constituent pas des juridictions conçues pour appliquer le droit des vainqueurs à des ennemis vaincus comme le furent ceux de Nuremberg et de Tokyo, mais pour sanctionner les coupables de violations graves du droit humanitaire dont les crimes contre l'humanité et les crimes de génocide<sup>489</sup>, pouvant être commis en temps de guerre comme en temps de paix. En cela, ils constituent « *un instrument innovateur de mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle qui découle de la violation de certaines*

---

<sup>483</sup> DAVID (Eric), *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 618.

<sup>484</sup> BOSLY (H.D), « *Juridictions pénales et crimes internationaux* », in *Revue internationale de droit comparé*, 2010/2, Bruxelles, Bruylant, p. 191.

<sup>485</sup> Préambule du Statut de la CPI, quatrième tiret. Voir, [www.un.org/law/icc/statute](http://www.un.org/law/icc/statute). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>486</sup> DAVID (Eric), *Principes de droit des conflits armés*, 4<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 721. Voir aussi DAILLIER (Patrick), FORTEU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 780.

<sup>487</sup> Créé par la Résolution 808, S/RES/ 808 du Conseil de sécurité en date du 22 février 1993. Disponible sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/808\(1993\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/808(1993)). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>488</sup> Créé par la Résolution 955 (S/RES/955) du Conseil de sécurité en date du 08 novembre 1994. Disponible sur : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/955\(1994\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/955(1994)). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>489</sup> Différence entre les deux crimes : Si le criminel agit en vue de supprimer sa victime en raison de sa race, de sa religion ou de ses convictions politiques, sans autre intention, c'est un crime contre l'humanité. S'il a l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, en tout ou en partie, c'est un génocide. La différence réside essentiellement dans une particularité de l'intention criminelle. Ces deux catégories tiennent l'une à la protection des valeurs du droit international humanitaire, l'autre à la protection des droits de l'homme. Cf, ZAPPALA (Salvatore) « *Le droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations unies pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda* », op. cit, p. 91.

*règles du droit international humanitaire* »<sup>490</sup>. Ainsi, les membres ordinaires des sociétés militaires et de sécurité privées qui commettent ces infractions pourront être jugés par ces juridictions internationales. Il est vrai que, s'agissant des juridictions ad hoc, leurs compétences sont limitées dans le temps, dans l'espace et au niveau des personnes qu'elles peuvent juger<sup>491</sup>. Cela est dû à leurs caractères temporaire et spécial car elles ne sont créées que pour juger des personnes ayant commis des infractions depuis une date précise au cours d'un conflit donné. Ils sont par ailleurs des organes subsidiaires pour la famille des Nations unies, sous les auspices desquels elles sont instituées. En effet, c'est le Conseil de sécurité, en tant qu'organe principal, qui les crée en vertu des articles 29 et 41 de la Charte de l'ONU. Ces organes subsidiaires sont nécessaires à l'exercice des fonctions de cet organe principal<sup>492</sup> et ils font partie des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force que le Conseil de sécurité prend pour donner effet à ses décisions<sup>493</sup>. Ainsi, de par leur création, les tribunaux ad hoc n'ont pas de code pénal leur permettant de punir les auteurs des infractions prévues par leurs statuts. Ils doivent dans chaque cas confronter la conduite d'un accusé avec les règles conventionnelles et coutumières pour décider s'il y a eu ou non responsabilité. Malgré ces difficultés, ils ont su développer une jurisprudence « *copieuse* »<sup>494</sup> qui a non seulement contribué à préciser et à éclaircir certaines notions du droit international pénal mais également influé sans doute sur la rédaction du Statut de la CPI.

Ensuite, une Cour pénale internationale, juridiction permanente, a vu le jour tardivement du fait de la longue réticence des Etats face à une justice qui échapperait à leur souveraineté. Ces Etats récalcitrants veulent que le droit international fixe les règles du droit pénal mais en laisse l'application aux puissances. Parallèlement, s'est développée une justice nationale couplée à la justice pénale internationale avec l'institution des tribunaux internationaux ad hoc. Cette manière de laisser la compétence des Etats subsister malgré

---

<sup>490</sup> Ibid., p. 89.

<sup>491</sup> En ce qui concerne la compétence *ratione tempore*, le tribunal pour l'ex-Yougoslavie n'est compétent qu'à l'égard des crimes commis à partir du 1er janvier 1991 (article 8 du Statut du TPIY), date indiquant, selon le Conseil de sécurité, le début des hostilités sur le territoire yougoslave. Le tribunal pour le Rwanda reconnaît les violations commises entre le 1er janvier 1994 et le 31 décembre 1994 ; ce qui le distingue de celui de l'ex-Yougoslavie dont aucune date limitant sa juridiction n'a été établie (article 7 du Statut du TPIR).

<sup>492</sup> Article 29 de la Charte des Nations unies : « *Le Conseil de sécurité peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaires à l'exercice de ses fonctions* ».

<sup>493</sup> Article 41 de la Charte des Nations unies : « *Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques* ».

<sup>494</sup> ZAPPALA (Salvatore) « *Le droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations unies pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda* », op. cit, p. 91.

l'existence d'une justice internationale n'est pas abandonnée lors de la création de la CPI. En effet, cette dernière n'a qu'une compétence subsidiaire et complémentaire. Elle ne peut pas intervenir sur un dossier pénal si une juridiction interne exerce sa compétence (article 7 du Statut de Rome). En réalité, elle soutient les tribunaux nationaux en difficulté à cause, soit d'une mauvaise volonté des Etats, soit d'une incapacité du fait de l'effondrement d'un régime politique ou l'indisponibilité de l'appareil judiciaire lui-même. C'est donc dans le cadre d'une compétence limitée voire restreinte que la CPI connaît des infractions internationales<sup>495</sup>. En plus ses compétences matérielles sont limitées. Elle statue sur les faits qui sont d'une extrême gravité à savoir, les violations massives des droits de l'homme : crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide et agressions.

Ainsi, les membres ordinaires des SMSP qui sont des personnes physiques, peuvent être jugés par la Cour pénale internationale, dès lors qu'ils commettent des infractions entrant dans son domaine de compétence<sup>496</sup>. La compétence personnelle de la Cour ne les a pas exclus d'une manière expresse. Cette compétence est déterminée d'une manière qui permette de juger n'importe quel individu qui serait soupçonné d'avoir commis les infractions entrant dans la compétence matérielle de la juridiction internationale permanente<sup>497</sup>. En fait, les crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide et agressions sont le fait d'individus, même s'il est évident que certaines de ces infractions ne sauraient être commises sans la complicité des autorités politiques. Le personnel des SMSP est utilisé dans des situations de conflits avec des armes à la main pour des missions diverses. Ces tâches qui leur sont confiées peuvent être des activités de combat ou proches des hostilités et elles sont potentiellement sources de violations des règles du droit international humanitaire ou des droits de l'homme. Toutefois, l'utilisation de matériel de guerre doit respecter les règles et coutumes qui gouvernent le déroulement des hostilités jusqu'au cessez-le-feu total. Ce ne sont donc pas les armes qui sont interdites mais les méthodes souvent atroces, voire horribles dépassant les

---

<sup>495</sup> C'est ainsi qu'elle a été saisie pour juger Thomas Lubanga Dyilo, ressortissant de la République démocratique du Congo et commandant en chef des Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC), branche armée de son parti politique l'Union des Patriotes Congolais (UPC). Ce chef de guerre est accusé de crime de guerre pour avoir circonscrit et enrôlé des enfants de moins de quinze ans et pour les avoir fait participer aux hostilités. Cf, CPI, *Lubanga*, Chambre préliminaire I, Décision sur la Confirmation des charges, 29 janvier 2007. Consultable sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int). Voir aussi CASSESE (Antonio), SCALIA (D) et THALMANN (V), *Les grands arrêts du droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010, p. 171.

<sup>496</sup> Article 25 : Responsabilité pénale individuelle (Statut de la Cour pénale internationale) « 1. La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut 2. Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni conformément au présent Statut [...] ».

<sup>497</sup> Article 22 (Statut de la CPI) : « Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour ».

limites du tolérable dans ces situations. La situation juridique des membres des SMSP n'a pas d'effet sur la possibilité de leurs sanctions au pénal. Cette responsabilité peut engendrer des réparations à l'endroit des victimes. C'est dans ce sens que leur responsabilité civile pourra être engagée.

Dans certaines situations comme les crimes de guerre, génocide et crimes contre l'humanité, les Etats confient la répression à des juridictions internationales<sup>498</sup> sans pour autant enlever aux instances répressives internes, la possibilité de connaître de ces crimes<sup>499</sup>. Ce dont il est question ici, c'est de chercher comment l'obligation de ne pas commettre des infractions internationales s'applique aux membres des SMSP. En effet, la nature des missions qui leur sont confiées et les règles internationales sont tellement générales qu'il n'est pas évident de leur reprocher facilement la commission de tels crimes. Il est vrai que « *le contexte dans lequel [ils] interviennent [est propice] à des violations de règles fondamentales* »<sup>500</sup> du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Mais, quand bien même leurs missions s'exercent avec une utilisation de la force aussi bien dans un contexte de conflit armé que dans une situation de maintien de l'ordre en période de paix, les moyens coercitifs doivent respecter les règles « *normales* » d'humanité.

Pour savoir comment les règles internationales interdisant ces violations s'imposent aux membres des SMSP, il convient de décrire les possibilités pour ces individus de commettre de telles fautes. Dans ce sens, certaines infractions peuvent être facilement commises par le personnel des sociétés militaires et de sécurité privées que d'autres. Il en est ainsi des faits n'ayant forcément pas de rapport avec un conflit. Mais les faits ne pouvant être perpétrés que dans le cadre d'un conflit armé, sont beaucoup plus difficiles à imputer à des soldats privés. Les raisons vont être analysées dans chaque catégorie.

---

<sup>498</sup> DAVID (Eric), *Eléments de droit pénal international et européen*, op. cit, p. 619.

<sup>499</sup> Les juridictions françaises peuvent connaître des faits constitutifs de crime contre l'humanité au même titre que la CPI. Cf, Cour de cassation, *Papon*, 23 juin 1997. Voir pour cet arrêt, CASSESE (A), SCELIA (D) et THALMANN (V), *Les grands arrêts du droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010, p. 191.

<sup>500</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre* » », in AFDI, 2009, Paris, CNRS Editions, p. 99.

## a). Les infractions sans rapport forcé avec un conflit armé : génocide et crimes contre l'humanité

Ce sont des infractions dont la perpétration peut intervenir aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre<sup>501</sup>. Il s'agit du génocide<sup>502</sup> et des crimes contre l'humanité<sup>503</sup>. Le premier est en quelque sorte une forme de crime contre l'humanité mais, il a acquis une autonomie avec la convention qui lui est consacrée en 1948<sup>504</sup>. Ces actes ne sont pas

---

<sup>501</sup> Rapport de la Commission de Droit International, 1950 « *Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal* » :

« Principe VI [...] »

c) Crimes contre l'humanité :

*L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'une crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes* ». Disponible sur :

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet\\_d'articles/7\\_1\\_1950\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d'articles/7_1_1950_francais.pdf). Voir aussi, DAVID (Eric), *Eléments de droit pénal international et européen*, op. cit, p. 1309.

<sup>502</sup> L'expression « génocide » est due à Raphael LEMKIN'S qui en eut la paternité : "New conceptions require new terms. By "genocide" we mean the destruction of a nation or of an ethnic group. This new word, coined by the author to denote an old practice in its modern development, is made from the ancient Greek word *genos* (race, tribe) and the Latin *cide* (killing)". Cf, LEMKIN'S (Raphael), *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, (Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944), p. 79 - 95. Dans sa définition juridique contenue dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, il n'est fait référence aucunement à un conflit international : « Dans la présente convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ;

- a. Meurtre de membres du groupe ;
- b. Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c. Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d. Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e. Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe ».

<sup>503</sup> S'agissant du fait que le crime contre l'humanité n'est pas lié à un conflit international, le TPIY a soutenu que « Le caractère obsolète de l'exigence d'un lien [entre crime contre l'humanité et crime de guerre] ressort à l'évidence des Conventions internationales relatives au génocide et à l'Apartheid, qui interdisent toutes les deux des types particuliers de crimes contre l'humanité abstraction faite de la relation avec un conflit armé (Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, article premier, 78 U.N.T.S. 277 (prévoyant que le génocide « qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens ») ; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'Apartheid, 30 novembre 1973, 1015 U.N.T.S. 243, art. 1-2) ». Cf, TPIY, chambre d'appel, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 140. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/fr/tad-aj951002.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, CASSESE (A), SCALIA (D) et THALMANN (V), *Les grands arrêts du droit international pénal*, op. cit, p. 183.

<sup>504</sup> « Eu égard à son Statut, la Chambre est d'avis que les infractions visées dans le Statut - génocide, crimes contre l'humanité [...] comportent des éléments constitutifs différents et, surtout, leur répression vise la protection d'intérêts distincts ». TPIR, affaire Akayesu, § 469. L'auteur du crime de génocide est animé d'un *dolus specialis* (dol spécial) qui est le fait de détruire tout ou partie d'un groupe. Il est clair que le groupe visé est plus souvent un groupe « stable » auquel on appartient généralement dès la naissance comme l'ethnie, la confrérie religieuse, plutôt qu'un groupe « mouvant » comme les partis politiques que l'on rejoint par adhésion. Cf, CASSESE (A), SCALIA (D) et THALMANN (V), *Les grands arrêts du droit international pénal*, op. cit, p. 221.

l'apanage d'un militaire en combat<sup>505</sup>. L'auteur de ces crimes n'a pas besoin d'être membre d'une « *structure juridiquement et solidement organisée* »<sup>506</sup>. Sa participation « *n'implique pas nécessairement la consommation [...] des crimes [...] mais peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution en vue de la réalisation* »<sup>507</sup> du projet d'infraction. Le statut juridique n'est pas déterminant, c'est la manière dont la participation à la commission de l'infraction a été effectuée qui compte<sup>508</sup>. Le fait que les membres des SMSP ne soient pas intégrés dans les structures de commandement de l'Etat qui les emploie, n'est donc pas dirimant. Toute personne qui participe activement ou qui apporte son soutien à l'entreprise criminelle viole l'obligation de ne pas commettre ces infractions<sup>509</sup>. Pour consommer un crime contre l'humanité, il faut qu'une attaque soit généralisée et systématique. D'abord, l'expression attaque a été entendue comme pouvant comprendre, en dehors d'opérations armées, le mauvais traitement de personnes ne participant pas aux hostilités par le TPIY<sup>510</sup>. Cette attaque est généralisée, quand elle s'adresse à un nombre important de personnes prises pour cible<sup>511</sup>. Il n'y a pas de seuil minimum exigé s'agissant du nombre de personnes. Il appartiendra au juge saisi de faits de déterminer à quel seuil l'infraction est établie. L'attaque est systématique quand elle est méthodique, organisée et à grande échelle<sup>512</sup>. Il a été révélé que certains membres de *DynCorp* auraient été mêlés à des trafics d'êtres humains dans le conflit Yougoslave. Ce sont les employés de cette société qui vont dénoncer leurs collègues ayant effectué ces agissements. Les dénonciateurs et les membres impliqués sont tous exfiltrés et renvoyés aux Etats-Unis où aucune action pénale n'a été intentée contre eux<sup>513</sup>. A cette époque, les civils travaillant avec le Département de la défense ne tombaient sous le coup de

---

<sup>505</sup> LEHNARDT (Chia), "Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law", in *European Journal of International Law (EJIL)*, 2008, p. 1021.

<sup>506</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre »* », op. cit, p. 99.

<sup>507</sup> TPIY, (Chambre d'appel), *Affaire Le Procureur c. Disko Tadic*, arrêt du 15 juillet 1999, § 227

<sup>508</sup> LEHNARDT (Chia), "Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law", op. cit, p. 1019.

<sup>509</sup> Sur ce point, on remarque le libellé identitique des articles 49, 50, 129, et 146 des conventions de Genève qui emploie le mot « *personne* » sans y attacher un quelconque statut. Il dispose : « *Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis ou d'avoir ordonné de commettre l'une ou l'autre de ces infractions graves* ». Voir aussi QUIRICO (Ottavio), « *National regulatory models for PMSC's and implications for future national regulation* », in *EUI Working Papers, Max Weber Programme, 2009/25*, p. 13. Disponible sur : [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>510</sup> TPIY, (Chambre de Première instance), *Kunarac et consorts*, 22 février 2001, § 416. Dans cette affaire, les sieurs Kunarac, Kovac et Vukovic sont accusés d'avoir participé à la commission d'actes constitutifs de crimes contre l'humanité sous forme de viol, torture, réduction en esclavage et atteintes à la dignité des personnes. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>511</sup> TPIY, (Chambre d'appel), *Kunarac et consorts*, 12 juin 2002, § 90. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>512</sup> TPIR, *Niyitegeka*, 16 mai 2003, § 440. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>.

<sup>513</sup> IZAMBERT (Jean-Loup), *ONU : violations humaines*, Paris, éditions Carno, 2003, p. 136. Voir aussi, ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence : des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 99.

l'*Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) que lorsque le Congrès Etats-Unis déclarait la guerre. Les officiers américains qui constataient les dérives des civils sur le terrain ne pouvaient que suggérer leur licenciement<sup>514</sup>. En fait, dans cet exemple, les membres pourraient être soupçonnés d'en être les auteurs parce qu'ils ont agi en « *connaissance de cause* »<sup>515</sup>. Une autre SMSP (*MPRI*) a été soupçonnée<sup>516</sup> d'avoir planifié l'attaque de *Krajina* par les forces croates<sup>517</sup>. Et pour la planification, le Général Charles R. un ancien officier de la Marine américaine avait déclaré qu'« *Aucun pays ne passe d'une milice désorganisée à une armée professionnelle menant une telle offensive sans aide* »<sup>518</sup>. Ils pourraient être considérés comme complices dans la mesure où, ils ont apporté « *une facilité* » à la commission de l'infraction<sup>519</sup>. En principe, l'assistance apportée peut être spatialement et temporellement déconnectée de l'infraction<sup>520</sup>. Dans cette optique, les faits seraient constitutifs de crimes

<sup>514</sup> Depuis la réforme de l'UCMJ intervenue en 2006, les civils sous contrat avec le Département de la défense sont passibles de Cour martiale quand bien même les Etats-Unis ne sont pas guerre déclarée. Cf, Art 802 (10) du UCMJ: 802. ART. 2. "PERSONS SUBJECT TO THIS CHAPTER

(a) *The following persons are subject to this chapter (...)*

(10) *In time of war, persons serving with or accompanying an armed force in the field.*

(11) *Subject to any treaty or agreement which the United States is or may be a party to any accepted rule of international law, persons serving with, employed by, or accompanying the armed forces outside the United States and outside the Canal Zone, the Commonwealth of Puerto Rico, Guam, and the Virgin Islands"*

<sup>515</sup> TPIY, affaire *Le Procureur c. Delalic et Al*, 16 novembre 1998, § 326. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Zejnir Delalic était responsable de l'administration du Camp de *Celebici* entre autres lieux où ont été rassemblés des Serbes expulsés de leurs maisons pendant la guerre en Bosnie. En 1992, les forces des musulmans de Bosnie et des Croates de Bosnie ont attaqué et se sont emparés des villages des Serbes. Les subordonnés du sieur Delalic maltrahaient les détenus et il lui a été reproché de n'avoir pas pris des mesures nécessaires pour empêcher de tels actes. Le 16 novembre 1998, la Chambre de première instance le déclare non coupable car il n'a exercé aucune autorité réelle et ordonne sa libération immédiate. Ce qui fait qu'il n'avait pas de raisons de savoir ce qui se passait dans les camps. Le Procureur a fait appel, l'acquittement a été confirmé le 20 février 2001.

<sup>516</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 187.

<sup>517</sup> La mission de former l'armée croate avait été confiée à *MPRI* par la Pentagone en 1994. Le 4 août 1995 soit 8 mois après le début de la formation, l'armée Croate lance l'opération *Oluja* contre l'armée serbe de *Krajina* pour reconquérir cette localité appartenant à la Croatie et peuplée de serbes ayant proclamé la naissance d'une République indépendante quelques années plutôt, soit le 19 décembre 1991. Cette offensive déboucha sur des meurtres, déplacements forcés, destruction de villes et villages. Le TPIY est saisi pour ces faits et des incriminations de généraux et d'officiers comme ANTE GOTOVINA ont pu avoir lieu. Le procès du Sieur GOTOVINA est en cours devant le TPIY. Voir pour l'Acte d'accusation, DEL PONTE Carla, « *Acte d'accusation du Procureur contre Ante Gotovina* », TPIY, 21 mai 2001. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/fr/got-ii010521f.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, l'Acte d'accusation modifié du Procureur contre Ante Gotovina », 31 mars 2008, Affaire n° IT-06-90-PP. Disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/fr/got-ji080312f.pdf>. Dernière visite le 10 10 octobre 2013. Voir aussi, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, pp. 25 à 27.

<sup>518</sup> SILVERSTEIN (Ken), « *Privatizing war, how affairs of State are outsourced to corporations beyond public control* », The Nation, New York, 28 juillet 1997, p. 11 à 17. Disponible sur : [www.mtholyoke.edu/acad/intrel/silver.htm](http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/silver.htm). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>519</sup> TPIR, Affaire Le Procureur c. Akayesu, 2 septembre 1998, § 537. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>520</sup> L'ancien Ministre des affaires étrangères de la Croatie avait déclaré que « *MPRI's aid was significant in helping Croatia achieve its rightful independence* », In a Nation Resolved to Overcome its tough Heritage-International Special Reports- Croatia, Washington Times, march 2002.

contre l'humanité et non de crimes de guerre. Les membres de *MPRI* n'ont jamais fait l'objet d'une action devant une juridiction internationale. Le TPIY ne juge que les ressortissants de la Yougoslavie. Toutefois, une *Class Action* a pu être intentée au civil aux Etats-Unis dans l'Etat de l'Illinois par des victimes serbes qui sont des rescapés de l'opération *Storm* lancée sur *Krajina*<sup>521</sup>. Les serbes étaient victimes de crimes du fait de leur appartenance ethnique. Ce qui fait de cette infraction aussi un génocide.

S'agissant du génocide, il est constitué des faits commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe en se fondant sur la nationalité, la race, la religion, l'ethnie. C'est un crime grave et constitue selon le TPIR « *le crime des crimes* »<sup>522</sup>. Ces actes peuvent être commis en temps de paix comme en période de conflit international et non international. C'est d'ailleurs l'intention qui le distingue des autres crimes contre l'humanité. Tout individu peut être jugé pour crime de génocide s'il a participé à la consommation de l'infraction. Dès lors, les membres des SMSP, en tant qu'individus sont concernés par l'interdiction de commettre un tel crime. Ce n'est pas seulement l'auteur principal qui est jugé, mais aussi toute personne qui apporte son aide à la commission ou même à la tentative de commission d'actes constitutifs de génocide<sup>523</sup>. Cette forme de participation pourrait concerner les membres

---

<sup>521</sup> Voir United States, District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, *Genocide victim of Krajina vs. L3 Services Inc.* August, 17, 2011. Dans cette décision, il s'agissait pour le juge de statuer sur la demande par la SMSP de transférer le procès civil à New York, ce que les serbes n'ont pas accepté. Le juge va décider de maintenir l'affaire dans l'Etat de l'Illinois. Voir : <http://www.courthousenews.com/2011/09/13/krajina.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>522</sup> TPIR (Chambre de jugement), *Le Procureur contre Jean Kambanda*, Affaire n° ICTR-97-23-S, 4 septembre 1998, § 16. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>523</sup> Article 25 du Statut de Rome instituant la CPI : « [...] Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ;  
b) Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ;

c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ; Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou

ii) Etre faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;

e) S'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre ;

f) Elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté.

Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel». Cf : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

subalternes des SMSP en tant qu'ils sont des individus. Quant aux autorités hiérarchiques, elles peuvent être jugées si elles ordonnent ou encouragent la commission d'actes de génocide. Cependant, ceux qui aident ou assistent les auteurs de crime de génocide sont des complices. Les SMSP en tant que personnes morales et leurs membres en tant que personnes physiques peuvent également être concernés par la complicité de génocide. D'ailleurs, à travers l'exemple du rôle qu'aurait joué *MPRI* dans la planification des crimes commis par les militaires croates à l'encontre de la minorité serbe, le procès aux Etats-Unis qui est intenté à l'encontre de la société est mené en vue de condamner la société pour complicité de génocide : « *The victims of Operation Storm and their heirs and next of kin herein claim that Defendants were complicit in genocide* »<sup>524</sup>. Mais dans le procès des croates devant le TPIY, on remarque que l'acte d'accusation du Procureur n'a pas retenu le génocide. Il a juste mentionné au chef d'accusation n°1 que : « [...] *persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses, un crime contre l'humanité sanctionné par l'article 5 h) du Statut du Tribunal, lu en conjonction avec les articles 7 1) et 7 3)* »<sup>525</sup>. Bien que les actes eussent une base ethnique, l'intention était plus marquée par un déplacement forcé que par une volonté de détruire une partie ou la totalité des serbes de Croatie.

### **b). Les crimes de guerre**

Les crimes de guerre peuvent être définis comme les violations des règles du *jus in bello*, qui entraînent, selon le droit international, la responsabilité pénale des individus qui les commettent<sup>526</sup>. Cette catégorie d'infractions internationales est particulièrement non évidente dans le cadre des activités des SMSP. En effet, la lancinante question de la possibilité pour les membres des sociétés militaires et de sécurité privées de perpétrer des crimes de guerre, est récurrente. Pour commettre un crime de guerre trois éléments sont importants : il s'agit du statut de l'auteur, de l'occasion de la commission matérialisée par l'existence d'un conflit armé et du lien entre l'infraction et le conflit armé. S'agissant du statut, il est a été longtemps admis que ce sont seuls les membres des forces armées nationales qui commettent ces

---

<sup>524</sup> United States, District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, *Genocide victim of Krajina vs. L3 Services Inc.* August, 17, 2011. Cf. <http://www.courthousenews.com/2011/09/13/krajina.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>525</sup> Voir pour l'Acte d'accusation, Del Ponte Carla, « *Acte d'accusation du Procureur contre Ante Gotovina* », TPIY, 21 mai 2001. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/fr/got-ii010521f.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>526</sup> ABI-SAAB (G. et R.), « *Les crimes de guerre* », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, et A. PELLET, (sous la dir), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 278. Voir aussi, DAVID (Eric), *Eléments de droit pénal international et européen*, op. cit, p. 1004.

crimes<sup>527</sup>. Or, la jurisprudence internationale a très tôt montré que des civils peuvent être traduits en justice pour crime de guerre. Il en est ainsi du Ministre des affaires étrangères du Japon M. Hirota reconnu coupable d'atrocités et de viols collectifs connus sous le nom de « viol de Nankin »<sup>528</sup>. Plus tard, le TPIR admit que « *Le principe d'engager la responsabilité des civils à raison d'infractions aux lois de la guerre trouve en outre un fondement dans l'objet et le but humanitaire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, qui est de protéger les victimes de la guerre contre les atrocités. Ainsi, [...] les lois de la guerre doivent s'appliquer de la même façon aux civils qu'aux combattants au sens classique du terme* »<sup>529</sup>.

Mais les civils dont il s'agit ici dans ces jurisprudences citées, avaient un lien avec l'Etat partie à ces conflits, l'un international et l'autre national. Le critère utilisé est celui du lien entre un civil et une Partie au conflit. Si l'on appliquait ce critère aux SMSP, tous les membres des sociétés qui sont engagées par des Etats dans le cadre d'un conflit armé, seraient susceptibles de commettre des crimes de guerre. Mais les autres sociétés contractant avec des entreprises privées commerciales ou qui sont sous-traitantes d'autres SMSP peuvent voir leurs membres échapper à la possibilité de commettre des crimes de guerre. On voit bien que cette conception n'est pas conforme à l'idée que le droit international humanitaire s'applique aux individus sans égard à leur lien avec les Parties au conflit. Dans ce cadre, c'est seul le lien entre le crime et le conflit qui est privilégié et non celui qui existe entre l'auteur des faits et une Partie au conflit. Si l'on prend en compte le lien entre le crime et le conflit, l'acte commis par un individu membre d'un SMSP est analysé pour voir s'il a été perpétré, planifié, ordonné ou mis en œuvre dans un dessein criminel commun à l'occasion d'un conflit armé. Or le lien entre un crime et un conflit armé n'est pas facile à déterminer dans la mesure où, il y a un problème pour définir un conflit armé. Selon le TPIY, « [...] *un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein*

---

<sup>527</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre »* », op. cit, p. 99.

<sup>528</sup> ZAKR (Nasser), « *Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda* », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, avril-juin 2001, p. 274. Voir aussi TPIR, « *Concernant la question de savoir si la forme de responsabilité pénale individuelle prévue au paragraphe 3 de l'article 6 du Statut s'applique non seulement aux militaires, mais également aux personnes exerçant une fonction civile, on notera que lors des procès de Tokyo, certaines autorités civiles ont été condamnées pour des crimes de guerre en application de ce principe* ». Voir, TPIR (Chambre de première instance) Affaire *Le Procureur c. Akayesu*, 2 septembre 1998, § 490. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>529</sup> TPIR (Chambre de première instance) Affaire, *Le Procureur c. Akayesu*, op. cit, § 633 et 634. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

d'un Etat »<sup>530</sup>. Le problème de cette définition se situe plus au niveau du conflit interne qu'au niveau du conflit international. En effet, la frontière entre un conflit interne et les tensions intérieures est très mince. L'article 3 commun et le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève exigent que la partie non étatique ait un minimum d'organisation. C'est cette organisation qui différencie le conflit armé interne et les troubles intérieurs et tensions internes. Ces deux dernières situations conflictuelles sont le fait de personnes qui ne sont pas clairement identifiables<sup>531</sup>. La durée des hostilités n'est pas suffisante. Un conflit peut durer peu et occasionner beaucoup de dégâts humains et matériels. Cette définition de la notion de « *conflit armé* » est trop restrictive dans la mesure où, beaucoup de conflits peuvent ne pas être considérés comme armés. Or, selon le TPIR, une définition trop restrictive peut atténuer « *la protection offerte par [les instruments internationaux pertinents] aux victimes et victimes potentielles des conflits armés* »<sup>532</sup>. Et, le droit international humanitaire a pour but de protéger les victimes des atrocités<sup>533</sup>. Pour que la définition de la notion de conflit armé soit conforme à l'esprit du droit international humanitaire, il faut qu'elle soit la plus large possible, sans transformer l'expression en une espèce de fourre-tout. On peut considérer qu'il y a conflit armé, dès lors qu'un recours à la force militaire entre deux parties antagonistes engendre un préjudice avéré aux personnes et biens qui sont protégés par le droit international humanitaire. Une définition large a le mérite de permettre de faire le lien facilement entre le crime et le conflit armé. Pour qu'un acte d'un membre d'une société soit qualifié de crime de guerre, il faut qu'il soit commis à l'occasion d'un conflit armé. L'expression « *à l'occasion d'un conflit armé* » doit être comprise comme une séquence de temps ou un espace de consommation de l'infraction qui place celle-ci dans une situation d'effet et le conflit dans une position de cause. Pour le TPIY, l'existence du conflit doit « *considérablement peser sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il a commis et le but dans lequel il l'a commis* »<sup>534</sup>. Dans la pratique, les actes des membres des SMSP qui tomberaient facilement dans la qualification de crime de guerre seraient les mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre. L'exemple des tortures de la prison d'Abu Ghraïb en Irak est pertinent. En l'espèce, le rapprochement entre crime et conflit armé

---

<sup>530</sup> TPIY (Chambre d'appel), *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire n°IT-94-1-A72, arrêt du 2 octobre 1995, §.70.

<sup>531</sup> PERILLEUX (Jonas), « *L'interprétation de la notion de « conflit armé interne » et de « violence aveugle » dans le cadre de la protection subsidiaire : le droit international humanitaire est-il obligatoire ?* », in *Revue belge de droit international*, 2009/1, Bruxelles, Bruylant, p. 125.

<sup>532</sup> TPIR (Chambre de première instance), Affaire *Le Procureur c. Akayesu*, op. cit., § 633 et 634. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>533</sup> *Ibid.*, § 633. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>534</sup> TPIY, Affaire *Le Procureur c. Kunarac*, 12 juin 2002, § 58.

est matérialisé par les prisonniers qui sont des combattants capturés et internés dans des lieux de détention pendant la durée des hostilités<sup>535</sup>. Par contre, le trafic de femmes mineures comme ce qu'auraient fait les membres de *MPRI* en Bosnie, ne saurait être qualifié de crime de guerre. En effet, ces actes pouvaient être commis sans l'existence de conflit armé et les victimes ne sont pas des personnes refusant de faire allégeance à la Partie au conflit armé dont dépendent les auteurs. Par ailleurs, les sociétés militaires et de sécurité privées ont des tâches diverses dans le cadre d'un conflit armé.

De telles infractions ne doivent pas être commises par les membres des SMSP qu'ils soient subalternes ou cadres la société. Toutefois, une obligation particulière est à la charge des dirigeants de la société, eu égard à leur position hiérarchique. Il s'agit de l'obligation de prendre des mesures pour empêcher et réprimer les infractions commises par leurs subordonnés.

#### **B/. Obligation de prendre des mesures pour empêcher ou réprimer les infractions des subordonnés**

Les cadres et les dirigeants des SMSP, en tant que supérieurs hiérarchiques, ont l'obligation positive en vertu du droit international humanitaire de prendre des mesures pour empêcher ou réprimer des infractions commises par leurs subalternes<sup>536</sup>. Ils ont le devoir d'empêcher la violation du droit international humanitaire. En effet, il existe un devoir d'agir pour tout supérieur en vertu de l'article 86 § 2 du Premier Protocole additionnel de 1977 relatif aux Conventions de Genève de 1949. Selon ce texte : « *Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction* » (sic).

Ce texte dispose de l'obligation pour tout supérieur hiérarchique d'empêcher et de réprimer les infractions commises par ses subalternes. Il existe une obligation en amont qui est de prendre toutes les mesures possibles pour empêcher que soit commise une violation des

---

<sup>535</sup> En vertu de l'article 3 commun, ces personnes font partie de celles qui doivent être traitées avec humanité.

<sup>536</sup> QUIRICO (Ottavio), « *La théorie de la négligence dans le statut de la Cour pénale internationale* », in *Revue générale de droit international public*, n° 2, 2009, Paris, Pedone, p. 356.

règles pertinentes du droit international humanitaire. En aval, une autre obligation est pour les supérieurs hiérarchiques de réprimer tous les actes contraires aux normes de conduite de la guerre. Ils peuvent aussi dénoncer aux autorités compétentes les infractions graves commises par leurs subordonnés<sup>537</sup>.

Il semble qu'il y ait une obligation de prévention et ensuite une obligation de répression. Ce qu'il faut remarquer, c'est que les supérieurs ne tirent pas leurs compétences de commandement du droit international. Cela veut dire que ce n'est pas le droit international qui fait d'eux des supérieurs. S'agissant des sociétés militaires et de sécurité privées, cette compétence est déterminée par les actes internes de la société qui emploie les cadres et dirigeants dans les tâches de management. En fait, la hiérarchie proprement dite existe au sein des SMSP malgré le manque d'organisation qui anime certaines d'entre elles. Mais une fois cette compétence attribuée, il en résulte une obligation d'agir au regard du droit international humanitaire, appréciée à la lumière des textes conventionnels. Ainsi, la relation entre le supérieur hiérarchique et le subordonné peut être une relation de facto ; il suffit seulement que le premier exerce une autorité sur le second. Bien que la capacité effective du supérieur soit un critère nécessaire, il ne suffit pas nécessairement que ce supérieur ait été juridiquement habilité à empêcher ou punir les actes commis par les subordonnés. C'est sa capacité matérielle à produire des rapports adressés à d'autres hiérarchies qui est mesurée.

Raisonnablement, il s'agit d'imposer aux supérieurs le fait de prendre des mesures possibles dans la pratique, car il n'est pas toujours facile d'empêcher une infraction ou de punir ses auteurs. Les mesures sont celles qui sont « *en leur pouvoir* ». Au niveau de la prévention, ce sera par exemple, former les employés au respect du droit international humanitaire et au niveau de la répression, il s'agira de faire des enquêtes lorsqu'il y a allégation d'acte illicite.

---

<sup>537</sup> Article 87 - *Devoirs des commandants* (Protocole additionnel de 1977 relatif aux Conventions de Genève de 1949)

« 1. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placés sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d'empêcher que soient commises des infractions aux Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes.

2. En vue d'empêcher que des infractions soient commises et de les réprimer, les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger que les commandants, selon leur niveau de responsabilité, s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du présent Protocole.

3. Les Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de tout commandant qui a appris que des subordonnés ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent Protocole qu'il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations ».

Il existe donc un devoir de s'informer qui pèse sur les supérieurs. Une telle obligation fut même retenue dans l'affaire *Roehling* qui concernait les directeurs de cette entreprise. Ces cadres prétendaient qu'ils ignoraient les conditions de vie des travailleurs de l'*Usine Voelklingen*. Le Tribunal de première instance qui statuait sur cette affaire concluait : « *qu'il était de son devoir de patron de se tenir informé du traitement accordé aux travailleurs étrangers et aux prisonniers de guerre dont l'emploi dans ses usines d'armement était, qui plus est, proscrit par le droit de la guerre, ce qu'il ne pouvait ignorer* »<sup>538</sup>.

Cette situation décrite dans cette illustration est applicable aux SMSP dont les dirigeants commandent souvent des employés qui gardent des prisonniers de guerre. Ainsi, l'obligation de s'informer leur est opposable. Le traitement de combattants capturés fait partie du droit international humanitaire. Ainsi, les cadres dirigeants d'une SMSP ont le devoir d'empêcher et de réprimer les infractions commises par leurs subalternes. Il s'agit d'une obligation internationale. En dehors de celle-ci, en tant que membres, le droit national leur est également applicable au même titre qu'à la société.

## **Section II : Application du droit national aux SMSP et à leurs membres**

En tant que ressortissants d'Etats dont ils ont la nationalité et en exerçant leurs activités sur le territoire d'un Etat qui les accueille, les SMSP et leurs membres sont assujettis au droit national. C'est à ce titre qu'ils font partie des destinataires des normes internes qui proviennent de l'introduction de dispositions pertinentes d'instruments internationaux et d'initiative interne. Ces deux catégories s'imposent à travers la législation de l'Etat d'origine et celle de l'Etat d'accueil.

### **§ I : La législation de l'Etat d'origine**

L'Etat d'origine d'une société militaire et de sécurité privée est celui dont elle a la nationalité c'est-à-dire celui dans lequel elle est constituée ou immatriculée<sup>539</sup>. C'est

---

<sup>538</sup> Jugement du Tribunal général du Gouvernement militaire de la zone française d'occupation en Allemagne, *Affaire, Herman Roehling et consorts*, accusés de crimes contre la paix, de crime de guerre et de crime contre l'humanité, in *Trials of War Criminals*, London 30 juin 1948, Vol. XIV, annexe b, p. 1088. Voir aussi, ZAKR (Nasser), « *La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux* », in *Revue internationale de droit pénal*, 2002/1, Vol. 73, p. 67.

<sup>539</sup> CASTEL (Nicolas), LA PRADELLE (Gérard de), « *Les entreprises* », in *Droit de l'économie internationale*, (dir), Patrick DAILLIER, Gérard DE LA PRADELLE et Habib GHERABI, Centre International de l'Université PARIS X-Nanterre (CEDIN Paris X), Paris, Pedone, 2004, p. 69.

également celui de son principal établissement ou de siège social<sup>540</sup>. Les SMSP et leurs membres peuvent se voir imposer des obligations par leur Etat d'origine. Celles-ci découlent du principe de compétence personnelle de l'Etat. En vertu de ce principe, les Etats soumettent leurs ressortissants à leurs lois et à leurs juridictions même lorsque leurs sujets se trouvent à l'étranger. Ainsi, les sociétés militaires et de sécurité privées et leurs membres sont assujettis aux normes de droit interne de l'Etat qui leur accorde sa nationalité. L'Etat décide « *souverainement* »<sup>541</sup> de conférer la qualité de sujet de son droit interne à des personnes physiques ou morales en vertu de la souveraineté qu'il détient sur son territoire. Cette décision est prise sur la base d'un acte. La nationalité se détermine différemment selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. S'agissant des personnes physiques, l'Etat attribue sa nationalité à titre originaire ou par voie de naturalisation. En général, l'acquisition de la nationalité à titre originaire peut s'opérer par deux critères : le lien du sang « *jus sanguinis* » ou le lieu de naissance « *jus soli* ». Dans tous les cas, l'individu membre d'une SMSP reste lié par le droit de son Etat national.

Quant aux personnes morales, la nationalité peut leur être attribuée sous la forme d'une incorporation ou de l'octroi d'un siège social<sup>542</sup>. S'agissant de l'incorporation, ce sont en général, les pays du *Common Law* qui la pratiquent. Elle consiste en une manifestation de volonté de la part de la société de se faire enregistrer dans un pays qui lui reconnaît une existence légale sans qu'il y ait entre eux un lien de rattachement économique<sup>543</sup>. C'est en cela que l'incorporation s'oppose au siège social. En effet, dans ce dernier cadre, l'octroi de la nationalité est conditionné par une immatriculation au registre de commerce et un rattachement de la société à l'économie nationale. Mais le rattachement d'une société à un Etat peut s'effectuer aussi par le biais du contrôle de ses actionnaires. Ainsi en avait décidé la CIJ en 1989<sup>544</sup> en jugeant que les Etats-Unis étaient fondés à exercer leur protection

---

<sup>540</sup> Assemblée générale des Nations unies, Conseil des droits de l'homme, Quinzième session, « *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaire comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », A/HRC/15/25, présenté par José Luis Gomez Del Prado, Annexe, « *Projet de convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées (SMSP)* », 5 juillet 2010, p. 24.

<sup>541</sup> CASTEL (Nicolas), LA PRADELLE (Gérard de), « *Les entreprises* », in *Droit de l'économie internationale*, op. cit, p. 69.

<sup>542</sup> L'incorporation et le siège social « *sont sur le même pied au regard du droit international et sont généralement réguliers en tant que modes d'attribution de la nationalité* ». Cf, SUR (Serge) et COMBACAU (Jean), *Droit international public*, op. cit, p. 339.

<sup>543</sup> Sur ce point, on note l'enregistrement de *Sandline* au Bahamas même si l'objectif du rattachement est la recherche d'un paradis fiscal.

<sup>544</sup> CIJ (Chambre), *Elettronica*, 20 juillet 1989, Rec. p. 13.

diplomatique sur une société italienne à laquelle ils sont liés non pas par son siège et son incorporation mais qui était une filiale à 100% d'une société américaine<sup>545</sup>.

La compétence extraterritoriale est d'une nécessité absolue car les SMSP, en tant que personnes morales, sont des entités non étatiques qui exercent des tâches traversant les frontières de leur Etat d'origine. Cette compétence ne consiste pas pour l'Etat à imposer ses règles internes sur les territoires des autres Etats mais de faire en sorte que ses ressortissants ou les personnes relevant de sa juridiction ne restent pas impunies alors qu'il exerce sur eux une compétence personnelle. C'est le principe de personnalité active qui est « *le corollaire du principe de non-extradition des nationaux* »<sup>546</sup>. Certains Etats assimilent les résidents permanents sur leur territoire à leurs ressortissants pour l'application de leurs lois internes. Ainsi, deux catégories de règles internes peuvent imposer des obligations aux SMSP et leurs membres : il s'agit des normes générales et de la réglementation spéciale.

#### **A/. Les règles du droit commun**

Les règles de droit en vigueur dans l'Etat d'origine s'appliquent aux SMSP et à leurs membres quand bien même, elles ne sont pas spécifiques à leurs activités. Ces règles sont de deux ordres eu égard à leur conception : les normes d'initiative nationales et celles insérant les instruments internationaux en droit interne<sup>547</sup>. Le droit que l'on peut qualifier d'initiative nationale est celui que les pouvoirs publics compétents ont adopté dans leurs activités législatives et réglementaires ordinaires. Quand aux règles portant insertion de dispositions de conventions internationales dans le droit national, il s'agit de celles qui sont adoptées pour permettre à ces normes tirées des traités de pouvoir s'appliquer dans le cadre interne d'un Etat. Par le biais des mécanismes d'introduction propres à chaque Etat, les traités s'imposent aux nationaux<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> CASTEL (Nicolas), LA PRADELLE (Gérard de), « *Les entreprises* », in *Droit de l'économie internationale*, op. cit, p. 72.

<sup>546</sup> BOSLY (Henri D) et VANDERMEERSCH (Damien), *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice. Les juridictions internationales et les tribunaux nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 171.

<sup>547</sup> L'obligation qu'ont les Etats d'insérer les conventions internationales dans l'ordre interne est déjà traitée dans les pages précédentes. Il s'agit ici d'analyser les obligations que ces normes internationales peuvent mettre à la charge des SMSP et de leurs membres, une fois qu'elles sont transformées en règles internes.

<sup>548</sup> Selon la Cour Permanente de Justice Internationale « *l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, [peut] être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits, obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* », Avis du 3 mars 1928, Affaire de la Compétence des Tribunaux du Dantzig, Série B, n° 15, p. 18.

Toutes ces normes ont un objectif commun, à savoir obliger les personnes physiques et morales portant la nationalité d'un Etat à se conformer à leurs exigences. Ces obligations nationales s'imposent à chaque SMSP et à chaque membre de celle-ci<sup>549</sup>. Même si ces règles sont générales, il n'en demeure pas moins qu'elles s'appliquent dans le cadre de leurs activités. L'Etat détermine librement la conduite des personnes physiques ou morales ayant avec lui un lien de rattachement. Ainsi, sur la base de la compétence personnelle active, les règles du droit pénal national s'appliquent aux SMSP et à leurs membres même s'ils interviennent hors du territoire de leur Etat d'origine. Ces règles permettent aux juridictions nationales d'être compétentes pour poursuivre, juger et condamner les sociétés militaires et de sécurité privées et leurs membres. Dans leurs activités, les personnes physiques peuvent commettre deux catégories d'infractions dont le juge national peut connaître si le lien de rattachement à la compétence de sa juridiction est établi<sup>550</sup>. Il s'agit d'une part des infractions ordinaires et d'autre part les infractions internationales. Les premières sont des infractions que le droit international a laissé le soin aux Etats de réprimer. Ce sont en réalité des crimes de droit commun. L'exemple de ce genre d'infraction pouvant être commise par les membres d'une SMSP est la fusillade ayant eu lieu Place Nisour à Bagdad le 16 septembre 2007, dont les auteurs présumés faisaient partie du personnel de *Blackwater*. Les personnes soupçonnées ont été poursuivies par la justice américaine<sup>551</sup> puisqu'elles sont originaires des Etats-Unis<sup>552</sup>. Pour ce qui est des infractions internationales, ce qualificatif n'enlève en rien la compétence des juridictions nationales.

En dehors de ces infractions, les SMSP et leurs membres sont assujettis à toute règle nationale qui peut s'appliquer à leurs activités. Il en est ainsi de l'*Alien Tort Act Claim* des Etats-Unis qui dispose : « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil*

---

<sup>549</sup> CAPDEVIELLE (V.), « *The regulation of private and security services in France* », 21 May 2009, in National Reports Series 11/09, Priv-war Report-France, p. 16. Consultable sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>550</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre »* », op. cit., p. 99.

<sup>551</sup> Voir, « *U.S. Congress and administration consider responses to excessive uses of force by U.S. security firms* », Number 1021, in American Journal of International Law - Vol. 102, n°. 1, Janvier 2008. Toutefois, par une décision du 31 décembre 2009, le juge Ricardo Urbina abandonne les poursuites contre les membres de Blackwater pour vice de procédure. En effet, les moyens employés pour obtenir les aveux des prévenus étaient jugés illégaux. Cf, la décision de Ricardo Urbina consultable sur :

[http://www.schertlerlaw.com/news/dismissal\\_12-31-09.pdf](http://www.schertlerlaw.com/news/dismissal_12-31-09.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>552</sup> Les familles des victimes irakiennes ont déposé leur plainte contre les auteurs présumés de ces faits devant la justice américaine. Le contenu de la plainte peut être consulté à travers le lien suivant : [http://ccrjustice.org/files/Atban\\_complaint\\_10\\_07.pdf](http://ccrjustice.org/files/Atban_complaint_10_07.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. Par ailleurs, un autre incident ayant eu lieu en mai 2009 en Afghanistan a été imputé aux membres de *Blackwater* devenue *Xe Services*. Dans cette affaire deux Afghans ont été tués et un autre blessé. Le département de la justice des Etats-Unis a saisi les tribunaux américains le 7 janvier 2010 pour traduire les deux personnes soupçonnées et arrêtées. Cf, BALMOND (Louis), « *Chroniques des faits internationaux* », in RGDIP, 2010, tome 114, p. 393.

action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States »<sup>553</sup>. Cette loi votée le 24 septembre 1789 par le Congrès américain était une partie intégrante du *Federal Judiciary Act*<sup>554</sup>. Elle est aujourd'hui intégrée au *United States Code, Section 1350, article 28*. Elle a été peu appliquée pendant près de deux siècles et ne retrouvera « une surprenante renaissance »<sup>555</sup> qu'en 1980<sup>556</sup>. Cette loi permet de poursuivre au civil, les personnes physiques<sup>557</sup> mais aussi les personnes morales<sup>558</sup> accusées de violation

---

<sup>553</sup> USC, § 1350. Voir, RYNGAERT (Cedric), “*Litigation Abuses Committed by Private Military Companies*”, in EUI Working Papers, AEL 2009/5, Academy of European Law, p. 34. Consultable sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>554</sup> Pour un historique de cette législation, voir la décision de la Cour Suprême des USA dans l’Affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 734-37 (2004): « *Le premier Congrès l’a adopté dans le cadre du Judiciary Act de 1789 en prévoyant que les nouveaux tribunaux fédéraux de district ‘doivent également avoir compétence, parallèlement aux tribunaux des différents États ou des tribunaux itinérants, le cas échéant, pour connaître de toutes les actions en justice introduites par des étrangers uniquement pour des délits fondés sur une violation de la loi des nations ou d’un traité des États-Unis.’* » p. 17 – 18, et « *le Statut a été légèrement modifié à plusieurs reprises depuis l’adoption originale de ce texte. Il est actuellement rédigé de la façon suivante, dans son intégralité : ‘Les tribunaux de district auront une compétence de première instance pour toute action introduite au civil par un étranger pour un délit uniquement, si celui-ci est commis en violation de la loi des nations ou d’un traité des États-Unis’* ». p. 18.

<sup>555</sup> RENAUDIE (Virgile), « *Les USA pays des droits de l’homme ? Un instrument universel de protection des droits de l’homme méconnu : Le US Alien Tort Claim Act* », in *Revue internationale de droit comparé*, 2004/3, p. 603.

<sup>556</sup> *US Court of Appeal for the second Circuit ruled in Filartiga v. Pen-Irala* : En 1979, deux citoyens paraguayens ont intenté un procès sur la base de l’ATCA devant une Cour fédérale américaine pour des faits de torture ayant entraîné la mort d’un membre de leur famille par un officier de police paraguayen présent sur le territoire américain. Ce fut la première affaire sur la base de laquelle ont été jugés des actes de torture en vertu de l’ATCA. En 1984, les demandeurs ont finalement reçu 10 375 000 de Dollars de dommages et intérêts. Cf, *US Court of Appeal for the second Circuit ruled in Filartiga v. Pen-Irala*. Consultable sur : <http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-630F2d876.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>557</sup> *US Supreme Court, Sosa v. Machain* : A la demande de l’Agence du Gouvernement des Etats-Unis spécialisée dans la lutte contre la drogue (U.S. Drug Enforcement Agency), M. Alvarez-Machain, médecin mexicain, avait été conduit de force par un groupe de nationaux mexicains sur le territoire américain pour y être jugé. Déclaré non coupable, M. Alvarez-Machain déposa une plainte devant les tribunaux américains sur la base de l’ATCA pour arrestation et détention arbitraires contre Jose Francisco Sosa, l’un des mexicains auteurs des faits litigieux. Ce fut la première fois que la Cour suprême des Etats-Unis a été saisie non seulement d’une action fondée sur l’ATCA, mais également d’un litige transnational relatif aux droits de l’Homme. La Cour a, dans un premier temps, considéré que l’ATCA octroie la possibilité pour un individu d’intenter une action pour un nombre limité de violations de droit international (*cause of action* ou droit d’ester en justice) ; un droit qui n’était jusque là pas reconnu. Mais dans un second temps, la Cour suprême a également reconnu qu’un individu pouvait invoquer l’ATCA pour violation d’une norme internationale contre un acteur privé. Cf, *US Supreme Court, Sosa v. Machain*

<sup>558</sup> *Doe v. UNOCAL*. Un consortium d’entreprises pétrolières, parmi lesquelles Unocal – entreprise reprise en juillet 2005 par ChevronTexaco (entreprise californienne), et Total (entreprise française) exploitent depuis 1992 le gisement gazier de Yadana en joint-venture avec la *Myanmar Oil and Gaz Enterprise* (MOGE), entreprise pétrolière birmane contrôlée intégralement par le *State Law and Order Restoration Council* (SLORC), à savoir le Gouvernement de la junte birmane. Le gazoduc transporte le gaz naturel puisé dans la mer d’Andaman vers la Thaïlande. Il traverse la région du Tenasserim en Birmanie. L’affaire *Roe I* fit suite à la première plainte déposée en septembre 1996 à l’encontre de Total, *Unocal* et MOGE. Elle fut introduite par la Fédération syndicale de Birmanie, la Coalition nationale du Gouvernement de l’Union birmane et 4 villageois birmans. Les motifs de la plainte sont le travail forcé et l’atteinte au droit de propriété des citoyens birmans en raison de la construction du gazoduc. En 1997, la Cour fédérale américaine à Los Angeles a déclaré la plainte à l’encontre de Unocal et Total recevable. Cf, *National Coalition Government of the Union of Burma and Federation of Trade Union of Burma v. Unocal, Inc.* (Roe I) 176 F.R.D.329, 334 (C.D. Cal. 1997). Consultable sur :

de droits de l'homme. La victime doit être un étranger (*an Alien*<sup>559</sup>) et il n'est pas nécessaire qu'elle épuise les voies de recours dans son Etat de résidence. L'accusé doit avoir un lien avec le territoire américain<sup>560</sup>. Si c'est une personne physique, elle doit se trouver sur le territoire (domicile, résidence ou même présence temporaire<sup>561</sup>) et si c'est une personne morale, la jurisprudence applique la notion de « *contact minimum* » par l'existence d'un siège social ou de déploiement d'activités continues et systématiques comme installation d'un bureau<sup>562</sup>. La plainte est fondée sur une violation du droit international ou celle du droit international coutumier (*law of nations*). La notion de « *law of Nations* » a été définie par la Cour suprême américaine comme étant « *a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th century paradigms* »<sup>563</sup>.

Par *law of nations*, il faut entendre « *droit international* » car par le mot *Nation* il faut entendre *Etat*, et en ce qui concerne l'ATCA, comprendre plus précisément « *droit international des droits de l'Homme* ». C'est pourquoi, il n'y pas eu de surprise quand des irakiens<sup>564</sup>, en l'occurrence, les sieurs *Saleh* et *Ibrahim* ont intenté une action en justice contre *TITAN* et *CACI*<sup>565</sup> en vertu de l'ATCA pour mauvais traitements<sup>566</sup>. En Mai en 2009, la Cour d'appel fédérale de Washington a estimé que la responsabilité de ces sociétés (*TITAN* - aujourd'hui *L3 Communication*) qui fournissait des interprètes et *Caci International* qui fournissait des interrogateurs) ne pouvait être retenue, essentiellement parce que les faits se

---

<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/395/395.F3d.932.00-57195.00-56628.00-57197.00-56603.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>559</sup> Etranger vivant régulièrement sur le territoire américain.

<sup>560</sup> Cela atteste que la compétence des juridictions américaines est une compétence universelle car elle est indépendante du lieu où l'infraction a été commise en dehors des Etats-Unis et de la nationalité de l'auteur non américain. Cette compétence universelle est conditionnée dans la mesure où, aucun jugement ne peut être prononcé tant que l'accusé ne présente un lien de rattachement au territoire américain.

<sup>561</sup> *Kadic v. Karadzic*, 1995, p. 247

<sup>562</sup> *Wiwa et al c. Royal Dutch Petroleum et al* : En 2000, la Cour d'appel a reconnu que les Etats-Unis constituaient un forum approprié pour statuer sur l'affaire. Les juges ont établi leur compétence personnelle à l'égard de Royal Dutch Shell/Shell Transport and Trade qui détenait un bureau à New-York. Voir aussi, l'affaire *Doe v. Unocal*, où le juge admet sa compétence à l'égard de Total, une des sociétés attaquées pour violations de droit de l'homme en Birmanie, du fait de l'existence sur le sol américain de filiales appartenant au Groupe Total. Cf, *Doe v. Unocal*, op. cit, 2001, p. 926.

<sup>563</sup> US Supreme Court, *Sosa v. Machain*, 2004, p. 2761 et 2762.

<sup>564</sup> RYNGAERT (Cedric), « *Litigation Abuses Committed by Private Military Companies* », in EUI Working Papers, AEL 2009/5, Academy of European Law, p. 35. Consultable sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>565</sup> *Saleh v. Titan et Ibrahim v. Titan*. Toutes les décisions de justice concernant ces affaires sont disponibles dans le site internet du Centre des droits constitutionnels au lien suivant : <http://ccrjustice.org/>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>566</sup> Pour les mauvais traitements, il s'agissait de longues privations de sommeil à l'encontre des détenus avec du bruit très fort, de les photographier nus, d'interdiction de prier et de pratiquer leur religion, d'électrocution, de privation d'aliments, etc. Cf: <http://ccrjustice.org/files/8.08%20Joint%20Brief%20for%20Appellees%2008-7001.pdf>. Dernière consultation le 10 octobre 2013.

sont déroulés en temps de guerre<sup>567</sup>. Toujours en 2007, le *District of Columbia* a rendu une décision après avoir été saisi par des agriculteurs équatoriens sur la base de l'ATCA contre *DynCorp*<sup>568</sup>. Cette SMSP était accusée d'avoir pulvérisé de l'herbicide *glyphosate* commercialisé par Monsanto et destiné aux champs de coca qui a causé d'énormes dommages aux populations vivant aux alentours des lieux de fumigation. Dans cette affaire, le juge a refusé d'appliquer l'ATCA du fait que le plan de destruction des cultures avait été fixé par le Congrès et que c'est par le biais de *l'activité-jointe*<sup>569</sup> que les préjudices ont été causés. Il y a donc implication des Etats américains et équatorien. Or, aucune action en justice ne saurait être dirigée contre un Etat en vertu de l'ATCA du fait de leur immunité de juridiction. D'ailleurs, dans l'affaire *Doe v. Unocal*, les juges de première instance et d'appel ont reconnu l'immunité de juridiction au SLORC (armée birmane) et à la MOGE (Entreprise d'Etat birmane), considérant que la sécurisation du pipeline de Yadana, dont ils avaient la charge dans le cadre de la *joint-venture*, n'était pas une activité de nature commerciale au sens de la définition de l'exception permettant l'annulation de l'immunité<sup>570</sup>. Enfin en 2010, la Cour d'appel d'Eleventh a déclaré irrecevable une action en justice intentée par les victimes de l'assassinat de Ahuwa Amergi, un citoyen israélien tué par balle dans la Bande de Gaza en février 2002 alors qu'il conduisait sa voiture<sup>571</sup>. L'assassinat étant intervenu suite à un acte de terrorisme, le juge s'est déclaré incompétent. Selon lui, les actes de terrorismes ne sont pas recevables en vertu de l'ATCA. Le raisonnement du juge suit la jurisprudence de la Cour suprême dans l'affaire *Sosa* de 2004<sup>572</sup> qui avait décidé que l'ATCA ne saurait être étendu à toute violation des Conventions de Genève.

L'ATCA fait partie des règles de droit commun applicables à toute société de nationalité américaine. Ces règles de droit de commun peuvent s'appliquer aux activités des SMSP au même titre que les règles spécifiques destinées à ces prestataires.

## **B/. Les règles de droit propres aux activités des SMSP : les obligations spécifiques**

<sup>567</sup> La décision est consultable sur : [http://www.ccrjustice.org/files/Titan Decision%209%2011%2009.pdf](http://www.ccrjustice.org/files/Titan%20Decision%209%2011%2009.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>568</sup> United States District Court for the District of Columbia, *Venancio Aguasanta Arias et Al. vs DynCorp Aerospace Operations LLC et Al*, Civil action. Consultable au lien suivant : [http://classactiondefense.jmbm.com/arias\\_class\\_action\\_defense\\_mem.pdf](http://classactiondefense.jmbm.com/arias_class_action_defense_mem.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>569</sup> LAM (Jenny S), "Accountability for Private Military Contractors Under the Alien Tort Statute", in *California Law Review*, 2009, p. 1475. Consultable sur : [http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/97-5/Oct09\\_Lam.pdf](http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/97-5/Oct09_Lam.pdf). Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>570</sup> Cf. *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 1997, p. 897 ; *Doe v. Unocal*, 2002, p. 370.

<sup>571</sup> Cette décision est consultable sur : <http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/200913618.pdf>. Dernière visite le 27 septembre 2013.

<sup>572</sup> Voir la décision de la Cour suprême consultable sur : <http://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

Dans les Etats qui ont règlementé les activités des SMSP, la réglementation établie dans ce cadre, prévoit un certain nombre d'obligations. La première de ces obligations est la soumission à un régime de licence. Pour pouvoir exercer leurs activités, les sociétés militaires et de sécurité privées et leurs membres doivent avoir une autorisation accordée par l'Etat d'origine. La législation sud africaine prévoit dans le RFMAA (*Regulation of foreign military Assistant Act*) une autorisation du Comité national de contrôle des armes conventionnelles (*National Conventional Arms Control Commitee*) : « *Any person who wishes to obtain the authorisation [...] shall submit to the Commitee an application for authorisation in the prescibed form and manner* »<sup>573</sup>. La particularité de cette loi est qu'elle s'adresse à toute personne. C'est d'ailleurs le sens donné à la notion de personne employée dans cet article. Dans l'article 1<sup>er</sup> du RFMAA consacré aux définitions des termes utilisés dans le texte de la loi, le mot « *personne* » signifie personne physique et personne morale enregistrée ou faisant l'objet d'une incorporation en Afrique du sud, mais aussi toute personne résidente permanente ou un étranger qui viole le RFMAA dans les frontières de la République<sup>574</sup>. En 2001, la loi dénommée « *Private Security Industry Regulation Act* »<sup>575</sup> est votée. Cette loi crée l'*Autorité de régulation de la sécurité privée industrielle* qui a pour objectif de réguler et de contrôler les activités des sociétés privées. Cette loi prévoit des obligations générales. D'abord, la Section 28 met en place une obligation d'adhérer à un Code de conduite. Ce dernier, qui est en réalité un véritable décret, se veut de promouvoir la stabilité du secteur et prévenir la commission de crimes. L'article 39 assimile les infractions commises à l'étranger à celles commises sur le territoire de la République sud africaine : « *Any act constituting an offence in terms of this Act and which is committed outside the Republic by any security service provider, registered or obliged to be registered in terms of this Act, is deemed to have been committed in the Republic* ».

Toutefois, une seconde catégorie d'obligations est constituée par la soumission à un système d'approbation des contrats. C'est ce qui est prévu par exemple aux Etats-Unis.

---

<sup>573</sup> Article 4 du RFMAA intitulé "*Authorisation for rendering of foreign military assistance*". Disponible sur : [http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/03377\\_reqofformilassact15.pdf](http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/03377_reqofformilassact15.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. Cette loi peut être consultée aussi dans l'ouvrage de ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 257. Voir aussi, BESTER (Amelia) & NTOUBANDI (Faustin Z), "*Regulating privatisation of "war": the role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights*", The Regulatory Context of Private Military and Security Services in South Africa, National Reports Series 18/09, 15 November 2009, p. 8. Consultable sur : <http://priv-war.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/12/nr-18-09-za.pdf>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>574</sup> Article 1 (d) (vi) du RFMAA.

<sup>575</sup> Cette loi est consultable sur : <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=68158>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

L'*International Traffic in Arms Regulation Act* (ITAR) impose l'homologation par le Congrès de tout contrat de fourniture de services militaires d'une valeur supérieure à 50 millions de Dollars<sup>576</sup>. Pour les montants inférieurs, la licence délivrée par l'organe de contrôle du Département d'Etat suffit.

Par ailleurs, les réglementations nationales imposent des obligations en matière criminelle. La législation américaine prévoit la soumission des civils en contrat avec les départements et Agences du pays. Ainsi les civils employés ou accompagnant les forces armées peuvent être poursuivis en vertu du *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* depuis sa réforme de 2000<sup>577</sup> pour toute infraction pouvant être punie de plus d'un an d'emprisonnement. En 2009, deux Américains ont été mêlés à un incident qui s'est produit à Kaboul en Afghanistan au cours duquel deux Afghans ont trouvé la mort et un troisième blessé. Ces deux citoyens américains étaient des employés de *Paravant*, une filiale de *Blackwater* qui était chargée de former des troupes de l'armée afghane. En 2010, les auteurs présumés de ces faits ont été arrêtés aux Etats-Unis<sup>578</sup>. Autre exemple, en décembre 2008, les cinq employés de *Blackwater* qui avaient été mêlés à la fusillade des irakiens Place Nisour à Bagdad le 16 septembre 2007, ont été traduits devant la justice fédérale américaine en vertu du MEJA. Mais ils ont signé une motion le 13 janvier 2009 pour clamer haut et fort que les juridictions fédérales ne sont pas compétentes pour les juger, car leur société était en contrat avec le département d'Etat.

Le MEJA avait ainsi été réformé pour prendre en compte les activités des SMSP américaines. Ces dernières se verront appliquer les règles d'un Etat d'accueil sur le territoire duquel elles interviennent.

## **§ II : La législation de l'Etat d'accueil**

Les Etats qui accueillent sur leur territoire des sociétés militaires et de sécurité privée doivent faire en sorte que leur droit national prévoient des obligations concernant l'exigence du respect de leur législation. Leurs obligations internationales leur imposent de prendre des

---

<sup>576</sup> L'ITAR peut être consulté dans sa version de 2011 au lien suivant : [http://pmdtc.state.gov/regulations\\_laws/itar\\_official.html](http://pmdtc.state.gov/regulations_laws/itar_official.html). Dernière visite le 28 septembre 2013.

<sup>577</sup> Voir le Military extraterritorial Jurisdiction Act, (MEJA) de 2000 consultable sur le site du Ministère américain de la Défense au lien suivant : [http://www.dod.gov/dodgc/images/meja\\_3261.pdf](http://www.dod.gov/dodgc/images/meja_3261.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>578</sup> HUSKEY (Kristine A), « *The American way: Private Military Contractors & US Law After 9/11 An Update-2010* », in Pri-war Report, The United States of America, December 2010, p. 4. Disponible sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 15 septembre 2013.

mesures pour empêcher des violations de droits de l'homme et de droit international humanitaire sur leur territoire. Toute personne se trouvant sous leur juridiction doit respecter les mesures qu'ils prennent dans ce cadre. La législation nationale de l'Etat d'accueil peut s'appliquer de deux manières aux SMSP : soit par le biais des règles générales soit par celui d'une réglementation spéciale sur leurs activités. Cette catégorisation des règles est dictée par la réalité qui a cours chez les Etats. Tous n'ont pas réglementé les activités des SMSP. Ainsi, dans les Etats d'accueil, où il n'y a pas de réglementation spécifique, seules les règles générales s'appliquent. Tandis que dans les pays où des règles spécifiques sont prévues pour les SMSP, celles-ci s'appliquent en même temps que la législation de droit commun. C'est cette dichotomie qui servira de base dans les développements qui suivent.

### **A/. Les règles du droit commun**

Chaque Etat peut prétendre soumettre à ses règles toute personne, tout bien et toute activité sur la base de leur rattachement à son territoire. L'Etat est souverain sur son territoire, ce qui implique sa capacité à légiférer au sein de ses frontières. Cette compétence territoriale est une aptitude reconnue à l'Etat par le droit international<sup>579</sup>. Aussi, en tant que destinataire des normes de droit international des droits de l'homme et de droit humanitaire, il doit s'assurer de leur respect sur l'espace qui relève de sa juridiction. A ce titre, les SMSP et leurs membres doivent respecter la législation générale de l'Etat sur le territoire duquel ils exercent leurs activités. Cette législation générale est formée par les normes introduisant les instruments internationaux auxquels l'Etat est partie et les normes d'initiative nationale. Les règles d'initiative nationale qui peuvent concerner les activités des SMSP et de leurs membres au niveau de l'Etat hôte sont, d'une part, les règles civiles et d'autre part, les dispositions pénales. Au civil, les premières obligations sont produites par le droit du travail<sup>580</sup>. La plupart des sociétés recrutent sur place, même si elles viennent souvent avec une partie des salariés. En Irak par exemple, beaucoup d'irakiens sont présents dans les effectifs des SMSP comme c'est le cas aussi en Afghanistan, sauf que dans ce dernier pays, le nombre de nationaux recrutés est beaucoup plus important qu'en Irak<sup>581</sup>. Ces salariés sont liés à la personne morale

---

<sup>579</sup> Sentence arbitrale, Max Huber, *Affaire Ile de Palm (Etats-Unis c. Pays-Bas)*, 4 avril 1928, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 839.

<sup>580</sup> En Colombie, le code du travail impose aux sociétés de respecter ses dispositions ainsi que les règles sur la sécurité sociale. Voir, CABRERA (Irene), PERRET (Antoine), "*Colombia: Regulating Private Military and Security Companies in a "Territorial State"*", in *Priv-war Regulating privatisation of "war": the role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights*, in National Reports Serie 19/0915, November 2009. p. 8.

<sup>581</sup> SCHWARTZ (Moshe), "*The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress*". February 21, 2011, Congressional Research

qui les a recrutés par un contrat de droit privé entre particulier. Il faut noter que les salariés non irakiens ont des contrats sont conclus souvent sous d'autres législations. Il en est ainsi des chiliens recrutés chez eux par *Triple Canopy*<sup>582</sup>. Ce genre de contrats est régi par la loi du pays où ils sont formés. A côtés des règles civiles, la législation pénale générale de l'Etat d'accueil s'applique aussi. Ainsi, lorsque des crimes sont commis sur le territoire de l'Etat, celui-ci est compétent du fait que les infractions ont eu lieu sur l'espace où il exerce sa juridiction. Aussi bien les infractions de droit commun que les infractions internationales peuvent être jugées en fonction des compétences des tribunaux locaux. Dans ce cadre, il faut signaler que certains Etats n'ont pas prévu que des personnes morales puissent être poursuivies au pénal. C'est dire que le droit commun n'est pas souvent complet pour encadrer les activités des SMSP d'une manière complète. Dès lors, les règles propres s'avèrent nécessaires pour mieux encadrer les activités des SMSP.

## **B/. Les règles propres aux activités des SMSP**

La réglementation nationale tendant à régir spécifiquement les activités sociétés militaires et de sécurité privées et de leurs membres peut exister dans certains pays qui accueillent ces prestataires de services. Les législations prévoient généralement l'octroi de licence par le Gouvernement local à toute société qui désire exercer une activité sur le territoire national. La licence constitue une espèce de filtre permettant à l'Etat d'accueil de sélectionner les meilleures parmi les sociétés et de savoir combien sont admises sur le territoire. Le Rapport du CRS de février 2011 indique qu'en Irak, 100 SMSP ont une licence délivrée par le Ministre de l'intérieur et qu'en Afghanistan un bon nombre de sociétés travaille sans licence accordée par le Cabinet<sup>583</sup>. En Colombie, le Décret n°365 de 1994 qui régit les activités des sociétés privées, prévoit un système de licence à travers ses articles 11 et 14<sup>584</sup>.

---

Service. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 10 octobre 2013. Le Rapport signale qu'en décembre 2010, 1% seulement de tous les individus sous contrat avec les SMSP présentes en Irak sont des irakiens. Par contre en Afghanistan, ils 95% d'individus membres des SMSP formés d'Afghans.

<sup>582</sup> Idem.

<sup>583</sup> SCHWARTZ (Moshe), "*The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress*". February 21, 2011, Congressional Research Service. Disponible sur le site: [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>584</sup> Décret colombien, Colombie, « *Decreto 356 de 1994 (Febrero 11)* », Artículo 11° « - *Licencia de funcionamiento. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, podrá expedir licencia de funcionamiento, de carácter nacional, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos por parte del solicitante* ». <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=1341>. Dernière visite le 28 septembre 2013.

Par ailleurs, les réglementations nationales prévoient des règles spécifiques en matière d'obligations criminelles. Ces normes permettent de mieux engager les poursuites contre les auteurs de crimes commis sur le territoire de l'Etat d'accueil. Elles permettent de spécifier les infractions et de désigner les juridictions compétentes.

A côté de ces règles nationales, les obligations contractuelles s'imposent aux clients et aux prestataires.

### **Section III : Les obligations contractuelles**

Deux catégories de contrats existent dans le cadre des activités des SMSP. Le premier lie les Etats et les SMSP et le second est la convention entre la société et son salarié. Ces deux contrats seront étudiés distinctement car leurs exécutions ne sont pas les mêmes.

#### **§ I : Entre les Etats et les sociétés militaires et de sécurité privées**

La relation entre une SMSP et un Etat ne saurait être régie par un traité car celui-ci ne peut lier que des sujets du droit international. Les sociétés militaires et de sécurité privées ne sont pas reconnues comme des sujets du droit des gens. Par conséquent, leurs rapports avec les Etats sont établis sur une base contractuelle. Cette base est constituée des contrats transnationaux, conclus entre un Etat et une personne privée étrangère. Ils sont souvent appelés « *contrats d'Etat* » et leur fondement réside dans un droit national<sup>585</sup>. Ces contrats ne s'analysent pas comme une adhésion des sociétés à un corps de l'Etat (armée ou police)<sup>586</sup>. En réalité, il s'agit d'une convention limitée dans le temps qui repose sur un objectif d'efficacité et un échange entre service rendu et rémunération proportionnelle<sup>587</sup>. Ce contrat peut être formé en vertu du droit national de l'Etat contractant ou celui d'un Etat tiers quand le contrat est conclu sous sa juridiction. Ce droit fonde la validité du contrat, c'est-à-dire qu'il le régit

---

<sup>585</sup> Cour Permanente de Justice internationale, *Affaire des Emprunts Serbes*, arrêt de 1929, Série A, n°14, p.41. Voir, LEBEN (Charles), « *La théorie du contrat d'Etat et évolution du droit international des investissements* », in RCADI 2003, vol. 302, p. 221.

<sup>586</sup> Toutefois, dans la pratique, il a été noté un cas particulier, c'est celui du contrat entre *Sandline* et Papouasie Nouvelle Guinée dans lequel, il est prévu que les membres de la SMSP sont intégrés dans les forces publiques sous le titre de « *agents spéciaux* ». Cette dénomination unique en son genre ne signifiait pas que les membres de *Sandline* terminaient leurs carrières dans les rangs des forces papouan-néo-guinéennes. C'était plus une opération de camouflage qu'une volonté de les intégrer, étant entendu que le contrat avait été signé sans que le Parlement en soit informé.

<sup>587</sup> Institut des Hautes Etudes de la Défense Nationale (France), « *Les « Entreprises Militaires et de Sécurité privée » : outil indispensable ou abandon par l'Etat de ses prérogatives de souveraineté?* », Session Nationale n°62, Comité 2, Rapport remis le 30 juin 2010. Rapport disponible sur : [http://pedagogie.ac-montpellier.fr/hist\\_geo/defense/pdf/cercle/IHEDN%20C2%20-%20EMSP%2017%20juin%202010.pdf](http://pedagogie.ac-montpellier.fr/hist_geo/defense/pdf/cercle/IHEDN%20C2%20-%20EMSP%2017%20juin%202010.pdf). Dernière visite le 15 septembre 2013.

dans sa formation et qu'il est désigné comme ordre juridique de base. Il doit être distingué du droit qui détermine le fonctionnement du contrat, c'est-à-dire celui sur la base duquel, les éventuels conflits entre les parties vont être résolus. Celui-ci est laissé au libre choix des parties. Cette autonomie de la volonté permet à la partie privée de se prémunir du risque de voir l'Etat contractant se réfugier derrière sa législation pour refuser d'exécuter les obligations contractuelles. Pour illustration, dans le contrat qui liait la Papouasie Nouvelle Guinée à la SMSP britannique *Sandline International*, c'était le droit anglais qui a été choisi comme devant régir les relations entre les parties<sup>588</sup>. Mais dans le contentieux qui opposait les deux parties devant l'arbitre, la PNG soutenait que le contrat n'était conforme à l'article 200 de sa Constitution<sup>589</sup>. Toutefois, rien n'interdit les parties de soumettre leur contrat au droit international.

Les règles librement choisies par les parties contenues dans le contrat, doivent être acceptées et respectées par elles. Ainsi, les missions doivent être menées à terme par la SMSP et les obligations financières du contrat dues à la partie qui confie les tâches sont réglées intégralement sous peine de sanction. Toute rupture unilatérale du contrat, entraîne un manquement à une obligation d'exécuter celui-ci. Il en était ainsi dans l'affaire qui avait opposé la Papouasie Nouvelle Guinée à *Sandline International*. Le 31 janvier 1997, la PNG et la SMSP *Sandline International* ont signé un contrat en vertu duquel, la SMSP devait apporter aide et assistance aux forces armées papouan-néo-guinéennes face à la rébellion du BRA (*Bougainville Revolutionary Army*). La PNG devait, en contrepartie du service rendu par la SMSP, payer une somme de 36 millions de dollars. Une moitié de la somme a été réglée lorsque l'accord a été conclu comme cela a été prévu dans le contrat : « *On contract signing 50 per cent of the overall fee, totalling USD 18, 000,000 is immediately due and is deemed the "initial payment" »*<sup>590</sup>. L'autre moitié devrait l'être dans les 30 jours du déploiement des forces de *Sandline International*. Ce déploiement a eu lieu en mars 1997, mais le soulèvement de l'armée nationale de PNG, mécontente de la présence de forces étrangères sur son

---

<sup>588</sup> Il a été mentionné dans le contrat entre la Papouasie Nouvelle Guinée et *Sandline International* : "6.3 This agreement shall be construed and governed in accordance with the Laws of England and the language of communication between the parties shall be English". Cf, « *Agreement for the provision of military assistance dated this 31 day of January 1997 between the Independent State of PAPUA NEW GUINEA and SANDLINE INTERNATIONAL* ». Le contrat entier est consultable sur le site internet de *Sandline* au lien suivant : <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. Dernière visite le 15 septembre 2013.

<sup>589</sup> *Idem.*

<sup>590</sup> *Idem.*

territoire<sup>591</sup> et un coup d'Etat militaire qui s'en est suivi, ont plongé le pays dans une crise politique. A la suite de cette crise, la SMSP était contrainte à un départ précipité. Mais *Sandline International* va réclamer le reste de la contrepartie due au Gouvernement de la PNG qui refusa d'obtempérer. Ce refus de s'exécuter va amener le conflit devant la justice. Tout d'abord, c'est un tribunal arbitral constitué selon les règles de la CNUDCI (Organisation des Nations unies Commission pour le Droit Commercial International) qui va juger l'affaire. L'arbitrage prévu dans le contrat a eu lieu à Cairns dans l'Etat du *Queensland* en Australie, lieu choisi par les parties<sup>592</sup>. Les trois arbitres ont rendu leur sentence le 15 octobre 1998. En rejetant les arguments de défense de la PNG qui soutenait que l'accord contrevenait à l'article 200 de sa Constitution, ils ont jugé que l'Etat papouan-néo-guinéen était obligé de payer les 18 millions de dollars restants ainsi que les intérêts. Cette sentence n'est pas acceptée par la PNG qui interjeta appel devant la Cour Suprême du *Queensland* en vertu de l'article 38 (2) de la loi locale sur l'arbitrage commercial de 1990<sup>593</sup>. La PNG alléguait une erreur de droit dans la sentence arbitrale. Mais selon la Cour suprême, l'erreur de droit en question concernait les arbitrages fondés sur la législation du *Queensland* ou celle de l'Australie. Or en l'espèce, le droit applicable à l'arbitrage en vertu du contrat entre la PNG et *Sandline International* était le droit Anglais. A l'issue de cette décision, le Premier Ministre papouan-néo-guinéen Bill Skate affirma que son Gouvernement acceptait de payer conformément à la sentence arbitrale<sup>594</sup>. En agissant ainsi, le Gouvernement papouan-néo-guinéen a honoré ses obligations contractuelles.

---

<sup>591</sup> En réalité, la révolte des militaires de la PNG a été orchestrée par une SMSP, la *Gurkha Security Guard* qui n'avait pas digéré son éviction dans un contrat en Sierra Léone, éviction dont elle pense que c'est *Sandline* qui en était à l'origine.

<sup>592</sup> *The Supreme Court of Queensland, Mr. Justice Ambrose, Papua New Guinea v. Sandline*, Affaire n°10110 of 1998, § 9. Décision consultable sur le site de la Cour suprême du Queensland au lien suivant : <http://archive.sclqld.org.au/qjudgment/1998/QSC98-298.pdf>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>593</sup> Loi du Queensland sur l'arbitrage commercial de 1990, Article 38

“(2) *The Supreme Court shall not entertain an application under subsection (1) (a) with respect to any question of law unless it is satisfied that —*

*(a) the determination of the application might produce substantial savings in costs to the parties; and*

*(b) the question of law is one in respect of which leave to appeal would be likely to be granted under section 38(4)(b)”.*

Cf : <http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/C/CommArbA90.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>594</sup> STURZAER (Damian), CAWOOD (Craig), “*The Sandline affair: illegality and International law*”, in *Australian International Law Journal*, 1999, p. 214. Voir également la note que *Sandline* a rédigée sur son site internet à propos du dénouement de cette affaire : “*The Government of Papua New Guinea and Sandline International are pleased to announce that terms have been agreed for the settlement of the company's claim arising out of its contract with the State entered into by the previous Administration in January 1997. Following intensive talks held this week, the parties have effected a binding agreement to settle Sandline's claim of USD 18million plus legal and other costs and interest (equating to a total of USD 25million) by the payment of USD 13.3million and the retention of various items of equipment. The cash payment will be made in four instalments over the next 12 months. [...] Commenting on the conclusion to this affair, Prime Minister Bill Skate said, "We can finally put this matter to rest. Despite my well-known views on the enforceability of the contract, it is in*

Cette affaire a le mérite de montrer qu'il existe de véritables obligations contractuelles dans le cadre des activités des SMSP. Le contrat est un outil par lequel des normes contraignantes peuvent être imposées aux parties. C'est pourquoi, il est utile de prévoir dans le contrat que les membres des SMSP aient une formation adéquate leur permettant de respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire. Ainsi, une Instruction de 2005 du Département américain de la Défense stipule qu'avant leur déploiement, toutes les sociétés doivent « *valider ou achever toute formation requise, couvrant par exemple, les thèmes suivants : instructions générales, règles de comportement, protection armée, récupération de personnel, questions médicales, sécurité opérationnelle, lutte contre le terrorisme, équipement de protection contre les risques nucléaires, biologiques et chimiques, information sur le pays et sensibilisation à la culture locale, enfin toute autre complément de formation jugé indispensable* »<sup>595</sup>.

Enfin, dans les contrats, il peut y avoir une obligation pour les SMSP d'exercer un contrôle sur le déroulement des activités qui leur sont confiées. En vertu de cette obligation, elles doivent présenter des rapports périodiques à l'autorité ayant donné mandat d'exécuter des tâches. Dans ces activités, il existe des obligations contractuelles entre les SMSP et d'autres personnes privées.

## **§ II : Entre les SMSP et d'autres personnes privées**

Les SMSP peuvent signer des contrats avec d'autres personnes privées. Ce sont d'une part avec leurs membres et d'autre part avec d'autres sociétés qu'elles soient militaires ou commerciales. D'abord, les relations entre les SMSP et leurs membres sont régies par un contrat de droit privé fondé sur le droit national d'un Etat<sup>596</sup>. Ces contrats signés entre les SMSP et leurs employés sont des contrats de travail. Ils créent entre les parties de véritables

---

*Papua New Guinea's best interest to end the economic disruption posed by the threat and cost of protracted worldwide litigation initiated by both sides.*" Michael Grunberg, Sandline's commercial adviser, said, "I am pleased that we have been able to agree a settlement with Papua New Guinea which is acceptable to both parties. We sincerely hope that this draws a line underneath the affair and brings to an end a saga which has absorbed considerable time and expense for each of us over the last two years." Neither party intends to comment further on this matter". Cf, "1 May 1999: PNG Government and Sandline agree settlement terms", dans la rubrique *Hotlinks*, in [www.sandline.com](http://www.sandline.com). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>595</sup> Département américain de la Défense, Instruction n°3020.41 (*Instruction on Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S Armed Forces*), op. cit. Document disponible sur le site: [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020\\_41.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020_41.pdf), dernière visite le 14 septembre 2013.

<sup>596</sup> QUIRICO (Ottavio), « *National regulatory models for PMSC's and implications for future national regulation* », in *EUI Working Papers, Max Weber Programme, 2009/25*, p. 11. Disponible sur : [priv-war.eu](http://priv-war.eu). Dernière visite le 12 septembre 2013.

obligations réciproques<sup>597</sup>. Ensuite, ces conventions sont destinées à protéger les salariés contre les éventuels abus de certaines sociétés. A l’opposé, elles sont aussi destinées à protéger les sociétés contre des ruptures abusives de la part des salariés. Dans la pratique, les SMSP se rendent dans des Etats pour recruter des personnes. Cela peut être l’Etat sur le territoire duquel elles interviennent. Ainsi, en Irak et en Afghanistan, des sociétés ont recruté sur place quelques uns de leurs employés<sup>598</sup>. Ces recrutements procurent certains avantages d’après un récent rapport du Congrès américain en ces termes : « *Local nationals are generally the least expensive to hire, in part because there are no large overhead costs related to transportation, housing, and sustenance. Using local nationals as security contractors can also provide a number of potential benefits, such as providing jobs, building relationships and developing contacts with the local population, and having a security force that has a better understanding of the region* ». Malgré ces avantages, le rapport signale qu’en décembre 2010, 1% seulement de tous les individus sous contrat avec les SMSP présentes en Irak sont des irakiens. Par contre en Afghanistan, 95% des membres des SMSP sont afghans. La raison de ce décalage peut s’expliquer par l’expérience que les Afghans ont en matière de conflit interne par rapport aux Irakiens<sup>599</sup>.

Les sociétés peuvent aussi recruter dans leur Etat d’origine. La plupart des SMSP américaines en Irak sont venues avec des employés recrutés aux Etats-Unis<sup>600</sup>. Cependant, des recrutements peuvent avoir lieu dans des pays où la main d’œuvre est disponible car les conditions socio-économiques poussent les individus sans emploi à accepter facilement les offres d’emploi en matière de sécurité militaire<sup>601</sup>. C’est le cas par exemple des pays d’Amérique Latine ou d’Afrique subsaharienne<sup>602</sup>.

---

<sup>597</sup> Idem.

<sup>598</sup> SCHWARTZ (Moshe), “*The Department of Defense’s Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress*”. February 21, 2011, Congressional Research Service. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>599</sup> Jean-Jacques CECILE soutient dans cette lancée qu’en Irak « *la qualité du recrutement local laisse parfois à désirer* » avec des exemples concrets d’irakiens ayant montré leur inefficacité dans les opérations. Cf, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l’Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 191.

<sup>600</sup> SCHWARTZ (Moshe), “*The Department of Defense’s Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress*”. February 21, 2011, Congressional Research Service. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>601</sup> Assemblée Générale des Nations unies, Conseil des droits de l’homme, septième Session, « *Rapport du Groupe de travail sur l’utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l’homme et d’empêcher l’exercice du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes* », présenté par José Luiz Gomez DEL PRADO, 9 janvier 2008, § 41.

<sup>602</sup> Idem.

Ensuite, les relations entre les SMSP et les autres sociétés peuvent être régies par un contrat. Ce dernier est aussi un contrat de droit privé. Sa particularité est qu'il lie deux personnes morales. La sous-traitance est une pratique courante dans le cadre des activités des sociétés militaires privées mais des contrats peuvent les lier à d'autres sociétés. C'est le cas par exemple de la convention signée le 17 juillet 1998 entre *International Trading* une société de nationalité qatarienne et *DynCorp* une SMSP américaine, pour faciliter l'installation de la SMSP sur le territoire qatari en vue de remplir une mission de soutien logistique à l'Armée américaine sur place<sup>603</sup>. Ce contrat devait permettre à *DynCorp* de s'appuyer sur *International Trading* en tant qu'« *Agent local* » comme exigé par le droit du Qatar. La durée de leurs relations s'étendait sur soixante mois soit de 1998 à 2003, en vertu de l'article 9 du contrat. Mais cette disposition avait prévu aussi une possibilité de résiliation. C'est à ce niveau que le litige est né. *DynCorp* a envoyé une lettre de résiliation à *International Trading* en 2001 pour lui signifier son intention de rompre le contrat. Les deux sociétés n'ont pas la même lecture de l'article 9 car le contrat avait été rédigé en deux versions Anglaise et Arabe. Pour *DynCorp* s'appuyant sur la version Anglaise, la résiliation pouvait intervenir après un an suivant la date de la signature alors qu'*International Trading*, s'appuyant sur la version Arabe, affirmait que la résiliation pouvait survenir à la fin du cycle de soixante mois. La Chambre arbitrale de Paris a été saisie comme prévu dans le contrat et la sentence rendue le 29 mai 2006 a condamné *DynCorp* pour rupture abusive au paiement de dommages et intérêts<sup>604</sup>. *DynCorp* a alors saisi la justice du Qatar pour annuler la sentence. Les juges du fond ont admis la régularité de la sentence. *DynCorp* s'est pourvue en cassation devant la Cour de Cassation du Qatar et la juridiction suprême a annulé la décision du juge d'appel pour mauvaise interprétation du droit. *DynCorp* avait aussi saisi la Cour d'appel de Paris pour un recours en annulation contre la sentence arbitrale. La cour d'appel a refusé d'annuler la sentence la considérant comme régulière. C'est ainsi que la Cour d'appel du District du Columbia, qui a reçu la demande d'*International Trading* pour exécution de la sentence, l'ordonna par une décision rendue le 21 janvier 2011.

Cette décision de la juridiction américaine montre qu'il existe une obligation qui s'impose aux SMSP. Dans ce cas d'espèce, une responsabilité a pu être engagée mais cela ne se passe pas toujours sans obstacles. Il existe dans la pratique de véritables difficultés

---

<sup>603</sup> United States District Court For de the District of Columbia, *International Trading and Industrial Investment Company vs. DynCorp Aerospace Technology*, (Civil action), N° 09-791, January 21th, 2011. [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-dcd-1\\_09-cv-00791/pdf/USCOURTS-dcd-1\\_09-cv-00791-0.pdf](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-dcd-1_09-cv-00791/pdf/USCOURTS-dcd-1_09-cv-00791-0.pdf).

Dernière visite le 28 septembre 2013.

<sup>604</sup> Idem.

d'engager les responsabilités des clients et des prestataires. Il convient de voir comment ces blocages se manifestent après avoir passé en revue les conditions dans lesquelles des responsabilités peuvent être engagées dans le cadre des activités des SMSP.

## **Chapitre II : Une faible effectivité des sanctions encourues due à des obstacles**

Le fait que les activités des sociétés militaires et de sécurité privées deviennent de plus en plus variées et importantes engendre des risques de violations sérieuses du droit international d'autant plus que dans ce secteur d'activité, il n'existe pas encore de véritables réglementations spécifiques. Toute violation commise par quel que acteur que ce soit, génère par conséquent une responsabilité<sup>605</sup>. Pour ce qui est des Etats, amener les règles de la responsabilité internationale sur le terrain des activités des SMSP ne sera pas une tâche facile car ces normes même si elles sont souples, elles restent générales et ne couvriront pas tous les aspects de l'externalisation.

Pour ce qui est des membres des SMSP, leurs responsabilités individuelles découlant des règles du droit international et du droit interne des Etats restent valables dans le cadre de leurs activités au sein des sociétés qui les emploient. Il en est de même pour les SMSP en tant que personnes morales. Seulement l'application de sanctions va être confrontée à des réalités que seule une réglementation spécifique pourraient rendre inopérantes. Le droit international comporte des lacunes juridiques comme le défaut de personnalité internationale des personnes morales de droit privé ou des systèmes de protection comme les immunités qui risquent de compliquer l'application de sanctions à l'encontre des SMSP et de leurs membres. Des obstacles pratiques peuvent également survenir alors que les règles générales n'étaient pas préparées pour l'éventualité de leur arrivée.

Tout ceci pour montrer que des obstacles sérieux peuvent empêcher l'effectivité des sanctions. Mais la diversité des sanctions à l'encontre des différents acteurs de l'externalisation nous invite à retracer les différentes règles gouvernant les responsabilités encourues avant de souligner les obstacles.

### **Section I : Les responsabilités pouvant être encourues**

Les divers acteurs qui participent à l'activité des SMSP de près ou de loin peuvent encourir une responsabilité juridique pour non respect des obligations ou pour violations de

---

<sup>605</sup> Selon la CPJI « [...] c'est un principe du droit international voire une conception générale du droit que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer ». Cf, CPJI, Affaire relative à l'Usine Chorzów, arrêt du 16 décembre 1927, Série A, n° 13, p. 29.

droits protégés. Outre la responsabilité pénale individuelle des employés des sociétés militaires et de sécurité privées et l'éventuelle responsabilité de la société au regard du droit national, les Etats peuvent faire l'objet de sanctions mais uniquement dans le cadre civil<sup>606</sup>. S'agissant de cette responsabilité internationale de l'Etat, « *puisque son objectif [est] simplement d'assurer la réparation du préjudice causé à un autre Etat* »<sup>607</sup>, elle ne saurait être une responsabilité pénale<sup>608</sup> dans la mesure où, le mécanisme d'une telle sanction a tendance à répondre aux intérêts d'un groupe plus que de défendre ceux des victimes. Autrement dit, c'est la défense des intérêts de la communauté internationale qui est visée mais non les avantages que cela procurerait aux victimes. De plus, le droit pénal est un attribut de souveraineté et il n'est pas question d'attribuer un droit de sanction à une communauté internationale qui n'exerce pas de souveraineté sur les Etats. Ce droit de sanction suppose donc une société internationale très intégrée comme celle tenant place à l'intérieur des Etats. Or, la collectivité des Etats n'est pas encore arrivée à ce stade d'intégrité<sup>609</sup>.

Au demeurant, la responsabilité internationale de l'Etat est conçue uniquement dans le cadre civil. Elle n'est pas limitée dans les relations entre Etats. Dans les relations entre les Etats et les SMSP qu'ils emploient, les puissances peuvent répondre des actes qui leur sont imputables. Puisque les dispositions du Projet d'articles sur la responsabilité internationales des Etats ont été rédigées sans égard aux recours aux activités des SMSP<sup>610</sup>, les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'Etat est engagée dans le cadre de l'externalisation seront analysées. C'est après cela qu'il sera procédé à l'étude de la possibilité de poursuivre en

---

<sup>606</sup> Selon COMBACAU et SUR, « *la responsabilité internationale de l'Etat doit être entendue comme une responsabilité civile* ». Cf, COMBACAU (Jean) et SUR (Serge), *Droit international public*, op. cit, p. 517. Mais cette thèse est contredite par les Professeurs Patrick DAILLIER et Alain PELLET pour qui, cette responsabilité n'est ni civile, ni pénale, elle a ses caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne. Cf, DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 764. Cette double négation dans cette seconde thèse montre la complexité de la responsabilité internationale des Etats mais aussi son originalité ; elle a le mérite de rendre cette opinion plus convenable. En effet, la réparation ne suffit pas pour soutenir comme l'ont fait les premiers auteurs, que la responsabilité internationale doit être entendue comme une responsabilité civile. En droit interne la responsabilité est basée sur le dommage (article 1882 du code civil français). Or, la responsabilité internationale est conditionnée par le fait internationalement illicite en dehors de tout préjudice.

<sup>607</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 415.

<sup>608</sup> Ainsi décide le TPIY : les Etats « *ne peuvent pas faire l'objet de sanctions pénale semblables à celles prévues par les systèmes pénaux internes* ». Cf, TPIY, *Affaire Le Procureur c. Blaskic*, *Affaire n° IT-95-14-AR*, 108 bis, § 25.

<sup>609</sup> Voir MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 417. Encore faut-il que les Etats acceptent l'idée de sanction pénale. Une illustration peut être trouvée lors des travaux de codification de la responsabilité internationale menés par la Commission de droit international. Cette institution avait adopté dans une première lecture la notion de crime international. L'opposition des Etats a été vive et elle a fini par l'abandonner en seconde lecture au profit d'une notion assez éloignée du droit pénal qualifiée de « *violations graves découlant de normes impératives du droit international général* ».

<sup>610</sup> *Ibid.*, p. 411.

justice les sociétés militaires et de sécurité privées en tant que personne morale ainsi que les membres de leur personnel.

## **§ I : La responsabilité internationale des Etats pour le comportement des SMSP et de leurs membres**

En règle générale, la responsabilité internationale d'un Etat peut être engagée par une omission, une abstention ou une action. Mais s'agissant de la responsabilité pour le comportement de personnes privées, elle est mise en œuvre par omission. En effet, si des faits sont reprochés à l'Etat, c'est parce que ses organes ont omis de prendre des mesures afin de prévenir ou de réprimer les actes des personnes privées. En réalité, cette responsabilité n'étant pas le fait des organes de l'Etat, elle peut être qualifiée de responsabilité indirecte<sup>611</sup>. Cela ne l'empêche pas d'être régie par les règles générales de la responsabilité internationale de l'Etat. Ce sont d'ailleurs de telles règles qui prévoient les conditions d'engagement de cette responsabilité. Il fallait jadis un lien de causalité entre le comportement de l'Etat en cause et le dommage. Ainsi, pendant longtemps, le dommage a été la condition de la responsabilité. Cette approche classique provient de la protection des étrangers qui consistait à limiter le comportement abusif des Etats à leur égard. Une telle approche assez voisine de celle connue en droit interne n'avait pas tenu compte du caractère particulier du droit international. Ce dernier vise à protéger les intérêts de la communauté internationale plus tôt que de consoler des victimes. C'est dire qu'un fait peut ne pas causer de dommage et pourtant être illicite. C'est Dionisio Anzilotti qui fut le premier à soutenir que le dommage seul ne suffit pas<sup>612</sup>, car il est intégré à l'*acte illicite* et « *se trouve compris dans le caractère anti-juridique de l'acte* »<sup>613</sup>. De ce fait, la violation de la règle « *est effectivement toujours un dérangement de l'intérêt qu'elle protège* »<sup>614</sup>. Cette analyse met en exergue le caractère essentiel de l'*acte illicite* et elle anticipe ainsi sur l'évolution ultérieure des conditions de la responsabilité internationale. La Commission de Droit International qui était chargée du projet de codification de cette responsabilité des Etats depuis 1954<sup>615</sup>, va s'inspirer de la thèse

---

<sup>611</sup> FRANCOIS (J-P-A), « *La responsabilité de l'Etat en raison d'actes illégaux* », in RCADI, 1938, vol. 66, p. 275.

<sup>612</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p.411.

<sup>613</sup> ANZILOTTI (Dionisio), « *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers* », in RGDIP, 1906, p. 13.

<sup>614</sup> Ibid.

<sup>615</sup> La codification a commencé en 1954 et s'est achevée en 2001 soit après un peu plus de 40 années. D'où l'article de DUPUY (Pierre-Marie) « *Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale* », in RGDIP, 2003, n°2, pp. 305 et s. Le travail avait même débuté à l'époque de la Société des Nations mais il a été interrompu en raison de divergences profondes et n'a pu reprendre qu'au lendemain de la seconde guerre

d'Anzilotti sous l'impulsion de Roberto Ago pour aboutir à la solution suivante : « *tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale* »<sup>616</sup>. Dans cette optique, le fait générateur ne peut plus être un dommage mais un fait internationalement illicite. Il s'agit bien d'un fait mais pas d'un acte puisque ce dernier invoque uniquement une action alors qu'une omission peut être illicite. Lorsque ce fait est générateur d'une violation d'une obligation internationale d'agir, l'Etat peut être tenu responsable. Dans le cadre des activités des SMSP, pour que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée, il faut que le fait qui lui est reproché soit illicite (A) et lui soit attribuable (B). Après que la responsabilité a été établie, l'Etat est obligé de réparer le préjudice causé (C).

### **A/. L'appréciation de l'illicéité du fait**

Dans le domaine des activités des sociétés militaires et de sécurité privées, les obligations souscrites conventionnellement par les Etats continuent à s'appliquer à eux. L'Etat n'est en principe responsable du comportement d'acteurs non étatiques que si ce comportement se traduit par un manquement de l'Etat à ses obligations internationales. Ainsi, ce manquement devient illicite<sup>617</sup> « *indépendamment de tout préjudice qui pourrait en avoir résulté pour un autre Etat, car il est de l'intérêt de la communauté internationale que le droit soit respecté* »<sup>618</sup>. L'illicéité est utilisée ici comme condition nécessaire et suffisante pour engager la responsabilité internationale de l'Etat. Il ne saurait être possible de parler de « *faute* » car cette dernière « *n'est pas adaptée pour le droit international en raison notamment de l'aspect subjectif qui lui sert de sous-bassement* »<sup>619</sup>. En plus, comme le précise

---

mondiale sous les Nations unies. Cf, MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 409.

<sup>616</sup> Article premier du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat.

<sup>617</sup> En vertu de l'article I du Projet d'articles sur la responsabilité internationale « *tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale* ».

<sup>618</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU Mathias et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 764.

<sup>619</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de Droit international public* », op. cit, p. 414. Il faut remarquer par ailleurs que la CDI a adopté dans son Projet d'articles sur la responsabilité internationale, la notion de *fait internationalement illicite*, sans aucune référence à la notion de *dommage* ou de *préjudice*. Or, la responsabilité reposait traditionnellement sur le *fait internationalement illicite*, le *dommage* et le *lien de causalité* entre les deux. La volonté des codificateurs est donc de faire naître la responsabilité dès lors que l'ordre juridique est violé. En agissant ainsi, la CDI s'est arrêtée à mi-chemin selon Brigitte Sterne. Voir, STERNE (Brigitte), « *Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des Etats* », in AFDI, 2001, p. 5. Cette position atteste l'existence d'une controverse doctrinale dans les conditions d'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat. En effet, la nature du fait générateur oppose différents auteurs de la doctrine du droit international. Ceux qui soutiennent que la responsabilité internationale des Etats repose sur la faute (Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt* (1920), pp. 52 ss.) sont minoritaires et ils se basent sur le nombre restreint de précédents jurisprudentiels en la matière : Affaire de *l'indemnité russe* (RSA, vol. XI, p. 44) et les opinions dissidentes des juges *Ammoun* et *Castro* sous l'Affaire *Falsa*, CIJ, Rec, 1973, pp. 247 et 289. La majorité de la doctrine s'aligne sur la position de la CDI, à savoir, le fondement de la responsabilité internationale repose sur un élément neutre et objectif qui est le fait ou

Emmanuel Decaux, « *l'objet premier de la responsabilité était la cessation de l'illicéité et la réparation, non la sanction d'une « faute » et la stigmatisation de l'Etat « coupable »* »<sup>620</sup>. La faute appelle une dimension psychologique<sup>621</sup>. Or, l'Etat n'est pas comparable à un être humain doué de raison. L'objectivation est plus appropriée et elle est incarnée uniquement par l'illicéité. Celle-ci est appréciée suivant la nature de l'obligation non respectée. C'est ainsi que dans l'affaire des otages en Iran, la CIJ n'a pas condamné l'Etat iranien parce qu'il a mandaté les étudiants, mais parce que ses forces de police n'ont pas agi lors de l'attaque de l'ambassade des Etats-Unis par les jeunes<sup>622</sup>. Il y a dans ce cas d'espèce un non respect d'une obligation de comportement ; l'attitude de l'Etat est appréciée par le juge ou l'arbitre en fonction d'un comportement moyen<sup>623</sup>. Il consiste à vérifier si le destinataire de la norme internationale a adopté ou non l'attitude attendue de lui<sup>624</sup>. L'obligation de comportement requiert de l'Etat un comportement qu'elle prend soin de déterminer spécifiquement<sup>625</sup>. S'il s'agit de juger la violation d'une obligation de résultat, il convient de s'assurer que le résultat que le destinataire aurait dû atteindre l'est ou non. Il s'agit d'assurer par un moyen de son choix, un résultat déterminé. Dans cette optique, le résultat réel et le résultat théorique contenus dans les textes internationaux seront confrontés.

L'examen de ces deux types d'obligation est important dans la mesure où il permet de déterminer à quel moment il est possible de conclure à leur violation<sup>626</sup> illicite.

Toutefois, l'illicéité n'est pas suffisante pour engager la responsabilité d'un Etat du fait de la violation commise par des employés des SMSP. Il faut aussi que le fait lui-même puisse être attribuable à un Etat.

---

comportement illicite. Cf, DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 854. Pour le débat doctrinal sur la notion en droit international, cf, GATTINI (Andrea), « *La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale* », in *European Journal of International Law*, 1992, pp. 253-284.

<sup>620</sup> DECAUX (Emanuel), « *La définition de la sanction traditionnelle : sa portée, ses caractéristiques* », op. cit, p. 2.

<sup>621</sup> DUPUY (Pierre-Marie), « *Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats* », in RCADI, 1984, Tome 188, Vol. 5, p. 28.

<sup>622</sup> CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, 24 avril 1980, Rec., p. 123.

<sup>623</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 860.

<sup>624</sup> Dans l'affaire *LaGrand*, il a été reproché aux Etats-Unis de ne s'être pas acquittés de leur obligation de comportement car n'ayant pas pris « *toutes les mesures dont ils disposaient pour que le Sieur LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive [en instance devant la CIJ] n'aura pas été rendue* ». Cf, CIJ, *Affaire LaGrand*, arrêt du 27 juin 2001, Rec. p. 16, § 29.

<sup>625</sup> COMBACAU (Jean), « *Obligation de résultat et obligation de comportement. Quelques questions et pas de réponse* », in *Mélanges offerts à Paul REUTER, Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 187.

<sup>626</sup> *Ibid.*, p. 184.

## **B/. Les conditions d'attribution de la responsabilité internationale à l'Etat**

En principe, les actes des particuliers qui ne sont pas des organes de l'Etat ne sauraient lui être attribués<sup>627</sup>, mais en réalité la responsabilité pénale des individus n'exclut nullement la responsabilité internationale des Etats. La question qui se pose est alors de savoir quelles sont les conditions et les circonstances dans lesquelles un Etat peut être responsable pour le comportement d'acteurs non étatiques tels les SMSP et les employés.

Le Projet d'articles de la Commission de droit international relatif à la responsabilité internationale des Etats a été adopté en 2001. Ces règles de la responsabilité internationale prévoient les conditions dans lesquelles un fait internationalement illicite peut être attribué à un Etat. Il convient de confronter l'activité des SMSP et de leurs membres à de telles règles pour déterminer comment la responsabilité des Etats avec lesquels ils ont des liens juridiques peut être engagée. L'attribution n'est pas évidente à cause du fait que le recours à des forces privées n'était pas envisagé lors de la rédaction du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat. En plus, dans la pratique, ces forces privées peuvent être incorporées ou non aux forces publiques. C'est pour ces raisons qu'il convient de distinguer différents cas d'utilisation des membres des SMSP pour déterminer dans quelles conditions la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée.

### **a). Cas de l'incorporation des membres des SMSP dans les forces publiques de l'Etat**

Cette éventualité, qui apparaissait improbable, a eu lieu en Papouasie Nouvelle Guinée lorsque les forces de la SMSP *Sandline International* ont été incorporées aux forces militaires locales en vertu du contrat qui prévoyait que « *All officers and personnel of Sandline assigned to this contract shall be enrolled as Special Constables* ». Pour cette raison et du fait qu'elle entraîne une attribution de la responsabilité internationale d'une manière plus facile, elle sera analysée. En réalité, l'incorporation fait des employés des SMSP des membres des forces publiques. De ce fait, leurs actes constituent ipso facto des actes d'un « *organe de l'Etat* » et par conséquent attribuables à l'Etat qui a engagé la SMSP. C'est en vertu de l'article 4 des

---

<sup>627</sup> C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 25 du Statut de la Cour Pénale Internationale en disposant que : « *Aucune disposition du Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des Etats en droit international* ». Voir aussi, DOPAGNE (Frédéric), « *La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* », in *Revue belge de droit international*, 2001/2, Bruxelles, Bruylant, p. 494. Voir également, LENOBLE (Jacques), « *Responsabilité internationale des Etats et contrôle territorial* », in *Revue belge de droit international*, 1981/1982-1, Bruxelles, Bruylant, p. 96.

articles sur la responsabilité internationale que cette attribution est possible. Le paragraphe 1 de ce texte dispose que : « *Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du Gouvernement central ou d'une collectivité territoriale d'un Etat* ».

La rédaction de ce texte montre que la fonction de l'organe de l'Etat ainsi que sa position dans la hiérarchie dans l'organisation administrative importe peu. L'expression « *organe* » doit être comprise comme étant une dépendance de l'Etat. Il s'agit d'un appareil dont la création, le fonctionnement et la suppression sont déterminés par l'Etat pour le compte duquel il agit. C'est pourquoi, l'intégration des forces privées dans une unité militaire ou policière implique l'application de l'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat. En cas de non incorporation l'application d'autres articles doit être vérifiée.

#### **b). Cas de non incorporation des membres des SMSP dans les forces publiques de l'Etat**

Dans ce cas d'espèce, les membres des SMSP sont des civils suivant les forces publiques. C'est ce qui est beaucoup plus appliqué dans la pratique. Mais l'attribution de la responsabilité de l'Etat dans le cadre de l'activité SMSP est loin d'être facile à réaliser. C'est pourquoi, différentes autres situations secondaires vont être examinées :

- L'article 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat dispose que : « *Le comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international* ».

Ce texte traite du comportement des personnes et entités qui exercent *de jure* des « *prérogatives de la puissance publique* ». L'expression « *prérogatives de la puissance publique* » renvoie aux pouvoirs que le droit national accorde exclusivement à l'Etat. En cela, c'est une notion de droit interne. D'ailleurs la rédaction de l'article 5 précité montre bien que cette expression n'a rien d'international dans la mesure où c'est le « *droit* » de l'Etat qui

habilite « *la personne ou [l'] entité qui n'est pas organe [...] au titre de l'article 4 [...] à exercer des prérogatives de puissance publique* ». En plus, l'Etat ne tire pas ses pouvoirs, qui font partie de sa souveraineté, du droit international. Ce sont les règles internes qui déterminent de tels pouvoirs. Si ces règles nationales permettent à une personne ou une entité d'exercer des prérogatives de puissance publique sans être ou incarner un organe de l'Etat, leur acte doit être considéré comme celui de l'Etat dont le droit leur a donné mandat. Ainsi, l'exploitation d'une prison ou le fait de garder des prisonniers de guerre, sont des prérogatives de puissance publique<sup>628</sup> car ces missions s'accompagnent de pouvoirs de détention et disciplinaires pour le compte de l'Etat qui les emploie. Dans cette optique, si on devait appliquer l'article 5 précité dans le cadre du conflit en Irak, il pourrait être considéré que les faits des employés de la *SMSP CACI International Inc.* embauchés par le Gouvernement américain en Irak, se traduisant par de mauvais traitements infligés aux détenus d'Abu Ghraïb, auraient pu être attribués aux Etats-Unis. Dans le même ordre d'idées, l'article 9 traite du comportement des personnes et entités qui exercent *de facto* des prérogatives de la puissance publique. Selon ce texte, « *Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives* ».

Cette situation correspond à l'exercice de facto de prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire en dehors de tout acte d'habilitation délivrée en vertu du droit national. Il s'agit de tout exercice de facto. Les cas concernés, en vertu de l'article 9 précité sont l' « *absence ou la carence des autorités officielles dans les circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives* ». Cela signifie que les actes qui ne requièrent pas l'exercice de puissance publique ne sauraient être attribués à l'Etat défaillant.

Il s'agit d'une situation correspond dans la pratique au cas où par exemple, une SMSP emploie un de ses pairs pour assurer la sécurité de ses employés et équipements dans des zones de conflits lorsque l'Etat contractant est incapable de fournir un service de police adéquat ;

---

<sup>628</sup> Les articles 39 de la IIIème Convention de Genève et 99 de la IVème Convention de Genève exigent respectivement que les camps des prisonniers de guerre et les lieux d'internement des personnes protégées soient placés sous l'autorité directe d'un « *officier responsable* » ou d'un « *officier ou fonctionnaire responsable choisi dans les forces militaires régulières ou dans les cadres de l'Administration civile régulière de la puissance détentrice* ».

- ensuite, l'illicéité d'un fait commis par une personne ou une entité contrôlée par l'Etat peut lui être attribuée. C'est ce que prévoit l'article 8 du Projet d'articles en disposant que : « *Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat* ».

En vertu de ce texte, l'Etat contractant est responsable des actes illicites commis par les personnes physiques ou morales qui agissent à son nom et pour son compte<sup>629</sup>. Ainsi, pour qu'une personne soit considérée comme ayant agi en fait pour le compte d'un Etat, il doit être prouvé que les organes pertinents lui ont confié une mission ou demandé d'exécuter une tâche sur instigation desdits organes. C'est pourquoi dans l'Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, la CIJ a refusé de voir dans l'attaque de l'ambassade américaine le fait de l'Etat iranien<sup>630</sup>. De même, dans l'Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, les actes illicites des *Contras* n'ont pas été attribués aux Etats-Unis parce qu'il n'avait pas été démontré que l'Etat américain en avait « *ordonné ou imposé* » la perpétration<sup>631</sup>. La Cour a exigé dans cette affaire qu'il soit démontré que les Américains « *avaient le contrôle effectif* »<sup>632</sup> des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites<sup>633</sup>.

Ainsi, dans le cadre des activités des SMSP, le contrat liant ces entités privées à l'Etat, à condition d'être suffisamment détaillé, est une forme de contrôle exercé par ce dernier sur son fournisseur de service<sup>634</sup>. Mais les agissements du personnel ayant lieu en dehors de la mission contractuelle attribuée à la société ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat. Comme il est constaté ici, le contrôle doit être suffisant pour conclure à l'attribution du comportement en cause à l'Etat. Et dans cette optique, le contrôle doit être en rapport avec le comportement qui est sensé avoir constitué un fait internationalement illicite. Toutefois, la Commission du droit international a retenu les critères de direction et de contrôle aux côtés de

---

<sup>629</sup> HENCKAERTS (Jean-Marie) et DOSWALD-BECK (Louise), *Droit international humanitaire coutumier*, op. cit, p.702. Voir aussi, ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 175.

<sup>630</sup> CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, 24 avril 1980, Rec., p. 29, § 58.

<sup>631</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, op. cit, p. 64, § 115.

<sup>632</sup> Idem.

<sup>633</sup> DOPAGNE (Frédéric), « *La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* », op. cit, p. 497.

<sup>634</sup> BAOMOND (Louis), « *Observations sur le Document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées* » in RGDIP, 2009, op cit, p. 122.

celui de l'instruction spécifique. Ces trois critères sont alternatifs. Par conséquent, pour qu'un particulier soit tenu pour organe de fait d'un Etat, il suffit d'établir la réalité de l'un au moins de ces critères ;

- enfin, l'Etat peut être tenu responsable des agissements d'un individu ou d'une entité privée se trouvant sous sa juridiction lorsque cet Etat n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour prévenir les faits ou punir les fautifs. Il se peut que l'Etat ait accueilli les auteurs des faits sur son territoire, ou il est leur Etat national, ou il a signé un contrat avec la SMSP qui les a employés. En l'espèce, c'est la violation d'une obligation internationale qui engage la responsabilité de l'Etat. En effet, la plupart des traités de droit international humanitaire et des droits de l'homme prévoient des obligations juridiques que les hautes parties contractantes doivent respecter en vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Ainsi, elles ne peuvent échapper à leur responsabilité en invoquant qu'elles ont recours au service des SMSP. De même, les prestataires et leurs membres ne sauraient soutenir leur irresponsabilité parce qu'ils ont agi au nom et pour le compte d'un Etat. Ils doivent de leurs côtés répondre de leurs actes devant les juridictions compétentes.

Toutes ces responsabilités débouchent sur une réparation en faveur des victimes du préjudice qui leur est causé.

### **C/. La réparation du préjudice causé**

A l'égard de l'Etat reconnu responsable, il y a une obligation de réparer le préjudice. C'est ce que prévoit le Projet d'articles sur la responsabilité internationale en ces termes « *l'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite* ». Dans ce texte, c'est l'expression « *préjudice* » qui est utilisée et non celle « *dommage* ». Le dommage est matériel et il renvoie au bien détruit alors que le préjudice qui est moral traduit ce que ressent la victime suite au fait internationalement illicite. Ce sentiment peut provenir de la perte ou de la destruction d'un bien et d'une atteinte à un droit en dehors de cadre matériel. Ainsi le préjudice est plus vaste que le dommage. C'est en toute logique que la réparation s'appuie sur le préjudice. Une telle réparation doit être exécutée par l'auteur du fait internationalement illicite. Il ne peut échapper à la responsabilité à moins qu'il prouve sa non implication dans la commission des faits qui lui sont reprochés.

Les Conventions de Genève prévoient que les Etats ne peuvent s'exonérer, ni exonérer une partie contractante des responsabilités encourues en raison des infractions graves<sup>635</sup>.

La réparation peut être demandée par un ou des Etats d'une part et par des particuliers d'autre part.

Lorsqu'elle est demandée par un Etat, en vertu de l'article 34 du Projet d'articles de la CDI, elle « *prend la forme d'une restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement* ». La restitution suppose le rétablissement de la situation qui prévalait avant la commission du fait internationalement illicite dans la mesure où elle n'est pas « *matériellement impossible* » et qu'elle « *n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation* ». L'indemnisation quant à elle, est une obligation inscrite dans la IV<sup>ème</sup> Convention de la Haye de 1907 à son article 3. Le Projet d'articles de la CDI exige l'indemnisation dans la mesure où le préjudice n'est pas réparé par restitution<sup>636</sup>. Enfin, la satisfaction est exigée dans la mesure où le préjudice « *ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation* »<sup>637</sup>. Elle peut prendre la forme d'excuse, de regret ou d'enquête suivie de punition des individus soupçonnés d'avoir causé des violations du droit humanitaire ou des droits de l'homme.

Dans le cadre des activités des SMSP, l'Etat qui emploie les privés donne satisfaction lorsqu'il s'attèle à sanctionner la société et les membres ayant commis des faits pour lesquels sa responsabilité internationale est engagée.

Cependant, les victimes de ces faits elles-mêmes peuvent demander réparation pour les préjudices qu'elles ont subis. La possibilité pour une personne physique victime des activités des SMSP, de demander réparation à un Etat peut se déduire de l'article 75 § 6 du statut de la Cour pénale internationale qui dispose que « *les dispositions du présent article s'entendent sans préjudice des droits que le droit interne ou le droit international reconnaissent aux victimes* ». Une Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies avait demandé instamment par exemple aux autorités afghanes d'offrir « *des recours effectifs* »<sup>638</sup> aux personnes victimes de violations graves du droit international humanitaire. L'article 33 du

---

<sup>635</sup> Ière Convention de Genève (1949), article 51, IIème Convention (1949), article 52, IIIème Convention (1949), article 131, et IVème Convention (1949), article 148.

<sup>636</sup> Article 36 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats. Voir aussi, Conseil de sécurité, Résolution 387 et AGONU Résolution 50/22.

<sup>637</sup> Article 37 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale des Etats.

<sup>638</sup> Résolution AGONU, N° RES/51/108.

Projet d'articles de la CDI dispose qu'il « *est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat* ». Le Commentaire de ce même article précise que « *lorsqu'une obligation de réparation est due à un Etat, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet Etat. Par exemple, la responsabilité d'un Etat peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les parties au traité, mais les individus concernés doivent être considérés comme bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires, des droits en questions* »<sup>639</sup>.

A partir de ces textes, les victimes de violations de droit international humanitaire et de droit de l'homme du fait des activités des SMSP peuvent prétendre obtenir réparation de la part de l'Etat dont la responsabilité est engagée. Mais cet Etat peut ne pas donner suite à la condamnation. Dans ce cas, la question qui se pose est de savoir quelle procédure doivent suivre les victimes - personnes privées - pour obtenir une indemnisation. Puisqu'elles ne peuvent pas saisir la CIJ, elles peuvent déposer leur demande devant les juridictions nationales. Les plaignants individuels ne manqueront pas de se heurter à des obstacles. C'est le cas par exemple, lorsque le Tribunal du district de Tokyo a jugé dans l'affaire *Shimoda* que le droit international ne conférait aux particuliers aucun droit direct à indemnité, et que des considérations d'immunité souveraine excluaient d'engager devant les tribunaux japonais une procédure contre un Etat étranger<sup>640</sup>. Dans cette affaire *Shimoda*, il était question de demander réparation sur la base de l'article 3 de la IV<sup>ème</sup> Convention de la Haye. Ce texte exigeait qu'il y ait indemnisation mais ne précisait pas si seuls les Etats pouvaient en bénéficier ou si les particuliers pouvaient eux aussi y prétendre. Le texte ne déterminait pas non plus les mécanismes chargés de d'examiner les demandes d'indemnisation.

Si la victime est une SMSP personne morale, elle peut recourir à l'arbitrage. Ce fut le cas de *Sandline International* face à l'Etat de Papouasie Nouvelle Guinée qui avait mis fin unilatéralement au contrat qui le liait à la société suite aux révoltes de ses forces publiques opposées à l'arrivée de forces privées sur le territoire. La contestation de la sentence arbitrale

---

<sup>639</sup> Le texte du commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat est disponible sur le site des Nations unies sur : [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>640</sup> Décision du 7 décembre 1963, *Japanese Journal of International Law*, 1964, pp. 212-252 ; voir Falk (R.), *The Shimoda Case. A Legal Appraisal of the Atomic Attacks Upon Hiroshima and Nagasaki*, *AJIL*, 1965, pp. 759-793.

avait débouché sur un recours devant la Cour suprême du Queensland en Australie<sup>641</sup>. L'affaire finira sur une condamnation de l'Etat papouan-néo-guinéen et les autorités accepteront par la suite d'exécuter la sanction.

Par ailleurs, les victimes peuvent aussi saisir les juridictions internationales de protection des droits de l'homme. Ce sont pour la plupart des juridictions régionales qui existent dans trois continents seulement, Europe, Amérique, Afrique. Ces juges ne statuent en général que si la demande concerne des violations des droits de l'homme. En effet, la limitation des compétences poussent certaines juridictions à refuser de se prononcer sur des violations du droit international humanitaire.

## **§ II : La responsabilité des SMSP et de leurs membres**

En dehors de la responsabilité des Etats dans le cadre de l'activité des SMSP, il est aussi reconnu qu'il y a des actes ou omissions pour lesquels le droit international attribue la responsabilité pénale aux individus. Il en est ainsi lorsque les particuliers en sont les auteurs ou lorsque, suivant leur position hiérarchique, ils ont manqué à leurs obligations internationales d'empêcher ou de punir les subordonnés fautifs<sup>642</sup>. Si la commission de tels actes est punie, c'est que les règles fondamentales du droit humanitaire et des droits sont élevées en normes supérieures dont le non respect n'est plus toléré<sup>643</sup>. Ces sanctions sonnent le glas de la fin de l'impunité des personnes physiques pour des faits graves commis pendant les conflits armés. Cette prise de conscience a fait naître le droit international pénal et a concrétisé l'idée de responsabilité pénale individuelle à la suite de l'institution des tribunaux militaires internationaux de Tokyo et Nuremberg<sup>644</sup>. Le principe est que, toute personne doit répondre des actes et faits qu'il a personnellement commis<sup>645</sup>. Ce principe constitue un rejet

---

<sup>641</sup> *The Supreme Court of Queensland, Mr. Justice Ambrose, Papua New Guinea v. Sandline*, Affaire n°OSN°.10110 of 1998, § 9. Décision consultable sur le site de la Cour suprême du Queensland au lien suivant : <http://archive.sclqld.org.au/qjudgment/1998/QSC98-298.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>642</sup> Cette responsabilité du supérieur hiérarchique est prévue par la jurisprudence du TPIR en ces termes : « *Pour la Chambre, outre la responsabilité que l'accusé encourt en tant qu'auteur matériel, sa responsabilité pénale individuelle peut aussi être engagée pour des actes criminels commis par des tiers, si, par exemple, l'accusé a planifié lesdits actes, a incité à les commettre, les a ordonnés, ou encore s'il a aidé et encouragé autrui à les commettre* ». Cf, TPIR, (Chambre de première instance), *affaire MUSEMA*, jugement du 27 janvier 2000, § 117, <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>643</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op, cit, p. 225.

<sup>644</sup> Certes, la responsabilité pénale de l'Empereur Guillaume II a été prévue par les articles 227 et 228 du Traité de Versailles, mais aucune sanction n'a eu lieu, car les Pays Bas avaient refusé d'extrader Guillaume II qui s'y était réfugié. Cf, GLASER (Stefan), « *Culpabilité en droit international pénal* », in RCADI, 1960, p. 473 et s.

<sup>645</sup> C'est une position retrouvée dans la jurisprudence du TPIR : « *La Chambre d'appel considère que la protection minimum des victimes énoncée à l'article 3 commun implique nécessairement la sanction effective des auteurs de violations de celui-ci. Or, cette sanction doit être applicable à toute personne sans distinction, comme*

« *de la responsabilité des collectivités* »<sup>646</sup>, car il prouve à l'évidence qu'en matière pénale, les règles font dépendre toute pénalité de la volonté fautive. Il rejette également la responsabilité collective et n'admet que la responsabilité individuelle des individus qui agissent au nom et pour le compte de l'Etat. Il est donc applicable à la situation des membres ordinaires des sociétés militaires et de sécurité privées. En effet, ils sont individuellement concernés par les actes qu'ils commettent dans leurs missions. Il n'y a pas de responsabilité solidaire. Si un membre d'une SMSP est impliqué dans la commission d'une infraction au sens du droit international, il doit être seul face au juge.

Mais il existe des circonstances où la responsabilité pénale pèse sur une personne qui répond des actes commis par des agents sous son contrôle ou son autorité. Il s'agit de la responsabilité pénale individuelle du supérieur hiérarchique. Celle-ci peut concerner la situation des cadres et dirigeants des SMSP. Ils sont supposés avoir donné l'ordre ou négligé leurs obligations d'empêcher ou de punir des infractions que leurs subalternes ont commises ou participé à commettre.

Par ailleurs, outre la responsabilité pénale, les membres des SMSP peuvent être condamnés au civil à réparer les préjudices qu'ils ont fait subir à leurs victimes. Dans ce cadre, ils peuvent engager leur responsabilité civile. Ce sont les juridictions internationales et nationales qui peuvent être saisies conformément à leurs compétences pour statuer sur les éventuelles plaintes déposées contre les membres des SMSP. C'est ce qui fait d'ailleurs que la responsabilité du personnel de ces sociétés peut être engagée aussi bien au niveau international que national.

Par ailleurs, la responsabilité des membres des SMSP n'est pas engagée de la même façon que celle de la société en tant que personne morale. Cette dernière n'ayant pas d'obligations internationales, ne peut être sanctionnée qu'en vertu du droit national qui transforme les normes du droit international en lois internes. Par conséquent, ce sont les juridictions nationales qui sont, dans l'état actuel du droit, les seules à même de pouvoir juger les sociétés en tant que personnes morales. Ainsi, les sociétés, à qui les droits nationaux

---

*le commandent les principes de la responsabilité pénale individuelle établis notamment par le Tribunal de Nuremberg. La Chambre d'appel est donc d'avis que le droit international humanitaire serait déprécié et remis en cause si l'on admettait que certaines personnes puissent être exonérées de la responsabilité pénale individuelle pour violation de l'article 3 commun sous prétexte qu'elles n'appartiendraient pas à une catégorie particulière* ». Cf, TPIR, (chambre d'Appel), *affaire Akayesu*, jugement du 1<sup>er</sup> juin 2001, § 443. Disponible sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>646</sup> GLASER (Stefan), « *Culpabilité en droit international pénal* », op. cit, p. 477.

imposent des obligations en matière de droit humanitaire et de droit de l'homme, sont susceptibles d'être poursuivies en justice, en tant que personne morale, sur la base de ces droits.

Nous analyserons ces différentes responsabilités en commençant par celle des membres ordinaires avant de voir celle des cadres et dirigeants d'une part et celle des SMSP en tant que personne morale d'autre part.

### **A/. Les responsabilités pénale et civile des membres ordinaires**

Selon les normes coutumières de droit international humanitaire, les personnes qui commettent des crimes de guerre en sont pénalement responsables en vertu du droit international pénal. Les sources de ce droit sont entre autres, les traités internationaux tels que les Conventions de Genève de 1949, la Convention des Nations unies contre la torture mais aussi le droit coutumier international<sup>647</sup> dont la plupart des règles sont codifiées dans le statut de la CPI<sup>648</sup>. La responsabilité pénale internationale est inscrite dans le Code Lieber<sup>649</sup>. La reconnaissance de la responsabilité pénale<sup>650</sup> en cas d'infraction grave au droit des conflits armés n'est pas liée au statut de l'individu qui la commet dans la mesure où, « *le droit des conflits armés lie les individus en tant qu'organe de l'Etat et en tant que personnes privées. Une violation de ce droit pouvant donc être aussi le fait de l'agent d'un Etat que d'une personne privée, son incrimination est indifférente à la qualité – étatique ou non – de son auteur. Combattant régulier ou irrégulier, militaire ou civil, chacun peut se rendre techniquement coupable d'un crime de guerre* »<sup>651</sup>.

Ce texte dispose que la responsabilité pénale ne dépend pas de la qualité ou du statut de l'auteur de l'acte perpétré. Les violations punies consistent en des atteintes aux règles du

---

<sup>647</sup> Pour le rôle de la coutume en droit international pénal, voir, TPIY, (Chambre d'appel), Affaire *Tadic*, arrêt du 15 juillet 1999, §§ 204-225.

<sup>648</sup> CASSESE (A), SCALIA (D) et THALMANN (Vanessa), *Les grands arrêts de droit international pénal*, op. cit, p. 5.

<sup>649</sup> Ce Code a été promulgué lors de la guerre de Sécession (1863) et il disposait en ses articles 44 et 47 que les violations du droit de la guerre ainsi que les crimes de droit commun étaient réprimés. Son article 44 prévoit : « *Toute violence délibérée commise contre les personnes dans le pays envahi, toute destruction de biens non ordonnés par un officier qualifié, tous vol, pillage ou mise à sac, même après la prise d'une place de vive force, tous viol, blessure, mutilation ou mise à mort de ses habitants, sont interdits sous peine de mort ou de toute autre peine grave proportionnée à la gravité de l'offense* ». Le code Lieber est disponible sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/110?OpenDocument>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>650</sup> La responsabilité pénale internationale individuelle peut être définie comme étant « *une règle [...] aux termes de laquelle tout auteur d'un fait qui constitue une infraction internationale est responsable de ce chef et est passible d'un châtiment qui est prononcé, selon le cas, par un tribunal interne ou une juridiction internationale* ». Cf, LA ROSA (Anne-Marie), *Dictionnaire de droit international pénal*, op. cit, p. 93.

<sup>651</sup> DAVID (Eric), *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant 1994, p. 555.

droit international pénal. Objectivement, la possibilité pour les membres des SMSP de commettre des infractions internationales doit être examinée. En fait, en exerçant leurs missions dans des zones de conflits tout en étant armés, ces acteurs privés peuvent commettre des faits incriminés par le droit international et qui sont constitutifs d'infractions internationales.

Cependant, s'il y a des victimes, elles doivent avoir la possibilité de saisir la justice. L'application des règles de responsabilité pénale internationale aux membres des SMSP est l'occasion de démontrer qu'il n'y a pas de vide juridique dans les prestations de service privé de sécurité.

Toutefois, les individus qui reçoivent l'ordre d'agir, ne pourront pas alléguer leur devoir d'obéissance dans le cadre d'un procès sur leur responsabilité. C'est le sens de la décision du Tribunal de Nuremberg en ces termes « *Les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre, ne peut se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'Etat, du moment que l'Etat, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international* »<sup>652</sup>.

Cette décision du Tribunal international est valable aussi pour les membres des SMSP. Ils ne sauraient se prévaloir des ordres donnés par leur hiérarchie pour échapper à des sanctions. Dans cette optique, la sanction infligée peut donner lieu à des peines de prisons et à des réparations en faveur des victimes. Ainsi, leur responsabilité peut être engagée tant au niveau pénal qu'au niveau civil proportionnellement à la gravité de l'infraction commise. Ces deux responsabilités n'étant pas de même nature, elles vont donc être analysées séparément.

#### **a). La responsabilité pénale**

En droit international pénal, toute personne est responsable pénalement pour les actes qu'elle commet matériellement mais aussi lorsqu'elle agit en complicité ou instigation. Chaque personne est considérée comme auteur principal quel que soit son degré de participation. Ce qui fait qu'il n'y a pas de distinction entre les formes de participation. Et le juge est libre de fixer les peines en fonction du degré de culpabilité de la personne jugée<sup>653</sup>.

---

<sup>652</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 789.

<sup>653</sup> CASSESE (A), SCALIA (D) et THALMANN (Vanessa), *Les grands arrêts de droit international pénal*, op. cit, p. 285.

Deux juridictions différentes sont compétentes pour juger les individus qui ont commis des infractions internationales. Il s'agit des juridictions nationales qui tiennent lieu d'instruments d'application du droit international public et des juridictions internationales qui peuvent être ad hoc ou permanentes. Ces juridictions ont été créées pour juger tout individu soupçonné d'avoir commis un acte entrant dans leurs compétences. Puisque les membres des SMSP sont des individus, il convient de voir les conditions dans lesquelles ils peuvent être traduits devant ces instances juridictionnelles.

La responsabilité pénale internationale est la conséquence de la violation des obligations des individus déterminées par les traités. Les membres des SMSP peuvent potentiellement commettre des infractions internationales. Les conditions dans lesquelles ces salariés de sociétés peuvent commettre des infractions internationales ont été déjà traitées. Il s'agit à présent, de s'intéresser à la phase juridictionnelle éventuelle.

Au niveau international, si les membres des SMSP sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou crimes d'agression, ils peuvent être poursuivis devant la CPI en vertu de l'article 25<sup>654</sup> du Statut de cette juridiction. La compétence personnelle de la Cour est exercée à l'égard de tout individu âgé de plus de 18 ans au moment des faits<sup>655</sup>. Sur le plan matériel, la compétence de la CPI concerne les faits constitutifs de crimes de génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou crimes d'agression<sup>656</sup>. Ces infractions doivent avoir été commises à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2002, date de l'entrée en vigueur de son Statut<sup>657</sup>.

---

<sup>654</sup> Article 25 du Statut de Rome : « *La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut* ». Consultable sur : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>655</sup> Article 26 du Statut de Rome : « *La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime* ». Consultable sur : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>656</sup> Article 5 du Statut de Rome : « *La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants :*

- a) *Le crime de génocide ;*
- b) *Les crimes contre l'humanité ;*
- c) *Les crimes de guerre ;*

d) *Le crime d'agression* ». Consultable sur : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>657</sup> Article 11 du Statut de Rome « *La Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence commis après l'entrée en vigueur du présent Statut* ». Consultable sur : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE79CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

La Cour peut être saisie par les Etats parties au Statut de Rome, le Conseil de sécurité et le Procureur. Elle est en réalité une juridiction complémentaire en ce sens qu'elle n'est saisie que lorsque la justice nationale ne peut pas fonctionner matériellement.

Ce qui fait que si une juridiction nationale normalement compétente est saisie d'un fait qu'aurait commis un membre d'une SMSP, la CPI ne saurait statuer sur cette situation.

Au niveau national, la juridiction compétente est celle de l'Etat sur le territoire duquel, les faits ont été perpétrés, celle de l'Etat de nationalité des auteurs présumés des faits et celle de l'Etat des victimes de faits. Dans le cadre du conflit irakien, les juridictions locales devraient être compétentes pour juger les faits reprochés à certaines SMSP car les ils ont été commis sur le territoire et les victimes y demeurent aussi. Seulement cela aurait pu avoir lieu s'il n'y avait pas l'arrêté n° 17 de l'Autorité provisoire instituant une immunité en faveur de tous les prestataires contre les poursuites et les jugements. En revanche, les juridictions américaines ont été saisies pour statuer sur affaires concernant des individus de nationalité américaines. Les saisines au pénal ont été faites le Ministère de la justice des Etats-Unis<sup>658</sup>. A côté de cette action pénale, les victimes ont intenté des actions civiles contre certains individus présumés avoir perpétré les faits qui leur ont causé des préjudices.

#### **b). La responsabilité civile des membres des SMSP**

En dehors de la responsabilité pénale, les membres des SMSP peuvent répondre de leurs actes sur le plan civil pour des crimes de guerre, crime contre l'humanité ou crime de génocide. Les employés des SMSP peuvent donc être condamnés à verser des réparations à leurs victimes en vertu des règles pertinentes du droit international.

Cette responsabilité est d'une part liée à la condamnation pénale de l'auteur des faits. Il appartient au juge dans ce cas de décider d'octroyer une réparation du préjudice subi par les victimes. Cette pratique est prévue dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 75 du statut de la Cour Pénale Internationale<sup>659</sup>. La Cour évalue elle-même le préjudice des victimes après avoir

---

<sup>658</sup> United States District Court for southern District of Columbia, *United State of America v. Jeremy Ridgeway*, 11 novembre 2008. Consultable sur : <http://www.justice.gov/opa/documents/us-v-ridgeway.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>659</sup> Statut de la CPI, Article 75 « Réparation en faveur des victimes »

1. La Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du

entendu les différentes parties et avec l'aide, le cas échéant, d'expertises. La décision d'indemnisation doit faire l'objet d'une grande publicité afin que les destinataires éventuels n'ignorent pas la procédure en cours. Le Statut de Rome prévoit un fonds d'affectation spéciale au profit des victimes à son article 79<sup>660</sup>. Le Fonds a pour objet de transmettre les indemnités. Il s'agit de garantir que les victimes auront la possibilité de bénéficier d'une indemnité leur permettant de mieux faire face à leurs difficultés matérielles ou psychiques. Afin de surmonter l'éventuelle insolvabilité du coupable, le Fonds pourra compléter la somme correspondante. Il bénéficie de contributions provenant d'entités publiques ou privées avec la possibilité pour la CPI de refuser les donateurs indésirables.

D'autre part, les règlements de procédures et de preuves du TPIY et du TPIR disposent que « *la victime ou ses ayant droit peuvent, conformément à la législation nationale applicable, intenter une action devant une juridiction nationale ou toute autre institution compétente, pour obtenir réparation du préjudice* »<sup>661</sup>.

Ainsi, En tant qu'ils sont des individus, les employés des SMSP sont donc aussi responsables sur le plan civil des actes qu'ils auraient commis et pourraient répondre exclusivement de ces actes. Leur responsabilité peut être engagée devant une juridiction interne si la faute en question est mineure et ne constitue pas au regard du droit international humanitaire une faute grave. Les victimes ont la possibilité de saisir un juge interne pour faire valoir leur droit à la réparation sans se soucier de la condamnation pénale des auteurs des faits. Cette responsabilité civile peut donc être exclusive.

Le problème de la responsabilité civile consistant à verser une indemnisation pour les dommages causés par les membres des SMSP est peut-être plus complexe que celui de la

---

*dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision.*

*2. La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Cette réparation peut prendre notamment la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la réhabilitation. Le cas échéant, la Cour peut décider que l'indemnité accordée à titre de réparation est versée par l'intermédiaire du Fonds visé à l'article 79.*

<sup>660</sup> Statut de Rome, Article 79 « Fonds au profit des victimes ».

« *1. Un fonds est créé, sur décision de l'Assemblée des États Parties, au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles.*

*2. La Cour peut ordonner que le produit des amendes et tout autre bien confisqué soient versés au fonds.*

*3. Le fonds est géré selon les principes fixés par l'Assemblée des États Parties ».*

<sup>661</sup> Article 106 lettre B des Règlements de procédure et de preuve des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda : « *La victime ou ses ayants droit peuvent, conformément à la législation nationale applicable, intenter une action devant une juridiction nationale ou toute autre institution compétente, pour obtenir réparation du préjudice* ». Voir Règlement de procédure et de preuve du TPIY (version décembre 2009) sur : [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules\\_procedure\\_evidence/IT032\\_rev44\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_rev44_fr.pdf). Dernière visite le 30 août 2013.

responsabilité pénale. En effet, cette question ne relève pas du champ d'application du droit des conflits armés. Puisque l'individu représente son employeur et dans le sens juridique, il agit en son nom, la responsabilité peut être assumée par les deux. Théoriquement, il ne peut pas être exclu que la société elle-même doive verser une indemnité pour les dommages causés. Cela peut être le cas si les employés des SMSP n'ont pas agi en dehors du cadre des activités de la SMSP qui les emploie.

Toutefois, si la responsabilité de l'employé ordinaire est avérée, cela peut entraîner celle de ses supérieurs hiérarchiques en cas de manquement de leur part à leurs obligations de prendre des mesures visant à empêcher ou réprimer les infractions commises par leurs subordonnés. S'agissant d'un membre d'une SMSP, ses supérieurs hiérarchiques sont les cadres et dirigeants de la société qui l'emploie. La manière dont cette responsabilité de l'autorité hiérarchique peut être engagée au civil mais aussi au pénal dans le cadre des activités des SMSP va être examinée dans ce qui suit.

## **B/. La responsabilité des cadres et dirigeants des SMSP**

Les crimes internationaux que la communauté des Etats veut combattre sont très souvent commis en masse. Afin de prévenir de telles commissions, il a été prévu de dissuader non seulement les exécutants de premier de plan mais aussi les personnes positionnées dans la hiérarchie qu'elles soient militaires ou civiles. C'est à travers la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique<sup>662</sup> qu'une éventuelle sanction est déterminée à l'encontre de ces autorités, même si elles n'ont pas ordonné les crimes internationaux mais qu'elles ont simplement omis de les prévenir ou de les punir. Il existe en principe deux formes de responsabilité pénale du supérieur : la responsabilité directe et la responsabilité indirecte<sup>663</sup>. La responsabilité directe correspond au cas où l'autorité hiérarchique ordonne à ses subordonnés de commettre, participer ou aider à la commission de crimes internationaux. La responsabilité indirecte quant à elle, correspond au cas où, le supérieur n'a exercé aucun acte permettant de commettre des infractions mais a plutôt omis de prévenir ou de punir les faits reprochés à ses subordonnés. Cette forme de responsabilité qui nous intéresse ici, a été

---

<sup>662</sup> Elle constitue un « principe général du droit international humanitaire ». Cf, ZAPPALA (Salvatore) « *Le droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations unies pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda* », op. cit, p. 108.

<sup>663</sup> Dans la jurisprudence du TPIR, il est décidé que « Pour la Chambre, l'accusé peut participer à la commission d'un crime soit par la commission effective d'un acte répréhensible, soit par une omission, dès lors qu'il avait l'obligation d'agir ». Cf, TPIR, (Chambre de première instance), affaire MUSEMA, jugement du 27 janvier 2000, § 123, <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

appliquée par les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo<sup>664</sup> et elle a été prévue également par le statut du Tribunal pénal pour le Rwanda en son article 6. Ce texte dispose à son alinéa 3 que « *le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 4 du présent Statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que l'auteur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit pas commis ou en punir les auteurs* »<sup>665</sup>.

Ainsi, la question qui se pose est de savoir si cette forme de responsabilité pénale du supérieur hiérarchique est applicable dans le cadre des activités des SMSP. La réponse est affirmative dès lors que, en vertu des textes sus-visés, toute autorité civile ou militaire a le devoir de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ou réprimer toute violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Cela inclut donc les autorités hiérarchiques des sociétés militaires et de sécurité privées. Le manquement à cette obligation entraîne une responsabilité pénale qui est de ce fait une « *responsabilité par omission* »<sup>666</sup>. La manière dont cette responsabilité est conçue montre qu'elle n'a pas la forme de responsabilité pour autrui, ni un crime distinct mais plutôt un type de responsabilité *sui generis*<sup>667</sup>. Le mode de participation à l'infraction le rapproche quand même de la complicité avec laquelle elle partage le caractère collectif : le supérieur est membre d'une collectivité militaire ou civile<sup>668</sup>. Elle reste une responsabilité individuelle et de ce fait, elle relève des mêmes juridictions que la responsabilité pénale individuelle consacrée par le droit international pénal. Quand il s'agit d'appliquer cette responsabilité dans le cadre des activités des SMSP, il sera question de mettre l'accent sur la particularité de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques par rapport

---

<sup>664</sup> Le TPIR le confirme : « *Le principe énonçant la responsabilité de commande tire son origine du principe de la responsabilité pénale individuelle telle qu'appliquée par les juridictions de Nuremberg et de Tokyo. Il a été ultérieurement codifié dans l'article 86 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949* ». Cf, TPIR, (Chambre de première instance), affaire MUSEMA, jugement du 27 janvier 2000, § 128, <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>665</sup> Un texte similaire a été prévu à l'article 7.3 du Statut du TPIY.

<sup>666</sup> La notion d'omission est définie par le Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 comme consistant « *à négliger de faire ou de dire quelque chose. Au sens juridique, elle consiste à négliger un devoir d'agir* ». Cf, PILLOU (Claude), SANDOZ (Yves), et autres, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Kluwer Academic Publishers, octobre 1986, p. 1030.

<sup>667</sup> TPIY (Chambre de première instance), Affaire *Le Procureur c. Enver Hadzihaanovic et Amir Kubura*, n°IT-01-47-T, jugement du 15 mars 2006, § 2076. Cf : [http://www.icty.org/case/hadzihasanovic\\_kubura/4](http://www.icty.org/case/hadzihasanovic_kubura/4). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>668</sup> ROBERT (Marie-Pierre), « *La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international* », in *Les cahiers du droit*, vol. 49, n°3, 2008, p. 429.

à celle des membres ordinaires car l'imputabilité est spéciale et les sanctions seront nettement différentes.

### a). L'imputabilité

La possibilité d'imputer la responsabilité pénale aux cadres et dirigeants des SMSP est incontestable dans la mesure où d'une part, rien n'est fait pour écarter un supérieur hiérarchique civil de la sanction et d'autre part, la jurisprudence<sup>669</sup> ainsi que les textes en vigueur ne l'ont pas exclue non plus. En effet, en ce qui concerne la jurisprudence, lors du procès de Tokyo, l'ancien Ministre des affaires étrangères du Japon, *Hirota*, en tant qu'autorité civile, a été reconnu coupable d'atrocités notamment de viol collectif connu sous le nom de « viol de Nanking » parce qu'il a « imprudemment méconnu l'obligation juridique qui lui est faite en vertu de ses fonctions de garantir le respect des lois et coutumes de la guerre et d'en prévenir les violations »<sup>670</sup>.

S'agissant des textes en vigueur, c'est l'article 28 2) du Statut de la CPI qui prévoit la responsabilité d'un supérieur hiérarchique non militaire. L'article 28 dispose : [...]

« 2. En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

a) Il savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

b) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

---

<sup>669</sup> Cour suprême des Etats-Unis, Affaire *Yamshita*, 4 février 1946. Cf, CASSESE (Antonio), SCALIA (D) et THALMANN (Vanessa), *Les grands arrêts de droit international pénal*, op. cit, p. 341. Cet arrêt établit pour la première fois la responsabilité du supérieur hiérarchique. Voir aussi, ASCENSIO (Hervé), DECAUX (Emmanuel) et PELLET (Alain), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, (CEDIN Paris X), 2000, p. 204.

<sup>670</sup> ZAKR (Nasser), « Analyse spécifique du crime de Génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda », in Revue de science criminelle et de droit comparé, Dalloz, n°2, avril - juin 2001, p. 274. Voir aussi, Comptes rendus complets des procès du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, réédités in John Prichard et Sonia Magbanua Zaide (éd), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 20, New York et Londres 1981, Editions Garland, ("Comptes rendus des procès de Tokyo") p. 49 791. Voir également, TPIR, (Chambre de première instance), *Affaire MUSEMA*, jugement du 27 janvier 2000, § 132 et 133. Disponible sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

c) *Il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites* ».

Mais puisque les supérieurs non militaires sont forcément des civils, on peut considérer que cette disposition s'adresse à tout supérieur hiérarchique civil<sup>671</sup>. Puisque le qualificatif « *militaire* » ou « *civil* » n'est pas dirimant pour engager la responsabilité de l'autorité hiérarchique, les cadres dirigeants des SMSP ne sauraient échapper au fait de répondre de leur omission de prendre des mesures pour empêcher ou réprimer les infractions commises par leurs subalternes. Cela montre que le supérieur hiérarchique, qu'il soit militaire ou civil, *de jure* ou *de facto*<sup>672</sup>, peut voir sa responsabilité engagée si les conditions d'imputabilité sont réunies<sup>673</sup>. La jurisprudence a retenu à cet effet trois critères dont la réunion permet d'engager la responsabilité pénale d'une autorité hiérarchique. Il s'agit de :

- l'existence d'une relation de subordination entre le supérieur hiérarchique et le subordonné ;
- la connaissance du supérieur du fait que ses subordonnés ont commis ou allaient commettre des infractions ;
- le défaut du supérieur de prévenir la commission de l'infraction ou d'en punir les auteurs.

S'agissant de l'existence de la relation de subordination, elle est la première condition car le supérieur n'assume pas de responsabilité par rapport aux agissements de tout un chacun mais bien seulement des personnes qui sont placées dans un état de subordination par rapport à lui. A cet égard, il est exigé « *le contrôle effectif* »<sup>674</sup> dans la mesure où le supérieur doit avoir le pouvoir de contrôler les actions de ses subordonnés. Ce *contrôle effectif* est appliqué par les tribunaux pénaux ad hoc comme le TPIY qui soutient qu'il est « *d'avantage une affaire*

---

<sup>671</sup> ROBERT (Marie-Pierre), « *La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international* », op. cit, p. 416.

<sup>672</sup> « *La situation de facto doit être équivalente à la situation de jure pour engager la responsabilité du supérieur hiérarchique* ». Cf, TPIY, (Chambre d'appel), Affaire *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravoko Mucic alias « PAVO », Hazim Delic, Esad Landzo alias « ZENGA »*, § 197. Disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/fr/del-010220.pdf>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>673</sup> « *Le droit de la responsabilité du supérieur hiérarchique reconnaît non seulement les supérieurs civils, qui peuvent ne pas trouver place dans une hiérarchie officielle, mais aussi l'autorité de fait, pour lesquels aucune nomination officielle n'est requise* ». Cf, TPIY, (Chambre d'appel), Affaire (Celebeci), *Le Procureur c. Zejnil Delalic*, op. cit, § 304.

<sup>674</sup> « *La Chambre d'appel estime qu'il est sans conteste possible d'engager la responsabilité des dirigeants civils pour des faits commis par leurs subordonnés ou par d'autres personnes placées sous leur contrôle effectif [...]. Le critère du contrôle effectif a été retenu, y compris dans la jurisprudence du Tribunal, pour déterminer la responsabilité du supérieur hiérarchique* ». Ibid, § 196.

*de preuve que de droit substantiel* » et il ajoute qu'il sert « *seulement à montrer que l'accusé avait le pouvoir de prévenir les crimes, d'en punir les auteurs ou, lorsqu'il convient, de prendre l'initiative d'une action pénale à leur rencontre* »<sup>675</sup>. Le statut de la CPI abonde dans le même sens en parlant des « *forces placées sous son commandement et son contrôle effectif, ou sous son autorité et son contrôle effectif, selon le cas* »<sup>676</sup>.

Ce texte de la juridiction pénale permanente et internationale a par ailleurs prévu la possibilité d'engager la responsabilité pénale du supérieur militaire et celle du supérieur civil. Dans les deux cas, il n'est pas exigé que le contrôle du supérieur sur ses subordonnés découle d'une position officielle. Le TPIY a également jugé dans ce sens dans l'affaire *Celebici* que « *La Chambre de première instance estime qu'un pouvoir hiérarchique est une condition préalable et nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité du supérieur. Cependant, cette affirmation doit être tempérée par le constat que l'existence d'un tel pouvoir ne peut s'induire du seul titre officiel. Le facteur déterminant est la possession ou non d'un réel pouvoir de contrôle sur les agissements des subordonnés* »<sup>677</sup>. C'est la position d'autorité qui est ici prise en compte dans la recherche de l'imputabilité et le Tribunal de préciser avant, que : « *[...] rien [...] ne vient expressément limiter la portée de ce type de responsabilité aux chefs militaires ou aux situations apparues sous un commandement militaire [...]. Le principe de responsabilité du supérieur s'étend par delà les chefs militaires aux hauts responsables politiques et autres supérieurs civils investis d'une autorité* »<sup>678</sup>.

Ces textes indiquent que le titre officiel de supérieur n'est pas exigé. Il suffit donc que l'exercice de supériorité soit avéré dans la pratique pour le critère puisse être admis par le juge. Cette jurisprudence permet ainsi de soutenir que les cadres et dirigeants des SMSP sont concernés par la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique. En fait, au niveau du contrôle, il n'y a pas de limite supérieure dans la chaîne du commandement. En d'autres

---

<sup>675</sup> TPIY, (Chambre d'appel), Affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, n°IT-95-14-A, arrêt du 29 juillet 2004, § 69. Disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/fr/bla-aj040729f.pdf>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>676</sup> Article 28 du Statut de la Cour pénale internationale précité.

<sup>677</sup> TPIY, (Chambre de première instance), Affaire *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias « PAVO », Hazim Delic, Esad Landzo alias « ZENGA »*, Jugement n°IT-96-21-T du 16 novembre 1998, § 370 à 371. Disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>678</sup> *Ibid.*, § 356.

termes, il n'est pas besoin que le supérieur soit de rang immédiat par rapport au subordonné auteur du crime<sup>679</sup>.

Dans ce sens, les commandants sur le terrain sont sensés avoir la « *capacité matérielle* »<sup>680</sup> d'adresser des rapports aux autorités compétentes c'est-à-dire celles qui dirigent la société afin qu'elles prennent les mesures nécessaires. C'est pourquoi, le manque d'autorité de ces supérieurs sur leurs subordonnés ne saurait exempter les cadres et dirigeants des SMSP. En fait, un membre ordinaire d'une SMSP peut désertre sans encourir une sanction grave, il ne récoltera qu'un licenciement. C'est pourquoi, si un ordre est contraire à sa volonté, il peut démissionner car il s'est engagé aussi volontairement.

Quant à l'exigence de connaissance que le supérieur doit avoir des actions de ses subordonnés, elle est définie par le Statut de la CPI comme suit : « *Il y a connaissance, [...] lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des évènements* »<sup>681</sup>.

Cette connaissance a eu différentes conceptions à travers les textes surtout au le moment où elle est sensée être acquise. En effet, d'abord l'article 86 du Protocole additionnel I du 8 juin 1977 aux conventions de Genève de 1949 emploie l'expression « *savaient ou possédaient des informations permettant de conclure* ». Ensuite, les Statut des Tribunaux ad hoc exigent une connaissance du fait « *que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait* »<sup>682</sup>. Enfin, le Statut de Rome exige une connaissance du fait que les subordonnés « *commettaient ou allaient commettre ces crimes* »<sup>683</sup>.

---

<sup>679</sup> Statut du TPIR Article 6 : *Responsabilité pénale individuelle*

« 1. *Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux Articles 2 à 4 du présent Statut est individuellement responsable dudit crime.*

2. *La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine ».*

<sup>680</sup> TPIY, (Chambre de première instance), Affaire *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravoko Mucic alias « PAVO », Hazim Delic, Esad Landzo alias « ZENGA »*, op. cit, § 395.

<sup>681</sup> Statut de la CPI, Article 30, 3.) (*Elément psychologique*).

<sup>682</sup> Statut TPIR, article 6 (3) et Statut TPIY article 7 (3) : « *Le fait que l'un quelconque des actes [...] du présent statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs* ». Disponible pour ce qui est du TPIY sur :

[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>683</sup> Statut de Rome, article 28 (b) (i) op. cit.

Pour l'interprétation des textes, la Jurisprudence adopte le terme « *avait des raisons de savoir* »<sup>684</sup>. Toutefois, des contradictions sont observées au sujet de la signification de ce terme au point de savoir s'il s'agit d'une négligence ou d'un aveuglement volontaire. En effet, si les jugements de première instance des juridictions ad hoc y voient une négligence<sup>685</sup>, les chambres d'appel la rejettent<sup>686</sup>. A partir de là, le terme « *avait des raisons de savoir* » se réfère aux renseignements qui étaient, dans les faits, à la disposition du supérieur et non ce qu'il aurait su, s'il avait été négligent dans sa collecte d'informations. Et c'est dans cette optique que le Statut de la CPI a retenu la règle du supérieur civil (non militaire) qui « *a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* »<sup>687</sup>. Ainsi, il convient de conclure que, le terme « *avait des raisons de savoir* » traduit un aveuglement volontaire. Cette règle peut s'appliquer aux cadres et dirigeants des SMSP en tant qu'ils sont non militaires, car s'agissant des supérieurs militaires, le Statut de la CPI leur réserve le devoir de savoir que leurs troupes commettaient ou allaient commettre des crimes. Les militaires ne doivent pas attendre d'avoir des informations, c'est pourquoi en cas de manquement, leur responsabilité est basée sur la négligence.

Enfin, quant au défaut du supérieur de prévenir la commission de l'infraction ou d'en punir les auteurs, il s'agit d'une omission double : c'est d'une part un défaut de prévenir et d'autre part, un défaut de punir. Dans les deux cas qui ne sont pas alternatifs<sup>688</sup>, après que les exigences de subordination et de connaissance sont respectées, le supérieur doit prendre des *mesures nécessaires et raisonnables*<sup>689</sup>. En ce qui concerne la prévention<sup>690</sup>, les mesures sont

---

<sup>684</sup> TPIY, (Chambre d'appel), Affaire *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravoko Mucic alias « PAVO », Hazim Delic, Esad Landzo alias « ZENGA »*, § 234.

<sup>685</sup> TPIY, (Chambre de première instance), Affaire *Tihomir Blaskic*, op. cit., § 332.

<sup>686</sup> La Chambre d'appel du TPIR a rendu la décision suivante : « *Il est toutefois préférable que les Chambres de première instance s'abstiennent totalement de décrire la responsabilité du supérieur en terme de négligence [...]. La Chambre d'appel est d'avis que le critère de la négligence criminelle, tel que proposé par la Chambre de première instance, ne saurait s'apparenter au critère « avait des raisons de savoir » au sens de l'article 6 3) du Statut* ». Cf, TPIR, (Chambre d'appel) Affaire *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, n°ICTR-95-1A-A, arrêt du 3 juillet 2002, § 36 et 37.

<sup>687</sup> Article 28 b) i) du Statut de Rome.

<sup>688</sup> En réalité, le devoir premier du supérieur étant d'empêcher la commission d'infraction, il ne saurait donc se protéger par la suite de toute responsabilité criminelle en punissant les crimes des subordonnés alors qu'il aurait été en mesure de les empêcher. Cf, TPIR, (Chambre de Première instance) Affaire *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, n° ICTR-95-1A-T, jugement du 7 juillet 2001, § 48 et 49. <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 30 août 2013.

<sup>689</sup> Il n'est pas facile pour le juge international de déterminer le sens de l'expression « *mesures nécessaires et raisonnables* » car elle n'a pas fait l'objet de définition dans les textes. En réalité, dans certaines situations de conflit, la complexité des événements sur le terrain fait qu'il est n'est pas aisé pour le juge d'imaginer quelles mesures étaient raisonnables et nécessaires dans les circonstances de l'espèce. C'est pourquoi, dans la pratique il y a une prudence dans le sens à donner à cette expression pour éviter des jugements plus proches de la morale que des éléments juridiques. Ainsi, par exemple le TPIY dans l'affaire *Celebici* a soutenu qu'il fallait « *reconnaître, toutefois, que le droit international ne peut obliger un supérieur à faire l'impossible. Aussi, un*

celles qui sont en son pouvoir. Le juge les apprécie « *au cas par cas* »<sup>691</sup>. Par ailleurs, au niveau de la punition, le supérieur applique les sanctions qui sont disponibles. Mais dans cette situation, il n'a que les moyens d'infliger des sanctions disciplinaires. Les mesures prises dans le cadre de la punition sont une sorte de prévention de futurs crimes et à ce titre, elles constituent un moyen de respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Les sanctions disciplinaires sont importantes pour la suite au pénal car le juge qui n'est pas présent sur les lieux de commission d'infraction, peut s'y baser pour comprendre le degré de violation du droit international<sup>692</sup>. Cette punition administrative est « *une première strate* »<sup>693</sup> ; c'est aussi un devoir minimal pour l'autorité hiérarchique avant qu'elle ne défère les auteurs devant des juridictions ou autorités compétentes pour que leur responsabilité pénale puisse être engagée. Cette obligation de réprimer s'adresse aux cadres et dirigeants des SMSP surtout lorsqu'ils sont chargés d'administrer un camp de prisonniers de guerre<sup>694</sup>. Toutefois, s'ils ne respectent pas cette obligation, leur responsabilité pourra être engagée dans « *une seconde strate* »<sup>695</sup> avec à la base, des *sanctions pénales classiques* mais plus lourdes que celles infligées aux subordonnés.

---

*supérieur ne peut être tenu responsable que pour ne pas avoir pris les mesures qui étaient en son pouvoir [...] ou dans ses capacités matérielles* ». Cf, TPIY (Chambre d'appel), Affaire *Le Procureur C/ Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC* (alias « PAVO »), *Hazim DELIC* et *Esad LAND* (alias « ZENGA ») (Affaire Celebeci), 20 février 2001, § 304. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>690</sup> La prévention peut être exercée à « *n'importe quel stade avant qu'un [...] subordonné ne commette un crime si [le supérieur] sait qu'un tel crime est en préparation ou envisagé ou s'il a des raisons de savoir* ». Cf, TPIY, (Chambre de première instance), Affaire *Kordic and Cerkez*, Jugement du 26 février 2001, § 401. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>691</sup> TPIR, (Chambre de Première instance) Affaire *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, n°ICTR-95-1A-T, jugement du 7 juillet 2001, § 48. Voici le raisonnement complet du juge : « *Un supérieur ne peut toutefois être tenu responsable que pour ne pas avoir pris les mesures qu'il était en son pouvoir de prendre. En effet, c'est le degré de contrôle effectif du supérieur – la capacité matérielle de contrôle qui est la sienne – qui doit permettre à la Chambre de déterminer s'il a pris les mesures raisonnables pour empêcher ou punir les crimes de ses subordonnés. Une telle capacité matérielle ne peut se concevoir dans l'abstrait, mais doit être appréciée au cas par cas, compte tenu de toutes les circonstances* ». Disponible sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>692</sup> RENAUT (Céline), « *L'impact des sanctions disciplinaires militaires sur le respect du droit international humanitaire* », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°870, 2008, p. 324.

<sup>693</sup> PHILIPPE (Xavier), « *Les sanctions des violations du droit international : problématique de la répartition des compétences entre autorités nationales et entre autorités nationales et internationales* », op. cit, p. 2.

<sup>694</sup> Par exemple, les cadres et dirigeants des SMSP qui étaient chargés de surveiller la prison d'Abu Ghraïb en Irak avaient bien l'obligation de punir ou de traduire en justice les auteurs des exactions infligés aux prisonniers. Pour voir le détail des événements autour de ces faits, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, pp. 216 à 227.

<sup>695</sup> PHILIPPE (Xavier), « *Les sanctions des violations du droit international : problématique de la répartition des compétences entre autorités nationales et entre autorités nationales et internationales* », op. cit, p. 2.

## **b). Des sanctions pénales plus lourdes que celles infligées aux subordonnés**

En vertu de leur position dans la hiérarchie, les supérieurs ont une plus grande responsabilité que les personnes qui sont sous leurs ordres. L'objet de cette responsabilité est une prévention qui consiste à inciter les supérieurs hiérarchiques à décourager leurs subordonnés de commettre des crimes<sup>696</sup>. C'est valable aussi bien pour les supérieurs militaires que civils. La raison est tirée de leurs obligations en matière de respect du droit international humanitaire et au niveau du traitement approprié des infractions. En effet, vu leur position, non seulement d'influence mais également d'autorité, les hauts placés possèdent la capacité d'agir afférente à ses pouvoirs. Le fait qu'ils omettent d'empêcher ou de réprimer les actes illicites peut être interprété comme un consentement de leur part à ces actes commis par leurs subordonnés. Ce serait donc criminel pour eux de ne pas empêcher la commission d'une infraction ou d'empêcher une éventuelle commission en ne prenant pas une mesure afin de punir un subordonné ou de l'empêcher d'arriver à son projet criminel<sup>697</sup>. Ainsi, c'est leur possibilité de sauver des vies ou de protéger l'intégrité physique d'un nombre potentiellement grand de victimes qui justifie leur responsabilité pénale personnelle. Il y a en effet le risque qu'ils se comportent comme des agents qui encourageraient la perpétration de nouvelles infractions, ce qui développerait par ailleurs la culture de l'impunité. D'ailleurs, la sévérité des règles responsabilisera les supérieurs qui ont le pouvoir d'empêcher ou de limiter la commission de crimes.

En règle générale de droit pénal, la décision de justice est fondée sur la gravité du crime mais dans ce cadre spécial, le statut du supérieur est regardé comme une circonstance aggravante lors de la fixation des peines par les juridictions internationales. D'ailleurs, la jurisprudence a fait de la position de pouvoir hiérarchique, qu'elle soit civile ou militaire, une situation qui engendre à la fois devoirs et confiance, et tout manquement au devoir ou abus de confiance tend à aggraver la peine encourue<sup>698</sup>. Mais la question qui se pose est de savoir si la

---

<sup>696</sup> Les principes du commandement responsable et de la responsabilité du supérieur hiérarchique ont pour but de garantir le respect des règles du droit international humanitaire et de protéger les personnes et objets visés par ces règles. Les commandants sont aptes, de par l'autorité qui leur a été conférée, à exercer un contrôle sur la troupe et sur les armes dont elle se sert ; ils peuvent mieux que quiconque prévenir les infractions en créant un état d'esprit approprié, en veillant à l'engagement rationnel des moyens de combat et en maintenant la discipline. Cf, TPIY (Chambre de première instance), Affaire *Le Procureur c. Dragan Obrenovic*, n°IT-02-60/2-S, jugement du 10 décembre 2003, § 100. Disponible sur : <http://www.icty.org/x/cases/obrenovic/tjug/fr/obr-sj031210f.pdf>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>697</sup> ROBERT (Marie-Pierre), « *La responsabilité pénale du supérieur hiérarchique basée sur la négligence en droit pénal international* », op. cit, p. 439.

<sup>698</sup> TPIR, Affaire *Procureur c/ Jean Kambanda*, n°ICTR 97-23-S, jugement et sentence du 4 septembre 1998. Disponible sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

sévérité de la sanction pénale à l'encontre des supérieurs hiérarchique est efficace. En tout cas, le doute est permis en ce sens que, l'objectif de la dissuasion<sup>699</sup> serait mieux atteint si la justice devenait la plus « *juste* » possible. Cela lui apporterait plus de crédibilité. En fait, le problème que pose la sévérité est que le supérieur peut être déclaré coupable de génocide alors que ni matériellement, ni intentionnellement il n'a participé à la commission de l'infraction<sup>700</sup>. Or, pour commettre ce crime, on exige du subordonné une intention<sup>701</sup>. Sous cet aspect, le droit international pénal dont la crédibilité est nécessairement liée à son efficacité et à sa capacité de lutter contre toutes les formes de criminalité internationale se trouve également en jeu. Et pourtant, ce droit, à travers la responsabilité pénale du supérieur, doit être appliqué aux cadres et dirigeants des SMSP avec l'ampleur que les activités de ces sociétés ont acquise de nos jours. Dans ce domaine pourtant, l'efficacité du droit international pénal est utile pour mieux encadrer ce phénomène.

Au total, dans l'état actuel du droit, les supérieurs hiérarchiques qui dirigent les sociétés militaires et de sécurité privées sont passibles de sanctions plus lourdes que celles infligées aux membres ordinaires à qui ils donnent des ordres. Sur ce plan, les supérieurs hiérarchiques et les subordonnés sont jugés par les mêmes juridictions<sup>702</sup>. Mais à côté des personnes physiques dont les responsabilités viennent d'être analysées, la personne morale, à

---

<sup>699</sup> Le TPIR a tenu à préciser que la « *dissuasion* » « *a pour but de décourager à jamais ceux qui seraient tentés de perpétrer [...] [des] atrocités en leur montrant que la communauté internationale n'est plus disposée à tolérer les graves violations du droit international humanitaire et des droit de l'homme* ». Cf, TPIR, (Tribunal de première instance), *Procureur c/ Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, AFFAIRE N° ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, § 2.

<sup>700</sup> Mais selon le TPIR, « *Une autre position a été dégagée par l'un des « Commentaires sur les Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* ». Ce Commentaire indique que la *mens rea* requise, en tant qu'élément essentiel, pour constituer la responsabilité du supérieur doit être « *d'une telle gravité qu'elle équivaut à une intention criminelle, cela sans préjudice des autres éléments constitutifs du délit et du lien de causalité entre le comportement incriminé et le dommage survenu* » ». Cf TPIR (Chambre de première instance), affaire Musema, jugement du 27 janvier 2000, § 130. Disponible sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 14 septembre 2013. Voir aussi, PILLOUD (Claude) et autres, « *Commentaire sur les Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* », 1987, p. 1012.

<sup>701</sup> On peut donner l'exemple de la définition de la torture donnée par la jurisprudence internationale comme suit : « *Torture : La torture s'entend de tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination ou une autre, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux autres souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles* ». Cf, TPIR (Chambre de première instance), affaire Musema, jugement du 27 janvier 2000, § 285. Disponible sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>702</sup> Se référer à la partie relative à la responsabilité pénale des membres ordinaires des SMSP.

savoir la société elle-même, peut faire l'objet de sanctions quand bien même ce sera uniquement en droit interne.

### **C/. La responsabilité des SMSP en tant que personnes morales**

N'ayant pas de statut en droit international, les sociétés militaires et de sécurité privées ne peuvent voir leur responsabilité engagée au niveau international que dans deux conditions. Il faut qu'elles soient considérées comme une « *Partie au conflit* » au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ou bien qu'elles constituent un « *groupe armé organisé* » au sens du paragraphe 1 de l'article premier du Protocole additionnel II.

Dans ces situations, les SMSP auraient les mêmes obligations que toute partie non étatique à un conflit armé non international. Pour que ces cas se présentent, il faudrait que les sociétés ne s'engagent pas au nom d'une entité quelconque. Ce n'est pas impossible<sup>703</sup>, mais cela est hautement improbable (les Etats ne l'accepteraient pas) en ce sens que leur responsabilité internationale serait engagée facilement alors que, si elles agissent au nom d'une entité, ce qui se voit le plus dans la pratique, la sanction n'est possible qu'en vertu du droit interne. C'est cet aspect de la responsabilité des SMSP qu'il importe de souligner du fait qu'il est plus en phase avec la réalité sur le terrain. Ce choix est justifié dans la mesure où le droit interne est beaucoup plus prêt à juger ces entités non étatiques que le droit international. En fait, les actes commis par les membres de ces sociétés peuvent être des infractions pénales opposables à la SMSP dans les pays qui prévoient la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé. Les victimes ont également la possibilité d'intenter des actions civiles pour obtenir réparation.

#### **a). Les poursuites pénales**

Bien qu'à ce jour aucune instance internationale pénale n'ait eu compétence pour juger les personnes morales<sup>704</sup> et que la compétence des tribunaux pénaux internationaux se

---

<sup>703</sup> Lors du conflit de l'île de Bougainville en Papouasie Nouvelle Guinée, la SMSP britannique *Sandline International* a été sollicitée pour mater la rébellion des Mélanésiens de la *Bougainville Revolutionary Army* (BRA). Mais l'intervention tourna mal. Les militaires de l'armée régulière, considérant l'intrusion des soldats privés comme un affront, se révoltèrent contre le Gouvernement de Papouasie. Cette révolte avait été orchestrée par une autre SMSP, la *Ghurka Security Guards* (GSG). En fait, la GSG n'avait pas digéré son éviction de Sierra Leone par la Société sud africaine *Executive Outcomes* au profit de *Sandline* pour la fourniture d'armement. Cet exemple de règlement de compte peut tourner à un affrontement entre SMSP. Cf, KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, pp. 240 et 241.

<sup>704</sup> GARCIA (Thierry), « *Le développement du mercenariat et la privatisation de la sécurité* », in ARES, n° 56, vol XXII, fascicule 1, décembre 2005, p.80.

restreigne aux personnes physiques, ceci ne signifie pas que, par nature, les SMSP ne puissent se voir reprocher des crimes internationaux au niveau national<sup>705</sup>. Même au niveau international, il y a eu une parenthèse à l'occasion des procès de dirigeants d'entreprises ayant soutenu le régime nazi, où il a été incidemment mentionné que la responsabilité dépassait le strict cadre individuel et mettait aussi en cause l'agissement de l'entreprise à des fins criminelles. A titre d'exemple, il convient de citer l'affaire concernant les douze dirigeants de l'entreprise *Krupp* qui ont été accusés de crimes contre la paix, d'avoir imposé le travail forcé et de pillage. Dans cette affaire, le tribunal de Nuremberg avait conclu que : « *La déclaration de criminalité dont sont frappés certains groupements et organisations montre que, dans la pensée des auteurs du statut et des juges, les responsabilités individuelles ne sont pas seules engagées dans le drame de la Deuxième Guerre mondiale* ».

Si un tel jugement est possible, c'est que le statut du Tribunal de Nuremberg avait prévu la responsabilité des personnes morales en ses articles 9 et 10<sup>706</sup>. Pour certains, les articles traduisaient la reconnaissance d'une certaine forme de responsabilité pénale des personnes morales<sup>707</sup>. Mais il est légitime de reconnaître que le mot responsabilité pénale de personne morale n'y est pas mentionné et la conséquence de la déclaration de criminalité n'est pas non plus déterminée. En décidant ainsi, cette jurisprudence n'a pas complètement mis de côté l'irresponsabilité pénale des personnes morales en droit international mais n'a pas non plus consacré définitivement la responsabilité internationale des personnes morales.

---

<sup>705</sup> GLASER (Stefan), « *Culpabilité en droit international pénal* », op. cit, p. 478 et suivantes.

<sup>706</sup> Article 9 du Statut du Tribunal de Nuremberg :

« *Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle.*

*Après avoir reçu l'acte d'accusation, le Tribunal devra faire connaître, de la manière qu'il jugera opportune, que le Ministère Public a l'intention de demander au Tribunal de faire une déclaration en ce sens et tout membre de l'organisation aura le droit de demander au Tribunal à être entendu par celui-ci sur la question du caractère criminel de l'organisation. Le Tribunal aura compétence pour accéder à cette demande ou la rejeter. En cas d'admission de la demande, le Tribunal pourra fixer le mode selon lequel les requérants seront représentés et entendus ».*

Article 10 du Statut du Tribunal de Nuremberg :

« *Dans tous les cas où le Tribunal aura proclamé le caractère criminel d'un groupe ou d'une organisation, les autorités compétentes de chaque Signataire auront le droit de traduire tout individu devant les tribunaux nationaux, militaires, ou d'occupation, en raison de son affiliation à ce groupe ou à cette organisation. Dans cette hypothèse, le caractère criminel du groupe ou de l'organisation sera considéré comme établi et ne pourra plus être contesté ».*

Statut du Tribunal consultable sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/350?OpenDocument>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>707</sup> Henri Donnedieu De Vabres est d'avis que : « *En s'exprimant ainsi, le statut résout implicitement par l'affirmative un problème à l'égard duquel ses auteurs semblent avoir eu quelque hésitation à se prononcer : celui de la responsabilité pénale des personnes morales. Car s'il ne prévoit pas l'infliction de sanctions pénales à des groupements qui appartiennent au passé [...], il se prononce, ou plutôt il oblige le tribunal à se prononcer, sur leur caractère criminel* ». Cf, Henri Donnedieu De Vabres, « *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international* », 1947-70, *Rec. des Cours de l'Académie du droit international*, p.545.

D'ailleurs, cette irresponsabilité pénale des personnes morales en droit international, sur laquelle nous reviendrons dans le cadre de la section suivante, n'a pas connu une véritable préoccupation. Elle a été même écartée au cours des négociations en vue de rédiger le Statut de la Cour pénale internationale<sup>708</sup>.

En revanche, la possibilité d'engager des poursuites pénales à l'encontre des personnes morales a été retenue en droit interne où certaines lois nationales octroient aux tribunaux nationaux la compétence de juger des sociétés pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou actes de génocide. Ce qui fait que les SMSP sont susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales pour des crimes internationaux, au travers de la responsabilité des personnes morales, dans la mesure où la loi nationale le prévoit. L'exemple du Canada est des plus intéressants. En effet, la *Loi canadienne sur les crimes de guerre et crimes contre l'humanité*, entrée en vigueur en octobre 2000, et érigeant en crimes de droit canadien les infractions au droit humanitaire, les crimes contre l'humanité et les actes de génocide, ne spécifie pas qu'elle s'applique uniquement à des personnes physiques. Elle pourrait donc s'appliquer aussi à des personnes morales<sup>709</sup>.

En France, le système pénal admettait jusqu'en 1994 uniquement la responsabilité des personnes physiques, en raison même du principe de la personnalité des peines. Ce principe est la conséquence logique du principe de la responsabilité personnelle prévu à l'article 121-1 du code pénal selon lequel « *nul n'est responsable que de son propre fait* ». Le caractère individuel qui gouverne la commission d'une infraction est représenté par un autre principe à savoir l'« *individualisation de la peine* ». Ce principe veut que le juge se base sur des éléments objectifs que sont les circonstances de l'infraction, les ressources et les charges du prévenu pour déterminer la peine adéquate. La logique de ce principe est que pour une infraction, le juge doit appliquer la même peine pour tout délinquant. Avec l'avènement du nouveau code pénal en 1994, des éléments subjectifs vont s'ajouter aux éléments objectifs comme la personnalité du délinquant. Ainsi, l'égalité des délinquants ne signifie pour autant que ces derniers soient identiques ; il est désormais pris en compte la particularité de la

---

<sup>708</sup> Elle a été prévue dans le Projet à l'article 23, mais les Etats l'ont rejetée au moment de l'adoption du Statut de la CPI.

<sup>709</sup> En voici un extrait : « *La Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre fonde la compétence des tribunaux sur plusieurs facteurs : [...] Une compétence universelle qui permet au Canada d'exercer des poursuites contre toute personne (qu'importe sa nationalité ou le lieu où les infractions ont été commises) retrouvée au Canada après la commission des infractions visées dans la Loi* ». Voir la loi sur le site suivant : [http://www.international.gc.ca/court-cour/war-crimes-guerres.aspx?lang=fra&menu\\_id=100&menu=r](http://www.international.gc.ca/court-cour/war-crimes-guerres.aspx?lang=fra&menu_id=100&menu=r). Dernière visite le 10 septembre 2013.

personne délinquante. On passe donc du « *principe d'individualisation* » au « *principe de personnalisation* »<sup>710</sup>. La personnalisation renvoie à la personnalité et cette dernière est définie par le Dictionnaire de vocabulaire juridique comme étant « *l'aptitude à être titulaire de droit et assujetti à des obligations qui appartiennent à toutes les personnes physiques et dans des conditions différentes aux personnes morales* »<sup>711</sup>. Cette définition fait remarquer que dans le principe de personnalisation, les deux catégories de sujets de droit à savoir, la personne physique et la personne morale sont visées. En réalité, la responsabilité des dirigeants était rapidement devenue insuffisante face à l'importance croissante des personnes morales et de la criminalité d'affaire. D'où la reconnaissance de la responsabilité pénale de la personne morale. L'article 121-2 du Code pénal du 1er mars 1994 est venu prévoir que les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, dans les cas où des infractions ont été commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants<sup>712</sup>. Cette responsabilité est cependant spéciale puisqu'elle est mise en jeu uniquement dans les cas prévus par la loi ou le règlement, de crimes contre l'humanité, d'infractions involontaires et de proxénétisme.

Les sanctions prévues sont communes à toutes les catégories de personnes morales. Le législateur a en effet choisi de ne pas distinguer le caractère public ou privé de la personne. Il ressort de cela que les personnes morales ne peuvent être l'objet de peines restrictives ou privatives de liberté telles que les peines d'emprisonnement ou d'interdiction de quitter le territoire, ce qui semble logique. Ces contraintes ont conduit le législateur à prévoir dans le Code pénal, une section intitulée « *Des peines applicables aux personnes morales* » (livre 1, titre 3, chapitre 1, section 2 du Code pénal). L'article 131-37 dispose que les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont l'amende ainsi que, dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131-39 telles que l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, la fermeture de l'établissement ayant servi à

---

<sup>710</sup> DREAN-RIVETTE (Isabelle), *La personnalisation de la peine dans le code pénal*, Paris, L'Harmattan, Collection des sciences criminelles, 2005, pp. 19 à 20.

<sup>711</sup> CORNU (Gérard), *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, PUF, 1998.

<sup>712</sup> Article 121-2 du code pénal français, modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 54, JORF 10 mars 2004 en vigueur le 31 décembre 2005 :

« *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* ». Cf: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E7A5E001EC4572811C4921E74B4C1186.tpdjo15\\_v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20101223](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E7A5E001EC4572811C4921E74B4C1186.tpdjo15_v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20101223). Dernière visite le 23 septembre 2013.

commettre les faits incriminés<sup>713</sup>. La seule peine contraventionnelle est l'amende. Cependant, dans le cas où elles sont prévues pour les personnes morales, les sanctions sont souvent plus sévères. Par exemple, le taux maximum de l'amende est porté au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques<sup>714</sup>.

En revanche, la dissolution, le placement sous surveillance judiciaire et l'interdiction de faire appel public à l'épargne sont des sanctions propres aux personnes morales. Il faut préciser que l'article 131-39 exclut de l'arsenal répressif de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public la peine de dissolution et le placement sous surveillance judiciaire qui ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques, ni aux syndicats professionnels. Ce choix s'explique notamment par le principe de continuité du service public. Enfin, ces condamnations figurent sur le casier judiciaire des personnes morales, qui ne contient que deux extraits (Bulletins), le B1 qui est le relevé intégral des condamnations, et le B2 qui ne tient pas compte des peines d'amendes inférieures à un certain seuil. Ainsi, une SMSP française commettant des agissements à l'étranger pourra être poursuivie en France, si les règles de la compétence internationale justifient la compétence des tribunaux français<sup>715</sup>. Cette poursuite est basée sur une règle de droit commun. Il n'y a pas encore de loi spécifique relative à la responsabilité des SMSP.

En Afrique du sud, la loi de 1998 la *Foreign Military Assistant Act* (FMAA) prévoit la responsabilité pénale à l'encontre des personnes<sup>716</sup>, dont les SMSP, qui apportent une assistance militaire à l'étranger sans autorisation en commettant des infractions<sup>717</sup>. La

---

<sup>713</sup> L'article 131-37 du Code pénal français dispose : « Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont : 1° L'amende ; 2° Dans les cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131-39. En matière correctionnelle, les personnes morales encourent également la peine de sanction-réparation prévue par l'article 131-39-1 ». Consultable sur : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Dernière visite le 28 septembre 2013.

<sup>714</sup> Articles 131-38 « Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction » et 131-41 du Code pénal français : « Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par le règlement qui réprime l'infraction ». Code consultable sur : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), dernière visite le 28 septembre 2013.

<sup>715</sup> BOULOC (Bernard), « La responsabilité pénales des entreprises en droit français », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 1994, vol. 46, p. 673.

<sup>716</sup> Dans le texte de l'article 8, il est employé le mot « personne » sans y ajouter un adjectif, mais l'article 1 dispose qu'on entend par « personne » toute personne physique citoyenne ou ayant sa résidence principale en Afrique du sud et une personne morale enregistrée ou incorporée dans la République sud africaine.

<sup>717</sup> Article 8 du RFMAA: « (1) Any person who contravenes any provision of section 2 or 3, or fails to comply with a condition with regard to any authorisation or approval granted in terms of section 4 or 5, shall be guilty of an offence and liable on conviction to a fine or to imprisonment or to both such fine and imprisonment.

(2) The court convicting any person of an offence under this Act may declare any armament, weapon, vehicle, uniform, equipment or other property or object in respect of which the offence was committed or which was used for, in or in connection with the commission of the offence, to be forfeited to the State ». Cette loi est consultable sur : [http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/03377\\_reqofformilassact15.pdf](http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/03377_reqofformilassact15.pdf).

sanction prévue pour les sociétés est une amende et la confiscation du matériel qui a servi à la commission de l'infraction.

Aux Etats-Unis, le *Neutrality Act* de 1794 (toujours en vigueur) interdisant les exportations d'armes de munitions et d'instruments de guerre dans un pays en situation de conflit armé ou de troubles civils, prévoit une amende de 10 000 dollars US pour toute personne qui contrevient à ses dispositions<sup>718</sup>. Cette mesure concerne les sociétés militaires et de sécurité privées qui, lorsqu'elles exercent des missions dans d'autres pays, exportent du matériel de guerre<sup>719</sup>.

Cependant, dans certains Etats les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme peuvent constituer des délits civils que les SMSP doivent réparer.

### **b). Les poursuites civiles**

Pour engager la responsabilité de ceux qui violent le droit international, les mesures pénales sont les plus utilisées au niveau universel dans le cadre de la répression des actes illicites. Mais, rien ne fait obstacle à ce que cette sanction pénale ait un objet civil comme la réparation par des dommages et intérêts<sup>720</sup>.

Aussi, les conventions internationales n'obligent-elles pas toujours aux Hautes Parties contractantes de prendre que des mesures pénales<sup>721</sup>. C'est ainsi que certains Etats ont choisi, en ce qui concerne les répressions des atteintes au droit international, de prendre des dispositions législatives, leur permettant de sanctionner civilement les auteurs d'actes interdits.

---

Dernière visite le 30 août 2013.

<sup>718</sup> ROSI (Jean-Didier), « *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées* », op cit, p. 143.

<sup>719</sup> SUISSE, *Rapport de l'Office fédéral de la justice sur l'examen d'un système d'enregistrement obligatoire des entreprises de sécurité actives dans les zones de crises ou de conflit*, rendu en 2007 disponible sur le site : <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen.§0009.File.tmp/ber-br-f.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>720</sup> MOULIER (Isabelle), « *Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales* », in AFDI, vol. 49, 2003. p 129.

<sup>721</sup> Par exemple, la Convention de 1972 sur les armes biologiques prévoit l'obligation des Etats de prendre des mesures nécessaires :

Article IV :

« *Chaque Etat partie à la présente Convention s'engage à prendre, selon les procédures prévues par sa constitution, les mesures nécessaires pour interdire et empêcher la mise au point, la fabrication, le stockage, l'acquisition ou la conservation des agents, des toxines, des armes, de l'équipement et des vecteurs dont il est question dans l'article premier de la Convention, sur le territoire d'un tel Etat, sous sa juridiction ou sous son contrôle en quelque lieu que ce soit* ». Convention consultable sur :

<http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/450?OpenDocument>. Dernière visite le 23 septembre 2013.

Ainsi, pour mettre en jeu la responsabilité des personnes morales lorsqu'elles commettent des violations des Droits de l'Homme à l'étranger, les Etats-Unis disposent d'une loi spécifique et dont les applications sont extraterritoriales : l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA) du 24 septembre 1789.

Ainsi à cette date, le premier Congrès américain, en tant que partie intégrante de *Federal Judiciary Act*, édicta l'ATCA<sup>722</sup>. Celui-ci permet à des victimes de nationalités autres qu'américaine, d'intenter une action civile<sup>723</sup> devant les tribunaux fédéraux américains pour des violations de « *la loi des Nations* »<sup>724</sup> et des traités auxquels les Etats-Unis sont parties, violations commises sur un territoire étranger et par des étrangers<sup>725</sup>. A cet égard, il convient de préciser que ces procès civils ne peuvent donner lieu à des sanctions pénales. Il s'agit seulement pour les victimes de pouvoir obtenir « *une réparation exprimée en termes financiers sous forme de dommages et intérêts* »<sup>726</sup>. Le but premier de cette loi était d'une part, d'éviter que des étrangers ne soient victimes d'un déni de justice<sup>727</sup>, à même d'engager la responsabilité internationale des Etats-Unis envers l'Etat dont ressortissait la victime étrangère de l'infraction et d'autre part de remédier à toute situation de tension voire de crise

---

<sup>722</sup> « *[T]he district courts shall also cognisance, concurrent with the Courts of the several States, or the circuit States, or the circuits courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ».

<sup>723</sup> La responsabilité civile a été seule prévue car à l'époque (1789), seuls les Etats fédérés disposaient d'une compétence pour créer des infractions et des sanctions pénales. Signalons au passage que les nationaux américains ne peuvent saisir les juridictions nationales et c'est pourquoi, a été votée la loi *Torture Victim Protection Act* de 1992 pour leur permettre de saisir la justice lorsqu'ils sont victimes de torture ou de mauvais traitements. Pour la *Torture Victim Protection Act* : <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c102:H.R.2092.ENR>: Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>724</sup> *La loi des Nations* telle qu'entendue par le Législateur américain de 1789 a été assimilée au *jus cogens* c'est-à-dire les normes qui obligent les « *nations* » même lorsqu'elles ne les acceptent pas. En d'autres termes, le *jus cogens* est l'ensemble des normes impératives du droit international auxquelles aucune dérogation n'est permise. Cf, article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Cour suprême américaine a décidé dans l'Affaire *Sosa v. Alvarez Machain* (29 juin 2004) que l'ATCA permet aux victimes étrangères d'intenter des actions devant les juridictions pour les atteintes les plus graves aux droits de l'homme, lesquelles entrent dans le champ de la « *Loi des Nations* ». Mais elle a ajouté que l'ATCA ne confère pas aux victimes étrangères un droit d'ester en justice ; cette loi se limite à consacrer une compétence juridictionnelle aux juridictions américaines. Voir la décision de la Cour suprême consultable sur : <http://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>725</sup> « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* » ; traduit comme suit : « *Le tribunal de district sera le premier compétent pour connaître de toute action civile portée par un étranger et ce uniquement pour des griefs portant sur une atteinte à la loi des nations ou un traité auquel les Etats-Unis sont parties* ». Cf, *United States Code*, Title 28--Judiciary And Judicial Procedure, Part IV "Jurisdiction And Venue", Chapter 85 "District Courts; Jurisdiction", Sec. 1350. "*Alien's action for tort*". Voir : [http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=RETRIEVE&FILE=\\$\\$xa\\$\\$busc28.wais&start=2639306&SIZE=4129&TYPE=PDF](http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=RETRIEVE&FILE=$$xa$$busc28.wais&start=2639306&SIZE=4129&TYPE=PDF). Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>726</sup> MOULIER (Isabelle), « *Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales* », op. cit, p. 129.

<sup>727</sup> Selon Isabelle Moulier, « *Le déni de justice constitue une forme caractéristique de l'acte illicite international, résultant d'un manquement de l'Etat à ses devoirs de protection judiciaire envers l'étranger* ». Ibid, p.133.

internationale<sup>728</sup>. Mais pourtant, au départ lorsque la loi a été votée, l'idée était de protéger les étrangers contre les pirates. C'est par la suite, après des années de non application, que l'ATCA a refait surface avec l'Affaire *Filartiga*<sup>729</sup> portant l'assimilation de l'auteur de violation de droit de l'homme aux pirates. Cette interprétation fut établie comme suit : « *Among the rights universally proclaimed by all nations [...] is the right to be free of physical torture. Indeed, for the purposes of civil liability, the torturer has become – like the pirate and the slave trader before him – hostos humani generis, an enemy of all mankind* »<sup>730</sup>.

A l'origine, s'appliquant exclusivement à l'encontre des agents de l'Etat ou à des individus agissant sous l'autorité étatique, le champ d'application de l'ATCA s'est étendu dans un deuxième temps aux acteurs privés. Pour les personnes morales, l'enregistrement de la société dans l'un des Etats fédérés des Etats-Unis ou la présence de filiales ou de succursales suffit à fonder la compétence des juridictions. C'est le cas dans l'Affaire *Doe I v. Unocal Corp.* En l'espèce, il s'agissait d'accusations de travail forcé, torture, violations sexuelles et autres violations des droits de l'homme commises en Birmanie. Les citoyens birmans victimes décidèrent d'attirer en 1996 la société américaine *Unocal* et la société française *Total* devant le juge de Californie. Le juge américain a accepté de statuer sur la responsabilité d'*Unocal* et a déclaré son incompétence concernant *Total* car la société française n'avait aucune présence sur le territoire américain. Mais l'affaire *Unocal* va permettre de montrer que le juge peut engager la responsabilité civile lorsque la société est seulement complice des violations dont sont victimes les plaignants. Ainsi, en 1997, la juridiction Californienne a rappelé que la violation du droit international ne pouvait être commise que par les Etats mais qu'un acteur privé, comme une société pouvait voir sa responsabilité engagée si la preuve était rapportée de sa complicité dans la violation de ce droit. *Unocal* a fait appel de cette décision mais en 2002, la compétence des juridictions fédérales a été confirmée pour connaître de la responsabilité civile d'*Unocal*<sup>731</sup>.

---

<sup>728</sup> Idem.

<sup>729</sup> *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980). Dans cette affaire, Joel et Dolly Filartiga, tous deux paraguayens, ont intenté et gagné une action contre un policier de même nationalité qu'eux pour les actes de torture et le meurtre de Joelito Filartiga. Cf, la plainte publiée par: United States District Court Eastern District of New York, *Filartiga v. Peña-Irala*, April 6, 1979. Consultable sur : <http://cjrjustice.org/files/April%201979%20Filartiga%20v.%20Pena-Irala%20Complaint.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Le verdict leur a octroyé 10,4 millions de dollars américains. Cf, MOULIER (Isabelle), « *Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales* », op. cit, p. 134.

<sup>730</sup> Ibid., p. 900.

<sup>731</sup> Voir la décision sur : <http://openjurist.org/248/f3d/915>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

Aussi, faut-il que le défendeur ait une résidence légale dans le ressort de la juridiction saisie<sup>732</sup>. S'agissant des personnes morales, la possession d'un établissement secondaire, agissant au nom de cette société et situé sur le territoire américain ou encore l'exercice sur ce territoire d'activités continues et répétées, justifient la compétence juridictionnelle des tribunaux américains<sup>733</sup>.

Cette législation américaine est applicable donc aux sociétés militaires et de sécurité privées puisqu'elle s'applique désormais aux sociétés commerciales civiles. Rien dans cet *Alien Tort* et dans sa pratique ne met hors de son champ d'application les SMSP. Ces dernières, employant des personnes pouvant potentiellement commettre des violations de droits de l'homme et de droit international humanitaire, feront l'objet de poursuites civiles sur la base de cette loi américaine. Les actions sont intentées par les victimes civiles des actes dommageables imputables aux sociétés militaires et de sécurité privées. Ce ne sont donc pas les procureurs qui portent les affaires devant la justice, ce sont plutôt les personnes lésées elles-mêmes qui pourraient bénéficier de la souplesse des critères de preuves. En cas de succès, les plaignants seraient dédommagés aux frais de la société, ce qui garantit davantage la réparation car les personnes morales sont souvent plus solvables que les personnes physiques.

Toutefois, le succès de la mise en œuvre de la responsabilité au niveau des activités des SMSP ne sera pas toujours garanti. En effet, le manque de régulation spécifique entraîne une multitude d'obstacles que les victimes seront obligées d'affronter pour faire valoir leurs droits devant les juridictions compétentes.

## **Section II : Les obstacles susceptibles d'empêcher des sanctions**

En dépit de l'existence d'obligations juridiques claires et de la possibilité réelle d'engager des responsabilités devant des juridictions nationales et internationales, peu de poursuites ont été mises en œuvre. Cela est dû à un certain nombre d'obstacles. Ces derniers proviennent d'une part des normes juridiques et d'autre part de la pratique.

---

<sup>732</sup> MONGELARD (Eric), « *Corporate civil liability for violations of international humanitarian law* », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, September 2006, Geneva, p 688.

<sup>733</sup> Voir la décision *Unocal* sur : <http://openjurist.org/248/f3d/915>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

## **§ I : Les obstacles juridiques**

Les normes juridiques internationales qui prévoient les obligations et les sanctions à l'encontre des auteurs des violations du droit international connaissent une lacune en ne prévoyant pas la responsabilité des sociétés militaires et de sécurité privées en tant que personnes morales au niveau universel. Parallèlement à cela, certaines normes juridiques aussi bien nationales qu'internationales mettent en œuvre des systèmes de protection permettant de rendre compliquées les poursuites contre les employés des SMSP et les actions à l'encontre des Etats mis en cause dans des infractions.

### **A/. L'irresponsabilité des SMSP en tant que personne morale en droit international**

Cette irresponsabilité est liée d'une part à un défaut récurrent de personnalité juridique internationale des SMSP et d'autre part de l'incompétence de la justice internationale à leur égard.

#### **a). Le défaut récurrent de personnalité juridique internationale des SMSP**

Les sociétés militaires et de sécurité privées sont en fait des sociétés transnationales. Mais à l'égard de ces entités transnationales non étatiques, l'attitude des Etats est très contrastée<sup>734</sup>. D'une part, les Etats veulent que ces sociétés soient soumises au droit interne en leur niant toute possibilité d'avoir une personnalité internationale qui les placerait à leur niveau. D'autre part, les Etats signent des contrats avec les sociétés transnationales dont l'exécution imposera de respecter des principes et même des règles du droit international. En réalité, les sociétés militaires et de sécurité privée, en menant des activités coercitives avec éventuellement l'emploi de la force, intéressent le droit international. Or, présentement, sur la question de leur personnalité juridique internationale, rien n'est fait. Elles ne sont donc pas des sujets du droit des gens<sup>735</sup>. Par conséquent, n'ayant pas de capacité juridique, elles ne sont ni titulaires de droits, ni soumises à des obligations internationales. Ainsi, en principe aucune convention internationale ne leur est directement applicable. En droit international, il n'existe pas de règle qui puisse indiquer que telle entité possède la personnalité juridique. Autrement

---

<sup>734</sup> VIRALY (Michel), « *Cours de droit international public* », in RCADI, 1983, vol V, p. 135.

<sup>735</sup> Le Dictionnaire de la terminologie du droit international définit le sujet de droit international comme étant « celui qui, relevant des règles du droit international, est apte à être titulaire de droits internationaux, [et] à avoir accès aux procédures internationales », Publication de l'Union Académique internationale, Paris, Sirey, p. 588.

dit, le droit international confère la personnalité juridique à une entité en lui attribuant seulement des droits et des obligations et non pas en le désignant comme sujet<sup>736</sup>. C'est dans ce sens qu'il est légitime de soutenir que « *la personnalité juridique internationale ne fait pas en tant que telle l'objet d'une norme juridique, que ce soit de caractère générique ou spécifique : la personne n'est pas une personne par la grâce d'une stipulation conventionnelle, coutumière ou autre qui lui attribuerait cette qualité* »<sup>737</sup>.

Dans un avis consultatif rendu le 11 avril 1949, la CIJ soutenait que pour avoir la personnalité juridique, l'entité doit avoir « *la capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux [...] [et] la capacité de se prévaloir de ses droits par la voie de réclamation internationale* »<sup>738</sup>.

Ainsi, en tant que personne morale de droit interne n'ayant pas de personnalité juridique internationale, les sociétés militaires et de sécurité privées ne sont passibles d'aucune poursuite pénale au niveau universel. Elles restent soumises au droit interne pour ce qui est de leur Constitution. Dans ce cadre, il n'y a aucune règle de droit international qui détermine la procédure de création des sociétés transnationales en général. De même que leurs activités demeurent sous le contrôle de l'Etat d'accueil, quand bien même elles dépassent le cadre national. Mais le contrôle étatique ne saurait être suffisant surtout lorsque la société est face à un Etat faible. En plus, la conduite de ces sociétés peut heurter certains domaines protégés par le droit international comme les droits de l'homme. Dans ce cadre, le défaut de personnalité juridique fait que la justice internationale n'est pas organisée, de manière à ce que, les personnes morales puissent faire l'objet de sanctions pénales. Du coup, c'est l'incompétence des organes judiciaires internationaux à l'égard des sociétés, dont les SMSP, qui est toujours de mise.

#### **b). L'incompétence de la justice internationale à l'égard des SMSP**

Les SMSP qui prennent part, d'une manière ou d'une autre, à un conflit armé ne peuvent être poursuivies en tant qu'entité légale au niveau international. En effet, aucune

---

<sup>736</sup> Par exemple, à propos de l'Etat, ce n'est le droit international qui le crée ; il se contente simplement de « *constater son existence [...]. Il précise les droits et les obligations des collectivités en cause dans les phénomènes de création et de transformation de l'Etat* ». Cf, DAILLIER (Patrick) et PELLET (Alain), Droit international public, op. cit, p. 511.

<sup>737</sup> LORITE (Alejandro), « *Le Comité international de la Croix-Rouge comme organisation sui generis ? Remarque sur la personnalité juridique du CICR* », in RGDIP 2001, n°3, Paris, Pedone, p. 596.

<sup>738</sup> CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec., p. 179.

juridiction internationale n'a aujourd'hui compétence pour juger les personnes morales. A l'instar des tribunaux pénaux internationaux, comme ceux créés à la suite des conflits rwandais et yougoslave, seules les personnes physiques tombent sous la compétence de la Cour Pénale Internationale<sup>739</sup>.

Toutefois, lors des négociations entourant l'adoption du *Statut de Rome* en 1998, la possibilité de donner à la Cour pénale internationale une telle compétence<sup>740</sup> a été examinée avant d'être rejetée. En effet, le Comité préparatoire à la Conférence de Rome qui était chargé de mettre sur pied le projet de statut de la CPI, avait envisagé la responsabilité pénale des personnes morales. De ce fait, l'article 23 paragraphe 5 du projet était rédigé comme suit dans sa version anglaise « *The Court shall also have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when the crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their persons or by their agencies or representatives* ».

Le malentendu entre les Etats sur la possibilité de poursuivre pénalement les personnes morales est à l'origine du fait que ce texte n'a pu être adopté. En effet, les pays en voie de développement étaient pour la sanction pénale et les pays développés étaient contre, à l'exception de la France qui soutenait la poursuite de la société et de son dirigeant simultanément dès lors que l'infraction a été commise au nom de la société et avec son accord<sup>741</sup>.

Sur le plan juridique, il est actuellement difficile de poursuivre pénalement les personnes morales. En effet, il y a un principe retenu par les Hautes Parties contractantes selon lequel la Cour pénale internationale ne doit pas se substituer à l'administration nationale de la justice. C'est en vertu du principe de complémentarité que la CPI doit intervenir uniquement lorsqu'il n'y a plus ou pas possibilité pour les juridictions nationales de statuer. Or, s'agissant de la question de juger les personnes morales, beaucoup d'Etats ne sont pas en

---

<sup>739</sup> Article 25 du Statut de la CPI, op cit.

<sup>740</sup> Par exemple, l'article 23 (5) et (6) du projet de statut de la Cour pénale internationale : 23 (5) : « *The Court shall have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or representatives*. 23 (6): "*The criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are*. La version du projet de Statut de la Cour pénale qui contient cet article est disponible sur : <http://un.org/law/n9810105.pdf>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>741</sup> Conseil de l'Europe, Recommandation Norvégienne n° 94 (1999-2000) au *Storting* (Parlement Norvégien)-Recommandation de la Commission des affaires étrangères portant accord relatif au statut du 17 juillet 1998 de la Cour pénale internationale, Strasbourg, 18 octobre 2001 consultable sur le site [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/public\\_international\\_law/Texts\\_& Documents/ICC/onsult ICC\(2001\)40F%20Norway%20aw.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/Texts_& Documents/ICC/onsult ICC(2001)40F%20Norway%20aw.pdf). Dernière visite le 06 septembre 2013.

mesure d'engager des poursuites, soit parce qu'ils n'ont pas l'arsenal juridique nécessaire, soit parce qu'ils sont impuissants face aux sociétés transnationales.

Ainsi, l'idée que la CPI était créée uniquement pour poursuivre les personnes physiques a triomphé. Cet accord a permis de laisser de côté la sanction pénale contre les personnes morales, sanction qui serait utile contre les activités des SMSP. Cet obstacle juridique n'est pas le seul car des immunités de juridiction en faveur des employés et en faveur des Etats sont venues l'épauler.

## **B/. Les immunités de poursuite**

Les immunités sont des règles procédurales qui font obstacle au jugement de litiges et qui peuvent être soulevées au moment du jugement d'une affaire. L'immunité peut avoir pour effet d'empêcher un tribunal de connaître d'une affaire, dont il aurait autrement pu connaître. Cela est souvent désigné comme l'immunité de juridiction. Le droit national peut accorder cette immunité aux employés des SMSP et les Etats acquièrent la leur en vertu du droit international.

### **a). Les immunités pouvant être accordées aux employés des SMSP**

Les sociétés militaires et de sécurité privées et leur personnel sont sans doute justiciables devant les juridictions internes de l'Etat d'accueil. Mais il est possible qu'une immunité leur soit accordée, contre d'éventuelles poursuites. Un exemple a pu avoir lieu en Irak. En effet, l'Autorité provisoire de la Coalition a accordé l'immunité à l'égard de la législation irakienne en vertu de l'arrêté n°17 signé le 27 juin 2004 par Paul Bremer. En vertu de l'arrêté, « *tous les personnels civils employés par l'une ou l'autre des branches du Gouvernement fédéral américain en Irak devaient bénéficier d'une immunité totale vis-à-vis de la justice locale* »<sup>742</sup>. Cette « *protection juridique* » semble s'orienter dans le sens d'encourager les forces privées à commettre ou à ne pas hésiter à commettre des violations des droits de l'homme. Ce ne sont pas les autorités irakiennes qui sont à l'origine de l'immunité mais les forces d'occupation. L'arrêté pertinent en question ne s'applique qu'aux SMSP fournissant des services aux forces multinationales et aux Etats qui entretiennent des relations diplomatiques et consulaires avec l'Irak<sup>743</sup>. Ce qui fait que par conséquent il

---

<sup>742</sup> Traduction de KLEN (Michel), « *L'odyssée des mercenaires* », op. cit, p. 295.

<sup>743</sup> GILLARD (Emanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et de sécurité privées et le droit international humanitaire* », op. cit, p. 192.

s'appliquait à *Blackwater*, la société qui était chargée de la protection des personnalités de haut rang en visite à Bagdad. C'est d'ailleurs à la suite de la protection d'un convoi que des exactions commises le 16 septembre 2007 ont pu être imputées à la société et à ses agents qui, semblent-il, ont tiré les premiers sur des civils en tuant 17 d'entre eux et en blessant 27 autres d'après les témoins<sup>744</sup>. L'affaire a été portée devant les juges irakiens car ils officiaient sur le territoire où les faits ont été commis. Mais l'accès à cette justice interne se heurte à l'obstacle de l'arrêté cité. Les autorités irakiennes ont voulu remédier à ce problème juridique en déposant un projet de loi devant le Parlement sis à Bagdad en octobre 2007, soit dans le mois qui suivit les événements tragiques. Le projet de démantèlement de cet obstacle n'a pas pu voir le jour car le Parlement n'a pas adopté le texte d'abrogation de l'arrêté<sup>745</sup>.

Par la suite, le contournement de l'obstacle fut entamé en inculquant la société et ses cinq employés impliqués devant les juridictions américaines. Mais en janvier 2010, le juge américain en charge du dossier déclare qu'il mettait fin aux poursuites car les enquêteurs ont manqué de respecter les règles de procédure, les droits des accusés ont été violés.

Cet exemple d'impunité démontre que l'obstacle de l'immunité est sérieux. Avec les privés (sociétés et employés), l'obtention ne peut venir que du droit interne et ne saurait faire obstacle à ce que les personnes physiques impliquées soient traduites devant les juridictions internationales. Dans cette espèce, les membres de la SMSP de nationalité américaine auraient du mal à être traduits devant la CPI car les Etats-Unis n'ont pas ratifié le traité portant Statut de cette juridiction internationale<sup>746</sup>. L'Etat qui les a employés, en l'occurrence les Etats-Unis bénéficie d'une immunité, comme tous les autres Etats. Ce qui est également un obstacle pour les particuliers de faire rendre des comptes aux Etats.

---

<sup>744</sup> Rapport d'Amnesty International 2009 disponible sur le site de l'organisation. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>745</sup> Même le départ de la SMSP exigé par les autorités irakiennes en janvier 2009, n'a pas été obtenu ; la société s'est vu même renouveler ses contrats et le 13 février 2009, elle change de nom et est désormais rebaptisée « *Xe Services* ». Les Echos, « *Blackwater, une armée très privée* », 30 juillet 2009, disponible sur le site [www.lesEchos.fr](http://www.lesEchos.fr). Dernière visite le 04 septembre 2013.

<sup>746</sup> Les Etats-Unis ne figurent pas parmi les 114 Etats qui ont ratifié le Statut de Rome portant Statut de la Cour pénale internationale bien qu'ils l'aient signé. Vérification a été faite sur le site de la Collection des traités de l'Organisation des Nations unies au lien suivant : [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&lang=fr](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=fr). Dernière visite le 05 septembre 2013.

## **b). Les immunités de juridiction des Etats ou les difficultés pour les particuliers de leur faire rendre des comptes**

Les difficultés de faire rendre des comptes aux Etats dans l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées sont liées aux obstacles auxquels peuvent faire face les juridictions compétentes devant lesquelles, il est possible de déclencher les procédures contre eux.

D'emblée, les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel les infractions ont été commises, apparaissent évidemment comme devant être accessibles. Mais l'accès à cette justice est un véritable parcours du combattant. En effet, le fonctionnement des juridictions n'est pas toujours garanti. Et si elles fonctionnent correctement, il n'y a pas de garantie non plus à ce que le procès soit équitable ou que le jugement soit satisfaisant, surtout si les violations sont d'une grande ampleur. Même avant de songer à une éventuelle sanction, il faudrait que l'Etat ait ratifié les traités internationaux concernant la défense des droits de l'homme et du droit international humanitaire ou ait une réglementation nationale sophistiquée sur la question des SMSP. Or, toutes ces conditions peuvent ne pas être trouvées forcément au sein de l'Etat où les violations ont été commises. Il reste par conséquent pour les victimes à se tourner vers les juridictions internes des autres Etats. Ce recours est possible du fait de l'existence à l'encontre des Etats d'obligations *erga omnes*<sup>747</sup>. En effet, lorsqu'un Etat viole certaines obligations du droit international, notamment les normes du *jus cogens*, tous les autres peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à les protéger. Mais l'accès à ces tribunaux étrangers se heurte à l'immunité de juridiction des Etats. Cette immunité, accordée à l'Etat en tant qu'entité sujet du droit des gens<sup>748</sup>, est issue du droit international coutumier<sup>749</sup> sur le fondement de l'égalité souveraine, de la non intervention

---

<sup>747</sup> Selon la Cour internationale de justice, « une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». Cf, CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, Rec., 1970, p. 32, § 33.

<sup>748</sup> Article 5 de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (02 décembre 2004) : « Un Etat jouit pour lui-même et pour ses biens de l'immunité de juridictions devant les tribunaux d'un autre Etat sous réserve des dispositions de la présente Convention ». Convention consultable sur : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH\\_III\\_13p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf). Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>749</sup> Les Etats de tradition dualiste et ceux de tradition moniste n'ont pas les mêmes approches s'agissant des immunités. Pour les premiers, l'immunité relève de la législation nationale et pour les seconds, elle est tributaire des règles du droit international qui doivent la fixer. Mais malgré cette divergence, une pratique cohérente et une *opinio juris* peuvent être trouvées dans le fait qu'aucun Etat n'a abandonné définitivement l'immunité. Voir le

dans les affaires intérieures d'un autre de leurs pairs, de la courtoisie et des relations internationales. C'est dans ce sens d'ailleurs que le Tribunal spécial pour la Sierra Léone, dans l'affaire *Procureur c/ Charles Gankay Taylor*, a considéré que « *une raison de la distinction [...] entre les tribunaux nationaux et les tribunaux internationaux, bien que non évidente à première vue, semble fondée sur le principe selon lequel un Etat souverain ne statue pas sur la conduite de l'autre ; le principe de l'immunité des Etats résulte de l'égalité entre Etats souverains [...]* »<sup>750</sup>. L'étendue de cette immunité n'a pas fait l'objet d'un accord de tous les Etats du globe, quand bien même l'immunité absolue est abandonnée<sup>751</sup>.

Toujours dans le sens de limiter le caractère absolu de l'immunité, les jurisprudences nationales se conforment à la tendance<sup>752</sup>. Une pratique des juridictions américaines va dans le sens d'une orientation spéciale en refusant l'immunité aux Etats ennemis de leur pays et en ne l'accordant qu'aux Puissances amies et alliées. C'est finalement la loi antiterroriste de 1996 (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*) qui légifère cette jurisprudence en disposant à sa section 221 que l'immunité est désormais refusée aux Etats qui soutiennent le terrorisme, lesquels Etats ont été désignés comme tels par le Département d'Etat<sup>753</sup>.

Toutes ces pratiques et réglementations montrent que l'immunité n'est plus absolue mais elle demeure appliquée. Dès lors se pose la question de savoir, comment elle devient un obstacle pour les victimes de violations qui souhaitent traduire les Etats incriminés devant les juridictions compétentes. C'est ainsi que dans la pratique en général, les Etats n'ont jamais accepté de lever leur immunité lorsqu'ils font faits l'objet d'un procès devant un tribunal étranger. D'ailleurs, dans l'affaire *Unocal* déjà citée, l'Etat Myanmar (ex-Birmanie), bien que

---

Préambule de la Convention des Nations unies sur les immunités de juridiction des Etats et de leurs biens du 02 décembre 2004 : « *Considérant que les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs bien procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier* ».

Consultable sur : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH\\_III\\_13p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/2004/12/20041202%2003-50%20PM/CH_III_13p.pdf). Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>750</sup> Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel, Affaire *Le Procureur v. Charles Ghankay Taylor*, op. cit., § 51. La Cour européenne des droits de l'homme a rendu une décision selon laquelle : « *l'immunité des Etats souverains est un concept de droit international, issu du principe par in parem non habet imperium, en vertu duquel un Etat ne peut être soumis à la juridiction d'un autre Etat* ». Décision du 12 décembre 2002 sur la recevabilité de la requête présentée par *Kalogeropoulou et autres c. la Grèce et l'Allemagne*, p. 9.

<sup>751</sup> La Convention de Bâle de 1972 notamment ses articles 1 à 14 où il est question des hypothèses où l'immunité des Etats est levée d'office. Même le Préambule proclame que « *se manifeste dans le droit international une tendance à restreindre les cas dans lesquels un Etat peut invoquer l'immunité devant les tribunaux étrangers* ». Convention consultable sur :

[http://treaties.un.org/doc/Treaties/1995/09/19950922%2012-54%20PM/Ch\\_XXVII\\_03\\_ap.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1995/09/19950922%2012-54%20PM/Ch_XXVII_03_ap.pdf). Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>752</sup> DAILLIET (Patrick), PELLET (Alain), FORTEAU (Mathias), *Droit international public*, op. cit., p. 449.

<sup>753</sup> L'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996* est disponible sur :

<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104s735enr/pdf/BILLS-104s735enr.pdf>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

mêlé aux violations des droits de l'homme, n'a pas accepté de lever son immunité puisqu'un procès a été intenté aux Etats-Unis contre l'entreprise<sup>754</sup>.

Si toutefois, l'Etat national de la victime attaque l'Etat incriminé devant les juridictions internationales comme la CIJ, au final ce sera l'Etat lui-même qui sera indemnisé et non le particulier. En effet, ce dernier n'a pas la possibilité juridique de faire valoir ses droits devant les juges qui ne sont compétents que pour les requêtes interétatiques<sup>755</sup>. Le problème de l'accès à ces juridictions internationales appliquant directement le droit international aux Etats, est un obstacle sérieux pour les individus pour faire rendre des comptes aux puissances. La seule voie qui leur reste est le recours devant les juridictions régionales de défense des droits de l'homme comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme et la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples<sup>756</sup>. Le comble, c'est que leurs décisions bien que contraignantes, ont du mal à connaître de réelles exécutions en pratique<sup>757</sup>. En effet, ces juridictions ne pas sont des organes judiciaires de répression pénale. Elles condamnent les Etats avec le prononcé d'une compensation financière, mais non les auteurs des violations. En fait, les sanctions formulées par ces juridictions ne se situent pas dans une perspective répressive ou rétributive. Elles se bornent plutôt à exiger de l'Etat coupable de violation des droits de l'homme qu'il se mette en conformité par rapport aux engagements internationaux en matière de protection de l'être humain. Ce qui montre donc qu'il existe d'autres obstacles aux responsabilités encourues dans le cadre des activités des SMSP.

## § II : Les obstacles pratiques

L'activité des SMSP est l'un des domaines où la punition des auteurs de violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme, n'est pas du tout satisfaisante. Des raisons peuvent être trouvées dans la pratique.

---

<sup>754</sup> FRYDMAN (Benoît) et HENNEBEL (Ludovic), « *Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique* », in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 20<sup>ème</sup> année, n°77, Bruxelles, Bruylant, janvier 2009, p. 80 et 81.

<sup>755</sup> Article 34 du Statut de la Cour International de Justice : « *Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour* ». Statut consultable sur : <http://www.un.org/french/aboutun/icjstatute/pdf/icjstatute.pdf>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>756</sup> Dans certaines régions comme l'Asie, de telles juridictions n'existent pas.

<sup>757</sup> PHILIPPE (Xavier), « *Les sanctions des violations du droit international : problématique de la répartition des compétences entre autorités nationales et entre autorités nationales et internationales* », op. cit, p. 10.

## A/. Le fonctionnement défectueux des institutions juridictionnelles

Ce fonctionnement défectueux est analysé ici sous un angle purement pratique. Il s'agit en réalité d'un dysfonctionnement que le droit n'a pas causé mais qui résulte d'un certain nombre d'éléments factuels. On peut noter par exemple l'impossibilité pour les tribunaux de l'Etat d'accueil de siéger suite au conflit qui s'y est déroulé. Il se peut que les sièges des juridictions soient détruits. Mais en général, c'est la faiblesse de l'Etat qui empêche, le plus souvent, la justice de fonctionner. Le problème des moyens pour restaurer les institutions sont très récurrents après les conflits. Mais, lorsqu'il s'agit de juger les SMSP et leurs membres ayant commis des infractions au cours de leurs missions, l'Etat peut se trouver en face d'une société plus forte que lui. Pour illustration, bien que cela n'ait pas eu lieu, on peut imaginer que la Sierra Leone serait incapable de juger *Executive Outcomes* et ses soldats privés, si la volonté du Gouvernement de Freetown allait dans ce sens. La raison est que certaines sociétés (c'est valable pour le cas ci-dessus), sont beaucoup plus puissantes que les Etats qui sont effondrés<sup>758</sup>. Certaines d'entre elles ont une capacité d'armement qui dépasse de loin de celui des Etats faibles<sup>759</sup>. Même leur chiffre d'affaires est d'une importance colossale<sup>760</sup>. Celui de *CACI* en 2009 s'élève à 2 milliards de dollars<sup>761</sup> et celui *G4S* en 2012 s'élève à 7,3 milliards de Livres Sterling, soit un peu de plus de 8 milliards d'euros<sup>762</sup>.

Certains Etats peuvent par ailleurs être en mesure de juger, mais ils peuvent manifester une réticence à le faire pour des raisons politiques. C'est le cas par exemple lorsque l'Etat a peur que sa responsabilité ou celle de ses dirigeants soient engagées pour complicité. Ce manque de volonté de sanctionner peut occasionner des difficultés à l'encontre d'autres Etats qui aimeraient pallier à ce vide. Le problème pour les Etats tiers, c'est de rassembler les preuves et d'écouter les témoins car ils se trouvent sur le territoire de l'Etat où les violations

---

<sup>758</sup> Selon le Professeur Serge Sur « *L'Etat effondré est celui qui croule sous les difficultés d'origine interne* », cité dans son article « Sur les « *Etats défailants* » », publié dans la Revue Commentaire, n°112, hiver 2005.

<sup>759</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 84.

<sup>760</sup> Selon un rapport de l'Assemblée générale des Nations unies, le chiffre de l'ensemble du secteur des activités des SMSP oscille en 20 et 100 milliards de dollars par an. Cf, Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Additif « Mission aux Etats-Unis d'Amérique »* (20-03 août 2009), A/HRC/15/25/add.3.

<sup>761</sup> MAMPAEY (Luc) et MEKDOUR (Mehdi), Rapport 2010/2 intitulé « *La guerre en sous-traitance. L'urgence d'un cadre régulateur pour les sociétés militaires et de sécurité privées* », présenté pour le Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), dans le cadre du programme « *Cellule de veille sur la production et le transfert d'armes dans le monde* » subventionné par la Région Wallonie, Bruxelles, 2010.

<sup>762</sup> Chiffres donnés par la société *G4S*, voir : <http://www.g4s.com/en/Who%20we%20are/Our%20Business/>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

ont été perpétrées. Cette situation est rencontrée globalement dans le contentieux transnational des droits de l'homme où il est souvent question de « *délocalisation* » du procès<sup>763</sup>. En effet, la carence de la justice locale comme en matière de sanction des SMSP et de leurs membres encourage les demandeurs à saisir un juge étranger<sup>764</sup>. Le contentieux transnational se heurte aussi aux difficultés d'amener devant le juge choisi, les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions. Lorsque des employés de la SMSP *DynCorp* ont été soupçonnés de trafic d'êtres humains et de proxénétisme en 1999 en ex-Yougoslavie, suite à une dénonciation des faits par certains de leurs collègues à la direction de la société, les fautifs ont été simplement rapatriés aux Etats-Unis puis licenciés<sup>765</sup>. Il est difficile d'imaginer que ces personnes puissent faire l'objet d'un quelconque jugement d'autant plus que les Etats-Unis avaient engagé leur société dans ce pays pour entraîner les forces Croates. D'ailleurs l'un des salariés licenciés Ben Johnson a porté plainte devant le Tribunal de Tarrant dans le Texas pour licenciement abusif. L'extrait de la plainte qui va être rapporté montre la véracité des accusations. Il y est inscrit : « *En fin d'année 1999, Johnson apprit que des employés ainsi que des superviseurs de DynCorp engagés dans des activités perverses, illégales et inhumaines achetaient illégalement des armes, des femmes ainsi que des faux passeports [...] Johnson fut témoin de scènes ou certains de ses collègues et superviseurs achetaient et vendaient littéralement des femmes [...]* »<sup>766</sup>. Même cette plainte de salarié n'a pas débouché sur une sanction<sup>767</sup>.

En tout cas, les SMSP qui ont été impliquées dans la fusillade des civils en Irak, ont pu bénéficier du soutien du Département d'Etat « *envers et contre tout* »<sup>768</sup>.

## **B/. Les difficultés pratiques de poursuivre les SMSP en tant que personne morale**

Le problème de poursuivre les sociétés militaires et de sécurité privées dans la pratique est leur identification. Elles sont caractérisées par l'instabilité dans leur existence.

---

<sup>763</sup> FRYDMAN (Benoît) et HENNEBEL (Ludovic), « *Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique* », op cit, p. 79.

<sup>764</sup> HENNEBEL (Ludovic), « *Le forum shopping transnational et l'Alien Tort Statute* », in *Le forum shopping en droit international des droits de l'homme*, J-F. Flauss, S. Touzé (dir), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 109-138.

<sup>765</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 209.

<sup>766</sup> Traduction de CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 230

<sup>767</sup> Idem.

<sup>768</sup> OLSSON (Christian), « *Les relations houleuses entre SMP et tenants de la doctrine de contre-insurrection* », op. cit, p. 68.

D'abord, pour leur domiciliation, elles peuvent s'installer dans des paradis fiscaux où elles apparaissent « *sous un panneau neutre, mentionnant une société de services sans plus, mais déchiffrable par les initiés* »<sup>769</sup>.

Ensuite, au cours de leur existence, les SMSP comme n'importe quelle société, sont concernées par le phénomène des absorptions. Ainsi, *Vinnel Corporation* a été rachetée en 2002 par *Northrop Grumman*<sup>770</sup> évoluant dans les domaines aériens et spatiaux. Certaines vont même jusqu'à agir via des sociétés écran<sup>771</sup>. Cela évoque la nébulosité autour de l'utilisation des sociétés militaires et de sécurité privées. L'exemple type est la contradiction dont l'ONU fait preuve, elle qui les utilise et qui est la première à condamner leurs activités<sup>772</sup>. En effet, en juillet 1998, la presse sud africaine a révélé que *Lifeguard*, une filiale d'*Executive Outcomes* travaillait directement pour les Nations unies en Sierra Leone, même s'il s'agissait d'un service de gardiennage<sup>773</sup>. Les Etats ne sont pas restés, d'autant plus que les contrats sont classés confidentiels<sup>774</sup> et que sur le terrain, les membres des SMSP ne portent pas de signes distinctifs. D'autres sociétés appartiennent à un holding où se mêlent activités militaro-sécuritaires et autres telles que génie civil, transport, purification de l'eau, etc. On peut citer le cas d'*Executive Outcomes* qui appartenait au holding dénommé « *Strategic Resources Corporation* » (SRC) enregistré à Lynnwood près de Pretoria en Afrique du sud. Dans ce vaste ensemble, les tâches du groupe qui viennent d'être citées, sont distribuées aux différentes sociétés qui le composent. Cela a permis à *Executive Outcomes*, après son retrait d'Angola, de maintenir sa présence sous une forme civile et économique par le truchement joint-venture avec les sociétés angolaises. En plus d'appartenir à un holding situé en Afrique du sud, *Executive Outcomes* était enregistrée au Royaume uni où elle était intégrée dans un autre holding, la *Plaza 107*. Ce qui lui a permis d'ailleurs, après sa dissolution suite à la loi sud africaine de 1998, de continuer ses activités<sup>775</sup>. Ses anciens employés dans sa partie sud africaine ont été recrutés dans d'autres sociétés.

---

<sup>769</sup> PARIS (Henry) Général, « *Le renouveau du mercenariat dans les relations internationales* », op. cit, p. 91.

<sup>770</sup> *Northrop Grumman* note bien dans son site que *Vinnell Corporation* est bien une de ses filiales. Voir, *Northrop Grumman awarded \$ 48 Millions Contract to train New Iraqi Army*. Consultable sur : [http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news\\_releases.html?d=42207](http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news_releases.html?d=42207). Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>771</sup> BANEGAS (Richard), « *De la guerre au maintien de la paix. Le business mercenaire* », op. cit, p. 192.

<sup>772</sup> PARIS (Henry) Général, « *Le renouveau du mercenariat dans les relations internationales* », op. cit, p. 94.

<sup>773</sup> BANEGAS (Richard), « *De la guerre au maintien de la paix. Le business mercenaire* », op. cit, p. 188.

<sup>774</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 175.

<sup>775</sup> *Ibid.*, p. 86.

Enfin, les SMSP changent de dénomination et de dirigeants et peuvent donner l'apparence d'avoir disparu. Ainsi, *Blackwater USA* créée en 1997 est devenue en octobre 2007 *Blackwater Worldwide* puis après les incidents de Bagdad, elle est rebaptisée « *Xe* » en février 2009<sup>776</sup> avec le départ des « *pères fondateurs* ». Elle est rebaptisée « *Academi* » en 2011. Mais le pire est la disparition totale de la société. Pour illustration, *Your Solutions*, une société de recrutement basée au Honduras mais dont le siège se trouvait à Chicago, en contrat avec *Triple Canopy* une SMSP américaine, a mis la clé sous la porte. Ce qui fait que les salariés envoyés en Irak n'ont pas pu recevoir les salaires qui devaient leur être versés à leur retour au Honduras<sup>777</sup>.

Tous ces changements ne facilitent pas leur incrimination dans la mesure où aucune sanction ne peut être prononcée pour le moment par une juridiction internationale. Pour que le juge national saisi puisse les inculper, il va falloir les identifier, ce qui est loin d'être facile. La confidentialité de leurs contrats n'aidera pas l'enquête et la société peut licencier ses employés et en devenir une autre.

La difficulté d'engager leurs responsabilités est due à l'inexistence de règles spécifiques applicables aux activités des SMSP. Ces dernières se trouvent dans une situation juridique qui n'est pas encore clairement déterminée. C'est ainsi qu'il convient de s'intéresser aux perspectives pour un encadrement juridique spécifique. Cet encadrement spécifique est en pleine construction. De nouvelles règles sont adoptées et il existe des réglementations en état de projet. Toute cette évolution va faire l'objet d'une appréciation pour mesurer l'efficacité des nouvelles règles vis-à-vis des activités des SMSP. Le but est de déceler leurs limites pour pouvoir proposer des solutions.

---

<sup>776</sup> OLSSON (Christian), « *Les relations houleuses entre SMP et tenants de la doctrine de contre-insurrection* », in *Sécurité globale, Dossier Privatisation de la guerre*, (dir) Jean Louis ROTRUBIN, Paris, juin 2009, p. 68.

<sup>777</sup> CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op cit, p. 193.

## **Deuxième partie : Les limites des évolutions normatives en cours en matière d'encadrement approprié**

Les premiers textes relatifs aux activités militaires et sécuritaires qui commencent à voir le jour ont pour but d'encadrer l'externalisation plutôt que de l'interdire. Cela illustre bien un début d'acceptation des missions accomplies par les entités non étatiques. Pourtant, comme cela a été exposé précédemment, des problèmes sont souvent posés par les interventions des SMSP en matière de violation des droits de l'homme et de droit international humanitaire sans qu'une réponse juridique pertinente soit apportée<sup>778</sup>. Certes, les activités des prestataires ont des inconvénients<sup>779</sup> mais leurs clients trouvent des intérêts considérables à les engageant. En effet, les Etats cherchent des opportunités dans l'externalisation en vue de réduire leur budget de la défense et de recentrer les militaires sur les activités de combats. L'externalisation s'impose davantage comme une norme internationale<sup>780</sup>. Le recours à des sociétés privées pour assurer des tâches jadis, réalisées accessoirement par les forces publiques, est une tendance qui se pérennise dans la pratique au moment où elle est mal appréhendée par le droit.

Force est de constater que dans une telle situation, l'encadrement spécifique devient une nécessité<sup>781</sup>. C'est dans ce sens que quelques initiatives ont pu être prises<sup>782</sup>. C'est le cas par exemple du Comité d'experts de dix-sept Etats qui a adopté en 2008 une Déclaration dénommée « *le Document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées* »<sup>783</sup>. Dans ce texte, sont rappelées les obligations internationales devant

---

<sup>778</sup> CUSUMANO (Eugenio), « *Regulating private military companies: a multifaceted and multilayered approach* », in EUI Working Papers, AEL 2009/11, Priv-war Project, p. 2. Consultable sur [priv-war.eu](http://priv-war.eu). Dernière visite le 20 septembre 2013.

<sup>779</sup> Voir le Document de Sandline « *Private military companies: independent or regulated* », in "White Papers". Document disponible sur le site de Sandline International au lien suivant : <http://www.sandline.com/site/>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>780</sup> ROCHE (Jean-Jacques), « *Des gardes suisses à Blackwater. Mercenaires et auxiliaires d'hier et d'aujourd'hui* », Etudes de l'IRSM, 2009, p. 7.

<sup>781</sup> MAHIU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 277.

<sup>782</sup> QUIRICO (Ottavio), « *National regulatory models for PMSC's and implications for future national regulation* », in EUI Working Papers, Max Weber Programme, 2009/25, p. 9. Disponible sur : [priv-war.eu](http://priv-war.eu). Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>783</sup> La réunion s'est tenue dans la ville de Montreux en Suisse le 17 septembre 2008 entre l'Afghanistan, l'Afrique du sud, l'Allemagne, l'Angola, l'Australie, l'Autriche, le Canada, la Chine, les Etats-Unis, la France, l'Irak, la Pologne, le Royaume-Uni, la Sierra Leone, la Suède, la Suisse et l'Ukraine. Cf. BALMOND (Louis), « *Observations sur le document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux*

s'appliquer au niveau de l'emploi des sociétés militaires et de sécurité privées ainsi que la responsabilité pouvant résulter des manquements tant des Etats que des sociétés et de leurs employés dans le cadre de l'externalisation<sup>784</sup>. Ce document contient des indications qui seront utiles pour l'éventuelle conclusion d'un traité. Ce dernier est précisément, d'ailleurs, l'objet d'une autre initiative d'encadrement mise en place par l'Organisation des Nations unies. Il s'agit d'une convention internationale relative aux activités des sociétés militaires et de sécurité privées dont la rédaction est confiée à un « *Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité privées* »<sup>785</sup>.

Cette convention internationale et le Document de Montreux n'ont pas pour seule vocation d'établir des règles en vue contrôler les sujets classiques de droit international que sont les Etats et les organisations internationales. Ils sont adoptés également dans le but d'encourager ou d'imposer à l'intérieur des Etats, selon qu'il s'agit de règles contraignantes ou non, la réglementation des activités des SMSP. Au niveau régional, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe ont élaboré chacun un projet de réglementation des activités des SMSP. L'objectif est de favoriser l'entente des Etats d'un même espace géographique sur une question abordée individuellement dans les législations internes. Parallèlement à ces initiatives internationales, les sociétés ont élaboré des codes de conduite pour agir dans la prévention, en établissant des normes qui dictent des comportements sur le terrain.

Toutefois, les règles déjà adoptées telles que le Document de Montreux et les codes de conduite des SMSP sont non contraignantes. A ces différents titres, leur efficacité ne saurait apporter toutes les attentes en termes de normativité. Dans l'état actuel de la réglementation, le processus de l'encadrement juridique spécifique des activités des SMSP est inachevé. Beaucoup de projets de réglementation sont en cours de réalisation.

---

*bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées* », in RGDIP, 2009, n°1, Tome 113, Paris, Pedone, p. 119.

<sup>784</sup> BALMOND (Louis), « *Observations sur le document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées* », op. cit, pp. 113-124.

<sup>785</sup> Assemblée générale des Nations unies, Conseil des Droits de l'homme, Quinzième session, Point 3 de l'ordre du jour, « *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement* », Résolution A/HRC/RES/15/26 du 7 octobre 2010. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/167/143/PDF/G1016743.pdf?openElement>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

Puisqu'il importe à ces toutes règles présentes et à venir d'être pertinentes et efficaces pour encadrer toute cette industrie, il est nécessaire de les analyser pour identifier leurs atouts et leurs faiblesses. Dans cette optique de la recherche de la pertinence, la réflexion sur une réglementation envisageable peut apporter une réponse théorique et didactique en vue de mieux réguler les activités des SMSP. Une telle réglementation ne saurait épouser la tradition internationale de la prohibition<sup>786</sup>. Elle s'inscrit dans une « *régulation-encadrement* » et proposera un statut ainsi que les domaines dans lesquels l'externalisation peut être permise ou ne peut pas l'être. Mais avant de s'y intéresser, il convient au préalable d'analyser l'efficacité des processus déjà engagés.

## **Titre I : Les attentes en termes de normativité non encore atteintes**

L'encadrement spécifique des activités des SMSP est un processus enclenché et quelques règles commencent à être adoptées. Ces nouvelles normes peuvent être classées en deux catégories. La première est caractérisée par la contrainte et c'est le Projet de convention des Nations unies et celui du Conseil de l'Europe qui l'incarnent. La seconde est constituée par les initiatives non contraignantes que sont le Document de Montreux, le projet de réglementation de l'Union européenne et les mécanismes d'autorégulation. Ces deux catégories de règles représentent des options d'encadrement différentes. La régulation contraignante se base sur un dispositif de sanctions qui intimiderait ceux qui auraient des velléités de commettre des infractions. Quant aux normes souples, elles se positionnent dans la prévention en persuadant les acteurs de se conduire le mieux possible pour ne pas enfreindre les règles gouvernant leurs activités.

Cependant, chaque option de réglementation présente un objectif particulier pour ses auteurs. Il est intéressant de les apprécier à l'aune de leur efficacité par rapport aux activités des SMSP. En effet, leur finalité est de corriger les lacunes juridiques constatées dans ce secteur de l'industrie militaire privée. Elles se doivent donc d'être à la hauteur de leur objet. C'est dans ce sens qu'il convient de s'intéresser d'abord aux initiatives de réglementations contraignantes et ensuite aux mécanismes d'autorégulation.

---

<sup>786</sup> Voir *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, § 13. Ce Rapport est présenté le 5 juillet 2010, *Président-Rapporteur* : M. José Luis Gómez del Prado, Résolution A/HRC/15/25. Disponible sur : [http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25_fr.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.



## Chapitre I : Les initiatives de réglementations contraignantes

Dans cette option de réglementation contraignante, deux projets de convention vont être analysés. Il s'agit de celui des Nations unies et de celui du Conseil de l'Europe. Mais il faut d'emblée préciser que le projet de l'ONU est beaucoup plus abouti car un traité est déjà esquissé, ce qui n'est pas en ce cas en Europe, pour ce qui est de son organisation de coopération. Les deux projets seront étudiés tour à tour.

### Section I : Le Projet de convention internationale des Nations unies sur les activités des SMSP

Un Groupe de travail<sup>787</sup> a été mis sur pied par la Commission des droits de l'homme des Nations unies en juillet 2005 pour rédiger un projet de convention internationale en vue d'encadrer les activités des SMSP. Le projet a été publié en annexe aux rapports rendus par le Groupe en juillet et août 2010<sup>788</sup>. Son approche d'encadrement ne vise pas à interdire les activités de prestations de services de sécurité et militaires. Selon le Groupe de travail, l'objet de la régulation est d'établir des règles internationales qui « *permettent aux Etats de réglementer les activités des prestataires privés et de mettre en place un mécanisme de contrôle* »<sup>789</sup>. Ce Projet de convention est destiné à devenir une norme contraignante<sup>790</sup>. Il contient donc des obligations assorties de sanctions en cas de non respect de ses dispositions pertinentes. Ainsi, il se doit donc d'être suffisant en n'omettant aucun aspect des activités des

---

<sup>787</sup> Voir l'historique de la création du Groupe au lien suivant : <http://www2.ohchr.org/french/issues/mercenaries/>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>788</sup> Voir : [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/A.HRC.RES.15.25\\_fr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/A.HRC.RES.15.25_fr.pdf). Dernière visite le 29 septembre 2013.

<sup>789</sup> Selon le rapport en date 25 août 2010 rendu par le Groupe de travail chargé de rédiger le Projet de convention, « *La création d'un nouvel instrument juridique contraignant ne vise pas à interdire les sociétés militaires et de sécurité privées, mais à établir des normes internationales de base qui permettent aux Etats parties de réglementer l'activité de ces sociétés et de leur personnel et de mettre en place un mécanisme de contrôle international* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, Rapport sur l'« *Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination* », A/65/325, 25 août 2010, § 54.

<sup>790</sup> C'est ce qu'a réitéré le § 4 de la Résolution de l'Assemblée générale A/HRC/RES/15/26 en date du 7 octobre 2010 consacré au « *Groupe intergouvernemental chargé d'examiner la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité privées* » : « *créer un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé d'examiner la possibilité d'élaborer un cadre réglementaire international, y compris, entre autres, l'option consistant à élaborer un instrument juridique contraignant relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité, y compris leur responsabilité, en tenant compte des principes, des principaux éléments et du projet de texte proposés par le Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* ». Cette Résolution est consultable sur : <http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/167/43/PDF/G1016743.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

SMSP mais en faisant disparaître l'impunité. Il se veut également un instrument efficace pour la prévention des violations de droit international humanitaire et des droits de l'homme, grâce à un système de sanction élaboré pouvant décourager d'éventuels auteurs de faits incriminés<sup>791</sup>. C'est dans ce cadre que ses dispositions contraignantes sont conçues pour tendre vers une grande efficacité, car leur force obligatoire peut garantir leur application.

Cependant, le projet n'a pas été mis en place pour régler d'un coup toute la question de la régulation des activités des SMSP. Il est évident que certains aspects ne peuvent être règlementés que par les législations nationales. Les deux niveaux se complètent en effet. Une disposition de l'instrument international adopté pourra inciter les Etats à légiférer sur leur territoire comme cela existe dans les conventions relatives aux droits de l'homme et au droit international humanitaire<sup>792</sup>. Cela pourra éviter à la future convention d'être gonflée de détails qui risquent de la rendre compliquée à mettre en œuvre, car les Etats n'ont pas les mêmes réalités internes, quand bien même ils ont besoin d'adapter les normes internationales à leur tradition législative. Les règles supranationales expriment le cadre général harmonisé et les dispositions internes termineront le travail d'encadrement.

L'ensemble du Projet de convention veut répondre à des objectifs fixés par les rédacteurs mandatés. Il s'agira de voir ce que le contenu de cet instrument peut apporter dans la tentative d'encadrement des activités des SMSP. Mais avant cela, il convient d'en analyser le cadre formel.

---

<sup>791</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRH/18/32 présenté par José Luis Gómez Del Prado, 4 juillet 2011, § 78.

<sup>792</sup> Par exemple, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité (26 novembre 1968) dispose à son article IV que : « *Les Etats parties à la Conventions s'engagent à adopter toutes les mesures d'ordre législatif ou autre, qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes [...]* ». Voir : [treaties.un.org/doc/Treaties/1970/11/19701111%200240%20AM/Ch\\_IV\\_6p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1970/11/19701111%200240%20AM/Ch_IV_6p.pdf). Dernière visite le 15 septembre 2013. Autre exemple : L'Article 4 de la Convention contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumain ou dégradants (10 décembre 1984) dispose : « *1. Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture. 2. Tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité* ». Conventions consultable sur : [treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch\\_IV\\_9p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf). Dernière visite le 15 septembre 2013.

## **§ I : Une approche formelle axée sur des choix de régulation pertinents**

Le cadre juridique des activités des sociétés militaires et de sécurité privées doit être déterminé avec soin. La convention internationale est le meilleur moyen pour harmoniser les pratiques des Etats et celles des organisations internationales. En effet, les activités de ces sociétés dépassent souvent les frontières étatiques et deviennent de plus en plus incontournables<sup>793</sup>. Cela rend la coopération des Etats indispensable car, par exemple, pour poursuivre les auteurs des infractions et rassembler les preuves qui se trouvent souvent sur d'autres territoires, un seul Etat ne saurait agir tout seul<sup>794</sup>. Aussi, une convention internationale est-elle nécessaire pour constituer une espèce de « *loi supplétive* » et pour donner aux victimes la possibilité faire valoir leur droit à l'indemnisation.

La convention a l'avantage de fixer des principes communs applicables aux délégations de services de sécurité militaire. Elle permet aussi d'accroître la responsabilité des Etats et des organisations internationales, dans la mesure où elle crée de nouvelles obligations spécifiques en matière d'utilisation de services des SMSP et d'affiner le contrôle qu'il s'agit pour eux d'exercer sur les prestataires<sup>795</sup>. Sans harmonisation incarnée par une réglementation internationale, il y aura un fort risque de développement du *forum shopping*<sup>796</sup>. Cela signifie que les SMSP vont chercher à s'installer dans les pays où la réglementation est favorable et où, quelques fois, il n'y a même pas d'encadrement<sup>797</sup>. Le *forum shopping* ne favorise pas le respect des droits de l'homme car il constitue une espèce d'échappatoire à la contrainte.

---

<sup>793</sup> « CIA hires Xe, formerly Blackwater, to guard facilities in Afghanistan, elsewhere », The Washington Post, 24 juin 2010.

<sup>794</sup> L'un des buts de la Convention prévus à l'article 1 est de « *Promouvoir la coopération entre les Etats s'agissant d'autoriser et de réglementer les activités des SMSP pour faire face plus efficacement aux difficultés qui peuvent entraver l'exécution intégrale de leurs obligations en matière de droit de l'homme, y compris le droit à l'autodétermination* ».

<sup>795</sup> Le premier but de la Convention est de « *réaffirmer et renforcer la responsabilité de l'Etat en matière d'emploi de la force et [...] protéger et réaliser les droits de l'homme, et d'offrir des recours en cas de violation des droits de l'homme* ».

<sup>796</sup> Alexander (KERRY) and BOHM (Alexandra), « *The regulatory Framework for PMSCs: Problems and Perspectives* », Report on the Sheffield Workshop, in *Priv-war, Regulating privatisation of "war". The role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights*, 28 may 2009. Disponible sur <http://priv-war.eu/>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>797</sup> Sandline International était consciente de ce problème et a publié un article sur son site internet où il est noté que : « *However, PMCs can become very nomadic in order to evade nationally applied legislation which they regard as inappropriate or excessive* ». Cf, Sandline International « *Private military companies- Independent ou regulated ?* ». Consultable sur : [www.sandline.com](http://www.sandline.com). Dernière visite le 03 septembre 2013.

Toutefois, cette approche visant à réunir les Etats autour d'une convention internationale pour encadrer les activités des sociétés militaires et de sécurité privées, est la même que celle qui présidait à la rédaction de la *Convention sur l'Interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des Armes Chimiques et sur leur utilisation*<sup>798</sup>. L'intérêt général de maîtriser les armes chimiques avait poussé les Etats à adopter la convention précitée. Les Etats parties y avaient pris l'engagement, entre autres, de ne plus fabriquer, acquérir ou stocker des armes chimiques et également de les détruire. L'article 7 prévoit une application des dispositions de la convention avec la production de plans détaillés de destruction des armes détenues. De la même manière, dans le cadre du Projet de convention sur les activités des SMSP, les Etats parties s'engagent à utiliser les services de ces prestataires dans le respect du droit international des droits de l'homme et du droit humanitaire<sup>799</sup>. Leurs engagements se traduisent par une volonté d'encadrer les activités des sociétés militaires et de sécurité privées par des règles plutôt que de les interdire. Tel est l'objet de la nouvelle convention.

#### **A/. L'encadrement contraignant des activités des SMSP**

La convention est conçue pour « *réglementer les activités des SMSP et de leurs sous-traitants* ». Pour cela les Parties contractantes veulent « *s'entendre sur des normes juridiques internationales minimales* ». Il s'agira, en clair, pour le traité de déterminer les conditions dans lesquelles les missions qu'elles confient aux SMSP seront exécutées conformément au droit international. En effet, en vertu de l'article premier alinéa 2 du Projet de convention, « *Dans l'application de la présente Convention, les Etats Parties prennent toutes les mesures législatives, judiciaires et administratives nécessaires en application des dispositions en vigueur ou futures de leur législation interne pour garantir que les SMSP ne se livrent pas à des activités illégales ni n'utilisent arbitrairement la force* ».

L'obligation qui pèse sur les Parties pour prendre de telles mesures résulte de leur consentement à être liées par le Projet de convention. L'accord est porté par un instrument juridique contraignant, en l'occurrence le traité. Le choix de ce mode de réglementation est révélateur de la volonté des Nations unies de contenir les Etats ayant ratifié ou adhéré à cet instrument international à l'appliquer. L'article 41 du Projet de convention prévoit le

---

<sup>798</sup> La Convention est disponible sur le site de la Collection des traités des Nations unies au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/04/19970429%2007-52%20PM/Ch\\_XXVI\\_03p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/04/19970429%2007-52%20PM/Ch_XXVI_03p.pdf). Dernière visite le 30 septembre 2013.

<sup>799</sup> Préambule du Projet de convention.

consentement des Etats et des organisations internationales à être lié par le traité. Il dispose que : « *La présente Convention est soumise à la ratification ou à l'adhésion des Etats et à la confirmation formelle des organisations intergouvernementales qui l'ont signée. Elle sera ouverte à l'adhésion de tout Etat ou organisation intergouvernementale qui ne l'a pas signée* ».

C'est dire ici que dès lors que le traité entre en vigueur, les Etats et les organisations internationales qui sont liés par ses dispositions, l'appliquent de bonne foi en vertu de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

Ainsi, les parties à la convention devront mettre en œuvre son objet c'est-à-dire, l'encadrement juridique de la délégation des services de sécurité et militaires par les Etats et les organisations internationales aux sociétés privées et leurs sous-traitants (article 1 du Projet de convention). Cette approche permet d'aborder la question des SMSP spécifiquement en laissant de côté celle des mercenaires individuels. On observe, malgré tout, que les intitulés des rapports du Groupe de travail chargé de rédiger le Projet de convention restent génériquement libellés « *utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* ». Cela n'empêche pas que la part des choses soit faite dans la distinction entre les SMSP et les mercenaires. Le Groupe de travail l'a mise en exergue dans le rapport de juillet 2011 en affirmant que « [...] *le droit international n'offre pas une réglementation suffisante des activités des SMSP. Etant acteurs non étatiques, elles ne sont pas directement soumises aux obligations internationales [...], leurs employés ne peuvent pas, en général, être considérés comme des mercenaires selon la définition donnée de l'article 47 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève [...]* ». En effet, les conditions posées dans l'article 47 sont cumulatives. Si l'on prend l'exemple de la participation directe au conflit, force est de constater que, de nombreuses sociétés fournissent des services de sécurité non armés<sup>800</sup>. C'est le cas de *CACI* et *TITAN*<sup>801</sup> qui ne fournissent que des services d'interprétariat et des interrogatoires dans les prisons.

---

<sup>800</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op. cit, p. 182.

<sup>801</sup> *TITAN* a assuré près de 7 300 interprètes et interrogateurs à l'armée américaine en Irak. Cf, BRICET DES VALLONS (Georges-Henry), « *Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose* », op. cit, p. 37.

Cette mise au point dans l'objet du Projet de convention est essentielle et le champ d'application va procéder à la fixation des contours de l'encadrement juridique des activités des SMSP.

## **B/. Un champ d'application suffisamment délimité**

Le champ d'application désigne les situations de fait ou de droit et les personnes auxquelles un acte s'applique. C'est un point très important pour toute forme de réglementation. Dans le Projet de convention, il figure à l'article 3.

### **a). Les Etats et les organisations internationales comme seules parties admissibles à la convention**

En vertu de l'article 3 du Projet, « *La Convention s'applique aux Etats et aux organisations intergouvernementales [...]* ». Les auteurs du texte ont délibérément prévu que les obligations contenues dans l'instrument international s'adressent uniquement aux parties à la convention et en ont exclu toute autre entité. En effet, il s'agit de régler le comportement des Etats et des organisations internationales dans le cadre de l'externalisation, pour qu'il soit conforme à des valeurs communes de la Communauté internationale.

Le Projet de convention fixe des obligations internationales à l'endroit des Etats et des organisations internationales<sup>802</sup>. Le Groupe de travail considère que « *la principale responsabilité devait incomber aux Etats parties à la convention et aux organisations intergouvernementales qui adhèreraient à l'instrument* »<sup>803</sup>. Cela ne veut pas dire que les sociétés militaires et de sécurité privées et leurs membres ne devraient avoir aucune obligation dans le cadre de leurs activités. En réalité, aucune obligation internationale directe n'est prévue pour elles dans le Projet. Mais en vertu de l'article 1 § 2, « *dans la l'application de [la] [...] Convention* », il appartiendra donc « *aux Etats parties* », de mettre en place des règles internes pour que les objectifs de la réglementation internationale des activités des SMSP soient atteints. Ces règles internes vont incontestablement prévoir les procédures de conclusion et d'application des contrats, qui sont d'excellents moyens d'imposer aux prestataires le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Le texte est tourné vers le meilleur procédé possible pour garantir le respect des droits de l'homme. Le droit international n'exige le respect des droits humains qu'aux Etats, individuellement ou

---

<sup>802</sup> En vertu de l'article 3 du Projet de convention « *La présente Convention s'applique aux Etats et aux organisations intergouvernementales dans la limite de leur compétence en ce qui concerne les SMSP, leurs activités et leur personnel. Les références aux « Etats Parties » dans la présente Convention visent aussi les organisations intergouvernementales dans la limite de leur compétence* ».

<sup>803</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, présenté par José Luis Gómez Del Prado, 5 juillet 2010, A/HRC/15/25, § 75.

collectivement dans le cadre d'une organisation internationale. Le Préambule du Projet de convention réaffirme « *les principes et règles des droits de l'homme et du droit international humanitaire* ». Le champ d'application s'inscrit dans la logique de permettre aux Etats et aux organisations internationales de faire du mieux possible pour respecter leurs obligations internationales même s'ils externalisent certaines de leurs fonctions « *dans la limite de leur compétence* ».

Il faut remarquer de prime abord, qu'avant ce projet d'encadrement, beaucoup d'Etats n'avaient pas adopté de législations spéciales sur les sociétés militaires et de sécurité privées. Ceux qui l'ont fait, disposent d'un encadrement très inefficace. La première raison est le problème de la compétence juridictionnelle des tribunaux nationaux concernant des affaires présentant des aspects d'extranéité. Il s'agit en fait du caractère transnational de certaines activités des prestataires privés. Aux Etats-Unis, par exemple, les textes en vigueur n'ont pas empêché que les SMSP engagées commettent des violations des droits de l'homme et n'ont pas non plus permis de sanctionner toutes les sociétés traduites devant la justice. Certaines peuvent échapper à des sanctions<sup>804</sup>. La seconde raison d'inefficacité est le manque de rigueur dans la sélection des sociétés auxquelles sont confiées certaines missions. Beaucoup de sociétés ont recruté des personnes physiques qui ont un lourd passé en matière de violation des droits de l'homme, de par leur séjour dans des armées sous des régimes de dictature ou ségrégationnistes<sup>805</sup>. La famille des Nations unies utilise les services des sociétés militaires et

---

<sup>804</sup> Par exemple, en matière civile, l'application de l'*Alien tort Claim Act* est écartée en cas d'action conjointe entre la SMSP et l'Etat américain comme ce fut le cas lorsque *DynCorp International*, une SMSP américaine était utilisée dans le cadre du Plan Colombie. Ce Plan de lutte anti drogue mené par les Etats-Unis et la Colombie consistait à détruire les champs de coca. L'opposition des FARC à cette opération avait nécessité la mise en place de forces sécuritaires dont la Colombie ne disposait pas. Ce qui a abouti à l'engagement de *DynCorp*. L'action portée par les victimes de l'épandage des produits chimiques qui leur avaient causé des dommages sanitaires et environnementaux, avait été écartée par le juge de Caroline du Sud. Voir cette décision sur : [http://www.iradvocates.org/DynCorp\\_Decision.pdf](http://www.iradvocates.org/DynCorp_Decision.pdf). Dernière visite le 03 septembre 2013. Autre illustration : la responsabilité pénale des personnes morales n'existe que dans le cadre de la Corruption. C'est une loi appelé « *anti bribery Act* » officiellement « *Foreign Corrupt Practices Act* ». Pour consulter cette loi, voir : <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/frgnrpt.pdf>. Dernière visite le 05 septembre 2013. Ce qui fait qu'en dehors de la corruption, il sera très difficile de sanctionner pénalement une personne morale de droit privé dans le droit interne américain.

<sup>805</sup> L'exemple le plus frappant est celui de la création d'*Executive Outcomes*, la SMSP sud africaine. Vers la fin de l'Apartheid, la plupart des unités et organismes de l'armée de la Police de mauvaises réputations à cause de leur brutalité étaient dissouts, dont le 32<sup>ème</sup> Bataillon. Ce dernier, appelée aussi « *Buffalo Battalion* », était composé de ressortissants angolais expulsés de la guerre civile dans leur pays et qui furent encadrés par des officiers sud africains. L'Unité servait à écraser les révolutionnaires namibiens la SWAPO (West African People Organisation). Eeben Barlow qui a créé *Executive Outcomes* était membre de ce 32<sup>ème</sup> Bataillon. La dissolution de ces unités et organismes va libérer des techniciens et spécialistes désœuvrés que les SMSP ne tarderont pas à recruter. Cf, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique : Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 16 et suivantes.

de sécurité sans que l'organisation ne mette en place une politique spéciale sur ce plan<sup>806</sup>. La responsabilité des organisations internationales mais aussi celle des Etats restent floues sur l'utilisation des services des SMSP. En effet, les projets d'articles respectifs relatifs à leur responsabilité internationale ne prévoient pas expressément l'attribution du comportement d'une SMSP et/ou de ses membres à l'organisation ou à l'Etat employeur<sup>807</sup>. L'organisation mondiale externalise certaines tâches lors de ses interventions dans des zones de conflits armés. Les sociétés prennent très au sérieux le fait de travailler pour l'ONU car cela leur procure une belle image.

Ensuite, l'utilisation des SMSP par les Etats et les organisations internationales « [...] *dans la limite de leur compétence* [...] », signifie que tous les domaines ne seront pas « externalisables ». Dans son article 1 § 1 a), la convention réitère « *l'importance du monopole étatique de l'emploi légitime de la force* [...] ». Cela dit, un noyau dur de fonctions interdites aux prestataires privés est mis en place dans le cadre du Projet. Les dispositions parlent de fonctions « *intrinsèquement étatiques* » définies à l'article 2 comme étant « *les fonctions qui répondent au principe du monopole de l'Etat sur l'emploi légitime de la force et qu'un Etat ne peut en aucunes circonstances sous-traiter ni déléguer à des SMSP* »<sup>808</sup>. Le texte a donné une liste de ces fonctions<sup>809</sup> mais ajoute à la fin de l'énumération « *et les autres fonctions qu'un Etat partie considère comme étant des fonctions intrinsèquement étatiques* ». En procédant de cette manière, la convention sort de son objectif de « *promouvoir la coopération entre les Etats s'agissant d'autoriser et de régler les activités des SMSP* », car les parties auront forcément des conceptions différentes de ce qu'elles considèrent comme étant des « *fonctions intrinsèquement étatiques* »<sup>810</sup>. Ce qui compliquera sans doute l'application des dispositions de la convention.

---

<sup>806</sup> Assemblée générale des Nations unies, Rapport sur l'« *Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination* », A/65/325, 25 août 2010, § 11.

<sup>807</sup> Par exemple, le Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat n'a pas fait référence à la notion de société militaire et de sécurité privée, encore moins à celles qui lui sont proches comme la notion de « *sociétés transnationales* ». Il est à noter aussi que les SMSP n'ont pas acquis de qualifications juridiques officielles qui les rattacheraient plus facilement à des entités et personnes employées dans le Projet d'articles.

<sup>808</sup> Nous reviendrons plus amplement sur cette définition dans les pages suivantes consacrées au monopole de l'utilisation de la force légitime.

<sup>809</sup> Il en est ainsi de « *la participation directe à des hostilités, conduite d'une guerre ou d'opérations de combat, capture de prisonniers, élaboration de textes législatifs, espionnage, renseignement, transfert connaissances ayant des applications militaires, de sécurité ou de police, utilisation d'armes de destruction massive et autres activités relatives à de telles armes et les pouvoirs de police, en particulier les pouvoirs d'arrestation et de détention y compris les interrogatoires de détenus* ». Cf, Article 2 § i) du Projet de convention des Nations unies sur les activités des SMSP.

<sup>810</sup> Nous développerons cette notion dans les pages suivantes.

En tout état de cause, la délimitation des domaines « *externalisables* » et ceux qui ne peuvent l'être, est une avancée dans cette réglementation, dans la mesure où les sociétés militaires et de sécurité privées ne sauraient remplacer les Etats et les organisations internationales dans les fonctions de sécurité et de défense.

Toutefois, ces recours pratiqués dans une espèce de *no man's land* de règles spécialement adoptées pour encadrer les sujets de droit international qui externalisent leurs fonctions, ne garantissent en rien la diminution des risques de violation des droits de l'homme. Les auteurs du Projet de convention ont aussi voulu déterminer les situations de fait et de droit auxquelles s'applique la convention.

#### **b). La prise en compte des périodes de paix et des situations de conflits armés**

La convention sur les SMSP ne s'appliquera pas seulement aux parties contractantes mais également à des situations données. Il s'agit de toutes les situations qui concernent les délégations de services, « *qu'elles soient ou non définies comme un conflit armé* ». Ce qui fait donc que les périodes de paix comme celles de conflits armés sont prises en compte. C'est la meilleure façon de procéder dans l'encadrement. En effet, toutes les situations peuvent potentiellement présenter des risques de violation des droits de l'homme. Une autre raison est que les SMSP et leurs membres interviennent aussi bien en période de conflit armé qu'en période de paix. Il ne saurait être possible de limiter la délégation de services à une période donnée. Les SMSP sont de plus en plus sollicitées car elles ont des compétences qui commencent à manquer dans les rangs des forces armées et des polices nationales. La plupart de leurs membres sont des anciens militaires de forces spéciales, des unités de renseignement ou des anciens salariés de sociétés de fabrication d'armes sophistiquées. A ce titre, ils maîtrisent les techniques de la maintenance de certaines armes, ou bien ils sont capables d'assurer la formation de leurs futurs utilisateurs. En plus, les forces privées peuvent intervenir dans un délai relativement bref par rapport aux forces publiques car elles n'ont pas besoin de procédures administratives lourdes. Le fait que le Projet de convention s'applique à toutes situations « *qu'elles soient ou non définies comme un conflit armé* » a l'avantage d'en élargir le champ d'application. D'ailleurs, ces situations sont appelées à devenir de plus en plus nombreuses. En effet, les domaines dans lesquels les SMSP sont attendues forment une liste qui s'allonge au fur et à mesure. C'est le cas par exemple de la piraterie, des catastrophes naturelles, de la lutte contre le narcotrafic, de la formation, etc. La convention a un côté prévisionnel à travers cette disposition. Le Groupe de travail qui était chargé de rédiger la

convention a précisé dans son rapport du 5 juillet 2010 que « *le projet de convention devait être le plus large possible et couvrir toutes les situations, pas uniquement les conflits armés, de manière à prendre en compte l'évolution constante de l'éventail d'activités menées par les SMSP dans les contextes de plus en plus divers et partout dans le monde* ».

Ceci étant, dans les situations de fait et droit auxquelles s'appliquent les dispositions pertinentes de la convention, les délégations de fonctions faites par les Etats et les organisations internationales doivent suivre un certain nombre de règles établies dans les différents chapitres de l'instrument international. Ces règles sont appréciées ici à l'aune de leur efficacité.

## **§ II : Des règles d'encadrement d'une efficacité limitée**

Ces règles sont contenues dans les deuxième, troisième, quatrième et cinquième parties du texte de la convention. Elles ont trait aux normes de transparence, à la mise en œuvre du contrôle exercé par les parties sur les SMSP, au maintien du monopole de l'Etat dans l'emploi de la force et à la responsabilité des Etats et des organisations internationales sur leur manquement à leurs obligations internationales.

### **A/. Mise en place de règles de transparence plus incitatives que contraignantes**

Dans une situation où il n'y a pas de réglementation, le recours aux services de prestataires par les Etats et les organisations internationales reste nébuleux. En effet il n'y a de fait aucune obligation d'enregistrement ni de délivrance de licence. Le Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires mis en place par les Nations unies, note même que les institutions de l'organisation mondiale utilisent les SMSP « *sans qu'il existe une politique qui détermine les conditions dans lesquelles le recours à ces privés est fait* »<sup>811</sup> et même dans le cadre de la coopération régionale prévue au chapitre VIII de la Charte<sup>812</sup>, des organisations régionales privatisent certaines missions<sup>813</sup>. Beaucoup d'Etats délèguent certaines de leurs fonctions aux

---

<sup>811</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit à l'autodétermination*, A/65/325, 25 août 2010, § 30.

<sup>812</sup> Article 52 de la Charte des Nations unies (Chapitre VIII) « *Aucune disposition de la présente Charte ne s'oppose à l'existence d'accords ou d'organismes régionaux destinés à régler les affaires qui, touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales, se prêtent à une action de caractère régional, pourvu que ces accords ou ces organismes et leur activité soient compatibles avec les buts et les principes des Nations Unies* ». Cf, Charte des Nations unies, voir le lien suivant : <http://www.un.org/fr/documents/charter/chap8.shtml>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>813</sup> La SMSP américaine *DynCorp International* affiche sur son site internet qu'elle assure la formation des troupes de l'Union africaine de l'AMISOM pour leur intervention en Somalie. Voir le lien suivant :

SMSP sans disposer d'une législation nationale dans ce domaine, parfois même dans le secret total<sup>814</sup>. La convention devrait donc contenir des mesures imposant aux sujets de droit international sous-traitant quelques unes de leurs activités, la mise en place de mécanismes de transparence et de filtrage. L'article 4 § 4 de la convention, consacré aux principes généraux, enjoint les parties contractantes à mettre en place, par le biais de mesures internes, des procédures en matière d'exportation et d'importation de personnels et de services militaires et de sécurité privés. Cette mesure de transparence est importante dans les domaines qui ont un impact sur la paix et la sécurité internationale comme le montre la Convention interaméricaine sur la transparence de l'acquisition des armes classiques qui dispose à son article III que « *Les Etats parties soumettent un rapport annuel au depositaire sur leurs importations et leurs exportations d'armes classiques au cours de l'année civile précédente ; ils fournissent des précisions en ce qui concerne les importations, sur l'Etat exportateur, la quantité et le type d'armes classiques importés ; ils fournissent aussi des précisions en ce qui concerne les exportations, sur l'Etat importateur, la quantité et le type d'armes classiques exportés. Tout Etat partie peut compléter ses rapports en y incorporant toute information supplémentaire jugée opportune, comme la désignation et le modèle des armes classiques* »<sup>815</sup>.

Les mécanismes de transparence permettent de faire savoir qui sont les acteurs, les conditions dans lesquelles les activités sont déléguées et quel type de contrôle est exercé sur les prestataires. L'article 4 § 2 demande à chaque partie contractante « *de veiller à ce que les*

---

[http://www.dyn-intl.com/media/5585/dy376\\_dy322\\_051811\\_somolia\\_casestudy.pdf](http://www.dyn-intl.com/media/5585/dy376_dy322_051811_somolia_casestudy.pdf). Dernière visite le 13 septembre 2013.

<sup>814</sup> Par exemple, le Gouvernement de Papouasie, lorsqu'il a signé le contrat avec la SMSP britannique *Sandline International* enregistrée au Bahamas, le Parlement local n'était pas informé, et toutes les négociations se sont déroulées dans un hôtel en Australie. Cf, KLEN Michel, *L'Odyssée des mercenaires*, op. cit, pp. 238-241. Lorsqu'aussi cette même *Sandline* signait avec le Président Ahmed Tejan Kaba de Sierra Leone pour la fourniture d'armement, les négociations s'étaient déroulées en Guinée loin du Parlement britannique. Quelques fonctionnaires du *Foreign Office* seulement étaient tenus au courant. C'est pourquoi, lorsque la presse a révélé ce trafic qui était en violation totale de l'embargo décrété par le Conseil de sécurité, il y a eu un véritable remous qui a ébranlé le Gouvernement de Tony Blair. En fait, la SMSP a sollicité des autorisations officielles à Londres et sa requête a été suivie par un silence de l'administration qu'elle a considéré comme un accord tacite. Finalement la société fut disculpée de cette affaire. Les articles de presse sont répertoriés dans le site de *Sandline international* au lien suivant : [http://www.sandline.com/hotlinks/sierra\\_leone.html](http://www.sandline.com/hotlinks/sierra_leone.html). Dernière visite le 13 septembre 2013. Voir, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 64. Voir aussi OLSSON (Christian) « *Vrai procès et faux débats : perspectives critiques sur les argumentaires de légitimation des entreprises de coercition para-privées* », op. cit, p. 29. Une enquête parlementaire a été menée par des parlementaires britanniques et leur rapport apporte des éclairages sur cette affaire. Cf, LEGG (Sir Thomas) and IBBS (Sir Robin), « *Report on the Sierra Leon Arms Investigation* », op. cit. Consultable sur le site à l'adresse suivante : <http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/files/kfile/report.pdf>. Dernière visite le 08 septembre 2013.

<sup>815</sup> Convention interaméricaine sur la transparence de l'acquisition des armes classiques, adoptée en 1999 et ratifiée par 19 Etats membres de l'Organisation des Etats américains. Consultable sur : <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-64.html>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

*SMSP dont elle loue les services soient formées en droit international humanitaire des droits de l'homme et en respectant les dispositions* » (sic). Il faut comprendre à travers cette disposition, que ce ne sont pas les personnes morales qui doivent suivre la formation mais leurs membres. La société militaire et de sécurité privée est responsable de l'acquisition de la formation par ses membres et l'Etat ou l'organisation internationale qui s'apprête à louer ses services doit lui en demander une preuve. La formation en droit international humanitaire et en matière de droits de l'homme est une forme de prévention à la commission d'infractions. Après s'être assurée d'un contrôle, que les connaissances nécessaires sont acquises par les personnes physiques qui exécutent les missions sur le terrain, la partie contractante pourra, en vertu de l'article 5 du Projet de convention, conclure avec la société un « *contrat* » ou un « *accord* » qui « *soient conformes au droit international humanitaire et des droits de l'homme* ». Cela veut dire que les dispositions du contrat doivent prévoir des obligations en matière de respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Pour l'Etat dans le territoire duquel les prestations vont avoir lieu, le respect des lois locales et le droit international sont des éléments pouvant figurer dans les contrats signés avec des SMSP. Ce respect doit être le fait de la société et de ses membres. En réalité, le contrat détaille les conditions dans lesquelles les délégations de service sont faites. Ainsi, par exemple, il peut renseigner sur la délivrance de licence, le choix de la société, le type d'arme autorisé pour la mission, la durée des activités, l'exigence du respect des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. Aux Etats-Unis, en vertu d'une Directive adoptée en 2006<sup>816</sup>, le Ministère de la défense exige des contractants qu'ils instituent et mettent en œuvre des programmes efficaces pour prévenir les violations du droit de la guerre par leurs employés et leurs sous-traitants, y compris la formation et la diffusion touchant ce droit en ces termes « *Ensure that contract work statements for contractors comply with the policies contained in this Directive and DoD Instruction (DoDI) 3020.41 (Reference (h)), and require contractors to institute and implement effective programs to prevent violations of the law of war by their employees and subcontractors, including law of war training and dissemination, as required by References (e) and (f)* »<sup>817</sup>.

---

<sup>816</sup> « *DOD Law of war Program* », US Department of Defense Directive, n°2311.01E, du 9 mai 2006. Consultable sur : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311\\_01e.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311_01e.pdf). Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>817</sup> Consultable sur : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311\\_01e.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311_01e.pdf). Dernière visite le 13 septembre 2013. Voir aussi, GILLARD (Emanuela-Chiara), « *Quand l'entreprise s'en-va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées et le droit international humanitaire* », op. cit, p. 202. Voir aussi, (Michael), « *Elements for contracting and regulating private security and military companies* », in *International review of the Red Cross*, Vol. 88, Number 863, September 2006, p. 642.

En vertu de ce texte, les Etats-Unis font respecter le droit international des conflits armés aux prestataires privés. La généralité du libellé de l'article 5 précité ne fait pas transparaître l'obligation des Etats de faire respecter les normes de droit international quand bien même ils confient leurs missions à des sociétés privées.

Par ailleurs, les parties sont libres de l'appellation du contrat qui les lie. Le contrat entre *Sandline International*, une SMSP britannique et l'Etat de Papouasie Nouvelle Guinée avait porté la mention « *Agreement* » qui signifie « *accord* ». Quelle que soit l'appellation, le lien juridique prend la forme contractuelle à cause du fait que la société n'est pas un sujet de droit international. L'exigence du contrat traduit l'idée de transparence mais il va falloir qu'il y ait publication du document. La transparence pourra servir alors les victimes qui seront en mesure de pouvoir saisir les juridictions compétentes et identifier la société qui est à l'origine de leur préjudice. L'article 5 § 2 prévoit que les parties à la convention doivent prendre des « *mesures législatives, administratives et autres pouvant être nécessaires pour garantir que les SMSP et leur personnel aient à répondre de leurs violations du droit international et des droits de l'homme* ». Pour cela, un contrôle doit obligatoirement être institué pour vérifier si le prestataire respecte les conditions du contrat et que ses activités respectent les règles du droit international général.

## **B/. Des règles de contrôle insuffisamment élaborées**

Le Groupe de travail a tenu à mettre en exergue la nature particulière des activités des SMSP qui ne sauraient être assimilées à des activités commerciales ordinaires qui se prêteraient facilement à une autorégulation. Il s'agit d'activités comportant un haut risque de violation des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Ces prestations particulières doivent être par conséquent encadrées<sup>818</sup> et pour cela, il doit y avoir deux stades de contrôle. Le premier est celui exercé par les dirigeants et administrateurs des SMSP sur leurs salariés ; le second est mené par l'autorité de l'Etat ou de l'organisation internationale qui délègue ses activités. Ces contrôles doivent permettre de s'assurer que les activités sous-traitées respectent la souveraineté des Etats et l'autodétermination des peuples d'une part, et

---

<sup>818</sup> Robert Gates, ancien Secrétaire à la défense des Etats-Unis avait reconnu en 2009 le manque d'encadrement des SMSP présentes en Irak en soulignant l'utilisation de prestataires privés « *without any supervision or without coherent strategy on how we were going to do it and without conscious decisions about what we will allow contractors to do and what won't allow contractors to do...and those are the areas I think especially we need to focus on first* ». Cf, SCHWARTZ (Moshe), SWAIN (Joyprada), « *Department of Defense Contractors in Afghanistan and Iraq: Background and Analysis* », CRS Report for Congress, Congressional Research Service, May 13, 2011, p. 20. Disponible sur [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 08 septembre 2013.

d'autre part, assurer et promouvoir le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

#### **a). Le respect des souverainetés des Etats et de l'autodétermination des peuples**

Les contrôles permettent de vérifier que les principes de droit international que sont la souveraineté des Etats et l'autodétermination des peuples soient préservés dans le cadre des activités des SMSP. Ces principes sont prévus dans la Charte des Nations unies. L'article 6 de la convention charge les parties de veiller à ce que les activités des prestataires ne portent pas « atteinte à la souveraineté d'un Etat, ou à son intégrité territoriale, ou qui aillent à l'encontre du principe de l'égalité souveraine, de l'obligation de ne pas intervenir dans les affaires intérieures des Etats et du principe de l'autodétermination des peuples ».

Si un tel contrôle est institué, c'est pour que les Etats se préservent d'agressions indirectes éventuelles, comme celles qui étaient menées via les mercenaires individuels. Des Etats étaient soupçonnés d'utiliser des mercenaires pour déstabiliser certains régimes politiques ou dicter leur volonté politique à d'autres Etats. Dans sa Résolution 405 du 14 avril 1977, le Conseil de sécurité avait condamné « toutes les formes d'ingérences extérieures d'Etats membres, y compris l'utilisation de mercenaires internationaux pour déstabiliser des Etats ou pour violer l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance des Etats »<sup>819</sup>. Au cours des années 60 et 70, les nouveaux Etats africains qui venaient d'accéder à l'indépendance ont souvent été attaqués par des bataillons de mercenaires et ils soupçonnaient les puissances coloniales d'être derrière ces agressions<sup>820</sup>. Des plaintes ont été portées devant le Conseil de sécurité des Nations unies par certains Etats africains. C'est le cas notamment du *Congo contre le Portugal*<sup>821</sup> et de la *Guinée contre le Portugal*<sup>822</sup>. Les mercenaires pouvaient aussi agir sans qu'aucun Etat ne les engage. D'où l'expression « baroudeurs » qui les qualifiait et qui traduisait le goût de l'aventure de certains d'entre eux. Parfois, l'Etat agresseur était difficile à trouver. C'est ce qui s'est passé en 1967 lorsque le Conseil de sécurité s'était réuni suite à l'attaque de *Kisangani* par des mercenaires. L'organe restreint de l'ONU s'était limité à dénoncer une ingérence étrangère.

---

<sup>819</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 405 du 14 avril 1977. Consultable sur : <http://www.un.org/fr/documents/scres.shtml>. Dernière visite le 01 septembre 2013.

<sup>820</sup> TERCINET (Josiane), « *Les mercenaires et le droit international* », op. cit, p. 280.

<sup>821</sup> Résolution 226 du 14 octobre 1966 (*Plainte du Congo contre le Portugal*). Consultable sur : <http://www.un.org/fr/documents/scres.shtml>. Dernière visite le 01 septembre 2013.

<sup>822</sup> Résolution 289 du 23 novembre 1970 (*Plainte de la Guinée contre le Portugal*). Consultable sur : <http://www.un.org/fr/documents/scres.shtml>. Dernière visite le 01 septembre 2013.

L'idée dans cette nouvelle convention est de faire en sorte que les activités des SMSP ne tombent pas dans ces dérives. L'utilisation des SMSP ne doit pas permettre à un Etat d'enfreindre les règles du droit international. Il en est de même pour l'Etat contractant. C'est pourquoi, l'alinéa 2 de l'article 6 du Projet de convention dispose même qu' « *Aucune disposition de la présente convention n'habilite un Etat partie à, sur le territoire d'un autre Etat partie, exercer sa juridiction et accomplir des fonctions intrinsèquement étatiques au regard du droit international ou du droit interne* ». Ainsi, toute intervention d'un Etat via une SMSP sur le territoire d'un autre Etat doit faire l'objet d'une autorisation de l'Etat d'accueil. Toutefois, en matière d'occupation militaire<sup>823</sup> comme ce fut le cas récemment en Irak, la puissance occupante qui a des pouvoirs administratifs et gouvernementaux doit prendre en charge la stabilité du territoire<sup>824</sup>. En vertu de ses pouvoirs, l'Etat occupant pourra donc employer des SMSP pour assurer la sécurité du territoire qu'il contrôle. C'est pourquoi, les Etats-Unis et le Royaume uni<sup>825</sup> en tant que puissances occupantes en Irak avaient employé des SMSP pour sécuriser le pays après la chute du régime de Saddam Hussein. Si l'Etat dont le territoire était occupé retrouve sa souveraineté et que l'occupation prend fin effectivement, l'Etat contractant doit mettre un terme aux activités des SMSP qu'il a engagées.

Aussi, les Etats ne doivent-ils pas laisser les SMSP ou les membres de ces dernières, qui ont leur nationalité, s'adonner à des actes qui porteraient atteinte à la souveraineté d'un Etat. L'Etat d'origine a donc un contrôle à effectuer en amont avant d'autoriser l'exercice d'activités de SMSP à l'extérieur de son territoire. En vertu de sa compétence personnelle active, il est en mesure d'imposer à ses nationaux des obligations, quand bien même ils

---

<sup>823</sup> Selon l'article 42 du Règlement de la Haye de 1907, « *Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer* ». Voir le Règlement de la Haye appelé officiellement Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907 au lien suivant : [www.icrc.org/dih.nsf/FULL/195?OpenDocument](http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/195?OpenDocument). Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>824</sup> En vertu de l'article 43 du Règlement de la Haye de 1907, « *L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays* ».

<sup>825</sup> Voir, Conseil de sécurité, Résolution 1483 (2003), S/RES/1483 du 22 mai 2003 dans laquelle il est mentionné que « *Le Conseil de sécurité... Prenant note de la lettre que les Représentants permanents des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ont adressée à son Président le 8 mai 2003 (S/2003/538) et reconnaissant les pouvoirs, responsabilités et obligations spécifiques de ces États en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié (l'« Autorité »), en vertu du droit international applicable* ». Résolution consultable sur site l'ONU au lien suivant : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/54/PDF/N0336854.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 19 septembre 2013. Cette occupation a pris fin le 27 juin 2004 bien que la Résolution 1546 (2004) du Conseil de sécurité ait décrété le 30 juin comme étant la date où l'Irak devait retrouver sa souveraineté sur son territoire. Voir la Résolution n° 1546 : [daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/381/17/PDF/N0438117.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/381/17/PDF/N0438117.pdf?OpenElement). Dernière visite le 18 octobre 2013.

exercent leurs tâches en dehors du territoire national. L'Afrique du sud qui a été souvent critiquée à cause des activités d'*Executive Outcomes* sur les territoires des Etats où cette SMSP intervenait, avait fini par mettre en place un contrôle sur les activités extra-territoriales des forces privées ayant sa nationalité dans sa réglementation de 1998 et celle de 2006 sur les activités extérieures en matière de sécurité militaire.

Si les Etats et les organisations internationales doivent vérifier que les activités des SMSP qu'ils emploient ne portent pas atteinte à la souveraineté des autres Etats, il leur revient aussi de mettre en place des contrôles pour que les mandats soient respectés afin de prévenir et sanctionner les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

#### **b). Assurer et promouvoir le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire sur le terrain**

Dans le cadre des activités des SMSP, il ne suffit pas seulement pour les Etats et les organisations internationales de préserver la souveraineté des autres Etats mais, il faut également qu'ils assurent le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Le Projet de convention exige à cet égard à son article 7 que des « *mesures législatives, judiciaires, administratives et autres* » soient prises. Ces mesures doivent leur permettre, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 7 précité, de « *veiller à ce que les SMSP et leur personnel fassent preuve de la diligence voulue pour que leurs activités ne contribuent ni directement ni indirectement à des violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire* ». Les Etats restent liés par leurs obligations internationales en matière de respect du droit international humanitaire notamment sur les moyens et méthodes de guerre visés à l'article 35 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. L'article 10 du Projet de convention rappelle aux parties contractantes l'interdiction d'employer « *des armes de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles, et de moyens de guerre conçus pour causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel* ». Un contrôle doit être exercé par les Etats et les organisations internationales pour que les SMSP qu'ils engagent n'utilisent, ni menacent d'utiliser de telles armes. L'alinéa 3 de l'article 10 susvisé ajoute même que les prestataires privés ne doivent même pas se livrer « *à des activités en relation avec telles armes* ». Cela montre même que les activités liées à la fabrication, à la maintenance et au transport de ces armes ne sauraient faire l'objet d'une externalisation. Il s'agit en réalité d'armes de destruction massive (nucléaires, chimiques, bactériologiques et à toxines). Leur dangerosité en matière de nombre de victimes potentielles

ne fait aucun doute et les conséquences environnementales de leur utilisation sont considérables<sup>826</sup>. Il peut s'agir également de tout produit chimique pouvant être utilisé dans une mission de police. C'est le cas par exemple, lorsqu'il s'agissait d'interdire la culture de Coca en Amérique du sud en Colombie. L'épandage de produits chimiques pour détruire les champs de coca par des SMSP employées à cet effet, a causé d'énormes problèmes environnementaux notamment la pollution des nappes phréatiques et des rivières. Il y a eu des conséquences sur la santé des populations vivant dans les zones touchées<sup>827</sup>. Des procès ont été intentés aux Etats-Unis à l'encontre de *DynCorp*, SMSP américaine employée à cet effet<sup>828</sup>. Par exemple, en 2007, le *District of Columbia* a rendu une décision après avoir été saisi par des agriculteurs équatoriens sur la base de l'ATCA contre *DynCorp*. Cette SMSP était accusée d'avoir pulvérisé de l'herbicide *glyphosate* commercialisée par Monsanto et destinée aux champs de coca qui a causé d'énormes dommages aux populations vivant aux alentours des lieux de fumigation. Dans cette affaire, le juge a refusé d'appliquer l'ATCA du fait du « *joint activity* » (action conjointe) entre la SMSP et les Etats américain et colombien à travers le *Plan Colombie*. L'exclusion de l'application de l'ATCA est fondée sur la doctrine du « *State Action* ». D'après cette doctrine, les juridictions sont incompétentes pour juger les Etats et les autorités publiques agissant sur les couleurs officielles (Color of law). Les actions d'un privé peuvent échapper à la justice sous certaines conditions dont l'action conjointe, comme dans ce cas d'espèce.

---

<sup>826</sup> La CIJ a souligné, par exemple, la dangerosité des armes nucléaires dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 relatif à la « *Licité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* » en ces termes : « *La Cour a pris note des définitions qui ont été données des armes nucléaires dans divers traités et accords. Elle observe en outre que les armes nucléaires sont des engins explosifs dont l'énergie procède de la fusion ou de la fission de l'atome. Par sa nature même, ce processus, dans le cas des armes nucléaires telles qu'elles existent aujourd'hui, libère non seulement d'énormes quantités de chaleur et d'énergie, mais aussi un rayonnement puissant et prolongé. Selon les éléments en possession de la Cour, les deux premières sources de dommages sont bien plus puissantes qu'elles ne le sont dans le cas d'autres armes, cependant que le phénomène du rayonnement est considéré comme particulier aux armes nucléaires. De par ces caractéristiques, l'arme nucléaire est potentiellement d'une nature catastrophique. Le pouvoir destructeur des armes nucléaires ne peut être endigué ni dans l'espace ni dans le temps. Ces armes ont le pouvoir de détruire toute civilisation, ainsi que l'écosystème tout entier de la planète* ». Cf, CIJ, « *Licité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* », Avis consultation du 8 juillet 1996, Rec., p. 243, § 35.

<sup>827</sup> Il faut noter sur ce point que l'Equateur a déposé une requête auprès de la CIJ le 31 mars 2008 en introduisant une instance contre la Colombie relativement aux dommages causés aux équatoriens et à l'environnement du fait de l'épandage des produits chimiques. Cf, CIJ, Lettre de l'Ambassadeur de l'Equateur auprès du Royaume des Pays Bas au Greffe de la Cour internationale de justice, Rôle n°138, La Haye 31 mars 2008. Consultable sur le site de la CIJ : <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php>. Dernière visite le 15 septembre 2013. Mais le 09 septembre 2013, les deux Etats ont signé un accord « *qui met définitivement un terme à l'ensemble des griefs formulés par l'Equateur contre la Colombie* ». Du coup, par une lettre datée du 12 septembre 2013 adressé à la CIJ, l'Equateur s'est désisté de l'instance qu'il a introduite en mars 2008. Le 13 septembre 2013, la Cour prend une décision de radiation de l'instance du rôle. Cf, <http://www.icj-cij.org/docket/files/138/17529.pdf>. Dernière visite le 21 octobre 2013.

<sup>828</sup> Voir la décision sur : [http://www.iradvocates.org/DynCorp\\_Decision.pdf](http://www.iradvocates.org/DynCorp_Decision.pdf). Dernière visite le 03 septembre 2013.

La mission était conduite dans le cadre du *Plan Colombie*<sup>829</sup> mais elle se déroulait dans une province aux mains des FARC qui prélevaient des impôts tant sur la coca que sur la pâte base<sup>830</sup>. Cela nécessitait donc des forces de sécurité aguerries pour la réussite de la mission soutenue par les Etats-Unis qui y voyaient un intérêt car c'était pour eux combattre le trafic de la drogue à la source.

Dans ces tâches confiées aux SMSP, le Projet de convention met l'accent sur le contrôle des moyens et méthodes employés aussi bien en temps de conflit armé qu'en temps de paix pour éviter les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Les auteurs du Projet ont voulu laisser la possibilité pour les Etats et les organisations internationales de pouvoir mettre en place toutes les catégories de normes en vue d'arriver à cette fin.

Pour que des violations ne soient pas commises, des contrôles doivent être exercés concrètement par des agents militaires et civils de l'Etat<sup>831</sup> ou de l'organisation internationale et par les cadres et dirigeants des SMSP. Ils doivent l'être « *conformément aux règles du droit international* ». Cela signifie donc que ce sera sous une forme de double contrôle aussi bien sur le terrain qu'en dehors des lieux de prestation. Ce double contrôle est nécessaire pour prévenir la commission d'infractions par le personnel des sociétés militaires et de sécurité privées. En réalité, les cadres et dirigeants doivent surveiller les activités de leurs subordonnés sur le terrain et empêcher tout projet de commettre un acte contraire au droit international. Ils doivent aussi arrêter toute violation portée à leur connaissance de manière à ce que son ampleur ne fasse plus de victimes. Les informations recueillies sur place par les cadres et dirigeants doivent être transmises aux autorités civiles et militaires du responsable de la mission qui les engage. Ces informations permettront de vérifier si la société et ses membres

---

<sup>829</sup> Voir le Rapport du Congrès américain en date du 22 juin 2005 au lien suivant : <http://www.fas.org/sgp/crs/row/RL32774.pdf>. Dernière visite le 03 septembre 2013. Voir aussi KOURLIANDSKY (Jean-Jacques), « *Les Etats-Unis et la Colombie : une réponse graduée à une menace virtuellement asymétrique* », in Revue internationale stratégique, n°51, 2003, p. 148 et suivantes. Voir également ISACSON (Adam), « *La crise de la sécurité humaine en Colombie* », in Forum de désarmement de l'ONUDIR consacré à « *La sécurité humaine en Amérique latine* », 2002, p. 34. Consultable sur : <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art1447.pdf>. Dernière visite le 13 septembre 2013.

<sup>830</sup> Voir le Monde Diplomatique août 2000 « *Plan Colombie, passeport pour la guerre* ». Consultable sur : <http://www.monde-diplomatique.fr/cahier/ameriquelatine/plancolombie>. Dernière visite le 13 septembre 2013.

<sup>831</sup> La Circulaire du Département de la Défense des Etats-Unis avait prévue en 2006 un contrôle des membres des SMSP par leurs supérieurs hiérarchiques : « *Contracts shall require contractor employees to report reportable incidents to the commander of the unit they are accompanying or the installation to which they are assigned, or to the Combatant Commander* ». Cf, « *DOD Law of war Program* », US Department of Defense Directive, n°2311.01E, du 09 mai 2006. Consultable sur : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311\\_01e.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311_01e.pdf). Dernière visite le 10 septembre 2013.

exécutent les activités qui leur sont confiées en conformité avec les règles du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Pour que les contrôles soient efficaces, le Projet de convention a prévu la possibilité pour les Etats et les organisations internationales d'engager la responsabilité de leurs agents et des directeurs ou administrateurs des SMSP qui n'auraient pas « *exercé correctement leur contrôle* [...] ». Les supérieurs hiérarchiques ne doivent pas rester impunis en cas de manquement à leur devoir de contrôle. Cette épée de Damoclès pourra faire un effet sur eux pour qu'ils ne négligent pas la surveillance des activités des subordonnés sur le terrain. C'est un élément important dans cette réglementation, car les directeurs et administrateurs des sociétés militaires et de sécurité privées craignent toujours les condamnations judiciaires à cause du fait que cela leur fait une mauvaise publicité. Dès lors, faute de contrôle suffisamment organisé par ceux qui délèguent leurs services, beaucoup d'actes perpétrés par les membres des SMSP sur le terrain, risquent d'être passés sous silence.

Le Groupe de travail est tellement conscient de l'importance de la surveillance qu'il a prévu la mise en place de systèmes de contrôle et de supervision internationaux (article 29). Un comité d'experts de haute qualité morale élus pour 4 ans va être créé à cet effet et il centralisera dans un registre toutes les informations qui lui seront données par les SMSP (article 30) et par les parties contractantes à la convention sur les importations, exportations et le nombre de sociétés immatriculées sur leur territoire. Des rapports vont être faits sur l'état des mesures prises pour donner un effet aux dispositions pertinentes de la convention, conformément aux procédures établies dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme. Il y a également la possibilité pour une partie contractante de déposer une plainte individuelle auprès du Comité lorsqu'elle soupçonne un Etat ou une organisation internationale d'avoir violé les dispositions de la convention. Le Comité peut créer une Commission de conciliation s'il le juge nécessaire. La convention n'est pas exhaustive sur ce plan, car elle ne détermine pas la suite des recommandations faites par la Commission de médiation sur les conditions de leur application et les conséquences en cas de manquement<sup>832</sup>.

Au total, les contrôles augmentent la transparence dans les délégations de service de sécurité militaire privée. Ils constituent un élément indispensable au même titre que le maintien du monopole de l'Etat dans l'emploi de la force.

---

<sup>832</sup> Nous reviendrons sur ce point dans les pages suivantes.

### **C/. La détermination non exhaustive du régime juridique du recours à la force par les membres des SMSP**

La conception de la réglementation des délégations de services de sécurité militaire est basée sur le maintien du monopole des Etats dans l'emploi de la force aussi bien en temps de paix qu'en période de conflit armé. Les activités des SMSP sont en réalité supplétives en ce sens qu'elles ne font que compléter les insuffisances des services étatiques auxquels incombe normalement l'activité régaliennne que constitue la sécurité<sup>833</sup>. Le droit international n'autorise l'emploi de la force que par les forces étatiques. Dans cet ordre d'idées, l'activité des mercenaires individuels en tant qu'activité armée privée, n'a pas obtenu de reconnaissance internationale. A cela s'ajoute le fait que ceux qui s'adonnent au mercenariat ne bénéficient pas des droits réservés aux combattants<sup>834</sup>. Force est de constater que le droit international ne saurait admettre l'existence des activités des SMSP hors du contrôle des Etats. C'est dans ce sens que s'inscrit l'article 8 du Projet de convention. D'abord, il enjoint aux parties contractantes de « réprimer pénalement la participation directe des SMSP et de leur personnel à des hostilités ». Le texte écarte l'activité des personnes qui ne sont pas des combattants dans les conflits armés mais il ne résout pas le problème, dans la mesure où il ne définit pas la notion de participation directe. Tout le problème de l'application de cette disposition par les Etats tournera autour du sens à donner à l'expression « *participation directe aux hostilités* »<sup>835</sup>. Pour la définir, il s'agira de déterminer le seuil au-delà duquel, les activités des SMSP ne sont plus tolérées dans le cadre d'un conflit armé. Prendre part à un conflit armé, c'est exécuter un acte qui a un lien de temps ou d'espace avec un conflit armé et dont l'objectif est d'affaiblir ou d'anéantir la force de l'ennemi. Cet acte peut être offensif ou défensif car dans un conflit, il ne s'agit pas seulement d'attaquer les positions ennemies, il faut aussi défendre les siennes. Le lien matérialisé par le mot « *directe* » permet d'écarter les activités que l'on peut juger détachables comme la restauration ou la logistique, dans la mesure où elles n'ont aucun lien direct avec les hostilités. Sur ce point, il est à noter qu'en Afghanistan, le ravitaillement des troupes terrestres est devenu une activité à haut risque

---

<sup>833</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 272.

<sup>834</sup> Article 47 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949.

<sup>835</sup> Le Rapport au Congrès américain présenté le 07 janvier 2010 par le « *Legislative Attorney* » Mme Jennifer K. Elsea intitulé « *Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan : legal issues* », notait la difficulté de définir la notion de participation directe aux conflits en ces termes : « *What constitutes "direct participation in an armed conflict" is not fully settled, and some of the other requirements are inherently difficult to prove, particularly the element of motivation. There is no distinction based on the offensive or defensive nature of the participation in combat* ». Cf, Jennifer K. Elsea, « *Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: legal issues* », January 7, 2010, p 7. Consultable au lien suivant : <http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R40991.pdf>. Dernière visite le 09 septembre 2013.

d'attaques de la part des insurgés<sup>836</sup>. Puisque le ravitaillement est largement externalisé, si les SMSP ripostent aux attaques des combattants, leurs actes ne sauraient être détachables des hostilités.

Au demeurant, aucune réglementation ne pourra établir une liste exhaustive d'actes pouvant être considérés comme une forme de « *participation directe* ». Il s'agira de les apprécier au cas par cas pour voir s'il est avéré ou non qu'ils constituent une participation directe. L'objectif de l'activité menée est au cœur de cette disposition pertinente. C'est sur cette base d'ailleurs que l'article 8 dispose que soient punis aussi les « *actes de terrorisme et les actions militaires [...] dont les Etats ont des raisons de soupçonner qu'elles auraient des résultats* » en vue de renverser un Gouvernement, modifier une frontière et de cibler des civils. Le mélange entre un élément concret « *objectif* » et un élément abstrait « *ont des raisons de soupçonner* » limitera considérablement la marge de manœuvre des SMSP dans ce cadre et donnera également aux Etats des facilités d'interprétation de toute activité qui irait à l'encontre de leurs intérêts.

A côté de la sanction, l'article 8 du Projet de convention institue un système de contrôle permettant aux Etats de faire en sorte que les activités des SMSP ne soient pas des facteurs de déclenchement ou d'aggravation de conflit. C'est une codification de pratiques connues. L'intervention d'*Executive Outcomes*, une ancienne SMSP sud africaine en Sierra Leone dans les années 90, avait aggravé la guerre civile qui sévissait dans ce pays. Cette société a été engagée par le Gouvernement de Freetown lorsque les rebelles étaient à 20 kilomètres de la capitale<sup>837</sup>. En Papouasie Nouvelle Guinée l'arrivée de la société britannique *Sandline International* avait provoqué un coup d'Etat militaire qui a abouti au départ du Premier Ministre.

L'article 8 précité s'adresse aux Etats contractants mais aussi aux organisations internationales qui peuvent solliciter les services d'une société militaire et de sécurité privée pour intervenir dans un conflit. Pour les organisations internationales, l'utilisation d'une SMSP peut avoir un impact sur la construction d'une paix car les forces privées ne bénéficient pas d'un capital d'impartialité reconnu aux troupes nationales.

---

<sup>836</sup> Cour des Comptes française, Rapport sur « *Les coûts et les bénéfices de l'externalisation au sein du Ministère de la défense* », Communication à la Commission des finances de l'Assemblée nationale, Rapport intégré dans le Rapport parlementaire présenté par M. Louis Giscard d'Estaing en février 2011, p. 36.

<sup>837</sup> SINGER (Peter Warren), *Corporate Warriors. The rise of the Privatized Military Industry*, op, cit, p. 112.

Les parties contractantes devront mesurer les conséquences de l'engagement d'une SMSP sur l'issue d'un conflit pour lequel son personnel est sollicité. Elles devront aussi veiller à ce que les prestataires privés ne négligent pas la formation de leurs membres. L'exemple que cette disposition pertinente peut évoquer est la formation prodiguée par les membres de *MPRI*, une SMSP américaine, aux Croates lorsque l'intervention dans la Province de *Krajina* était en préparation. L'armée désorganisée et mal entraînée avait pu défaire les forces serbes grâce à la formation de *MPRI*, en causant de graves violations de droits de l'homme<sup>838</sup>. Certains des officiers de l'armée croate sont traduits devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>839</sup>.

L'article 8 est complété par l'article 9 qui interdit aux parties contractantes de déléguer des « *fonctions intrinsèquement étatiques* ». Cette règle indique qu'une partie au traité (Etat ou organisation internationale) ne saurait sous-traiter toutes ses fonctions. Elle est représentative d'une forme de maintien du monopole de l'Etat dans l'emploi de la force, dans la mesure où les fonctions réputées « *intrinsèquement gouvernementales* » dont elle établit la liste non exhaustive, doivent être exercées par les seules forces publiques et interdites aux forces privées. Il en est ainsi de la participation directe aux hostilités, de la conduite d'une guerre ou d'opérations de combat, de renseignement, d'espionnage, d'opérations de police etc. Ces fonctions ont été définies à l'article 2 - i) du Projet de convention comme étant des « *fonctions qui répondent au principe du monopole de l'Etat sur l'emploi légitime de la force et qu'un Etat ne peut en aucunes circonstances sous-traiter ni déléguer à des SMSP* ». Cette définition est lacunaire et ne renseigne pas sur le vrai sens à donner à cette expression dont l'origine remonte à 1998 dans une loi américaine dite « *Federal Activities Inventory Reform*

---

<sup>838</sup> L'acte d'accusation modifié en 2008 contre Ante Gotovina, commandant de l'opération *Storm (Tempête)* montée pour l'intervention dans la Province de *Krajina* évoque certains faits qui font état de graves violations des droits de l'homme. En voici un extrait : « *Un grand nombre de civils serbes qui n'avaient pas quitté la région, parmi lesquels des hommes désarmés et qui n'avaient pas de statut militaire, des personnes âgées, des femmes et des invalides, ont été illégalement exécutés pendant l'Opération Tempête et les opérations ou actions connexes qui ont suivi, comme l'a révélé notamment la mise au jour de plusieurs charniers [...]* ». Voir TPIY, Procureur c. Ante Gotovina, Ivan ČERMAC et Miladen MARCAČ, Acte d'accusation conjoint modifié, 31 mars 2008, § 33. Affaire n°IT-06-90-PT. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/fr/got-ji080312f.pdf>. Dernière visite le 13 septembre 2013.

<sup>839</sup> Il en est ainsi d'Ante Gotovina condamné à 24 ans d'emprisonnement le 15 avril 2011. Voir le Résumé du jugement au lien suivant : [www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/fr/110415\\_Gotovina\\_summary\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/fr/110415_Gotovina_summary_fr.pdf). Dernière visite le 13 septembre 2013. Mais le 21 novembre 2012, la Chambre d'appel du TPIY l'a acquitté à cause des erreurs de la Chambre de Première instance sur l'illégalité non prouvée des attaques dirigées contre certains villages serbes et sur l'appartenance du sieur Gotovina et autres à une entreprise criminelle. Le résumé du jugement est consultable sur : [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/fr/121116\\_summary\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/fr/121116_summary_fr.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

(FAIR) Act of 1998 »<sup>840</sup> qui utilise la notion de « *inherently governmental function* » « *fonctions intrinsèquement gouvernementales* »<sup>841</sup>. Cette loi des Etats-Unis définit l'expression ainsi : « *function that is so intimately related to the public interest as to require performance by Federal Government employees* ». Une autre définition peut être trouvée dans la circulaire OMB (Office Management Budget) selon laquelle « *inherently governmental function* » signifie « *an activity that is so intimately related to the public interest as to "mandate performance by government personnel"* »<sup>842</sup>.

Les deux textes adoptent des définitions assez proches<sup>843</sup> en précisant que les fonctions intrinsèquement gouvernementales sont intimement liées à l'intérêt général et doivent être assurées par des agents fédéraux. Cette tentative de maintenir le monopole de l'Etat n'a pas été d'une application facile. Même si les définitions légales sont accompagnées de listes de fonctions réputées intrinsèquement gouvernementales, cela n'a pas empêché les SMSP présentes en Irak et en Afghanistan de gérer, par exemple, des centres pénitenciers alors que de telles fonctions doivent leur être interdites en vertu des textes<sup>844</sup>.

Pour interdire ces fonctions aux SMSP, les Etats et les organisations internationales déterminent ce qu'ils entendent par « *fonctions intrinsèquement étatiques* ». A côté de la définition conventionnelle de la notion, il est prévu une conception personnelle de chaque partie à la convention. A l'intérieur des Etats, les fonctions régaliennes qui correspondent aux fonctions intrinsèquement étatiques relèvent de l'exercice direct de la souveraineté par les organes publics. Mais le développement de l'externalisation repousse constamment les frontières de la gestion directe assurée par le personnel étatique. Les activités des SMSP suivent le mouvement de l'externalisation progressive et aux yeux des auteurs du Projet de

---

<sup>840</sup> Cette loi est consultable au lien suivant : <http://www.whitehouse.gov/omb/procurement/fairact/>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>841</sup> Voir pour le commentaire de cette notion, SHESTERMANN (Simon), « *We Can't Spy ... If We Can't Buy!* » : *The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing 'Inherently Governmental Functions'*, EJIL, 2008, vol. 19, n°5, p. 1069.

<sup>842</sup> OMB, *Circular n°A-76 Revised*, May 29, 2003. Disponible sur : [www.whitehouse.gov/omb/circulars/a076/](http://www.whitehouse.gov/omb/circulars/a076/).

<sup>843</sup> Le rapport du Congrès des Etats-Unis rendu le 22 juillet 2009 souligne la similitude entre les deux définitions en affirmant que les termes employés de part et d'autre comme fonction et activité, agents fédéraux gouvernementaux et personnel du Gouvernement, n'ont pas de différences significatives. Cf, LUKEY (John R.), GRASSO (Valerie Bailey) and MANUEL (Kate M.), « *Inherently Governmental Functions and Department of Defense Operations: Background, Issues, and Options for Congress* », July 22, p. 26. Consultable sur <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40641.pdf>. Dernière visite le 04 septembre 2013.

<sup>844</sup> Aux Etats-Unis, le Rapport GAO (Equivalent de la Cour des comptes en France) de Janvier 2011 a fait état de 2357 employés de sociétés privées, sous contrat avec le Ministère de la défense, qui exercent des tâches relevant du personnel gouvernemental. Cf, <http://www.gao.gov/new.items/d11192.pdf>. Dernière visite le 07 septembre 2013.

convention, il y a une menace sur l'emploi de la force légitime. C'est sur cette base qu'ils ont introduit les garde-fous que constituent les « *fonctions intrinsèquement étatiques* ».

Ces fonctions sont d'un fondement et d'une étendue difficiles à déterminer. S'agissant de leur fondement, il est souvent d'origine législative ou constitutionnelle. En France, par exemple, l'expression « *cœur de métier* » est souvent utilisée pour déterminer les fonctions qui ne doivent pas faire l'objet d'externalisation. D'après le Rapport parlementaire de Louis Giscard d'Estaing de février 2011, la seule base juridique des limites de l'externalisation peut être trouvée dans la loi de 2004 consacrée à la répression du mercenariat<sup>845</sup>. Mais en réalité, le texte n'emploie pas l'expression ni ne la définit, il rappelle seulement que la participation directe aux hostilités relève des militaires car toute autre personne qui s'engage dans cette voie est passible de sanction pénale.

Quant à l'étendue de la notion de « *fonctions intrinsèquement étatiques* », elle concerne généralement les fonctions régaliennes comme l'édition de normes juridiques, la police, les armées, etc. auxquelles viennent se greffer une pléthore d'activités techniques. La gestion de ces dernières peut être facilement attribuée à des particuliers. Pourtant, même si les activités régaliennes sont aujourd'hui connues pour être assurées par des organes publics, elles ne l'ont pas toujours été dans l'histoire. L'armée a connu les mercenaires, la justice a été marquée par les prisons privées. Aujourd'hui, même si les fonctions régaliennes ne sont pas confiées à des sociétés privées dans leur totalité, leurs parties techniques font souvent l'objet d'une délégation<sup>846</sup>. Il en est ainsi, en France, de l'article 49 de la *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* qui permet de confier à des personnes privées les tâches de surveillance électronique des personnes mises en examen dans le cadre d'un contrôle judiciaire<sup>847</sup>. Le Conseil constitutionnel reconnaît qu'une telle délégation ne porte que sur des « *prestations techniques détachables des fonctions de souveraineté* »<sup>848</sup>.

---

<sup>845</sup> Cour des Comptes française, Rapport sur « *Les coûts et les bénéfices de l'externalisation au sein du Ministère de la défense* », Communication à la Commission des finances de l'Assemblée nationale, Rapport intégré dans le Rapport parlementaire présenté par M. Louis Giscard d'Estaing en février 2011, p. 35.

<sup>846</sup> La filiale belge de la SMSP G4S, déclare qu'elle fournit des services électroniques de supervision en contrôlant plus de 40 000 inculpés dans des pays comme le Royaume uni, les Etats-Unis et Israël. Voir le site : <http://www.g4s.be/frBE/What%20we%20do/Services/Care%20and%20justice%20services/Electronic%20monitoring/>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>847</sup> Le texte dispose : « *La mise en œuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance peut être confiée à une personne de droit privé habilitée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Cf, Loi 2002-1138 du 9 septembre 2002, intitulée « *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* », JORF du 10 septembre 2002, p. 14934.

<sup>848</sup> Conseil constitutionnel français, 9 avril 1996, n°96-375, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 5. Voir la Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, dite « LOPJ », JORF n°211 du 10 septembre 2002, p. 14934.

Dès lors, employer l'expression « *activités intrinsèquement étatiques* » dans le Projet de convention sans une définition précise, va sûrement causer un problème d'application aux dispositions pertinentes. La définition adoptée n'a pas précisé si c'est toute une fonction régaliennne qui est non « *délégable* » ou si c'est seulement ses parties techniques qui vont être confiées à des prestataires privés et jusqu'à quel seuil.

De plus, la délégation qui est assortie du contrôle d'un organe de l'Etat ne doit pas être confondue avec la privatisation au sens économique du terme, qui suppose que le propriétaire d'un bien échange son objet moyennant un prix à un acquéreur qui en dispose librement en dehors de tout contrôle. Les fonctions régaliennes qui sont au cœur des « *activités intrinsèquement étatiques* », ne sauraient être confiées à une personne privée sans que l'Etat exerce le moindre contrôle. Il n'est pas imaginable non plus qu'un Etat abandonne son armée et confie toute la défense de son territoire à des sociétés militaires privées. Les Etats ne risqueront pas de déléguer toutes leurs fonctions régaliennes. Au demeurant, ce sont les aspects techniques des fonctions intrinsèquement étatiques qui vont continuer à être confiés à des prestataires privés. Cette tendance qui suit le phénomène de la libéralisation n'est pas prête à se renverser. La délégation de services aux SMSP suit cette courbe. C'est pourquoi, la meilleure façon de protéger le monopole de l'Etat dans ce cadre est le renforcement des contrôles gouvernementaux sur les délégataires et l'interdiction des activités de combat. Ce contrôle ne saurait être efficace que si les dispositions pertinentes du Projet de convention étaient mises en œuvre à l'échelon interne.

#### **D/. La mise en œuvre à l'échelon interne en butte avec le manque d'harmonisation règlementaire**

La convention internationale ne saurait régler toutes les questions relevant de l'encadrement des activités des SMSP. Les Etats et les organisations internationales devraient disposer de règles internes dans la limite de leurs compétences, pour mettre en œuvre leur politique de délégation de services. C'est ce que prévoit l'article 12 du Projet de convention en ces termes : « *Chaque Etat élabore et adopte une législation pour régler adéquatement et efficacement les activités des SMSP* ». Il appartiendra ensuite aux parties de la convention de prendre des mesures internes. La convention ne dictera pas la forme que doivent prendre ces mesures, mais leur contenu doit être le même à l'intérieur des territoires de chacun des Etats parties. Très peu d'Etats ont légiféré en matière d'encadrement des activités des SMSP. Le Groupe de travail a fait le constat après la visite de plusieurs pays en

ces termes : « *le Groupe de travail a constaté que beaucoup d'Etats n'avaient pas de régime applicable légalement à leurs activités et à leurs employés. Dans les pays où une législation en vigueur encadre l'industrie privée des prestations militaires et de la sécurité, il a trouvé des lacunes réglementaires et a insisté sur la révision des textes ou l'adoption de nouvelles lois précisant et renforçant la réglementation dans le sens de la responsabilisation des auteurs de violations des droits de l'homme* »<sup>849</sup>. Certains Etats en sont même arrivés à exclure d'adopter une législation en la matière, préférant laisser la profession se « discipliner » d'elle-même. C'est le cas de la Grande Bretagne dont le Gouvernement annonçait en mars 2011 devant le Parlement qu'il envisagerait de mettre en place un code de conduite fixant des normes nationales mais ne jugeait pas nécessaire d'adopter une loi<sup>850</sup>. Aucune obligation internationale n'impose aux Etats d'adopter des normes applicables aux activités des sociétés militaires et de sécurité privées. Mais, les obligations internationales des Etats en matière de droits de l'homme et droit international humanitaire doivent les inciter à faire en sorte que des lois relatives à la délégation de services de sécurité existent. La surveillance et le contrôle des prestataires ne sauraient avoir lieu que si les Etats disposent d'une réglementation nationale. C'est la norme interne qui peut régler la question des sélections des sociétés, les conditions d'octroi de licence, les niveaux de formation exigés aux membres des sociétés, les responsabilités pénales et civiles des personnes morales et physiques qui sont impliquées dans des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire, etc.

Le Projet de convention dispose à son article 14 que les mesures prises pour encadrer les activités des SMSP et de leurs membres mettent en place un système d'octroi de licence ou d'autorisation, préalablement à l'exercice de leurs missions. Cette disposition permet d'éviter le travail de sociétés dans la clandestinité. L'article 19 § 3 enjoint aux parties contractantes de faire de la présence de SMSP sur le territoire sans autorisation une infraction réprimée par le droit interne<sup>851</sup>. Il est observé en Afghanistan, que beaucoup de SMSP qui sont présentes sur le territoire, n'ont pas eu de licence. En effet, en 2010, seules 52 sociétés militaires et de sécurités privées ont obtenu une licence employant à peu près 30 000

---

<sup>849</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRH/18/32 présenté par José Luis Gómez Del Prado, 4 juillet 2011, § 39.

<sup>850</sup> Ibid., § 74.

<sup>851</sup> En vertu de l'article 19 § 3 du Projet de convention sur les SMSP, « *Chaque Etat partie fait en sorte que toutes les activités des SMSP exercées sans la licence ou l'autorisation préalable requise, notamment l'exportation et l'importation de services militaires et de sécurité [...] constituent des infractions réprimées par son droit interne* ».

personnes. Chaque société ne doit pas dépasser 500 membres sauf si une autorisation spéciale du Ministre de l'intérieur le permet. A cause de cette restriction du nombre des employés beaucoup de SMSP travaillent sans licence<sup>852</sup>. Cette situation encourage l'impunité dans la mesure où, en cas de violation, les auteurs et leurs supérieurs hiérarchiques seront difficiles à trouver. Le Gouvernement afghan a voulu remédier à cette situation en édictant un décret en 2010<sup>853</sup> dont la source constitutionnelle est l'article 55 de la Constitution afghane qui dispose que « *The conditions for military service are regulated by law* »<sup>854</sup>.

Le décret a pour but d'obliger toute société militaire et de sécurité privée à obtenir une licence pour pouvoir exercer. En plus de cela, le monopole d'utilisation de la force n'appartient pas aux prestataires privés. Par conséquent, quand ils interviennent dans un territoire, l'Etat d'accueil doit donner son accord et délivrer des autorisations ou licences. Si ce n'est pas l'Etat d'accueil, l'Etat ou l'organisation internationale ayant mandat pour intervenir dans le territoire d'un autre Etat doit délivrer une licence ou autre forme d'autorisation. Ils ont le choix sur les « *critères pour l'octroi des licences et autorisations aux SMSP* ». L'article 14 ne donne pas la liste des critères mais il prévoit que les parties contractantes doivent tenir compte de « *toutes informations faisant état de violations des droits de l'homme commises par des sociétés* ». Elles peuvent demander ou même exiger que les membres de la société candidate soient préalablement formés en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire. Peut être un critère aussi le fait que le personnel de la société aspirant à exécuter le contrat n'ait pas été, dans le passé, mêlé à des violations de droits de l'homme ou appartenu à des régimes connus pour leur brutalité et leur manque de respect des droits humains. L'article 17 § 1 demande à chaque partie contractante de veiller à ce que les SMSP « *enregistrées ou opérant sur son territoire respectent les normes fondamentales en matière d'emploi* ». L'importance de cette disposition est qu'elle met en exergue des problèmes de respect du droit du travail et des droits fondamentaux des

---

<sup>852</sup> SCHWARTZ (Moshe), "The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress", CRS Report for Congress, Congressional Research Service, May 13, 2011, p. 3. Disponible sur [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>853</sup> Le Décret n'étant pas encore disponible sur la version anglaise du site de la présidence de la République d'Afghanistan, voir pour une source indirecte, *The Washington Times*, "Karzai decree ousts private security firms", August 16, 2010. Consultable sur : <http://www.washingtontimes.com/news/2010/aug/16/karzai-ousts-private-security-firms/>. Dernière visite le 03 septembre 2013. Voir aussi, « *Karzai orders guard firms to disband* », *New York Times*, 17 août 2010, <http://www.nytimes.com/2010/08/18/world/asia/18afghan.html>. Dernière consultation le 04 septembre 2013. Voir également Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/66/317 du 22 août 2011, § 28.

<sup>854</sup> Voir la Constitution afghane disponible sur le site de la Présidence de la République au lien suivant : <http://moj.gov.af/en/page/1684>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

salariés de la part de certaines SMSP, qu'un rapport de l'Assemblée générale des Nations unies a même eu à souligner. Le constat est le suivant : « *Le Groupe de travail a relevé avec inquiétude que les pays où les SMSP recrutent, engagent et forment des nationaux pour les faire travailler dans une zone de conflit à l'étranger n'offrent pas les protections nécessaires contre les anomalies contractuelles ni les mauvaises conditions de travail que rencontrent les intéressés. Le Groupe de travail a recommandé, outre le renforcement et l'explicitation de l'encadrement des SMSP à l'étranger, la création d'un dispositif de suivi des plaintes et l'adoption d'urgence de mesures protégeant les droits fondamentaux des employés des sociétés en question qui travaillent actuellement dans une zone de conflit* »<sup>855</sup>. Les anomalies dans les contrats et les mauvaises conditions de travail ont été détaillées dans un rapport antérieur. On peut y noter le renoncement par les personnes recrutées aux droits comme celui d'intenter un recours contre la filiale ou la société qui les a sélectionnées, le contournement des juridictions nationales de l'Etat sur le territoire duquel les recrutements ont lieu par des mécanismes frauduleux, des heures excessives de travail et même faire travailler des salariés qui sont gravement blessés<sup>856</sup>. Il est arrivé que certains salariés, comme par exemple ceux de *Kellogg Brown and Roots (KBR)*<sup>857</sup>, une SMSP américaine, signent des contrats en acceptant de régler les conflits avec leur employeur à l'amiable<sup>858</sup>.

Les Etats doivent faire en sorte que leur législation en matière de droit du travail prévoie les recrutements et les conditions de travail des personnes physiques employées par les sociétés militaires et de sécurité privées. Mais cela ne suffira pas, il faudra aussi prévoir de lutter contre certains abus dans les signatures des contrats de travail. Il en est ainsi par exemple, du fait de prévoir dans les contrats que la juridiction compétente en matière de litige entre le salarié et la société sera un tribunal situé sur le territoire d'un Etat où le salarié éprouvera d'énormes difficultés à s'y rendre ou ne le pourra pas du tout. Pour mieux permettre au salarié de défendre ses droits, le tribunal compétent doit être celui de sa résidence. La détermination du tribunal compétent devrait être fixée par la convention au lieu

---

<sup>855</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRH/18/32 présenté par José Luis Gómez Del Prado, 4 juillet 2011, § 42.

<sup>856</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRC/7/7 présenté par José Luis Gómez Del Prado, 9 Janvier 2008, § 38 à 40.

<sup>857</sup> Cette société était en 1992 une filiale de la société pétrolière américaine *Halliburton Corporation*.

<sup>858</sup> CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 231.

de se limiter au libellé général de l'article 17 § 1 qui impose aux parties contractantes de veiller à ce que les SMSP respectent les normes fondamentales en matière d'emploi.

L'article 14 enjoint aux parties contractantes de faire preuve de transparence dans la délivrance d'autorisations ou de licences. Pour cela, il suggère la création d'un registre général à l'intérieur de chaque Etat en vue d'enregistrer « *toutes licences et autorisations octroyées* ». Cela ressemble aux registres de commerce qui sont mis en place dans les Etats pour y mentionner les sociétés naissantes.

En guise d'harmonisation, donc de conformité à la convention internationale relative à l'encadrement des activités des SMSP, les règles internes représenteront la continuité matérielle des dispositions pertinentes de l'instrument international universel. L'article 13 a) enjoint aux parties contractantes « *d'interdire les activités illégales telles que définies par la présente Convention et par les lois internes, et d'enquêter sur ces activités* ». Les législations nationales reprendront le contenu des dispositions de la convention qu'elles transformeront en mesures nationales. L'article 13 envisage, par ailleurs, la coopération des organes nationaux chargés du contrôle des activités des SMSP, comme cela se fait dans le cadre des organisations internationales régionales et subrégionales. Ce texte ordonne aux Etats de faire en sorte que les organes publics puissent appliquer les règles nationales destinées aux SMSP et à leur personnel. Les organes des différents Etats parties vont coopérer en matière d'échange d'informations sur les violations d'un droit national ou du droit international par les SMSP et leurs membres. Cette ambitieuse coopération aura du mal à porter ses fruits dans la mesure où les informations collectées pourraient aussi permettre d'engager la responsabilité de l'Etat qui utilise une société militaire et de sécurité privée pour accomplir une tâche.

Les réglementations nationales doivent donc être accompagnées d'une adaptation de la compétence des organes administratifs, sécuritaires et judiciaires aux contrôles des activités des prestataires privés. C'est un domaine où il y a plus de failles en matière d'encadrement. Les Parlements nationaux n'exercent pas assez de contrôle sur les missions que les Gouvernements délèguent à des prestataires privés dans le domaine des conflits armés. Pourtant, ils peuvent jouer un rôle dans la surveillance de la délivrance des licences, par la création de commissions d'enquêtes. Les compétences des juridictions nationales font souvent défaut pour pouvoir juger les personnes physiques et morales qui sont soupçonnées de participer ou d'encourager la commission d'infractions. Or les juridictions étatiques ont l'avantage d'être soit sur le lieu de commission des infractions, soit sur le lieu où se trouvent

les victimes ou bien celui où se trouvent les personnes soupçonnées d'avoir commis des faits punis par les textes. Les mesures prises dans ce domaine permettent d'instituer un véritable système de sanctions qui facilitera la saisine des juges par les victimes. Les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par les SMSP et leurs membres doivent faire l'objet de sanctions à l'encontre des Etats d'accueil et des Etats d'origine. Elles doivent aussi faire l'objet de mesures de sanction aussi bien civiles que pénales contre les SMSP et leurs membres. Le Projet de convention met en place des mécanismes de responsabilité qu'il appartiendra aux parties contractantes d'appliquer.

### **E/. Des mécanismes de responsabilité inopérants pour éradiquer l'impunité**

Il ne serait pas efficace d'imaginer une réglementation des ventes transnationales de services de sécurité privés sans mettre en place un système particulier de sanctions à l'encontre des sociétés militaires et de sécurité privées et de leurs membres. Le but ultime du Projet de convention est de prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire et de pouvoir traduire en justice les sociétés et les personnes physiques qui sont impliquées dans la commission d'infractions. Il y a l'idée d'intimidation et de répression. L'article 17 § 4 dispose que « *Chaque Partie veille à ce que le Personnel des SMSP respecte strictement les normes pertinentes du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, notamment en ouvrant rapidement des enquêtes, en engageant des poursuites et en prononçant des peines en cas de violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire* ». Cette disposition pertinente de la convention prévoit la lutte contre l'impunité qui règne dans le milieu des activités des SMSP. Ouvrir des enquêtes, poursuivre et prononcer des peines contre les auteurs des infractions est au cœur d'un système pénal destiné à prévenir les violations des droits de l'homme. La menace du châtement a un rôle dissuasif<sup>859</sup> et peut contribuer à ce que les sociétés et leurs membres se conforment à l'ordre juridique. Beaucoup d'obstacles à l'engagement de leur responsabilité peuvent malgré tout être notés ; c'est le cas par exemple des immunités de juridictions qui peuvent leur être octroyées, comme ce fut le cas en Irak avec l'autorité Provisoire de la Coalition qui avait édicté l'arrêté n° 17 excluant les poursuites contre les SMSP<sup>860</sup>. C'est le cas aussi du défaut de compétence des juridictions de l'Etat sur le territoire

---

<sup>859</sup> WALTHIER (Julien), « *A justice équitable, peine juste ? Vues croisées sur les fondements théoriques de la peine* », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Janvier – Mars 2006, n°1, pp. 26-27.

<sup>860</sup> Le texte était libellé ainsi : “[c]ontractors shall not be subject to Iraqi laws or regulations in matters relating to the terms and conditions of their Contracts [...],” but that they are subject to all relevant regulations with respect to any other business they conduct in Iraq (section 4(2)). *Contractors are also immune from Iraqi legal*

duquel les faits ont été commis, ou de celles de l'Etat d'origine des personnes physiques et morales soupçonnées d'être impliquées à la commission d'infraction.

#### **a). La responsabilité internationale de l'Etat partiellement règlementée**

Pour apporter une solution à l'impunité, le Projet de convention prévoit à l'article 19 § 4, que « *Chaque Etat partie prend les mesures législatives, judiciaires, administratives et autres qui sont nécessaires pour que, conformément aux obligations que le droit international des droits de l'homme, le droit pénal international et le droit international humanitaire mettent à sa charge, la responsabilité pénale individuelle soit établie et que les SMSP et leur personnel soient tenus responsables de toutes violations du droit à eux imputables, qu'il ne soit pas recouru à des accords d'immunité et que des recours effectifs soient ouverts aux victimes* ».

Ce texte vise la création de la responsabilité pénale interne par les Etats pour pouvoir sanctionner les auteurs des infractions, qu'ils soient personne morale ou personne physique. Inciter l'Etat à légiférer dans ce sens est sous-tendu par le rappel de ses obligations en droit international. Le fait de confier une partie de ses activités à des prestataires privés ne le soustrait pas à de telles obligations qui sont en fait, des obligations de moyens. Il doit s'assurer de l'existence d'un cadre légal permettant d'engager la responsabilité des SMSP et de leurs membres. La réglementation doit lui permettre de remplir sa mission de prévention et de répression des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Dans cette optique, l'article 21 § 1 dispose que toute partie contractante doit prendre « *les mesures pouvant être nécessaires pour établir sa compétence en droit interne à l'égard des infractions visés à l'article 19 lorsque : a) l'infraction est commise sur son territoire, b) l'infraction est commise à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef immatriculé conformément à sa législation au moment où l'infraction est commise ou c) l'infraction est commise par un de ses nationaux* ».

Le texte indique à l'Etat de ne pas négliger ses compétences territoriale et personnelle pour légiférer sur les activités des SMSP. Il ne prévoit pas de responsabilité internationale des Etats parties. Les autres dispositions du Projet de convention ne la déterminent pas non plus. Ce devait être l'occasion dans le Projet de convention d'apporter un éclaircissement sur la

---

*processes for acts performed under the contracts*” (section 4(3)). Voir, CPA Order 17, June 17, 2004, [www.cpa-iraq.org/regulations/20040627\\_CPAORD\\_17\\_Status\\_of\\_Coalition\\_Rev\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf). Dernière visite le 08 septembre 2013.

manière dont ces dispositions sur la responsabilité pourraient s'appliquer dans le domaine de l'externalisation des fonctions des Etats<sup>861</sup>. Le Projet de convention pouvait être également l'instrument qui donnerait une qualification juridique à la relation entre un Etat et la SMSP qu'il emploie, de telle sorte que les dispositions du régime de la responsabilité internationale puissent s'appliquer plus facilement. Il serait judicieux, après avoir rappelé les obligations internationales, de fixer un régime de responsabilité pour les parties à la convention, dès lors qu'elles seraient soupçonnées de n'avoir pas rempli de telles obligations. Le Projet de convention prévoit la création d'un système particulier pour vérifier si les Etats ont respecté leurs obligations par le biais des mesures législatives, judiciaires, administratives et autres qu'ils doivent prendre. Il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité, mais d'une présentation de rapports au Secrétaire général des Nations unies. Ces rapports peuvent être demandés par le Comité de la réglementation, du contrôle et de la supervision des SMSP prévu à l'article 29 du Projet de convention. La nature de ce Comité n'apparaît pas clairement à travers les dispositions de l'instrument international. Autrement dit, rien n'indique expressément s'il est un organe juridictionnel ou administratif. Par contre, il transparaît que le Comité n'est pas une juridiction dans la mesure où, en vertu de l'article 30, son rôle consiste à « *tenir à jour un registre international des SMSP opérant sur le marché international, sur les informations* » que les Etats parties lui fourniront. Suite à l'examen des rapports produits par les Etats, le Comité peut formuler des suggestions et recommandations appropriées et les transmettre à la partie intéressée. Les suites à donner aux mesures prises par le Comité sont absentes dans la réglementation. Il n'est pas dit par exemple que sur la base de ces mesures, la responsabilité internationale pourra être engagée. Même si le Comité reçoit des renseignements sur des violations graves ou systématiques des dispositions de la Convention par un Etat, il invite celui-ci, qui peut être l'Etat d'accueil ou d'origine d'une SMSP, à coopérer à l'examen de ces renseignements et à lui faire part de ses observations<sup>862</sup>. Une enquête peut être menée par quelques membres du Comité si cela est jugé nécessaire en guise de complément d'informations sur les allégations de violations. A l'issue de ces enquêtes et des observations des Etats intéressés recueillies, en vertu de l'article 33 § 5, le Comité mentionne les résultats dans le rapport annuel qu'il soumettra à l'Assemblée générale des Nations unies<sup>863</sup>. Là aussi, la suite à donner n'est pas déterminée.

---

<sup>861</sup> Le Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat n'a pas prévu la possibilité de mettre en cause un Etat pour le comportement d'une SMSP ou de ses membres.

<sup>862</sup> Article 33 du Projet de convention sur les SMSP.

<sup>863</sup> En vertu de l'article 39 du Projet de convention « *Le Comité soumet chaque année à l'Assemblée générale des Nations unies, par l'intermédiaire du Secrétaire général, un rapport sur ses activités et peut faire des*

Par ailleurs, les articles 34 à 37 du Projet de convention prévoient la mise en place d'autres compétences du Comité. Il s'agit d'une part de la possibilité de recevoir des plaintes d'un Etat émises à l'encontre d'un autre Etat partie et d'autre part de plaintes venant d'une personne visant un Etat partie. Dans les deux cas, il faut que l'Etat visé accepte expressément que le Comité puisse recevoir de telles plaintes. Cela rappelle l'acceptation de juridiction obligatoire connue en droit international général. Seulement, il ne s'agit pas d'un recours devant une juridiction car les plaintes formulées par un Etat contre un autre Etat débouchent sur une procédure de conciliation. Celle-ci sera menée par une Commission de conciliation créée par le Comité qui présentera un rapport. Les plaintes déposées par des personnes qui prétendent être victimes de violations vont permettre au Comité de demander des explications à l'Etat soupçonné. Les réponses données par cet Etat sont communiquées à la personne plaignante.

#### **b). La détermination des règles de responsabilités des prestataires à la discrétion des Etats**

C'est l'article 21 § 1 et 2 qui va dissocier la responsabilité des personnes morales et celle de personnes physiques : « *Sous réserve des principes juridiques de l'Etat partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative ou les trois simultanément. Cette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions* ».

Cette dissociation est logique dans le sens où la société et les membres n'ont pas les mêmes modes de participation à la commission des infractions et que leurs différences juridiques impliquent des systèmes de sanctions particulières à l'égard de chacun.

#### **1). La responsabilité des membres des SMSP**

S'agissant de la responsabilité pénale des personnes physiques, il faut remarquer que dans la pratique, beaucoup de membres de SMSP semblent échapper facilement à des sanctions. Le problème dans ce domaine est moins l'existence de cette responsabilité que sa mise en œuvre. En effet, les obstacles d'ordre juridique sont assez fréquents. C'est le cas par exemple des « *accords d'immunité* » de juridiction et de la limitation de l'accès des victimes

---

*suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur l'examen des rapports et des renseignements reçus des Etats parties. Il porte ces suggestions et recommandations d'ordre général à la connaissance de l'Assemblée générale avec, le cas échéant, les observations des Etats parties* ».

« *aux recours effectifs* » ouverts devant les tribunaux compétents. Les accords d'immunités sont des ententes entre différents Etats pour décider que telles ou telles catégories de personnes ne peuvent pas être jugées par telle juridiction. C'est ce qui s'est passé entre les Etats de la Coalition et l'Irak à travers l'arrêt n°17. Ce texte permettait aux membres des SMSP présentes en Irak d'échapper à la compétence des Tribunaux irakiens. En vertu de l'article 19 § 4 du Projet de convention, les Etats doivent éviter de signer des accords octroyant l'immunité de juridiction à des membres de SMSP. Un autre accord d'immunité plus récent, signé le 3 novembre 2009 a eu lieu entre les Etats-Unis et la Colombie. Il s'agit de l'« *Accord Complémentaire pour la Coopération et l'Assistance Technique en matière de Défense et de Sécurité* » qui autorise les Etats-Unis à déployer jusqu'à 600 employés de SMSP sur sept bases militaires colombiennes. L'article VIII de l'Accord prévoit, entre autres, l'immunité juridictionnelle aux sociétés présentes sur le territoire colombien<sup>864</sup>. Cette immunité les préserve de la compétence des juridictions de l'Etat colombien à l'égard de ces SMSP.

En fait, l'existence de tels accords peut constituer une forme d'« *autorisation tacite* » à commettre des infractions. La sanction pénale a un rôle d'intimidation face à toute personne qui s'apprête à commettre ou à participer à la perpétration d'un acte grave. C'est pourquoi, pour qu'elle soit efficace, les parties ne doivent pas donner un effet à un accord prévoyant une immunité. C'est ce que prévoit l'article 23 § 2 en ces termes : « *Chaque Etat partie, par souci de justice, prend les mesures pouvant être nécessaires pour qu'il ne soit donné effet à aucun accord prévoyant une immunité de poursuites au profit des SMSP et de leur personnel en cas de violation du droit international des droits de l'homme ou du droit international humanitaire* ».

De la même manière, toute partie à la convention devrait aussi faciliter aux victimes l'accès aux recours effectifs. Dans la pratique, les victimes des activités des SMSP ont souvent de grandes difficultés pour saisir les juridictions compétentes. D'abord les accords

---

<sup>864</sup> L'article VIII de l'Accord est ainsi rédigé : « *In accordance with Articles 5 and 11 of the 1974 Military Missions Agreement, Colombia shall grant United States personnel and their dependents the privileges, exemptions, and immunities accorded to the administrative and technical staff of a diplomatic mission under the Vienna Convention* ». Le texte garantit l'immunité aux militaires et aux membres des SMSP. Un commentaire de cet Accord intitulé « *US-Colombia Defense Cooperation Agreement* » est publié sur le site du Département d'Etat en date du 18 août 2009 et il indique qu'il y a 800 soldats américains et 600 « *Contractors* » membres de SMSP. Voir le commentaire au lien suivant : <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2009/aug/128021.htm>. L'Accord Complémentaire pour la Coopération et l'Assistance Technique en matière de Défense et de Sécurité est consultable sur : <http://justf.org/content/supplemental-agreement-cooperation-and-technical-assistance-defense-and-security-between-gov>. Dernière visite le 18 septembre 2013.

d'immunité les empêchent de pouvoir intenter des actions en justice. Par exemple, les victimes des activités des SMSP en Irak, ne pouvaient pas attaquer les personnes soupçonnées d'avoir commis les infractions dont elles étaient victimes à cause de l'arrêté n°17 de la Coalition. La plupart ont saisi les juridictions américaines en matière civile et elles ont été aidées par des associations de défense des droits de l'homme. Les procès civils aux Etats-Unis sont extrêmement onéreux. Ce qui ne facilite pas l'accès des victimes aux recours effectifs<sup>865</sup>. Dans le système du *Common Law*, les victimes ne peuvent pas saisir les juridictions pénales pour se constituer partie civile comme cela existe dans le système latin. Dans ce cadre, c'est seule la volonté de l'Etat sous les ordres duquel se trouvent les Parquets, qui pourra permettre la saisine des tribunaux pénaux. Il y a incontestablement des obstacles politiques. En effet, les membres des SMSP qui sont soupçonnés d'avoir perpétré des infractions, ne font pas partie du personnel des armées nationales. L'Etat qui les emploie n'a pas le même intérêt à sanctionner un militaire fautif qu'un employé d'une SMSP qui a un écart de conduite<sup>866</sup>. Pour illustration, parmi les auteurs des exactions dans les prisons d'Abu Ghraïb, seuls les militaires ont été réellement sanctionnés pénalement<sup>867</sup>. En plus, l'arrêté n°17 ne couvrait pas les militaires de la Coalition.

Le Projet de convention laisse aux Etats parties la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité pénale individuelle par les mesures de leurs choix et d'éviter les obstacles normatifs pouvant empêcher ou limiter les sanctions contre les auteurs des infractions.

## **2). La responsabilité des SMSP personnes morales**

L'article 20 § 4 demande à chaque Etat partie de veiller « à ce que les personnes morales dont la responsabilité est engagée en vertu du présent article fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, telles que les peines d'amendes, sanctions économiques, interdiction d'exercer leurs activités et obligation de restitution ou d'indemnisation des victimes ».

---

<sup>865</sup> Assemblée générale des Nations unies, 65<sup>ème</sup> Session, « Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », A/65/325 du 25 août 2010, § 23.

<sup>866</sup> ABDELGAWAD (Elisabeth Lambert), « Les sociétés militaires privées : un déficit supplémentaire pour le droit international pénal », Chronique internationale de Droit international pénal, in Revue de science criminelle de droit pénal comparé, Paris, Janvier/mars 2007, p. 167.

<sup>867</sup> La société *CACI International Inc.* a été impliquée dans des actes de torture à l'encontre des prisonniers d'Abu Ghraïb en Irak. Ces agissements n'ont pas été suivis « ni d'enquêtes externes ni de sanctions juridiques en dépit des assurances données à ce sujet par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique ». Cf, « *The American way: Private Military Contractors & US Law After 9/11 An Update- 2010* », in Priv-war Report, The United States of America, December 2010, p. 4. Disponible sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 02 septembre 2013.

La responsabilité des personnes morales de droit privé ne peut être engagée présentement qu'en droit interne. L'article 20 § 4 précité suit cette tendance en demandant aux Etats parties de prévoir dans leur législation une telle responsabilité. Les actes imputables aux personnes morales, en vertu du texte susvisé, doivent faire l'objet de « *sanctions pénales ou non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives* ». Les législateurs nationaux ont le choix d'adopter telle ou telle catégorie de sanctions pour tirer les conséquences juridiques d'une infraction.

S'agissant des sanctions pénales à l'encontre des personnes morales comme les SMSP, on peut dire que c'est une forme de sanction qui tarde à se généraliser. Tous les Etats ne les ont pas adoptées. Pendant longtemps le principe de la personnalité de la peine, qui est le corolaire de la responsabilité personnelle, a prévalu. Ce principe voulait que ceux qui commettaient l'infraction, à savoir les individus, étaient punis et que les personnes morales étaient considérées comme étant incapables de commettre des infractions, faute de volonté propre<sup>868</sup>. Le développement de leurs activités et les risques qu'elles font peser sur les droits de l'homme ont réveillé les consciences sur la nécessité de mettre en place la responsabilité pénale des sociétés<sup>869</sup>. L'article 20 § 4 du Projet de convention s'inscrit dans cette lancée en incitant les parties à légiférer dans ce sens et en suggérant des peines d'amendes à l'encontre de sociétés militaires et de sécurité privées qui seraient mêlées à la commission d'infraction. La loi sud africaine de 2006 prévoit de telles sanctions à l'encontre de personnes morales qui contreviennent à ses dispositions. En effet l'article 10 de RFMAA dispose qu'en cas de violation des dispositions de la loi, l'auteur peut faire l'objet d'une amende ou d'un emprisonnement, ou les deux<sup>870</sup>. La première alternative est valable uniquement pour les personnes morales qui ne peuvent faire l'objet que d'une amende. Aux Etats-Unis, le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977<sup>871</sup> prévoit la responsabilité pénale des sociétés pour corruption d'agents publics étrangers. Même une société mère peut être sanctionnée s'il est

---

<sup>868</sup> Crim. 8 mars 1883, DP 1884, I, 428. Principe régulièrement réaffirmé, cf. par ex. Crim. 27 févr. 1968, Bull. crim. N° 61, p. 147 : « [...] *qu'une personne morale ne peut être pénalement poursuivie que si la loi le décide expressément ; que tel n'est pas le cas en matière d'entraves au fonctionnement d'un comité d'entreprise* [...] ».

<sup>869</sup> En France la responsabilité pénale des sociétés existe depuis 1994. Plus tard, la responsabilité spécifique des SMSP peut être trouvée dans l'article 121-2 de la Loi française du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité mercenaire qui prévoit que « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits* [...] ».

<sup>870</sup> Article 10 de la Loi n°27-2006, intitulé « *Prohibition of Mernary Activities and Regualtion of certain Activities in Areas of Armed Conflict Bill* »: « *Any person who contravenes any provision [...] or fails to comply with a condition regard to any authorisation [...] shall be guilty of an offence and liable on conviction to a fine or to imprisonment or to both such fine and imprisonment.* » Consultable sur : <http://www.pmg.org.za/bills/0511b42-05.pdf>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>871</sup> Pour consulter cette loi, voir : <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/frgnrcrpt.pdf>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

avéré qu'elle a autorisé, commandé ou contrôlé une filiale en vue de la commission d'un acte de corruption. La sanction pénale d'une société consiste, en vertu de ce texte, en une amende de 2 millions de Dollars (US). La mise en œuvre du FCTA est confiée à la Direction des Affaires Criminelles du Département de la Justice aidée par le *Federal Bureau Of Investigation* (FBI) et les Services fiscaux américains (*Internal Revenue Service*). En 2010, la SMSP *Xe* (ex-*Blackwater*) a fait l'objet d'une mise en cause dans une affaire de corruption avec les autorités du Royaume de Jordanie dans le cadre d'une vente d'armes<sup>872</sup>.

Les sanctions non pénales quant à elles, sont constituées de sanctions administratives et civiles. Les sanctions administratives peuvent consister en des interdictions d'exercer ou la saisie des moyens ayant servi à commettre les infractions reprochées.

S'agissant des sanctions civiles, elles consistent à indemniser les victimes. Ces dernières trouvent d'énormes difficultés à traduire les sociétés en justice. D'abord, elles ont du mal à les identifier. En effet, la plupart des membres des SMSP ne portent pas de signes distinctifs. Certains ont des uniformes ressemblant à ceux des militaires, ce qui fait qu'il y a très souvent des confusions. Le Groupe de travail illustre cela dans son rapport du 25 août 2010 en ces termes : « [...] *il est souvent impossible aux victimes d'identifier les auteurs [des] violations en raison de la difficulté qu'il y a à distinguer les uns des autres les multiples acteurs militaires qui peuvent appartenir à des unités nationales, à des unités internationales ou à des sociétés militaires et de sécurité privées* ». Ensuite, les obstacles normatifs empêchent les victimes de pouvoir saisir les juges compétents pour que leurs préjudices soient réparés. Il s'agit, en réalité, des immunités de juridiction et de l'incompétence de certains tribunaux nationaux à l'égard des activités des SMSP. La législation américaine offre aux victimes des possibilités d'être dédommagées à travers l'*Alien Tort Act Claim*. Cette vieille loi, bien que n'étant pas votée dans le cadre de l'activité des SMSP, car son adoption a eu lieu en 1789, prévoit la possibilité pour les victimes même non américaines de saisir un juge fédéral des Etats-Unis par le biais d'une procédure civile<sup>873</sup>. Son application à l'encontre des

---

<sup>872</sup> SEITZINGER (Michael V.), « *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): Congressional Interest and Executive enforcement* », CRS Report for Congress, October 21, 2010, p. 4. Consultable sur [www.crs.org](http://www.crs.org). Dernière visite le 08 septembre 2013. L'affaire n'est pas encore jugée mais l'acte d'accusation est publié au lien suivant : <http://www.fcpablog.com/blog/2010/4/19/blackwater-and-bribery.html>. Dernière visite le 05 septembre 2013.

<sup>873</sup> La possibilité pour les étrangers de saisir les juridictions fédérales dans le cadre d'une procédure civile a été possible grâce à l'*Alien Tort Act Claim* voté en 1789. La disposition est ainsi rédigée « *[T]he district courts shall also cognizance, concurrent with the Courts of the several States, or the circuit States, or the circuit courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ». La Cour suprême américaine a décidé, par exemple, dans l'Affaire *Sosa v. Alvarez Machain* (29 juin 2004) que l'ATCA permet aux victimes étrangères d'intenter des actions devant les juridictions pour les

sociétés militaires et de sécurité privées n'est pas suffisante pour permettre aux victimes d'être indemnisées. En effet, l'ATCA n'est applicable que si l'auteur présumé se trouve sur le territoire américain et la violation qui lui est reprochée doit être une atteinte au droit international.

Cela montre que les Etats doivent faire un effort dans le cadre de leur législation pour améliorer le sort des victimes. C'est dans ce sens que le Projet de convention demande aux Etats parties de légiférer pour que les SMSP fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales parmi lesquelles « *l'indemnisation des victimes* ». Pour cela, l'article 21 dispose que chaque Etat partie doit « *prendre les mesures pouvant être nécessaires pour établir sa compétence en droit interne à l'égard des infractions visées à l'article 19 [à savoir les violations du droit imputables aux SMSP et à leurs membres] lorsque l'infraction est commise sur son territoire, à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef immatriculé conformément à sa législation ou lorsque l'infraction est commise par un de ses nationaux* ». Dans cet alinéa premier de l'article 19 du Projet de convention, il est demandé à l'Etat d'établir la compétence territoriale et personnelle active de ses juridictions. C'est dans ce sens, d'ailleurs, qu'est orientée la loi sud africaine de 2006. Ce texte prévoit, en cas de non respect de ses dispositions, que toute personne physique ou morale, auteur d'infraction, dès lors qu'elle est arrêtée dans les eaux territoriales, ou à bord d'un navire ou aéronef battant pavillon sud africain, peut être jugée par les cours et tribunaux du pays<sup>874</sup>.

L'alinéa 2 de l'article 19 du Projet de convention préconise que chaque Etat fasse en sorte que ses tribunaux aient une compétence internationale à l'égard des personnes qui ont causé un préjudice à un de ses ressortissants et à l'égard d'un apatride ayant sa résidence

---

atteintes les plus graves aux droits de l'homme, lesquelles entrent dans le champ de la « *Loi des Nations* ». Mais, elle a ajouté que l'ATCA ne confère pas aux victimes étrangères un droit d'ester en justice ; cette loi se limite à consacrer uniquement une compétence juridictionnelle aux juridictions américaines. Voir, la décision de la Cour suprême : <http://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>. Dernière visite le 04 septembre 2013. Les nationaux américains ne peuvent pas saisir les juridictions nationales lorsqu'ils sont victimes de violations de droits de l'homme à l'étranger. C'est pourquoi, a été votée la loi *Torture Victim Protection Act* de 1992 pour leur permettre de saisir la justice lorsqu'ils sont victimes de torture ou de mauvais traitements. Pour la *Torture Victim Protection Act* : <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c102:H.R.2092.ENR>; Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>874</sup> Article 11 de la Loi n°27-2006, intitulé “ *Prohibition of Mernary Activities and Regualtion of certain Activities in Areas of Armed Conflict Bill* ”:

“Any act that constitutes an offence under this Act and that is committed outside the Republic by—

(a) a citizen of the Republic;

(b) a person ordinarily resident in the Republic;

(c) a person who was arrested in the territory of the Republic, or in its territorial waters or on board a ship or aircraft registered or required to be registered in the Republic at the time the offence was committed”

Consultable sur : <http://www.pmg.org.za/bills/0511b42-05.pdf>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

habituelle sur son territoire. Dans cette optique, l'alinéa 3 prévoit que la « *Convention n'écarte aucune compétence additionnelle exercée conformément au droit interne* ». Cela marque la volonté des auteurs de la convention de ne laisser aucune possibilité d'impunité. C'est pourquoi d'ailleurs l'article 22 permet l'établissement de compétence juridictionnelle interne « *à l'égard d'infractions commises par le personnel des SMSP lorsqu'il fournit ses services sur le territoire d'un autre Etat partie ou d'un Etat non partie à la convention* ».

Toutefois, l'établissement des compétences des juridictions internes ne suffit pas à assurer la punition des auteurs des infractions. Il faut aussi mettre en place des poursuites avec des enquêtes et éventuellement des extraditions. Ces mesures nécessitent une véritable coopération des Etats parties entre eux mais également entre ces derniers et leurs pairs n'ayant pas adhéré à la convention en vertu des articles 23 et 24 du Projet de convention.

Aussi, parallèlement à la législation sur les compétences des tribunaux internes et avec le souci de mieux indemniser les victimes, la convention prévoit la mise en place d'un « *fonds international administré par le Secrétaire général en vue d'octroyer une réparation aux victimes des infractions [...]* ». Ce fonds n'a pas vocation à se substituer à la responsabilité des SMSP et de leurs membres. Ces derniers doivent malgré tout exécuter leurs obligations en matière d'indemnisation. C'est une initiative majeure mais elle n'est pas unique dans l'histoire car le statut de la Cour pénale a aussi prévu un fonds de même nature<sup>875</sup>. Seulement, on peut déplorer le fait que les deux conventions permettent une indemnisation des victimes dans un cadre international alors qu'elles ne leur ont pas donné la possibilité de saisir un juge international pour engager la responsabilité d'une personne morale comme les SMSP. Il faudrait pour cela envisager l'adoption d'un protocole additionnel au Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale afin de créer la responsabilité internationale des

---

<sup>875</sup> Article 75 « *Réparation en faveur des victimes* » (Statut de la CPI) :

« 1. *La Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision.*

2. *La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Cette réparation peut prendre notamment la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la réhabilitation. Le cas échéant, la Cour peut décider que l'indemnité accordée à titre de réparation est versée par l'intermédiaire du Fonds visé à l'article 79* ». Le Statut de la CPI est consultable au lien suivant : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>. Dernière consultation le 05 septembre 2013.

personnes morales de droit privé<sup>876</sup>. Il en serait de même également pour la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé puisqu'elle n'existe pas encore en droit international. Un protocole aurait pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé pourrait être engagée. Ce qui deviendrait évidemment une forme de réglementation concernant les activités des SMSP. Les membres peuvent demeurer régis par les dispositions pertinentes du Statut de la CPI, par contre, les sociétés ne peuvent présentement faire l'objet d'une sanction en vertu du droit international. Si ce protocole était adopté, ce serait l'aboutissement d'un processus qui a toujours eu du mal à se réaliser. En effet, la tentative avortée de mettre en place la responsabilité pénale des personnes morales<sup>877</sup> lors de l'élaboration du statut de la CPI montre, une fois encore, que la tâche sera rude. Il suffit donc que les Etats aient la volonté de le faire pour que cela se réalise.

Certes, les sanctions internes envisagées par le Projet de convention sont utiles mais elles auront besoin d'un système de sanctions au niveau international pour asseoir un véritable encadrement des activités des SMSP. Ces dernières exercent des fonctions qui les placent au cœur de l'exercice des prérogatives de puissance publique avec utilisation des armes. Les risques de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire sont réels<sup>878</sup>. Cette situation particulière appelle donc « *une double réglementation, l'une au niveau national, l'autre au niveau international* »<sup>879</sup>. La réglementation internationale ne sera efficace que si elle résout tous les problèmes de responsabilité internationale des acteurs privés dont celle des personnes morales de droit privé.

---

<sup>876</sup> Assemblée générale des Nations unies, Conseil des droits de l'homme, « *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », présenté par Alexandre Nikitin, 21 janvier 2009, A/HRC/10/14, § 61.

<sup>877</sup> L'article 23 (5) et (6) du projet de statut de la Cour pénale internationale qui n'a finalement été adopté était le suivant : 23 (5) : « *The Court shall have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or representatives.* 23 (6): « *The criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are.* La version du projet de Statut de la Cour pénale qui contient cet article est disponible sur : <http://un.org/law/n9810105.pdf>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>878</sup> Les récents événements en Irak l'illustrent bien avec la fusillade de 17 civils sur la Place Nisour à Bagdad en 2007 prépertrée par les membres de *Blackwater* et les tortures infligés aux prisonniers d'Abu Ghraïb par des membres de *CACI* et *TITAN*.

<sup>879</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 277.

## **Section II : Le dynamisme du Conseil de l'Europe vers l'adoption d'un traité réglementant les activités des SMSP**

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a rendu un rapport en 2009 à travers la Commission de Venise<sup>880</sup>. Ce document contient les bases d'une future réglementation des activités des SMSP, au niveau de cette organisation internationale européenne de coopération qui a un pilier essentiel axé sur la promotion du respect des droits de l'homme. C'est dans le cadre d'un tel pilier que la nouvelle réglementation envisagée s'attache à harmoniser les législations nationales en vue de l'adoption d'un traité concernant les activités des SMSP.

### **§ I : Le préalable des efforts pour l'harmonisation des législations nationales**

L'intérêt d'une harmonisation des législations nationales est de faciliter l'adoption d'un traité. C'est pourquoi, le rapport note que « *d'autres parties de la recommandation de l'Assemblée parlementaire pourraient servir de base aux dispositions d'un futur traité* ». Les Etats membres du Conseil de l'Europe devraient s'entendre sur la manière dont leur droit interne régit les activités des SMSP. Ils ont gardé présent à l'esprit que, avoir la même approche de réglementation en Europe continentale comporte l'avantage de prévenir le *forum shopping*. En effet, les SMSP comme toutes les sociétés cherchent à s'installer sur des territoires où la réglementation est plus favorable. Le rapport souligne dans ce sens que « *lorsqu'un Etat choisit de réglementer [les] activités extraterritoriales [des SMSP], le risque de voir ces sociétés s'installer dans un pays où elles ne sont pas réglementées, ou le sont moins, est évident* ».

La première stratégie est d'avoir la volonté de dépasser l'état actuel de l'encadrement des activités des SMSP en Europe. En fait, la réalité est que dans la plupart des Etats, les activités des sociétés privées à vocation sécuritaire sur le territoire national sont régies par le droit interne. Pour autant, les activités extraterritoriales des SMSP sont complètement ignorées par les normes nationales. Or, ces sociétés peuvent aussi exercer des activités sécuritaires à côtés d'activités militaires. C'est dans ce sens d'ailleurs que la Commission de Venise pense que la distinction entre société « *sociétés privées à vocation militaire et sociétés*

---

<sup>880</sup> Rapport adopté par la Commission de Venise (Conseil de l'Europe), lors de sa 79<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 juin 2009) op. cit. Voir, [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV\(2009\)002syn-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV(2009)002syn-f.asp). Dernière visite le 10 octobre 2013.

*privées à vocation sécuritaire* » doit s'estomper car ce n'est pas le « *caractère de l'entité mais les activités de cette dernière qui sont importantes* ». La Commission propose de dépasser la distinction entre ces catégories d'entités, en utilisant l'appellation « *entreprise militaire et de sécurité privée* » à l'instar du Document de Montreux. Toutefois, l'on remarque que la Commission s'est gardée de définir ce qu'elle entend par cette notion et elle n'a pas renvoyé à la définition que le Document de Montreux donne de l'expression elle-même. Ce qui est regrettable en ce sens que choisir la qualification « *entreprise* » au détriment de « *société* » a un sens juridique et une définition allait donner une justification de ce choix. Toujours est-il que, l'approche visant à ne pas distinguer les sociétés de sécurité et les sociétés militaires est conforme à la réalité sur le terrain.

Toutefois, cette approche globale des sociétés évoluant dans la sécurité et dans les tâches militaires devrait être faite par les Etats européens avant de s'engager sur les « *principes permettant de préserver le monopole étatique en matière de recours à la force* » et ainsi déterminer les domaines externalisables et ceux qui doivent rester « *intrinsèquement gouvernementaux* ». La Commission est d'avis que « *tous les Etats européens considèrent que le « combat » est intrinsèquement gouvernemental* ». Seulement, la définition de ce qu'est un combat peut donner lieu à des interprétations différentes. En fait, les activités des SMSP peuvent être exercées dans des situations qui les rapprochent des combats ou les y intègrent facilement. De ce fait, il existe une difficulté de qualifier les activités des SMSP de combat ou de non combat.

Face à ces questions qui peuvent engendrer des divergences d'interprétation, les Etats devraient s'entendre sur la délimitation des fonctions qui peuvent être confiées à des SMSP et celles qui doivent rester entre les mains des forces étatiques.

Au-delà des principes, pour entamer les démarches d'harmonisation, les Etats européens devraient, au préalable, passer en revue leur législation pour s'enquérir des possibilités d'encadrement des activités des SMSP. En l'absence de règles spécifiques, les dispositions du droit commun devraient être examinées pour savoir si elles permettent de contrôler efficacement les missions confiées aux prestataires de services de sécurité militaire et sécuritaire.

Cet examen des législations nationales permet de mesurer les lacunes à l'intérieur de chaque Etat. Le résultat sera décisif sur les mesures à prendre en vue de mettre en place une

politique d'harmonisation. La Commission de Venise préconise dans ce sens un certain nombre de mesures. On note que les systèmes de licences sont à instituer pour pouvoir contrôler en amont la nature de la fonction qu'une SMSP envisage d'exercer. Les Etats d'origine et les Etats contractants sont les plus concernés pour mettre en place les licences puisque l'objectif est de réglementer les activités des SMSP en dehors de l'espace européen.

Les licences ont également d'autres intérêts. En effet, elles permettent de fixer des obligations aux SMSP. Le manquement à ces obligations peut donner lieu à des sanctions. Pour engager la responsabilité des SMSP dans ce cadre il faut que les droits nationaux prévoient les conditions dans lesquelles des sanctions appropriées puissent être envisagées. Pour cela, le rapport préconise l'adaptation des règles judiciaires pour prévoir les compétences juridictionnelles pour que les tribunaux puissent être saisis d'actes commis par les SMSP ou leurs membres quel que soit le lieu de commission de l'infraction. A ces règles de compétence, il faut ajouter des procédures spécifiques permettant de mettre en œuvre les sanctions pénales, civiles, administratives concernant les activités des SMSP.

L'harmonisation des législations nationales se place ainsi dans le rapprochement des pratiques pour encadrer la conduite des prestataires dans l'accomplissement de leurs activités. C'est ce préalable qu'il faut réaliser avant de s'acheminer vers un traité au niveau régional, qui va réglementer l'externalisation au niveau des clients.

## **§ II : Vers l'adoption d'un traité au niveau régional européen réglementant l'externalisation au niveau des clients**

Le rapport prévoit l'adoption d'un traité pour fixer des obligations aux Etats membres du Conseil de l'Europe. Les obligations dont il sera question dans ce nouvel instrument international devraient être, selon le rapport, « *plus lourdes ou progressives* » pour les Etats européens. En effet, ces derniers peuvent se permettre de se fixer des obligations plus contraignantes que si la question s'était posée au niveau universel. Dans le passé, lorsque les droits de l'homme étaient supposés difficiles à mettre dans un traité, les Etats européens avaient réussi à adopter en 1951 la Convention européenne des droits de l'homme alors que 3 ans plus tôt (1948), aux Nations unies, les Etats s'étaient contentés d'une simple déclaration universelle. C'est dire que l'adoption du traité, qui est un instrument plus contraignant qu'une déclaration, est plus facile au niveau régional qu'au niveau universel. C'est dans ce sens que ce projet de réglementation des activités des SMSP au niveau régional est une initiative qui

pourrait apporter un plus dans la tentative d'amener l'externalisation sous contrôle des normes.

La Commission est consciente que le « *domaine dans lequel [elle] souhaite un nouvel instrument est déjà partiellement réglementé par des traités [...]* ». C'est dire qu'un traité sur l'externalisation d'activités militaires et sécuritaires est devenu une nécessité en ce sens même que le Document de Montreux (sur lequel nous reviendrons) a un statut juridique qui est « *limité* » sur le plan formel en droit international. Les obligations des Etats en matière de droit international humanitaire et des droits de l'homme ne sont pas encore clairement déterminées dans le cadre de l'externalisation. La Convention européenne des droits de l'homme prévoit qu'un Etat européen est responsable des activités de ses propres agents. Cette règle peut concerner les Etats contractants des SMSP mais seulement dans les circonstances où les SMSP sont considérées comme ses propres organes. Dans la pratique, les SMSP peuvent ne pas être employées comme des organes. De plus, en vertu de la Convention européenne, les sociétés elles-mêmes, (dont les SMSP même si elles ne sont pas expressément citées), ne sont pas responsables de leurs actes.

Le projet de traité que le Conseil de l'Europe envisage d'adopter ne va pas « *modifier les obligations qui incombent déjà aux Etats européens en vertu d'autres traités* ». Mais la Commission est d'avis que le « *réseau d'obligations* » au niveau international ne va pas faciliter la rédaction d'une convention sur les SMSP. Autrement dit, les Etats européens vont s'atteler à respecter leurs obligations internationales dans ce nouvel instrument en veillant à rester dans la conformité au droit des gens.

Cependant, le contenu du projet de convention n'a pas été déterminé avec précision. Les détails sur les obligations spécifiques des Etats d'origine, des Etats contractants ne sont pas encore fixés. Peut-être, les Etats attendront-ils la rédaction du futur traité pour le faire. La partie du contenu qui est déjà connue est constituée des règles d'harmonisation qui portent plus sur le contrôle des activités des SMSP que sur les obligations spécifiques des Etats membres. Cette partie clairement détaillée va reprendre la recommandation qui est le préalable du projet de traité.



## Chapitre II : Les initiatives de régulations non contraignantes

La nécessité d'encadrer les activités des SMSP a donné lieu à des initiatives de régulations non contraignantes. Ce mode de régulation est particulier en soit. En effet, il a pour objet d'inciter les acteurs de l'externalisation à avoir un comportement qui respecte d'abord le droit international humanitaire et les droits de l'homme mais aussi et surtout, les principes et règles propres que ces dits acteurs envisagent de se faire appliquer. En ce qui concerne ces principes et règles propres, qui sont, en réalité, non contraignantes, leur production ne signifie pas qu'elles vont remplacer le droit dur<sup>881</sup>. En fait, leur mise en place consiste à établir des normes de bonne conduite pouvant jouer un rôle important au niveau de la prévention en diminuant les risques de commission d'infractions dans le cadre des activités des SMSP. Aurement dit, l'adoption de normes non contraignantes est une technique juridique qui a pour objectif d'élaborer des règles relatives à des comportements dont le but est d'éviter que des actes répréhensibles soient commis. De prime abord, l'on comprend que ces règles, de par leur nature juridique, visent moins la répression des actes commis que l'incitation à ne pas en commettre<sup>882</sup> par une prise de conscience de l'intérêt d'avoir un comportement exemplaire. En second lieu, elles sont adoptées par les acteurs eux-mêmes avec des mécanismes d'application souples.

Dès lors que les membres de ces sociétés militaires et de sécurité privées sont armés et mandatés dans des conflits armés pour exercer des activités parfois étroitement liées aux combats, des risques de pertes humaines<sup>883</sup> peuvent survenir, dans la mesure où le contrôle officiel qui devait être exercé sur eux, n'est pas, dans tous les cas, mis en place. Pour illustration, l'ancien Secrétaire à la défense américaine, Robert Gates reconnaissait devant le Sénat des Etats-Unis en janvier 2009 l'absence de contrôle sur les SMSP en Irak<sup>884</sup>.

---

<sup>881</sup> L'article 14 du Code de bonne conduite internationale des entreprises de sécurité privée institué le 09 novembre 2010 résume ce que représente un code de bonne conduite par rapport à la réglementation contraignante en ces termes : « *Le présent Code complète, mais ne remplace pas, le contrôle exercé par les autorités compétentes, et ne limite ni ne modifie le droit national ou international applicable. Il ne crée per se aucune obligation ni aucune responsabilité opposable en droit pour les entreprises signataires au-delà de celles que prévoit déjà le droit national ou international. Rien dans le présent Code ne pourra être interprété comme limitant ou affectant de quelque façon que ce soit les règles de droit international actuelles ou en cours d'élaboration* ».

<sup>882</sup> MERCIAI (Patrizio), *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 247.

<sup>883</sup> HUBAC (Olivier) et VIELLARD (Luc), « *Politique d'externalisation : l'enjeu des sociétés d'appui stratégique* », in *Sécurité globale, Dossier Privatisation de la Guerre*, (dir) Jean-Louis ROTRUBIN, été 2009, p. 20.

<sup>884</sup> SCHWARTZ (Moshe), SWAIN (Joyprada), « *Department of Defense Contractors in Afghanistan and Iraq: Background of Analysis* », Congressional Research Service, May 13, 2011, p. 20. Consultable sur :

Les membres des SMSP sont eux-mêmes susceptibles d'être pris pour cible<sup>885</sup> alors même qu'ils ne sont pas forcément employés pour combattre.

Ces illustrations montrent l'aspect d'un secteur non encadré par des règles strictes. Force est de constater que l'absence de réglementation spécifique incite les SMSP elles-mêmes à chercher des solutions pour assurer une meilleure protection des victimes potentielles à travers de bons comportements. Dans le même sillage, les règles non contraignantes mises en place par les Etats et les SMSP convergent vers ces solutions.

Il en résulte que deux formes de régulation non contraignante ont été initiées dans le secteur d'activité des SMSP. D'une part, quelques Etats ont mis en place *Le Document de Montreux* relatif à l'encadrement des activités des SMSP et d'autre part, les prestataires ont élaboré des mécanismes d'autorégulation individuellement et collectivement auxquels ils donnent des appellations différentes. Tous ces documents se caractérisent par leur souplesse en termes de contraintes vis-à-vis de leurs destinataires. En effet, ils ne sont pas rédigés dans les formes habituelles des normes juridiques en ordonnant une conduite sous peine de sanction en cas de non respect.

Cependant, une distinction doit être faite entre le Document de Montreux et les codes de conduite des SMSP. Le premier, initié au niveau étatique, a un champ d'application plus vaste que les seconds. Il est destiné à être appliqué par les Etats qui y adhèrent ; son respect peut s'étendre sur tout le territoire de ces Etats, à leurs ressortissants et même dans leurs relations contractuelles avec les SMSP. Les codes de conduites des SMSP sont l'œuvre d'une

---

<http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R40764.pdf>. Dernière visite le 12 mai 2013. Un rapport du Ministère américain de la défense en date du 23 août 2004 fait état de la négligence du contrôle sur les membres de *CACI* et de *TITAN* qui assuraient l'interrogatoire des détenus de la prison d'Abu Ghraïb. Le Rapport note que c'est le manque de contrôle qui a occasionné un climat favorable pour que les membres des SMSP puissent commettre les abus sur les détenus. Voir le Rapport présenté en 2004 et intitulé « *Investigation of Intelligence Activities At Abu Ghraib* », August, 23, 2004, p. 52. Consultable au lien suivant : [http://humanrights.ucdavis.edu/projects/the-guantanamo-testimonials-project/testimonies/testimonies-of-the-defense-department/fay\\_jones.pdf](http://humanrights.ucdavis.edu/projects/the-guantanamo-testimonials-project/testimonies/testimonies-of-the-defense-department/fay_jones.pdf). Dernière visite le 15 mai 2013.

<sup>885</sup> Le Rapport du Groupe de travail des Nations unies sur l'*utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher du droit des peuples à l'autodétermination* note que c'est parmi les agents de sécurité privée que l'on enregistre le plus grand nombre de victimes après l'armée américaine au cours du conflit en Irak : entre 2003 et 2007, il a été dénombré plus d'un millier de morts et 12 000 blessés. Et le Rapport d'ajouter que ces chiffres ne reflètent pas toute la réalité car ils sont basés sur les demandes d'indemnités auprès du Ministère américain du travail par des agents blessés ou des familles des employés tués ou invalides qui sont tous des Américains. Or, parmi les membres des SMSP, il y a beaucoup d'irakiens et beaucoup d'autres nationalités dont les victimes et les blessés ne font l'objet d'aucune statistique. Cf, Assemblée générale, Conseil des droits de l'homme, Rapport sur la « *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au Développement* », présenté par José Luis Gomez Del Prado, 9 janvier 2008, § 42. Le 8 avril 2012, une note du Ministère de l'intérieur afghan annonce qu'un véhicule d'une SMSP est tombé sur une mine dans la province de Khost. Consultable sur : <http://moi.gov.af/en/news/8433>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

société ou d'un groupe de sociétés et leur application se limitera à un champ d'application assez restreint. Ces codes de conduite connaissent deux formes : le code individuel et le code associatif. Le code individuel est valable uniquement dans le fonctionnement d'une société et dans ses relations avec ses clients. Le code associatif est destiné à être respecté par les sociétés qui y adhèrent dans le cadre de leurs activités.

Ces considérations déterminent le choix qui est fait ici d'étudier séparément le Document de Montreux, le projet de réglementation européenne et les mécanismes d'autorégulation des SMSP.

## **Section I : Le Document de Montreux relatif à l'encadrement des activités des SMSP**

Le Document de Montreux signé le 17 septembre 2008 est le résultat d'un travail de 17 Etats<sup>886</sup> en collaboration avec le Comité international de la Croix-Rouge dans le but de mettre en place un ensemble de règles et de pratiques dont l'observation pourrait être utile dans le cadre de l'externalisation d'activités de sécurité militaire. Cette externalisation est jusque-là sans encadrement spécifique. C'est pour cette raison qu'elle a suscité « *un débat juridique* »<sup>887</sup> autour de la recherche de solutions adéquates. D'ailleurs, les débats lors des conférences de Montreux, étaient menés pour choisir entre deux alternatives possibles pour régler les activités des SMSP : soit, des règles de « *droit dur* » ou « *hard law* »<sup>888</sup> devront être adoptées, soit il s'agira de mettre en oeuvre des règles de « *soft law* »<sup>889</sup> (droit mou). C'est cette deuxième alternative qu'ont choisie les experts réunis à Montreux en janvier

---

<sup>886</sup> Les 17 Etats représentés lors des travaux à Montreux étaient : l'Afghanistan, l'Afrique du sud, l'Allemagne, l'Angola, l'Australie, l'Autriche, le Canada, la Chine, les Etats-Unis, la France, l'Irak, la Pologne, le Royaume Uni, la Sierra Leone, la Suède, la Suisse et l'Ukraine. 24 autres Etats ont rejoint les signataires du Document depuis sa publication. Au total, 41 Etats se sont engagés à appliquer le texte. Le Document de Montreux est consultable au lien suivant : <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Le site est actualisé chaque fois qu'un Etat « *apporte son soutien* » au Document de Montreux.

<sup>887</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre* », op. cit, p. 108. Voir aussi, DANET (Didier), « *Guerre en Irak et partenariats public-privé : des partenariats public-privé controversés* », in Revue française d'administration publique, n°130, 2009/2, p. 249.

<sup>888</sup> L'expression « *droit dur* », peut être définie comme étant des « *normes créatrices de droits et d'obligation juridique précis* ». Cf, WEIL (Prosper), « *Vers une normativité relative en droit international ?* », in RGDIP, 1982, Paris, Pedone, p. 7. Ce sont des normes qui sont d'origine légale ou réglementaire sur le plan national et conventionnelle sur plan international. Elles sont assorties d'une force obligatoire et leur respect peut être imposé par la contrainte.

<sup>889</sup> L'expression « *soft law* » est traduite en française par « *droit mou, droit tendre, droit vert* ». Certains auteurs parlent de « *juridicité atténuée* ». Cf, FEUER (Guy), *Droit international du développement*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1991. Elle porte une contradiction en ce sens que « *soft* » renvoie à la force non obligatoire alors que « *law* » implique la contrainte. Cf, IDA (Ryuichi), « *Formation des normes internationales dans un monde en mutation. Critique de la notion de Soft Law* », in Mélanges Michel Viraly, Paris, Pedone 1991, p. 334.

et novembre 2006, en novembre 2007 ainsi qu'en avril et septembre 2008. Les rencontres s'inscrivaient dans un cadre informel où des experts gouvernementaux échangeaient entre eux ainsi qu'avec des représentants de SMSP. Les discussions tournaient autour des modalités de promouvoir le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme relativement à l'externalisation des activités de sécurité militaire. Lors du premier atelier qui a eu lieu les 16 et 17 septembre 2006<sup>890</sup>, les objectifs étaient de discuter des problèmes juridiques soulevés par l'externalisation des activités militaires et civiles pendant les conflits armés. En clair, il s'agissait de réaffirmer et de clarifier les obligations des Etats et des autres acteurs en droit international humanitaire et en matière de droits de l'homme. Il fallait également étudier et développer les options à choisir avec les modes de réglementation afin de mettre en place des lignes directrices pour aider au meilleur respect des règles qui s'appliquent à ce secteur d'activité. L'acte final adopté par la suite a procédé par le rappel des obligations internationales des Etats en démontrant que, quelle que soit la position de ces derniers dans le cadre des activités des SMSP (origine, territorial ou contractant), ils restent soumis à toutes les règles du droit des gens auxquelles ils ont souscrit.

Les rédacteurs du Document de Montreux ont voulu apporter un éclairage sur le fait que les obligations juridiques des Etats et des autres acteurs de l'externalisation prévues par des règles de « *droit dur* », continuent de s'appliquer.

En reconnaissant ce Document, les Etats s'obligent à faire des efforts pour rendre son contenu effectif. Dans cette optique, afin de mesurer l'efficacité du texte à l'égard des activités des SMSP, le champ d'application et le contenu de ce texte revêtent une importance capitale pour l'approche scientifique qu'il convient d'adopter. C'est le champ d'application qui va être analysé avant le contenu. Mais pour les besoins de commodité avec la nature du texte qui n'est pas un traité, les « *articles* » de la première partie concernant le rappel des obligations seront nommés ci-après, « *déclarations* », et ceux de la deuxième partie porteront la qualification de « *bonne pratique* ».

## **§ I : Un champ d'application restreint**

Le Document de Montreux est un texte qui promeut le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme lorsque des activités militaires et sécuritaires sont

---

<sup>890</sup> Voir les comptes rendus des réunions des experts dans le site du Département des affaires étrangères de la Suisse : <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/humlaw/pse/psechi.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

externalisées dans le contexte des conflits armés. Le texte est composé de deux parties. La première compte 27 *déclarations* et elle est consacrée au rappel des obligations et des responsabilités pertinentes des Etats dans le cadre de l'externalisation de leurs fonctions de sécurité et de défense. Cette partie rappelle aussi les obligations et les responsabilités des SMSP et de leurs membres dans le cadre de leurs activités de prestation. La seconde partie met en place 70 bonnes pratiques destinées à fournir des orientations aux Etats, à les aider à régler les activités des SMSP et à promouvoir le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme.

Les destinataires du Document de Montreux prévus dans son champ d'application sont les Etats et les autres acteurs (les SMSP et leurs membres) évoluant dans l'externalisation des activités militaires et sécuritaires. Ainsi, toutes les catégories d'Etats qui interviennent dans les activités des SMSP sont concernées par les *déclarations* et les *bonnes pratiques* du Document. Ce sont : l'Etat d'origine, l'Etat contractant et l'Etat territorial des SMSP. L'Etat d'origine est, soit l'Etat où la SMSP a été enregistrée, soit celui dans le territoire duquel se situe son siège ou son principal établissement. Ici, les deux critères alternatifs de rattachement d'une société à un droit national, à savoir l'enregistrement et le siège social, sont déterminants. L'enregistrement correspond à l'immatriculation que l'on retrouve dans les pays anglo-saxons et le siège social est le critère souvent appliqué dans les pays de droit civil. Le siège social n'est pas n'importe quelle domiciliation, il s'agit du lieu où se situe la direction centrale de la société, en l'occurrence, par exemple, selon la Cour de cassation française, ce qui est qualifié de « *siège réel* »<sup>891</sup>. L'Etat d'origine est aussi l'Etat de nationalité des membres des SMSP. La nationalité de ces derniers suit certains modes d'acquisition habituelle que sont : le sol et la naturalisation. Dans la pratique, l'Etat d'origine peut être aussi l'Etat contractant qui est défini dans le Document de Montreux comme étant celui « [...] *qui contracte directement les services d'EMSP, et le cas échéant, lorsqu'une telle EMSP sous-traite avec une autre EMSP* ». Cette définition a le mérite de maintenir l'Etat dans la situation d'être client d'une SMSP même si cette dernière peut sous-traiter à son tour la mission qui lui a été confiée par son co-contractant à une autre société. Mais l'Etat contractant peut être aussi l'Etat « *territorial* », c'est-à-dire, celui sur le territoire duquel s'exercent les services de la SMSP.

---

<sup>891</sup> Selon la Cour de cassation française « [...] *en principe la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social* », Cf, Cassation 1<sup>ère</sup> chambre civile, 30 mars 1971, n°67-13873, Bulletin n°113, CCRMA, Grands arrêts, n°50.

En dehors des Etats, les autres acteurs concernés par le Document de Montreux sont les SMSP et leurs membres. Les SMSP sont directement concernées par le Document de Montreux dans la mesure où les Etats contractants, les Etats territoriaux et les Etats d'origine sont chargés de faire en sorte qu'elles respectent les droits nationaux qui leur sont applicables. L'expression « *entreprise militaire et de sécurité privée* » est retenue dans le Document de Montreux pour désigner les SMSP. Elles sont ainsi définies comme étant « *des entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et/ou de sécurité* ». Au-delà de la notion d'entreprise qui est économique<sup>892</sup>, le choix de l'appellation « *EMSP* » rassemble sous ce vocable les sociétés militaires privées et les sociétés de sécurité privées. La distinction entre ces sociétés n'a plus d'intérêt dès lors que, dans la pratique, les SMSP peuvent passer d'une catégorie à une autre. C'est donc à juste titre que le Document de Montreux retient une acception large.

Toutefois, la définition de l'expression « *EMSP* » en elle-même, est non seulement large mais elle est aussi imprécise. Elle est large dans la mesure où la notion d'« *entité commerciale privée* » ne traduit en rien la nature juridique des SMSP. Cette notion ne fait que traduire l'activité sur le plan économique mais ne renseigne pas sur le rattachement d'une entreprise à un droit national déterminé. Or, toute SMSP est rattachée à un droit national avant d'exercer ses activités, le cas échéant, en dehors des frontières de son Etat d'origine. La définition est imprécise en ce sens qu'elle n'a pas pris en compte les clients des SMSP et les contrats. En effet, la définition de l'expression « *EMSP* » devrait comporter une limitation de la liste des clients afin d'exclure systématiquement certaines catégories d'acteurs comme les organisations terroristes, les mafias, etc., qui ne sauraient être des acteurs légitimes pouvant employer des prestataires dans leurs activités criminelles. Les SMSP devraient même éviter de conclure des contrats avec de telles organisations dans le but de ne pas ternir leur image, ou de ne pas s'allier avec des ennemis de la paix internationale. Seulement, en cas de raréfaction de contrats dans le marché des Etats et des organisations internationales, rien ne garantira qu'une telle méfiance pourrait tenir longtemps, si aucune réglementation n'est adoptée. L'encadrement des activités des sociétés militaires et de sécurité privées devrait, par conséquent, anticiper sur cette éventualité en procédant à une sélection de clients légitimes. Une telle sélection des clients ne peut être réellement contrôlée que si un contrat est conclu. De ce fait donc, le contrat est un élément central dans la mesure où il permet au client de la SMSP d'y prévoir des clauses afin d'exiger que les missions se déroulent dans le respect du

---

<sup>892</sup> MERCIAI (Patrizio), *Les entreprises multinationales en droit international*, op. cit, p. 14.

droit international humanitaire des droits de l'homme. D'autres conditions liées au bon fonctionnement de la mission pourraient également être imposées. Le contrat est donc un moyen de régulation efficace. Pour illustration, on peut citer l'exemple du Contrat-type que l'Etat d'Oklahoma (Etats-Unis) a mis en place dans le cadre de sa politique d'externalisation de la surveillance de ses prisons. Dans ce contrat-type, il est exigé que la SMSP devrait fournir un personnel qualifié qui soit capable, 24 heures sur 24, de traiter avec soin et de superviser les détenus en fournissant une assistance administrative sur toutes les procédures liées aux fonctionnements des prisons conformément aux normes. C'est la Section 5 du Contrat-type qui le prévoit en ces termes : « *The Contractor shall provide qualified personnel to deliver 24-hour care and supervision to offenders, including administrative and support service personnel, for the overall operation of the jail according to standards* »<sup>893</sup>.

L'importance de la sélection des clients et celle de l'existence d'un contrat montrent que ces deux éléments devraient être inclus dans la définition des SMSP. C'est ainsi qu'on peut définir les SMSP comme étant des sociétés commerciales de droit national qui fournissent par contrat et au travers des frontières étatiques, divers services militaires et / ou de sécurité à leurs clients que sont les Etats, les organisations internationales et les entités privées légalement constituées et autorisées dans ce sens.

A côté des sociétés, les mesures contenues dans le document de Montreux s'intéressent aussi aux membres du personnel de ces personnes morales de droit privé. Il s'agit, selon la définition qui leur est consacrée, de personnes « *physiques* » employées directement ou par contrat par la SMSP. Après leur recrutement, elles sont soit des gérants évoluant dans l'administration de la société, soit des subordonnés qui vont être déployés sur le terrain pour accomplir les tâches que le propriétaire de la mission a confiées à leur employeur. Ces personnes sont des ressortissants d'autres Etats ; elles peuvent être originaires de l'Etat contractant, de l'Etat d'accueil<sup>894</sup> ou d'Etats tiers. Le Document de Montreux demande aux Etats d'origine, aux Etats d'accueil et aux Etats contractants de tout faire pour les soumettre à leur législation. Le texte prend en considération leur situation dans la hiérarchie de la société

---

<sup>893</sup> Voir, Interlocal Cooperative Agreement between The Oklahoma Department of Corrections and Contractor Name / Contractor for correctional services in FY 2010. Le contrat-type mis en place par l'Oklahoma peut être consulté sur : [http://www.doc.state.ok.us/field/private\\_prisons/FY%2010%20Jail%20Contract.pdf](http://www.doc.state.ok.us/field/private_prisons/FY%2010%20Jail%20Contract.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>894</sup> SCHWARTZ (Moshe), « *The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress* ». February 21, 2011, Congressional Research Service. Disponible sur le site : [www.crs.gov](http://www.crs.gov). Dernière visite le 03 juillet 2013. Le Rapport signale qu'en décembre 2010, 1% seulement de tous les individus sous contrat avec les SMSP présentes en Irak sont des irakiens. Par contre en Afghanistan, ils 95% d'individus membres des SMSP formés d'Afghans.

qui les emploie. Cette séparation à l'intérieur des membres du personnel est importante dans la mesure où elle permet de situer les responsabilités. En effet les autorités hiérarchiques que sont les dirigeants ont un devoir de contrôle et de sanction sur les subordonnés. En d'autres termes, les gérants doivent faire respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme par leurs subalternes.

Le Document de Montreux s'est intéressé à la situation juridique des membres des SMSP en prévoyant dans la **déclaration 24** que leur statut « *est déterminé par le droit international humanitaire, au cas par cas, en particulier selon la nature et les circonstances des fonctions dans lesquelles ils sont impliqués* ». Le statut suppose l'octroi de droits et l'imposition d'obligations. A l'endroit des membres des sociétés militaires et de sécurité privées, le droit international humanitaire n'a pas encore prévu d'une manière expresse la jouissance de droits et la soumission à des obligations spécifiques en tenant compte de la nature de leurs activités dans les conflits armés. Les règles de droit international qui existent actuellement s'adressent uniquement à eux en tant qu'ils sont des individus mais non en tant qu'ils sont membres de SMSP. En effet, les conventions pertinentes n'ont pas prévu la participation des membres des sociétés militaires et de sécurité privées dans la gestion des conflits au moment de leur conception et aucune réforme n'est encore envisagée pour le faire. Ce qui fait que l'application des règles du droit international humanitaire à ces individus se fera « *au cas par cas* ». En effet, suivant leur position dans le conflit, ils seront soit des combattants, soit des civils. C'est pourquoi la **déclaration 24** sus mentionnée note que la qualification se fera « [...] *en particulier selon la nature et les circonstances des fonctions dans lesquelles ils sont impliqués* ». La nature de leurs activités peut être déterminée par le contrat ou la législation de l'Etat qui les engage. Si le contrat ou les textes les excluent expressément des combattants, ils vont avoir le statut de civil. Dans ce cadre, ils ne doivent faire l'objet d'aucune attaque et ils n'auront pas le droit de participer activement aux hostilités au risque de perdre leur protection<sup>895</sup>. S'ils sont placés en tant que combattants, ils bénéficient par exemple du « *statut de prisonnier de guerre* »<sup>896</sup> en cas de capture par l'ennemi.

Les membres des SMSP constituent ainsi un élément central du champ d'application du Document de Montreux en ce sens qu'ils sont des destinataires de son contenu.

---

<sup>895</sup> Déclaration 25 du Document de Montreux.

<sup>896</sup> Déclaration 26 (c) du Document de Montreux.

Un autre élément tout aussi important du champ d'application est constitué du contexte de conflit armé. Une limitation aux conflits armés<sup>897</sup> est prévue dans le texte sans pour autant que la notion même de « *conflit armé* » fasse l'objet d'une définition<sup>898</sup>. Or, cette notion a des contours difficiles à cerner. En effet, les conflits armés peuvent être internationaux ou internes. Ces deux catégories de conflits armés sont mises en exergue par la définition que le TPIY a donnée de la notion même de « *conflit armé* ». Selon le Tribunal, « *un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat* »<sup>899</sup>. Le problème de cette définition se trouve dans le membre de phrase consacré au conflit armé non international, en l'occurrence, « *entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés* ». La définition lie l'existence du conflit armé non international à sa durée. Or, un conflit peut être de courte durée et engendrer beaucoup de dégâts et de victimes. Ce qui est en porte à faux avec l'esprit du droit international humanitaire et des droits de l'homme. En effet, ces deux corps de règles ont pour but de limiter le nombre de victimes pendant et après les hostilités. Définir le conflit armé sur la base de sa durée exclurait beaucoup de situations de recours à la force avec leurs conséquences en termes de victimes. C'est la position, d'ailleurs, du Tribunal *ad hoc* chargé de juger les auteurs de crime lors du génocide Rwandais (TPIR) qui a souligné qu'une définition trop restrictive peut atténuer « *la protection offerte par [les instruments internationaux pertinents] aux victimes et victimes potentielles des conflits armés* »<sup>900</sup>. D'autre part, la définition du TPIY a bien établi une distinction entre les conflits armés internes et les tensions internes. La frontière qui sépare ces derniers est ténue. Les tensions internes sont caractérisées par des affrontements (souvent armés) opposant des protagonistes non identifiables à des forces de l'ordre ou de sécurité d'un Etat<sup>901</sup>. En clair, c'est l'organisation et

---

<sup>897</sup> Le principe qui l'indique est ainsi rédigé dans le Préface du Document de Montreux : « *Que certaines règles bien établies de droit international s'appliquent aux États dans leurs relations avec des entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP) et leurs opérations pendant les conflits armés, en particulier celles du droit international humanitaire et des droits de l'homme* ».

<sup>898</sup> La notion de conflit armé n'a pas fait non plus l'objet de définition en droit international humanitaire comme le précise Eric DAVID, « [...] *le conflit armé n'est pas défini par le droit qui le codifie* ». Voir, DAVID (Eric), *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 348.

<sup>899</sup> TPIY (Chambre d'appel), *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire no IT-94-1-A72, arrêt du 2 octobre 1995, §. 70.

<sup>900</sup> TPIR (Chambre de première instance) Affaire, *Le Procureur c. Akayesu*, op. cit., § 633 et 634. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>901</sup> PERILLEUX (Jonas), « *L'interprétation de la notion de « conflit armé interne » et de « violence aveugle » dans le cadre de la protection subsidiaire : le droit international humanitaire est-il obligatoire ?* », in *Revue belge de droit international*, 2009/1, Bruxelles, Bruylant, p. 125. Le CICR estime que les troubles intérieurs sont des situations dans lesquelles, « *sans qu'il y ait à proprement parler de conflit armé non international, il existe*

l'intensité de la violence qui caractérisent les conflits armés internes<sup>902</sup> mais les différencient également des tensions internes<sup>903</sup>. La définition parle de « *conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés* ».

Ainsi, la définition de la notion de conflit armé par le Document de Montreux est nécessaire dans la mesure où l'application des obligations n'est pas la même selon que les acteurs sont en période de guerre ou de paix. Le droit international humanitaire ne s'applique qu'en période de conflit armé et dans le cadre des tensions internes, c'est seul le respect des droits de l'homme qui est exigé.

Ensuite, la limitation du champ d'application aux conflits armés ne correspond pas à la réalité des activités des SMSP. Celles-ci interviennent aussi bien en période de conflit armé qu'en période de paix. En plus, en voulant promouvoir le respect des droits de l'homme, il serait plus efficace de prendre en compte toutes les activités et toutes les pratiques en dehors des conflits armés. Le respect des droits de l'homme est valable en temps de paix comme en période de conflit armé. Les SMSP exercent, dans le cadre de leurs activités, des missions de maintien de l'ordre. Elles peuvent ainsi être sollicitées pour lutter contre la piraterie maritime ou même pour l'intervention dans le cadre d'une catastrophe naturelle. Dans d'autres situations, elles ont été appelées à lutter contre le narcotrafic.

Au total, le rappel des obligations et les bonnes pratiques préconisées dans le Document de Montreux doivent être valables aussi bien en période de conflit armés qu'en temps de paix. C'est cela qui permettrait d'éviter la contradiction notoire décelée dans le contenu du texte : le fait de limiter le champ d'application aux conflits armés alors qu'en même temps dans sa deuxième partie, est développée une liste de bonnes pratiques qui se situent en période de paix.

---

*cependant, sur le plan interne, un affrontement qui présente un certain caractère de gravité ou de durée et comporte des actes de violence. Ces derniers peuvent revêtir des formes variables, allant de la génération spontanée d'actes de révolte à la lutte entre des groupes plus ou moins organisés et les autorités au pouvoir. Dans ces situations, qui ne dégénèrent pas nécessairement en lutte ouverte, les autorités au pouvoir font appel à de vastes forces de police, voire aux forces armées, pour rétablir l'ordre intérieur* ». Cf, CICR, *Protection des victimes des conflits armés non internationaux*, Document présenté à l'occasion de la *Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève, 24 mai - 12 juin 1971, Vol. V, p. 78.

<sup>902</sup> CPI, Chambre préliminaire, *Situation en République démocratique du Congo, le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision sur la confrontation des charges*, 29 janvier 2007, § 234.

<sup>903</sup> Les manifestations violentes et les soulèvements de populations sont les types de tensions internes les plus fréquents.

Cependant, en rappelant aux destinataires des déclarations leurs obligations juridiques, les rédacteurs du Document de Montreux interprètent les normes internationales et nationales en vue de démontrer qu'elles restent valables dans le cadre des activités des SMSP. Mais en leur procurant des conseils, les experts les exhortent à encadrer juridiquement et de manière optimale, les missions externalisées. En cela, le Document de Montreux est un instrument juridique non contraignant car il est simplement interprétatif et exhortatoire.

## § II : Un instrument juridique interprétatif et exhortatoire

Le Document de Montreux est un texte concerté dénué de forte contrainte. Ce choix s'explique par le fait que le Gouvernement suisse et le CICR qui ont pris l'initiative de créer ce texte, ont compris que l'urgence de la règlementation mais également la réalité de la vie internationale nécessitait d'élaborer un instrument de bonne volonté dans un laps de temps relativement bref. En effet, ils sont conscients que des négociations internationales pour adopter un traité pourraient durer plusieurs années et des enjeux politiques retarderaient, sans aucun doute, son application<sup>904</sup>. Le texte final adopté est un instrument de bonne volonté, produit en la forme de « *déclaration* » et qui prescrit un comportement à avoir dans le cadre des activités des SMSP. Il ne crée donc pas d'obligations à l'endroit des Etats, des SMSP et des membres de ces dernières. Ses dispositions sont interprétatives et à ce titre, non contraignantes à l'égard de leurs destinataires. Le Document de Montreux peut ainsi être qualifié d'« *acte concerté non conventionnel* »<sup>905</sup>. C'est un texte concerté dans le sens où il est le fruit d'une négociation entre des Etats qui veulent s'engager à avoir un comportement qui respecte les normes internationales dans le cadre de l'externalisation de leurs fonctions civiles et militaires pendant les conflits armés. Il est un texte non conventionnel dans la mesure où, sur le plan formel - d'emblée l'intitulé « *Document* » en est révélateur - on note une intention

---

<sup>904</sup> COCKAYNE (James), "Regulating private military and security companies: The content, Negotiation, weaknesses and Promise of the Montreux Document", in *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford University Press, 2009, p. 417. Certains auteurs (CARREAU et MARRELLA) voient dans l'élaboration des règles non contraignantes, d'une part un recours à des « *traités à l'essai* » dans le but de préparer ultérieurement la conclusion d'un traité en bonne et due forme entre les participants et d'autre part un « *succédané* » de traité. Selon eux, les Etats acceptent de s'engager, mais ils ne veulent pas ou ne peuvent pas le faire d'une manière formelle et solennelle avec toutes les conséquences que cela implique à commencer par la mise en jeu de la responsabilité internationale en cas de non respect. Cf, CARREAU (Dominique), MARRELLA (Fabrizio), *Droit international public*, Paris, Pedone, 2012, p. 237 et suivantes.

<sup>905</sup> L'expression « *acte concerté non conventionnel* » qualifie les instruments internationaux négociés par les Etats ou les organisations internationales mais qui ne sont pas des traités. On doit cette expression à Messieurs Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET dans leur ouvrage « *Droit international public* », dont la 8<sup>ème</sup> édition consultée contient la définition suivante : « *instruments issus d'une négociation entre personnes habilitées à engager l'Etat ou l'organisation internationale et appelés à encadrer les relations de ceux-ci, sans pour autant avoir un effet obligatoire* ». Voir l'ouvrage cité, p. 424.

de ses auteurs de ne pas lui conférer la force obligatoire d'un traité. C'est ce qu'ils affirment en ces termes « [...] *ce document n'est pas un instrument juridiquement contraignant et n'affecte pas les obligations existantes des Etats au regard du droit international coutumier ou des accords internationaux auxquels ils sont parties, en particulier leurs obligations au regard de la Charte des Nations Unies* »<sup>906</sup>.

Le Document de Montreux peut aussi être classé dans la catégorie des « *soft law* » en ce sens que ses dispositions ne cherchent qu'à persuader leurs destinataires à avoir un comportement conforme au droit international et à faire en sorte que les autres acteurs le fassent également. Mais, il n'en reste pas moins un texte juridique dans la mesure où il dicte un comportement à ses destinataires<sup>907</sup>. Il doit être regardé comme un instrument juridique non contraignant qui n'affecte pas les obligations existantes aussi bien pour les sujets de droit international que sont les Etats et les organisations internationales que pour les SMSP et leurs membres. C'est dans ce sens qu'il est mentionné dans sa préface que ce « *Document ne doit par conséquent être interprété comme limitant préjudicant ou étendant de quelque façon que ce soit les obligations existantes du droit international ou comme créant ou développant de nouvelles obligations internationales* ».

La rédaction de l'ensemble du texte montre que les auteurs ont adopté une démarche qui s'articule autour de trois points : d'abord, ils ont voulu démontrer que les obligations juridiques des Etats et des autres acteurs prévues par des sources du droit dur sont valables dans le cadre des activités des SMSP ; ensuite, ils se sont attelés à faire savoir que les violations de telles obligations engagent la responsabilité de leurs auteurs en vertu, non pas du Document de Montreux, mais des règles du droit dur ; enfin, ils exhortent les Etats à encadrer juridiquement les activités des SMSP.

---

<sup>906</sup> Préface du Document de Montreux.

<sup>907</sup> C'est ce qu'affirme par exemple M. PELLET : « *Une norme est juridique dès lors qu'elle implique une certaine conduite sociale* ». Voir, Alain PELLET, « *Contre la tyrannie de la ligne droite. Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement* », dans D.S. CONSTANTOPOULOS (dir.), *Sources of International Law*, Thessaloniki, Thesaurus Acroasium, vol. XIX, Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, 1992, p. 347. C'est ce qu'affirme également Isabelle DUPLESSIS : « *La norme souple trace des lignes réputées opportunes à suivre pour les acteurs tout en ménageant leur appréciation discrétionnaire et leur liberté de manœuvre. Elle ne cesse pas d'être juridique pour autant* ». Voir, Isabelle DUPLESSIS, « *La mollesse et le droit international du travail : mode de régulation privilégié pour société décentralisée* », in *Gouvernance, droit international et responsabilité sociale des entreprises* (dir.) Jean-Claude Javillier, Institut International d'Etudes sociales de Genève, (Organisation International du Travail), 2007, p. 6.

## **A/. L'applicabilité des obligations juridiques des acteurs<sup>908</sup> en vertu du droit dur aux activités des SMSP**

Le choix des initiateurs du Document de Montreux est de promouvoir l'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme dans le cadre de l'emploi des SMSP dans les conflits armés. De ce fait, ils mettent en place des règles prescrivant un comportement à leurs destinataires. Le texte s'inscrit dans une démarche pédagogique en démontrant que les obligations pertinentes en droit international humanitaire et des droits de l'homme ainsi que les législations peuvent être applicables dans le cadre des activités des SMSP.

### **a). Les règles internationales pouvant s'appliquer**

Le Document de Montreux a tenu à distinguer les obligations pouvant s'imposer aux Etats et celles pesant sur les SMSP et leurs membres. En effet, les règles internationales ne s'appliquent pas de la même manière selon qu'il s'agisse d'un Etat ou d'une personne privée. Les personnes privées prestataires regroupent ici les SMSP et leurs membres. Egalement à ce niveau le Document n'a pas manqué de les distinguer.

#### **1). L'applicabilité des règles internationales aux Etats dans le cadre de l'externalisation**

Le Document de Montreux essaie de démontrer que certaines règles du droit international peuvent s'appliquer aux Etats dans le cadre de l'externalisation de leurs fonctions militaires et sécuritaires. Ainsi, il ressort des « *déclarations* » de ce texte que le respect des obligations pertinentes en droit international humanitaire et en matière de droits de l'homme continue de peser sur eux dans les relations juridiques qui les lient aux SMSP et à leurs membres.

#### **- Le respect de certains principes fondamentaux**

Les Etats qui recourent aux services des SMSP doivent s'abstenir de violer les principes fondamentaux de droit international comme l'interdiction du recours unilatéral à la force et la non ingérence dans les affaires intérieures des Etats membres des Nations unies.

---

<sup>908</sup> Conformément au Document de Montreux qui parle des « *Etats et des autres acteurs* », il sera regroupé sous le vocable « *acteurs* » les Etats, les SMSP et les membres de ces dernières.

L'observation de ces principes s'adresse plus à l'Etat contractant. C'est pourquoi la **Déclaration 1** du Document de Montreux rappelle que « *Les Etats contractants restent liés par leurs obligations de droit international, même s'ils mandatent des EMSP pour exercer certaines activités* ». Parmi ces obligations citées ce texte, il y a les principes fondamentaux du droit international. Un de ces principes est la règle générale de l'interdiction de recourir unilatéralement à la force se trouvant dans l'article 2 paragraphe 4 qui dispose que : « *les Etats membres s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies* ». L'esprit de ce texte est repris par la Résolution 2625<sup>909</sup> de l'Assemblée générale des Nations unies qui stipule que « [...] *les Etats s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou l'emploi de la force [...] contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique des Etats* ». Cette Résolution met à la charge des Etats l'obligation de ne pas violer l'intégrité territoriale de leurs pairs par la force militaire<sup>910</sup>.

L'applicabilité de l'interdiction du recours à la force peut être analysée à travers l'exercice de la légitime défense face à une attaque, par exemple, menée par une SMSP. Sur ce point, il faut d'abord prendre en considération que la CIJ a considéré la légitime défense comme un droit naturel pour les Etats. En effet, elle « *constate que selon le libellé de l'article 51 de la Charte des Nations unies, le droit naturel (ou « droit inhérent ») que tout Etat possède dans l'éventualité d'une agression s'entend de la légitime défense aussi bien collective qu'individuelle* »<sup>911</sup>. Après cette considération, il s'agira de voir si la légitime défense doit être invoquée uniquement contre une agression armée de la part d'un Etat ou s'il est possible de le faire lorsqu'il s'agit d'un fait d'une personne privée. S'agissant de l'agression armée de la part d'un Etat, la définition de la notion d' « *agression armée* » produite par la CIJ donne un élément de réponse. Selon la juridiction internationale, l'expression s'entend de « *l'action de forces armées régulières [...] mais encore de l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de*

---

<sup>909</sup> Résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations unies (XXV), « *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations unies* ». Cette Résolution 2625 peut être consultée au lien suivant : [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=F). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>910</sup> CIJ, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif du 22 juillet 2010, § 80, Rec, p. 30

<sup>911</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, § 193, Rec. p. 102.

*mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat [...] »<sup>912</sup>. Il ressort de cette définition que l'envoi d'une force irrégulière par un Etat en son nom pour se livrer à des actes de force armée contre un autre Etat est constitutif d'une agression. Les SMSP constituent des forces irrégulières dès lors que leurs membres ne sont pas considérés comme des militaires. Donc, si l'agression est menée par le biais d'une SMSP dans cette considération, l'Etat victime devrait chercher l'Etat mandataire de la société afin de voir le degré de contrôle du premier sur la seconde avant de réagir. La preuve du contrôle sera difficile à établir dans la mesure où la plupart des contrats entre les SMSP et les Etats sont souvent confidentiels. Le même problème se posait à l'époque des mercenaires individuels, quand certains Etats accusaient d'autres parmi leurs pairs d'utiliser ces forces privées contre leur intégrité territoriale<sup>913</sup>. Dans sa Résolution 405 du 14 avril 1977, le Conseil de sécurité avait condamné « toutes les formes d'ingérences extérieures d'Etats membres, y compris l'utilisation de mercenaires internationaux pour déstabiliser des Etats ou pour violer l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance des Etats »<sup>914</sup>.*

Quant au cas de l'agression armée de la part d'une personne privée isolée, l'exercice de la légitime défense, n'est pas clairement déterminé sur le plan juridique, même si le Conseil de sécurité avait admis la légitime défense à propos des attentats du 11 septembre 2001 dont le commanditaire désigné n'était pas un Etat<sup>915</sup> mais une organisation terroriste. La CIJ était attendue sur la question de l'emploi de la légitime défense face un agresseur non étatique dans l'affaire opposant l'Ouganda à la RDC, mais elle avait affirmé que « les conditions de droit et de fait justifiant l'exercice de la légitime défense à l'encontre de la RDC ne sont pas réunies »<sup>916</sup> avant d'ajouter qu'elle n'avait pas à se prononcer sur les arguments des parties relatifs à la question de savoir si, et à quelles conditions, le droit international prévoit un droit de légitime défense pour riposter à des attaques menées par des forces irrégulières. Dès lors, si l'on s'en tient à l'article 51 de la Charte des Nations unies, il

<sup>912</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, op. cit., § 195, Rec. p. 103.

<sup>913</sup> Voir, Conseil de Sécurité, Résolution 226 du 14 octobre 1966 (*Plainte du Congo contre le Portugal*). Consultable sur : <http://www.un.org/fr/documents/scres.shtml>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir également, Conseil de sécurité, Résolution 289 du 23 novembre 1970 (*Plainte de la Guinée contre le Portugal*). Consultable sur : <http://www.un.org/fr/documents/scres.shtml>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>914</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 405 du 14 avril 1977. Consultable sur : <http://www.un.org/fr/documents/scres.shtml>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>915</sup> Conseil de sécurité, Résolution S/RES/1373 (2001) du 28 septembre 2001 : « *Le Conseil de sécurité, [...] Réaffirmant le droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, que consacre la Charte des Nations Unies et qui est réaffirmé dans la résolution 1368 (2001)* ». Consultable sur : [http://www.un.org/french/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/french/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1373(2001)). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>916</sup> CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, § 106 et suivants, Rec. p. 213.

reconnait un droit à la légitime défense face à une « *agression armée* »<sup>917</sup> sans donner une liste des auteurs éventuels. Depuis la rédaction de la Charte en 1945, la notion d'agression a connu une évolution et une nouvelle définition a été adoptée à Kampala en Ouganda en 2010, en rapport avec l'institution de la Cour pénale internationale en 1998 qui avait admis l'agression comme crime individuel<sup>918</sup>. La responsabilité individuelle pour crime d'agression en vertu de la nouvelle définition s'adresse à des particuliers qui seraient impliqués dans une agression au nom et pour le compte d'un Etat.

Le problème de l'acte d'une entité privée ou d'un particulier isolé qui est constitutif d'une agression n'est donc pas encore réglé. Du coup, il ne saurait être justifié en vertu du droit international, une légitime défense exercée face à une agression de la part d'une entité privée. Cependant, on peut noter dans ce cadre est l'avancée majeure<sup>919</sup> qui se projette avec l'adoption en 2003 du Pacte de non agression et de défense commune de l'Union africaine qui entend l'agression comme étant, « *l'emploi par un Etat, un groupe d'Etats, une organisation d'Etat ou toute entité étrangère ou extérieure, de force armée ou de tout autre acte hostile, incompatibles avec la Charte des Nations unies ou l'Acte constitutif de l'Union africaine, contre la souveraineté, l'indépendance politique, l'intégrité territoriale et la sécurité humaine des population d'un Etat partie au présent Pacte* »<sup>920</sup>. On peut retenir dans cette définition qu'une entité non étatique peut bel et bien être auteur d'une agression. Si ce texte entre en vigueur, il sera très utile pour l'interdiction de l'emploi de la force armée appliquée aux activités des SMSP. Le fait qu'il s'adresse à des « *entités non étatiques* » (même si cette expression n'a pas fait l'objet d'une définition dans le Pacte) dans la définition de l'agression n'exclut pas les SMSP de la possibilité d'être auteurs d'une agression. Sur la base de cette définition, la possibilité qu'une SMSP soit reconnue comme auteur d'une agression est réelle.

---

<sup>917</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, op. cit., § 193, Rec. p. 102.

<sup>918</sup> Voir l'article 8 bis de l'amendement au Statut de Rome de la CPI relatif au crime d'agression : « *Aux fins du présent Statut, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies* ». Voir, Amendement au Statut de Rome de la CPI relatifs au crime d'agression. Le texte a été adopté à Kampala en 2010, voir : <http://treaties.un.org/doc/Treaties/2010/06/20100611%2005-56%20PM/CN.651.2010.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>919</sup> PANCRACIO (Jean-Paul) et PETON (Emmanuel-Marie) (participation), « *Un mutant juridique : l'agression internationale* », Cahiers de l'IRSEM, Ministère français de la défense, n°7, 2011, p. 67. Consultable sur : <http://www.irsem.defense.gouv.fr/spip.php?article70>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>920</sup> Voir, le Pacte de non agression et de défense commune de l'Union africaine adopté en 2005 ; il n'est pas officiellement entré en vigueur. Or, les 15 ratifications exigées par l'article 19 pour que le Pacte entre en vigueur sont atteintes depuis 2010. A ce jour, 37 Etats l'ont signé et 15 l'ont ratifié. Il est consultable sur : [http://www.africaunion.org/Official\\_documents/Treaties\\_%20Conventions\\_%20Protocols/Pacte%20de%20non%20agression%20adopté-abuja-31jan2005.pdf](http://www.africaunion.org/Official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Pacte%20de%20non%20agression%20adopté-abuja-31jan2005.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

Par ailleurs, dans le cadre du respect du principe de l'interdiction du recours unilatéral à la force, l'utilisation des SMSP ne saurait permettre à un Etat de porter atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale des ses pairs. La force dont il s'agit ici, est une forme de contrainte matérielle qui peut prendre la forme d'une agression directe ou celle d'une agression indirecte. La CIJ a précisé dans ce cadre que « *Chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières ou de bandes armées [...] en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat* »<sup>921</sup>. Cette solution peut être valable aussi pour les Etats qui utilisent directement ou indirectement des sociétés militaires et de sécurité privées en vue d'intervenir sur le territoire d'un autre Etat. Sur ce point, la Cour a précisé dans un cadre similaire que, s'il y a aide ou assistance des forces irrégulières de la part d'un Etat contre un autre Etat, on ne parle plus d'agression mais d'ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat membre<sup>922</sup>. Dès lors, l'applicabilité du principe de non ingérence dans les affaires intérieures des Etats membres des Nations unies est à examiner.

Le principe de non ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat membre des Nations unies a été posé par la Déclaration des Nations unies de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats. Il s'agit pour les membres de l'organisation mondiale de « *s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation de forces irrégulières, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat* ». Ce principe interdit les interventions sur le territoire d'un Etat à travers lesquelles l'Etat l'agresseur s'abrite derrière des forces irrégulières. Cette règle préserve, en quelque sorte, la souveraineté des Etats. Il ne saurait donc être possible pour un Etat d'intervenir sur le territoire d'un autre Etat par le biais d'une SMSP à moins que ce dernier en fasse la demande. Cela introduit la question de l'intervention licite, qui pourrait écarter le respect du principe de non ingérence dans les affaires intérieures. Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'arrêter un génocide ou des crimes contre l'humanité en cours de perpétuation, on peut imaginer avec la responsabilité de protéger, que l'utilisation de sociétés militaires et de sécurité privées ne devrait pas être illégitime. En effet, la Résolution A/RES/60/1 de l'Assemblée générale des Nations unies en date du 24 octobre 2005<sup>923</sup> indique qu'il incombe à chaque Etat de « *protéger sa population du génocide, des crimes de guerre, des nettoyages ethniques et des crimes contre l'humanité* ». L'Etat a la responsabilité de

---

<sup>921</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, op. cit., § 191, Rec. p. 101.

<sup>922</sup> Ibid., § 195.

<sup>923</sup> Assemblée générale des Nations unies, Résolution A/RES/60/1 du 24 octobre 2004, portant Document final du Sommet Mondial de 2005, §138, [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/60/1](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/1). Dernière visite le 10 octobre 2013.

prévenir ces crimes par « *les moyens nécessaires et appropriés* ». Cette expression « *moyens nécessaires et appropriés* » n'a pas fait l'objet d'une définition dans la résolution pertinente. Il est intéressant de noter que par son emploi, les Etats membres n'ont pas manifesté l'intention d'écarter l'emploi de forces privées dans la prévention de ces crimes cités plus haut. L'intervention doit être l'ultime recours et elle doit avoir comme cause la bonne volonté, se faire avec des moyens proportionnés dans une perspective raisonnable. Cela signifie que l'action ne devrait pas être pire que l'inaction. C'est une intervention d'humanité qui est au cœur des principes et règles du droit international humanitaire. Ce droit met également à la charge des Etats des obligations que le Document rappelle à ses destinataires même s'ils mandatent les SMSP.

**- Respect et faire respecter le droit international humanitaire : une obligation pour les Etats**

L'obligation pour les Etats de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire constitue le rappel d'une règle existante de droit positif, en l'occurrence, l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève de 1949<sup>924</sup>. C'est ce texte qui a élargi la formule en ajoutant l'expression « *faire respecter* ». En effet, dans la Convention de Genève de 1929, l'article 25 prévoyait seulement que les Etats ont « *l'obligation de respecter le droit de la guerre* ».

Le fait de « *respecter* » le droit international humanitaire que prévoit l'article premier commun des Conventions de Genève de 1949, est aussi un rappel du principe *Pacta sunt servanda*<sup>925</sup> que l'on peut traduire par une idée simple qui est que l'Etat doit respecter ses propres engagements internationaux. Ainsi, dans le cadre de l'utilisation des SMSP, l'Etat doit respecter le droit international humanitaire. Cela veut dire qu'aucun de ses actes ne doit porter atteinte à ces règles. Cependant, le fait qu'il doive « *faire respecter* » les règles des Conventions de Genève « *en toutes circonstances* », donne à ces obligations en matière de

---

<sup>924</sup> Article Premier de la Première Convention de Genève de 1949 : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances* ». Convention consultable au lien suivant : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/365?OpenDocument>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>925</sup> Principe selon lequel, les conventions auxquelles un Etat est partie, doivent être appliquées de bonne foi. Cf, Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Cette convention est consultable au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01p.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

droit humanitaire un caractère *erga omnes*<sup>926</sup>. Les trois catégories d'Etats que sont l'Etat d'origine, l'Etat contractant et l'Etat territorial, sont toutes concernées par l'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire dans le cadre des activités des SMSP. Ces Etats doivent prendre toutes les mesures possibles pour que le droit international humanitaire soit respecté par leurs ressortissants, leurs cocontractants et toutes personnes se trouvant sur leur territoire. Les SMSP et leurs membres sont concernés par de telles mesures.

Dans le Document de Montreux, les dispositions concernant les Etats utilisant les services des SMSP sont identiques. Mais, suivant leur relation juridique vis-à-vis des SMSP, leurs manières de respecter et faire respecter le droit international humanitaire ne sont pas identiques.

En ce qui concerne les Etats contractants, la **déclaration 1** prévoit qu'ils « [...] *restent liés à leurs obligations de droit international même s'ils mandatent des EMSP pour exercer certaines activités* ». Le Document de Montraux rappelle à travers ce texte que les obligations internationales continuent de s'appliquer et que l'externalisation ne saurait soustraire les Etats à leurs devoirs imposés par le droit des gens. Les Etats peuvent « *mandater des EMSP* » mais cette faculté n'est pas sans garde-fou. D'abord, ils demeurent liés par l'application du droit international « *en toutes circonstances* ». Ensuite, la **déclaration 2** met en garde les Etats contractants que si le droit international humanitaire désigne explicitement un agent ou autorité publique à exercer une activité, les Etats sont tenus de ne pas l'externaliser. Le contenu de **la déclaration 2** est le suivant : « *Les Etats contractants sont tenus de ne pas mandater des EMSP pour exercer des activités que le droit international humanitaire assigne explicitement à un agent ou à une autorité étatiques, comme exercer, conformément aux Conventions de Genève, le pouvoir de l'officier responsable sur le camp de prisonniers de*

---

<sup>926</sup> Les obligations *erga omnes* sont destinées à protéger les intérêts communs et elles lient chaque Etat de la Communauté internationale. L'article premier commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 invite les Etats à une obligation collective de veiller au respect du droit international humanitaire. Selon le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie « *En raison de leur caractère absolu, ces normes de droit international humanitaire n'imposent pas d'obligations synallagmatiques [...]. Au contraire, comme on peut le lire dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire Barcelona Traction [...], elles énoncent des obligations envers la communauté internationale* ». Voir TPIY Chambre d'appel, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic*, IT-95-16-A, Jugement (14 janvier 2000), § 518, consultable au lien suivant : <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/jugement/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013. La décision de la CIJ à laquelle fait référence le TPIY avait noté que « *[u]ne distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, toutes les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à leur respect ; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes* ». Cf, CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited, deuxième phase (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. Rec. 3, § 32.

guerre ou sur les lieux d'internement de civils ». Par « agent ou autorité étatique », il faut entendre les personnes qui sont membres des organes de l'Etat ou qui exercent un emploi public. L'exemple de règle internationale que l'on peut citer est la surveillance des prisonniers de guerre dont les Conventions de Genève ordonnent qu'elle doive relever des services d'un Etat. En effet, les III<sup>ème</sup> et IV<sup>ème</sup> Conventions de Genève exigent que les camps de prisonniers de guerre et les lieux d'internement des personnes protégées soient placés sous l'autorité directe, respectivement, d'un « officier responsable » ou d'un « officier ou fonctionnaire responsable, choisi dans les forces militaires régulières ou dans les cadres de l'administration civile régulière de la puissance détentrice »<sup>927</sup>.

L'interdiction d'externaliser dans certaines situations comme le prévoit que la **déclaration 2** est sous-tendue par la volonté de respecter le droit international dans les circonstances où les risques de violation sont très élevés.

Les Etats contractants doivent aussi faire respecter le droit international humanitaire par les SMSP et leurs membres. Mais ils ne peuvent le faire en réalité que « dans la limite de leur pouvoir ». Il s'agit d'une obligation de moyen. Ce qui est mesuré, ce sont les moyens mis en place par l'Etat contractant pour faire respecter le droit international humanitaire<sup>928</sup>. La **déclaration 3** les regroupe en 3 points a), b) et c) : « Les Etats contractants sont tenus, dans les limites de leur pouvoir, de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP qu'ils mandatent, en particulier de :

- a) Garantir que les EMSP qu'ils mandatent et les membres de leur personnel connaissent leurs obligations et sont formés en conséquence ;
- b) Ne pas encourager ou prêter assistance à la commission de violations du droit international humanitaire par les membres du personnel d'EMSP, et prendre les mesures appropriées pour prévenir de telles violations ;
- c) Prendre des mesures pour faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par les membres du personnel d'EMSP par les moyens appropriés, tels que règlements militaires, ordonnances administratives et autres réglementations et, le cas échéant, sanctions administratives, disciplinaires ou judiciaires ».

---

<sup>927</sup> Articles 39 de la III<sup>ème</sup> Convention de Genève et 99 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève.

<sup>928</sup> Dans le même sillage, la CIJ, intervenant dans une affaire concernant le génocide en Yougoslavie, a décidé que l'obligation de prévention est une obligation de comportement et non de résultat. La Cour ajoute que « l'obligation qui s'impose aux Etats parties est de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher dans la mesure du possible le génocide ». Cf, CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, § 430, p. 221.

La **déclaration 3** n'a pas insisté sur le fait que ces moyens puissent être mis en place par le biais d'un contrat et d'une législation. Pour apprécier si l'Etat a rempli ses obligations de moyens, la CIJ a fourni un critère dans un autre cadre mais qu'on peut appliquer dans l'externalisation et ce critère est « *la capacité à influencer l'action des personnes susceptibles de commettre ou qui sont en train de commettre* » l'infraction. Cette capacité varie d'un Etat à un autre. D'une part, elle est fonction de l'éloignement géographique de l'Etat considéré par rapport aux événements, de l'intensité des liens politiques et de tous les ordres entre autorités dudit Etat et les acteurs directs de ces événements<sup>929</sup>. D'autre part, la capacité d'influence de l'Etat doit être évaluée selon des critères juridiques. En effet, l'action de l'Etat ne saurait se déployer que dans la limite de ce que lui permet le droit international. C'est dire que la capacité varie selon la position juridique de l'Etat vis-à-vis des personnes concernées par le risque. S'agissant des Etats contractants, c'est en fonction du lien contractuel qui le rattache à la SMSP que leur capacité va être mesurée. Faire respecter le droit international humanitaire peut s'effectuer dans le cadre du contrat entre l'Etat et la SMSP qui peut contenir des dispositions dans ce sens. Pour cela, l'Etat doit s'assurer que la formation du personnel qui sera déployé sur le terrain est conforme au droit des gens.

Dans ce cadre, **la déclaration 5** note que « *Les Etats contractants sont tenus de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves aux Conventions de Genève et, lorsque applicable, au Protocole additionnel I. Ils ont l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves et de déférer ces personnes à leurs propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Ils pourront aussi, s'ils le préfèrent, et selon les conditions prévues par leur propre législation, les remettre pour jugement soit à un autre Etat concerné, pour autant que cet Etat ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes, soit à un tribunal pénal international* ».

Les poursuites s'adressent donc à des subordonnés et aux supérieurs hiérarchiques. La seconde obligation est de juger les personnes impliquées dans la commission d'infractions ou de les livrer à d'autres Etats qui seront en mesure de leur appliquer des sanctions appropriées le cas échéant. L'Etat contractant a aussi la possibilité de livrer ces personnes à la justice internationale. **La déclaration 6** stipule que « *Les Etats contractants sont également tenus*

---

<sup>929</sup> CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, § 430, p. 221.

*d'enquêter sur et, comme exigé par le droit international, ou autrement si cela est approprié, de poursuivre, d'extrader ou de livrer les personnes soupçonnées d'avoir commis d'autres crimes au regard du droit international, tels que torture ou prise d'otages, conformément à leurs obligations de droit international* ». Cette mise en garde est très importante dans le cadre de l'utilisation des sociétés militaires et de sécurité privées dans les conflits armés. En effet, le sort de certains mercenaires en matière judiciaire, en l'occurrence faire l'objet d'exécutions sommaires sans jugement, doit être une chose à éviter pour les membres des SMSP. C'est ainsi que la **déclaration 6** rappelle que les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions ont droit à un procès équitable et ne doivent être passibles que de « *sanctions proportionnées à la gravité du crime* » qui leur est reproché.

Dans la pratique, l'Etat contractant peut être en même temps l'Etat d'origine ou l'Etat territorial des SMSP ou d'une partie de leurs membres. Dans un cas comme dans un autre, ses pouvoirs sont beaucoup plus élargis. En effet, lorsque l'Etat contractant est aussi l'Etat d'origine, il peut appliquer sa compétence personnelle sur la société ou sur les personnes physiques. S'il est également Etat territorial, il peut appliquer sa législation par le simple fait que les faits commis l'ont été sur son territoire. C'est l'exercice de la compétence territoriale. Le Document de Montreux a prévu que l'Etat territorial et l'Etat d'origine respectent et fassent respecter le droit international humanitaire.

Quant à l'Etat territorial, il a une position particulière qui ne le soustrait pas à l'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire. En fait, les obligations issues de la convention s'imposent à une partie « *à l'égard de l'ensemble de son territoire* »<sup>930</sup>. La position de l'Etat d'accueil doit lui permettre de n'admettre sur son territoire que les sociétés qui sont disposées à respecter les règles du droit international humanitaire.

Comme pour l'Etat contractant, le Document de Montreux rappelle à l'Etat territorial qu'il a une obligation de moyens pour respecter et faire respecter le droit international humanitaire « *dans la limite de son pouvoir* ». C'est l'objet de la déclaration 9 :

*« Les Etats territoriaux sont tenus, dans les limites de leur pouvoir, de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP opérant sur leur territoire, en particulier de :*

---

<sup>930</sup> Article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

- a) *Diffuser le plus largement possible le texte des Conventions de Genève et des autres normes pertinentes du droit international humanitaire parmi les EMSP et les membres de leur personnel ;*
- b) *Ne pas encourager ou prêter assistance à la commission de violations du droit international humanitaire par les membres du personnel d'EMSP, et prendre les mesures appropriées pour prévenir de telles violations ;*
- c) *Prendre des mesures pour faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par les membres du personnel d'EMSP par les moyens appropriés, tels que règlements militaires, ordonnances administratives et autres réglementations et, le cas échéant, sanctions administratives, disciplinaires ou judiciaires ».*

Ces Etats qui reçoivent les SMSP et leurs membres ont la possibilité de faire en sorte que les sociétés et leur personnel qui séjournent sur leur territoire connaissent les Conventions de Genève. Les prestataires privés sont autorisés à exercer leurs missions par le biais d'un contrat. Ce dernier est bien un moyen d'exiger que le personnel ait une formation en droit international humanitaire. Le Document de Montreux insiste sur la formation car elle constitue un moyen de prévention. En effet, dans le droit international humanitaire, il y a les droits mais aussi les devoirs pour des personnes qui prennent part dans les conflits armés. Le fait de savoir que la commission d'un crime est passible de telle ou telle sanction peut intimider les membres des SMSP et les décourager ainsi à commettre une infraction.

L'Etat d'accueil lui-même ne doit pas se servir des SMSP pour les inciter à commettre des crimes. Il doit même prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir toute forme de violation. **La déclaration II** lui rappelle son obligation « *de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves aux Conventions de Genève et, lorsque applicable, au Protocole additionnel I* ». La déclaration ne fait que reprendre les dispositions des Conventions de Genève de 1949 et de leur Protocole additionnel n°1 de 1977. Les mesures peuvent être, par exemple, la mise en place d'un système de contrôle. L'Etat territorial ne peut pas se suffire d'un contrôle qu'exercerait la SMSP. Ce sont ses services de sécurité ou son administration qui peuvent contrôler efficacement les activités de ces prestataires sur son territoire. S'il y a des violations qui sont en train de se commettre, ce contrôle devrait permettre de poursuivre les auteurs des infractions et de les sanctionner. Cela suppose la mise en place d'institutions chargées des

poursuites et des jugements. Si ces institutions ne sont pas en mesure de fonctionner, l'Etat territorial peut « *extrader* » les personnes soupçonnées vers d'autres Etats ou les livrer à la justice internationale. C'est dans ce sens que la **déclaration 12** mentionne que « *Les Etats territoriaux sont également tenus d'enquêter sur et, comme exigé par le droit international, ou autrement si cela est approprié, de poursuivre, d'extrader ou de livrer les personnes soupçonnées d'avoir commis d'autres crimes au regard du droit international, tels que torture ou prise d'otages, conformément à leurs obligations de droit international* ». C'est une règle du droit international que le Document de Montreux rappelle aux Etats, celle de poursuivre, juger ou extradier les auteurs présumés d'infractions internationales. S'agissant de la torture par exemple, l'article 7 de la Convention en la matière adoptée en 1984 prévoit que « *L'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction [...] est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, [...] à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale* »<sup>931</sup>. En vertu de cette règle, si l'Etat territorial est sous occupation comme l'Irak l'a été à partir de 2003 par les Etats-Unis, il appartient à l'Etat occupant de poursuivre et de juger les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions internationales. L'Etat occupant peut être aussi l'Etat d'origine des SMSP ou de leurs membres. Dans ce aussi le Document de Montreux a prévu un rappel d'obligations internationales applicables dans le cadre des activités des SMSP.

Les Etats d'origine, enfin, ont une position particulière du fait de leur compétence personnelle active sur la société ou les personnes physiques membres de la SMSP. En tant que partie à un traité, ils doivent aussi faire en sorte que leur législation nationale prévoit le respect des règles de droit international humanitaire. La **déclaration 14** leur rappelle qu'ils « *[...] sont tenus, dans les limites de leur pouvoir, de faire respecter le droit international humanitaire par les EMSP ayant leur nationalité, et en particulier de :*

a) *Diffuser le plus largement possible le texte des Conventions de Genève et des autres normes pertinentes du droit international humanitaire parmi les EMSP et les membres de leur personnel ;*

b) *Ne pas encourager ou assister à des violations du droit international humanitaire par les membres du personnel d'EMSP, et prendre les mesures appropriées pour prévenir de telles violations ;*

---

<sup>931</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, consultable sur : [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch\\_IV\\_9p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf). Dernière visite le 23 octobre 2013.

*c) Prendre des mesures pour faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par les membres du personnel d'EMSP par les moyens appropriés, tels que règlements militaires, ordonnances administratives et autres réglementations et, le cas échéant, sanctions administratives, disciplinaires ou judiciaires ».*

Ils doivent s'assurer que leurs nationaux (sociétés et individus) qui quittent leur territoire soient autorisés à exercer en vertu de leurs lois et règlements et doivent connaître le droit international humanitaire. Pour ce faire, les législations nationales peuvent prévoir la compétence extraterritoriale des juridictions nationales pour concerner les ressortissants qui exercent des missions à l'étranger. Les juridictions nationales pourront sanctionner, le cas échéant, les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions. Toutes ces mesures entrent dans le cadre des obligations de l'Etat, dont celle qui lui impose de faire respecter le droit international humanitaire à ses ressortissants. Le Document de Montreux rappelle aussi aux Etats d'origine ainsi qu'aux Etats contractants et territoriaux leur devoir de respecter et faire respecter le droit international des droits de l'homme.

#### **- Respecter et faire respecter le droit international des droits de l'homme**

Les obligations des Etats en matière de respect des droits de l'homme restent valables même si les puissances utilisent les services des SMSP. C'est ce que *les déclarations 4, 10, 15 et 19* du Document de Montreux rappellent en affirmant que, dans le cadre de l'externalisation, les Etats « [...] *sont responsables de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme* ». Cette disposition est valable pour l'Etat contractant, l'Etat d'origine, l'Etat territorial et même pour les autres Etats. Les déclarations précitées demandent également aux Etats de « *prendre des mesures législatives ou autre, propres à donner effet* » à leurs obligations en matière de droits de l'homme. Par « *autre* », on peut entendre ici plusieurs mesures dont la signature d'un contrat qui le lie l'Etat à la société agissant en son nom sur le terrain. L'Etat peut exiger que soit mentionné dans le contrat que la société qu'il engage respecte les droits de l'homme. En vertu des *déclarations 4, 10, 15 et 19*, toutes les mesures prises doivent être « *appropriées pour prévenir la mauvaise conduite des EMSP et des membres de leur personnel* ». Ces déclarations précitées rappellent une obligation de « *due diligence* » c'est-à-dire de « *diligence raisonnable* » qui « [...] *signifie que les Etats ont le devoir de prendre des mesures positives pour prévenir [...]* »<sup>932</sup> toute

---

<sup>932</sup> Conseil Economique et Social des Nations unies, Commission des droits de l'homme, Rapport sur « *Le critère de la diligence due en tant que moyen de mettre un terme à la violence contre les femmes* » in

forme de violation. Le manquement à cette obligation s'observe donc lorsque l'Etat est dans une situation de passivité ou dans une attitude insuffisamment active. Le fait que les SMSP interviennent aussi bien dans un conflit armé qu'en période de paix, place le respect des droits de l'homme dans le centre de leurs activités. Il convient de souligner à cet égard aussi que l'importance du respect des droits de l'homme pendant les conflits armés est souvent mise en exergue par certains organes des Nations unies à savoir, le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale et la Cour internationale de justice. En effet, l'organe restreint a exigé la protection des civils en temps de conflit et a demandé en 1999 « à toutes les parties concernées de s'acquitter strictement des obligations qu'elles ont contractées en vertu [...] du droit relatif aux droits de l'homme [...] »<sup>933</sup>. L'organe plénier a réaffirmé, à travers sa Résolution 2675 (XXV) du 9 décembre 1970 que, « les droit fondamentaux de l'homme, tels qu'ils sont acceptés et énoncés dans les instruments internationaux, demeurent pleinement applicables en cas de conflit armé »<sup>934</sup>. L'organe juridictionnel a pour sa part souligné qu'en, « [...] principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités [...] »<sup>935</sup>. Toutes les affirmations de ces organes des Nations unies entrent dans le sillage de l'article 75 § 1 du Premier Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 qui introduit des garanties fondamentales dans le droit de la guerre<sup>936</sup>. Les Etats restent donc liés par leurs obligations en matière de respect des droits de l'homme dans le cadre des activités des SMSP.

---

« Intégration des droits fondamentaux des femmes et l'approche sexospécifique : violences contre les femmes », présenté par Yakin Ertük, Doc E/CN.4/2006/61, 20 janvier 2006, § 19 à 29. Consultable sur <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/103/51/PDF/G0610351.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 02 octobre 2013.

<sup>933</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1265 (1999), doc. ONU S/RES/1265 (1999), § 4, adoptée à propos des civils au conflit. Disponible sur :

[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1265\(1999\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265(1999)). Dernière visite le 25 août 2013.

<sup>934</sup> Assemblée générale des Nations unies, Résolution 2675 (XXV) du 9 décembre 1970 relative aux Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé. Consultable sur :

[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2675\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2675(XXV)&Lang=F). Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi, SICILIANOS (Linos-Alexandre), « L'autorisation du recours à la force », in RCADI, Tome 339, 2008, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, p. 336.

<sup>935</sup> CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, § 25. Voir aussi, CIJ, *Avis consultatif sur les Conséquences juridiques de la construction d'un Mur dans les territoires palestiniens occupés*, 2004, § 106.

<sup>936</sup> L'article 75 § 1 du Premier Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 dispose : « Dans la mesure où elles sont affectées par une situation visée à l'article premier du présent Protocole, les personnes qui sont au pouvoir d'une Partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du présent Protocole seront traitées avec humanité en toutes circonstances et bénéficieront au moins des protections prévues par le présent article sans aucune distinction de caractère défavorable fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou la croyance, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation, ou tout autre critère analogue. Chacune des Parties respectera la personne, l'honneur, les convictions et les pratiques religieuses de toutes ces personnes ». Le Protocole est consultable sur : <http://www2.ohchr.org/french/law/protocole1.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

Cependant, le respect des droits de l'homme pendant les conflits armés se heurte aux réalités dans cette situation particulière où par exemple toutes les privations de vie ne sont pas des infractions. L'article 6 du Pacte international des droits civils et politiques dispose que « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa vie* ». Or, les combattants ont le droit de priver la vie d'autres combattants. Dans un conflit armé, si les membres des SMSP ne sont pas dans une situation où on peut les qualifier de combattants, ils n'auront pas le droit de porter atteinte à la vie. Seul un combattant peut le faire et dans ce cadre, il faut recourir au droit international humanitaire pour savoir dans quelle condition le respect des droits n'est pas assuré. C'est dire ainsi que les dispositions protégeant les droits sont souvent inscrites de manière large.

Les Etats doivent garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire la jouissance de leurs droits fondamentaux, même en période de conflit. Dans l'article 2 § 1 du Pacte international des droits civils et politiques, aucune situation n'est exclue pour garantir la jouissance des droits de l'homme<sup>937</sup>.

Aucune réglementation ne saurait se limiter à exiger des Etats qu'ils respectent et fassent respecter les droits de l'homme seulement dans le cadre des conflits armés, car ce serait laisser de côté toutes les activités des sociétés militaires et de sécurité privées à la croissance exponentielle et qui se déroulent en période de paix. Le respect des droits de l'homme doit rester vivace dans les périodes hors conflits armés. Les missions externalisées sont exécutées souvent avec des moyens coercitifs, augmentant ainsi les risques de plonger dans l'arbitraire. Les forces privées employées dans ces missions doivent exécuter leurs tâches conformément aux règles qui gouvernent les activités des forces de police nationale. L'Etat ne doit pas utiliser les SMSP pour commettre par exemple des génocides, des tortures ou des crimes contre l'humanité. Autrement dit, ni l'objet de leur utilisation, ni les instructions de l'Etat contractant ne sauraient être destinés à inciter les membres des SMSP sur le terrain à commettre des violations des droits de l'homme.

Toutes les violations de droits de l'homme commises par les SMSP et leurs membres doivent faire l'objet d'une sanction. Le Document de Montreux incite les Etats contractants,

---

<sup>937</sup> L'Article 2 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques dispose que : « *Les Etats parties au présent pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

les Etats territoriaux et les Etats d'origine à être « *responsable de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme* ». Ici, le mot « *responsable* » doit être entendu au sens de « *charge* » mais pas au sens de « *répondre de* » ce que l'on a commis. En effet, l'objectif est de prévenir « *les mauvaises conduites des EMPS* » et, le cas échéant, assurer la répression de tout comportement en contradiction avec les règles de droits de l'homme. Dans la pratique, les violations de droits de l'homme dans lesquelles étaient impliquées des SMSP n'ont pas toujours été suivies de sanctions. Pour illustration, dans le cas des tortures d'Abu Ghraïb en Irak, les SMSP américaines *CACI* et *TITAN* n'ont pu être jugées en Irak à cause de l'arrêté n°17<sup>938</sup> de l'Autorité provisoire qui excluait la compétence des tribunaux irakiens pour connaître des faits impliquant les SMSP. Les poursuites pénales engagées aux Etats-Unis ont été abandonnées<sup>939</sup>. Aussi, les membres de *DynCorp* qui avaient participé à des trafics de femmes et de filles en Bosnie, n'ont pas été sanctionnés au pénal<sup>940</sup>. Ces cas d'impunité n'ont pas échappé aux rédacteurs du Document de Montreux.

Mais, en rappelant la répression de toutes les violations des droits de l'homme, le Document incite à rendre vigoureux le respect des droits des personnes qui sont soupçonnées d'avoir été les auteurs. C'est ainsi que les *déclarations 4, 10, 15 et 19* requièrent la mise en place d'une procédure d'« *enquête* » pour vérifier l'exactitude des faits qui sont reprochés aux personnes soupçonnées de les avoir commis. Les sanctions doivent aussi respecter les droits des personnes qui sont jugées telles que les garanties de procès équitable. Ce dernier est un gage pour éviter que les membres des SMSP ne tombent dans l'arbitraire et subir des procès qui ne leur garantissent pas leurs droits fondamentaux. Parallèlement, les victimes bénéficieront d'un recours effectif contre les mauvaises conduites qui les ont lésées.

## **2). Les SMSP et leurs membres**

Le Document de Montreux a rappelé deux catégories d'obligations à l'endroit des SMSP et de leurs membres. Il s'agit d'une part de leur devoir de respecter les règles de droit international humanitaire et des droits de l'homme et d'autre part de respecter les règles

---

<sup>938</sup> L'arrêté n°17 de l'Autorité provisoire de la Coalition en Irak est disponible sur le site suivant : [http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627\\_CPAORD\\_17\\_Status\\_of\\_Coalition\\_Rev\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>939</sup> Voir la décision du juge américain Ricardo Urbina, en 2009. Le jugement est consultable sur : [http://www.schertlerlaw.com/news/dismissal\\_12-31-09.pdf](http://www.schertlerlaw.com/news/dismissal_12-31-09.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>940</sup> Voir le Rapport de l'Inspection du DoD américain de 2003 : Department Of Defense, Office Of The Inspector General, "Assessment of DOD efforts to combat trafficking in persons. Phase II: Bosnia-Herzegovina and Kosovo", Case Number H03L88433128, 8 décembre 2003, p.10. Ce Rapport est consultable sur : [http://www.contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/768/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia\\_dod-ig-report.pdf](http://www.contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/768/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia_dod-ig-report.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

nationales des Etats. Les règles de droit international humanitaire et des droits de l'homme s'imposent aux sociétés militaires et de sécurité privées ainsi qu'à leurs membres. Toutefois, l'application se fait à des niveaux différents. Autrement dit, une distinction doit être faite entre la société et ses membres dans la mesure où l'application de ces règles n'est pas la même selon qu'il s'agit d'une personne morale ou d'une personne physique.

### **- Les SMSP en tant que personnes morales**

Les règles de droit international général ne sauraient s'appliquer directement aux SMSP. En effet, les SMSP, en tant que personnes morales de droit privé, ne sont pas encore visées expressément par les obligations internationales en matière de droit international humanitaire. Seulement, le droit international humanitaire a la particularité de réprimer des actes sans égard à la qualité de sujet de droit international de leurs auteurs<sup>941</sup>. Pour que le droit international humanitaire soit applicable directement aux SMSP, il faut que celles-ci soient, en tant que société, une Partie au conflit. Dans la pratique, l'intervention d'*Executive Outcomes* dans le conflit interne en Sierra Leone dans les années 90 mettant en face les membres de la SMSP avec les rebelles du *Revolutionary United Forces* amène forcément à se poser la question du contour de la notion de « *Partie au conflit* » au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Ce texte prévoit l'existence d'un conflit entre des forces gouvernementales et des groupes armés ou entre groupes armés à l'intérieur d'un territoire d'un Etat qui est partie à la Convention de Genève. Mais le texte n'a pas défini la notion de « *Partie au conflit* » pour permettre de savoir si elle concerne uniquement les Etats ou si elle englobe aussi toute autre entité qui entre en conflit. La question qui se pose est de savoir si, les SMSP peuvent ou non être considérées comme des groupes armés et ainsi comme Partie au conflit lorsqu'elles participent directement aux hostilités. Pour répondre à cette question, il faut d'abord garder présent à l'esprit qu'un groupe armé doit avoir des forces armées organisées et une structure de commandement. Il doit avoir un degré minimum d'organisation pour être en mesure de se conformer à toutes les règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non internationaux. Chaque individu qui

---

<sup>941</sup> La CIJ a jugé que l'article 3 commun aux Conventions de Genève reflétait les principes généraux du droit international humanitaire applicable à tous les conflits. Cf, CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c/ Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, Rec. p. 14, § 219. Le TPIY a abordé dans le même sens dans l'affaire « *Le Procureur c/ Dusko Tadic* » en décidant qu'il existe un noyau de règles substantielles commun aux conflits nonobstant la nature du conflit et la qualité des parties. Cf, TPIY (Chambre d'appel), *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, Arrêt du 15 juillet 1999. Voir aussi, KENGY (Emile D.K), « *Etats et acteurs non étatiques en droit international humanitaire* », in *Revue québécoise de droit international*, 2008, n°21.2, p. 79.

combat doit trouver sa place dans un ensemble hiérarchisé. Or, au sein des SMSP, le problème est la garantie de l'existence du lien hiérarchique. Les grandes sociétés ont tendance à reproduire les aspects de l'appareil militaire des armées nationales, dont la plupart de leurs membres sont issus. Mais en réalité, un contractant privé est avant tout une personne civile travaillant librement pour une société. Il peut, par conséquent, toujours démissionner ou abandonner son poste si son intérêt est lésé. On peut même dire que « *le contractuel ne dépend que d'une chaîne restreinte de contrôle* »<sup>942</sup>. En revanche, un militaire ne peut, sous peine de sanction sévère (réclusion à perpétuité en France et peine de mort aux Etats-Unis), désert<sup>943</sup>. Il est dans une véritable obligation de suivre les ordres là où l'employé de SMSP ne risque que le licenciement en guise sanction grave. Certaines sociétés ont des codes de conduite internes mais l'application de ces mesures n'est pas garantie. La possibilité de se réfugier derrière l'argument solide selon lequel, l'obéissance d'un employé d'une SMSP est volontaire et acceptée, est réelle. Par conséquent, l'application du concept « *commandement responsable* » est très difficile en ce qui concerne les contractants civils. La hiérarchie n'est pas toujours présente dans l'organisation d'une société militaire et de sécurité privée alors qu'elle permet quand même l'accomplissement de la mission dans les meilleures conditions de respect du droit. Ainsi, puisque les SMSP ne peuvent pas être qualifiées de Partie au conflit, leur appliquer le droit international humanitaire reste impossible.

Quant au droit international des droits de l'homme, il s'impose aux acteurs non étatiques soit directement soit par le biais du droit national. Directement, parce que l'interdiction de commettre les infractions internationales pèse sur les personnes privées parmi lesquelles, les SMSP. Même s'ils exécutent des missions que leurs confient des Etats, ils s'exposent à des sanctions s'ils participent (par la complicité) à la commission d'un génocide, d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre. Toutes ces infractions sont des formes de violation des droits de l'homme.

Pour ce qui est du respect des droits de l'homme par le biais du droit national, le Document de Montreux rappelle à la **déclaration 22**, que « *Les EMSP doivent respecter les règles [...] des droits de l'homme qui leur sont imposées par le droit national applicable [...]* ». C'est dire ici que le droit interne organise la sanction éventuelle à l'encontre d'une SMSP qui participerait à une violation de droits de l'homme. Cette participation peut prendre

---

<sup>942</sup> KLEN (Michel), « *La privatisation de la guerre* », op. cit, p. 190.

<sup>943</sup> La désertion est l'infraction commise par un militaire qui rompt sans droit le lien qui l'attache à l'armée. Elle est constituée à l'issue d'un délai variable, le délai de grâce, pendant lequel l'intéressé est dit en absence irrégulière.

la forme d'une complicité avec l'Etat qui emploie la société car cette dernière en tant que personne morale ne saurait commettre directement une infraction. La complicité peut être active si les membres du prestataire ont pris part réellement à la commission des infractions. Elle est inactive, dès lors que même étrangère à la perpétration des actes incriminés, la société en tire des bénéfices. Dans ce cadre, il faut prendre en compte la situation de la société par rapport à son client. En fait, elle s'est engagée dans une relation juridique basée sur le consentement. Elle peut donc s'opposer à toute forme de violation de droits l'homme. En plus de cela, rien ne lui interdit d'exiger que ses clients soient respectueux de tels droits. On note par exemple que beaucoup de SMSP déclarent qu'elles ne travaillent qu'avec des « *gouvernements reconnus et légitimes* ». Pour illustration, les SMSP membres de l'IPOA refusent de signer des contrats avec « *des clients illégaux ou ceux qui contrecarrent activement les efforts internationaux pour la paix* »<sup>944</sup>.

Les rédacteurs du Document de Montreux demandent à ce que « *le droit national* », c'est-à-dire, celui de l'Etat territorial, celui de l'Etat d'origine et dans une certaine mesure celui de l'Etat contractant, soit « *applicable* » et impose aux SMSP de respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme dans le sens indiqué par leur législation. En tant qu'entités infraétatiques, les SMSP devraient être soumises à la législation des Etats. Ces derniers peuvent adopter des normes internes pour introduire les obligations internationales en matière de droit international humanitaire et des droits de l'homme.

Au niveau international, les sociétés ne peuvent pas encore faire l'objet de poursuites au pénal ni faire l'objet d'action en matière civile. Mais tel n'est pas le cas de leurs dirigeants. En effet, en tant qu'individus, ces derniers peuvent être poursuivis en fonction de leur implication devant les juridictions internationales compétentes. Parallèlement, le droit national prévoit leurs sanctions également et celles de leurs subordonnés. Il convient de voir l'applicabilité de ces règles à ces individus lorsqu'ils deviennent membres de SMSP.

#### - **Les membres des SMSP**

Le Document de Montreux renvoie aux obligations des membres des SMSP, en tant qu'ils sont des individus, en vertu du droit international. La **déclaration 24** mentionne que les « [...] *membres du personnel des EMSP (a) ont l'obligation, indépendamment de leur statut, de respecter le droit international humanitaire [et] [...] dans la mesure où ils exercent des*

---

<sup>944</sup> Le code de l'IPOA est disponible au lien suivant : <http://stability-operations.org/>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

*prérogatives de puissance publique, les obligations des Etats en matière de droits de l'homme* ».

Il s'agit d'obligations négatives, c'est-à-dire celles de ne pas commettre des infractions internationales. Même s'ils sont employés par des personnes morales de droit privé, les membres des sociétés militaires et de sécurité privées restent soumis aux obligations internationales qui pèsent sur les individus. A ce titre, ils sont soumis au droit international humanitaire et aux droits de l'homme. Ces corps de règles ont pour objectif de protéger les victimes des conflits armés<sup>945</sup> et c'est la raison pour laquelle leurs violations par les individus sont réprimées. Les droits de l'homme ont la particularité d'assurer la défense des êtres humains aussi bien en temps de conflit armé qu'en période de paix. C'est sur ces bases que certains actes « odieux » ont été érigés en infractions internationales<sup>946</sup>. Le Préambule du Statut de la CPI qualifie ces actes de « *crimes les plus sérieux qui préoccupent la communauté internationale dans son ensemble* »<sup>947</sup>. L'obligation de ne pas commettre ces infractions dans le cadre du droit international humanitaire s'impose aux membres des SMSP « *indépendamment de leur statut* »<sup>948</sup>. Ce qui est punissable, c'est la commission des faits interdits. Mais, en raison de la diversité de leurs tâches dans les conflits armés et en période de paix, le fait pour ces membres d'être les auteurs de certaines infractions, n'est pas évident. En effet, certains crimes internationaux sont liés à l'existence d'un conflit armé tandis que d'autres comme le génocide et les crimes contre l'humanité, n'ont pas de rapport forcé avec la situation conflictuelle. L'explication se trouve donc dans le degré d'implication des membres des SMSP dans la commission des infractions et le contexte dans lequel ils interviennent. Pour cela, il faut tenir compte de la distinction entre les crimes de guerre qui sont liés à l'existence de conflit armé et les crimes n'ayant pas de rapport forcé avec la guerre.

S'agissant des crimes de guerre, pendant longtemps, ce sont les militaires qui étaient visés par l'obligation de ne pas les commettre<sup>949</sup>. Par la suite, la possibilité pour les civils de commettre des infractions pendant les conflits n'a pas tardé à être admise par la jurisprudence. C'est ce que le TPIR va décider en soulignant que : « *Le principe d'engager la responsabilité*

---

<sup>945</sup> TPIR (Chambre de première instance) Affaire, *Le Procureur c. Akayesu*, op. cit, § 633. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>946</sup> DAVID (Eric), *Principes de droit des conflits armés*, 4<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 721. Voir aussi DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 780.

<sup>947</sup> Préambule du Statut de la CPI, quatrième tiret. Voir, [www.un.org/law/icc/statute](http://www.un.org/law/icc/statute). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>948</sup> Article 26 *littera* (a) du Document de Montreux.

<sup>949</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre* » », op. cit, p. 99.

des civils à raison d'infractions aux lois de la guerre trouve en outre un fondement dans l'objet et le but humanitaire des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, qui est de protéger les victimes de la guerre contre les atrocités. Ainsi, [...] les lois de la guerre doivent s'appliquer de la même façon aux civils qu'aux combattants au sens classique du terme »<sup>950</sup>.

Ainsi, les membres des SMSP qui peuvent être combattants ou civils dans les conflits armés où ils interviennent, sont forcément concernés par les crimes de guerre. Pour qu'ils puissent les commettre, il faut qu'ils soient capables d'en être le ou les auteurs, qu'ils interviennent dans le cadre d'un conflit armé et qu'il y ait un lien entre l'infraction constatée et l'existence du conflit en question<sup>951</sup>. S'agissant du lien avec une Partie au conflit, il peut être matérialisé par un contrat qui les lie à un Etat partie à un conflit. Par contre, lorsqu'ils sont employés par des entreprises qui ne sont pas parties à un conflit, les infractions qu'ils commettraient, ne pourraient être qualifiées de crimes de guerre. C'est ainsi que l'on peut dire que, imputer aux membres des SMSP des crimes de guerre ne sera pas une entreprise facile. En effet, les SMSP peuvent être engagées dans le cadre d'une guerre par différents acteurs qui ne sont pas forcément des Parties au conflit. Les SMSP sont souvent employées pour assurer la sécurité de convois humanitaires, assurer la sécurité d'une entreprise commerciale<sup>952</sup> qui craint pour ses biens, etc. Même si elles sont sous contrat avec un Etat partie à un conflit, le lien avec cette partie ne suffirait pas à conclure que l'on puisse leur imputer la commission

---

<sup>950</sup> TPIR (Chambre de première instance) Affaire, *Le Procureur c. Akayesu*, op. cit., § 633 et 634. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 19 septembre 2013.

<sup>951</sup> La définition de la notion de crime de guerre par le *United States Code* (USC) des Etats-Unis le confirme : « (c) *As used in this section the term "war crime" means any conduct—*  
(1) *defined as a grave breach in any of the international conventions signed at Geneva 12 August 1949, or any protocol to such convention to which the United States is a party;*  
(2) *prohibited by Article 23, 25, 27, or 28 of the Annex to the Hague Convention IV, Respecting the Laws and Customs of War on Land, signed 18 October 1907;*  
(3) *which constitutes a grave breach of common Article 3 (as defined in subsection (d)) when committed in the context of and in association with an armed conflict not of an international character; or*  
(4) *of a person who, in relation to an armed conflict and contrary to the provisions of the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended at Geneva on 3 May 1996 (Protocol II as amended on 3 May 1996), when the United States is a party to such Protocol, willfully kills or causes serious injury to civilians* ». Cf, USC- Title 18, part I- Chap.118-§ 2441. Consultable sur : <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2441>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Aussi la Loi Canadienne sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre adoptée en 2000 fait le lien entre crimes de guerre et conflits armés : « crime de guerre » « *Fait - acte ou omission - commis au cours d'un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu* ». Cf : <http://www.iccnw.org/documents/Canada.CrAgH.Wcr.frn.pdf>. Dernière visite le 11 octobre 2013.

<sup>952</sup> Il en est ainsi par exemple de Veolia, présente dans 74 pays dans le monde et qui emploie la société *Control Risk* dans certaines régions du globe comme les pays anglophones, l'Amérique Latine, l'Afrique et le Moyen Orient pour assurer une couverture du risque de kidnapping. Cf, Assemblée Nationale française, Rapport sur *les sociétés militaires privées*, p.21, présenté par MM. Ménard Christian et Viollet Jean-Claude le 4 février 2012.

d'un crime de guerre. Pour que l'imputabilité puisse avoir lieu, il faut qu'il y ait l'existence d'un conflit armé. C'est dire que l'acte doit être perpétré à l'occasion d'un conflit armé ou en sa raison<sup>953</sup>. L'existence d'un conflit armé est nécessaire mais non suffisante pour que les membres des SMSP puissent être passibles de sanctions pour crimes de guerre. Il faut aussi établir le lien entre l'acte commis et le conflit. L'acte doit être perpétré à l'occasion du conflit ou en raison de celui-ci. C'est dire qu'il doit y avoir un lien temporel et géographique entre l'infraction et le conflit armé<sup>954</sup>. L'espace temps doit comprendre le début des hostilités jusqu'à leur cessation officielle. Même après le cessez-le-feu, les atrocités commises sur les prisonniers de guerre peut avoir une connexion avec le conflit. C'est pourquoi les tortures infligées aux prisonniers d'Abu Ghraïb en Irak par les membres de *CACI* et de *TITAN* chargés de mener les interrogatoires des combattants capturés<sup>955</sup>, peuvent être qualifiées de crimes de guerre. L'élément géographique du conflit peut englober toutes les aires où les hostilités ont eu lieu. Cela dit, il faut interpréter ces liens temporels et géographiques au sens large<sup>956</sup>.

Au total, les membres des SMSP peuvent commettre des crimes mais l'imputabilité ne sera pas facile, tant les éléments dont il faut tenir compte sont nombreux. Leurs activités qui comportent des risques de violations de règles de droit international humanitaire et des droits de l'homme peuvent les conduire à commettre des infractions qui ne sont pas en rapport forcé avec les conflits armés. Il s'agit du génocide et du crime contre l'humanité.

---

<sup>953</sup> Le TPIY l'a souligné dans l'arrêt Kunarac en ces termes : « [...] *les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis — le conflit armé —, ou en dépendent. Le crime de guerre n'est pas nécessairement un acte planifié ou le fruit d'une politique quelconque. Un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis. Partant, s'il peut être établi, comme en l'espèce, que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés au dit conflit* ». Cf, TPIY (Chambre d'appel), *Le Procureur c/ Kunarac*, arrêt du 12 juin 2002, § 58. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>954</sup> Ce sont les mêmes liens que décrit le Rapport du Secrétaire général des Nations unies, A56/667, S/2012/33, en date du 13 janvier 2012, entre la violence sexuelle et les conflits. Cf, Assemblée générale et Conseil de Sécurité des Nations unies, Rapport du Secrétaire général sur la « *Violence sexuelle liée aux conflits* », pour les deux organes principaux, A56/667 (AGONU), S/2012/33 (Conseil de sécurité), 13 janvier 2012, § 3. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/650/19/PDF/N1165019.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 03 octobre 2013.

<sup>955</sup> Pour les détails de ces tortures, voir le Rapport du Ministère américain de la défense présenté en 2004 et intitulé « *Investigation of Intelligence Activities At Abu Ghraib* », August, 23, 2004, p. 52. Consultable au lien suivant : [http://humanrights.ucdavis.edu/projects/the-guantanamo-testimonials-project/testimonies/testimonies-of-the-defense-department/fay\\_jones.pdf](http://humanrights.ucdavis.edu/projects/the-guantanamo-testimonials-project/testimonies/testimonies-of-the-defense-department/fay_jones.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>956</sup> LEHNARDT (Chia), « *Individual liability of Personnel of Private military under International Criminal Law* », in *EJIL*, 2008, Vol.19, n° 5, p. 1020.

S'agissant du génocide et des crimes contre l'humanité, ils peuvent être perpétrés en temps de paix ou en période de conflit armé<sup>957</sup>. L'obligation de ne pas les commettre pèse aussi sur les membres des SMSP en tant qu'ils sont des individus. Le Document de Montreux prévoit qu'ils doivent appliquer le droit international humanitaire et les droits de l'homme. A ce titre, ils sont donc concernés par l'obligation faite aux individus de ne commettre ni les crimes contre l'humanité, ni le crime de génocide.

Quant au crime contre l'humanité, c'est un acte « *commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque* »<sup>958</sup>. La notion est apparue<sup>959</sup> avec les Statuts du Tribunal militaire de Nuremberg mais certains pensent que « *jusqu'à la seconde guerre mondiale, le crime contre l'humanité a voyagé sous le manteau des crimes de guerre* »<sup>960</sup>. Mais pour situer la notion de « *crime contre l'humanité* » dans sa gravité, le TPIY, dans l'affaire *Erdemovic*, a souligné qu'« *à la différence du crime de droit commun, l'objet de son atteinte n'est plus la seule intégrité physique de la victime, mais l'humanité toute entière* »<sup>961</sup>. Le TPIR va employer la notion dans ce sens en affirmant qu'il « *[...] s'agit d'actes inhumains qui, de par leur ampleur ou leur gravité, outrepassent les limites tolérables par la communauté internationale qui doit en réclamer la sanction. Mais les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité* »<sup>962</sup>.

Pour consommer un crime contre l'humanité, il faut une « *attaque généralisée et systématique* »<sup>963</sup>. L'expression « *attaque* » peut être entendue comme pouvant comprendre, selon le TPIY, en dehors d'opérations armées, le mauvais traitement de personnes ne

---

<sup>957</sup> L'article premier de la Convention relative à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, dispose en substance que ces derniers peuvent être « *commis en temps de guerre ou temps de paix* ». L'article premier de la Convention pour la prévention contre le crime de génocide de 1948 aborde dans le même sens à propos du crime de génocide. Ces conventions sont consultables sur le site de la Collection des traités des Nations unies au lien suivant : <http://treaties.un.org/Home.aspx?lang=fr>. Dernière visite le 03 octobre 2013.

<sup>958</sup> Article 7 du Statut de la CPI.

<sup>959</sup> Pour l'histoire de la notion de crime contre l'humanité, voir, ANTAKI (Marc), « *Esquisse d'une généalogie des crimes contre l'humanité* », in Revue québécoise de droit international (Hors série), 2007, pp. 65-80.

<sup>960</sup> MASSE (Michel), « *Crimes contre l'humanité et droit international* », Marcel Colin, (dir.), in *Le crime contre l'humanité*, Ramonville Saint Agne, Érès, 1996, p. 43.

<sup>961</sup> TPIY (Chambre de première instance), *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, Jugement n°IT-96-22 du 29 novembre 1996, § 19. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>962</sup> TPIR, (Chambre de première instance), *Le Procureur c. Jean Kambanda*, Jugement n°ICTR-97-23-S, § 15.

<sup>963</sup> TPIR, (Chambre de première instance II), *Le Procureur contre Clément Kayishema*, Jugement du 21 mai 1999, § 123. Consultable sur : [http://www.unict.org/Portals/0/Case/French/KAYISHEMA\\_95-1/jugement/990521\\_jugement.pdf](http://www.unict.org/Portals/0/Case/French/KAYISHEMA_95-1/jugement/990521_jugement.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013.

participant pas aux hostilités<sup>964</sup>. Cette attaque est « généralisée », quand elle s'adresse à un nombre important de personnes prises pour cible<sup>965</sup>. Elle est « systématique » quand elle est méthodique, organisée et à grande échelle<sup>966</sup>. N'étant pas l'apanage d'un militaire au combat<sup>967</sup>, ces actes peuvent être commis par un membre d'une SMSP, soit par une participation active à la consommation de l'infraction, soit en apportant son aide ou assistance à la réalisation du projet criminel. Dans la pratique, une SMSP américaine, en l'occurrence *MPRI*, avait formé l'armée croate en 1994 pour lancer l'opération *Storm* qui déboucha sur des meurtres, des déplacements forcés, des destructions de villes et de villages appartenant à l'ethnie serbe dans la Province de *Krajina*. Le Procureur du TPIY a émis un acte d'accusation contre Ante Gotovina pour crime contre l'humanité<sup>968</sup>. Cette affaire, qualifiée de crime contre l'humanité par le TPIY, était une opération dirigée contre des populations serbes, une ethnie minoritaire vivant dans une province appartenant à l'Etat croate, pour les forcer à aller en Bosnie Herzégovine et en Serbie. Le fait que ces actes soient dirigés contre une ethnie n'en fait pas un crime de génocide dans le raisonnement du TPIY car l'intention n'était pas la destruction du groupe serbe mais son départ de la province de *Krajina*. Le TPIY a retenu le crime contre l'humanité mais non le génocide. Cependant, une requête a été portée devant la CIJ le 02 juillet 1999 par la Croatie, en introduisant une instance contre la République fédérale de Yougoslavie (l'actuelle Serbie) pour violation de la Convention pour la prévention et la répression du génocide. Le 4 janvier 2010, la Serbie a déposé un contre-mémoire contenant des demandes reconventionnelles par lesquelles elle soutient que la Croatie a violé ses obligations internationales lui incombant en vertu de la Convention pour la prévention et

---

<sup>964</sup> TPIY, (Chambre de Première instance), *Kunarac et consorts*, 22 février 2001, § 416. Dans cette affaire, les sieurs Kunarac, Kovac et Vukovic sont accusés d'avoir participé à la commission d'actes constitutifs de crimes contre l'humanité sous forme de viol, torture, réduction en esclavage et atteintes à la dignité des personnes. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>965</sup> TPIY, (Chambre d'appel), *Kunarac et consorts*, 12 juin 2002, § 90. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>966</sup> TPIR, *Niyitegeka*, 16 mai 2003, §440. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>.

<sup>967</sup> LEHNARDT (Chia), « *Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law* », op. cit, p. 1021.

<sup>968</sup> Le procès du Sieur Gotovina est en cours devant le TPIY ; il est le Chef qui a dirigé l'Opération *Storm* (*Oluja* en croate) et il est condamné en première instance le 15 avril 2011 à vingt quatre ans d'emprisonnement. Voir le Résumé du Jugement (seul disponible pour le moment sur le site du Tribunal) au lien suivant : [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/fr/110415\\_Gotovina\\_summary\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/fr/110415_Gotovina_summary_fr.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. Mais le 21 novembre 2012, la Chambre d'appel du TPIY l'a acquitté à cause des erreurs de la Chambre de Première instance sur l'illégalité non prouvée des attaques dirigées contre certains villages serbes et sur l'appartenance du sieur Gotovina et autres à une entreprise criminelle. Le résumé du jugement est consultable sur : [http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/fr/121116\\_summary\\_fr.pdf](http://www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/fr/121116_summary_fr.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir pour l'Acte d'accusation, Del Ponte Carla, « *Acte d'accusation du Procureur contre Ante Gotovina* », TPIY, 21 mai 2001. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/gotovina/ind/fr/got-ii010521f.htm>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

la répression du crime de génocide pendant et après l'Opération *Tempête* d'août 1995<sup>969</sup>. L'affaire n'est pas encore jugée au fond par la Cour, mais l'arrêt pourrait qualifier ou non les faits dont était victime l'ethnie serbe dans la Province de *Krajina*, de crime de génocide.

Le génocide n'est en réalité qu'une forme de crime contre l'humanité<sup>970</sup>. Il a acquis sa spécificité avec la Convention de 1948 (qui porte son existence dans le droit positif) du fait de l'intention de l'auteur des faits. L'auteur du crime de génocide est animé d'un *dolus specialis* (dol spécial) qui est le fait de détruire en tout ou partie, un groupe<sup>971</sup>. Il est clair que le groupe visé est plus souvent un groupe « *stable* » auquel on appartient généralement dès la naissance comme l'ethnie, la confrérie religieuse, plutôt qu'un groupe « *mouvant* » comme les partis politiques que l'on rejoint par adhésion<sup>972</sup>. Le crime de génocide est « *une négation du droit à l'existence de groupes humains* »<sup>973</sup> identifiables<sup>974</sup>.

L'obligation de ne pas commettre cette infraction s'impose aux individus en vertu de l'article 2 de la Convention de 1948 sur le crime de génocide. Selon ce texte, « [I]es personnes ayant commis le génocide ou l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers ». Les membres des SMSP sont concernés par cette règle dans la mesure où ils sont des individus (« *particuliers* ») et l'article III de la convention qui énumère les actes punissables (*actus reus*) parle de l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre ce crime, la tentative et la complicité<sup>975</sup>. Dans l'exemple mentionné

---

<sup>969</sup> CIJ, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Communiqué de presse n°2010/3 du 18 février 2010, intitulé « *La Cour prescrit la présentation d'une réplique de Croatie et d'une duplique de la République de Serbie et fixe les délais pour le dépôt de ces pièces de procédure* ».

<sup>970</sup> Le TPIR l'a démontré en ces termes : « *Le génocide est une forme de crime contre l'humanité. Toutefois, il diffère fondamentalement des autres crimes contre l'humanité en ce sens que l'intention spécifique d'exterminer un groupe protégé [...] doit être constatée.* ». Cf. TPIR, (Chambre de première instance II), *Le Procureur contre Clément Kayishema*, Jugement du 21 mai 1999, § 89. Cette décision du TPIR est consultable sur : [http://www.unictr.org/Portals/0/Case/French/KAYISHEMA\\_95-1/jugement/990521\\_jugement.pdf](http://www.unictr.org/Portals/0/Case/French/KAYISHEMA_95-1/jugement/990521_jugement.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013. Voir aussi, TPIR (Chambre de jugement), *Le Procureur contre Jean Kambanda*, Affaire n°ICTR-97-23-S, 4 septembre 1998, § 16. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>971</sup> TPIR, (Chambre de première instance II), *Le Procureur contre Clément Kayishema*, Jugement du 21 mai 1999, § 91. Cette décision est consultable sur : [http://www.unictr.org/Portals/0/Case/French/KAYISHEMA\\_95-1/jugement/990521\\_jugement.pdf](http://www.unictr.org/Portals/0/Case/French/KAYISHEMA_95-1/jugement/990521_jugement.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>972</sup> CASSESE (A), SCELIA (D) et THALMANN (V), *Les grands arrêts du droit international pénal*, op. cit., p. 221.

<sup>973</sup> CIJ, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif du 28 mai 1951, Rec., p. 12.

<sup>974</sup> Article 2 de la Convention sur le crime de Génocide.

<sup>975</sup> A défaut de définition conventionnelle, les Tribunaux pénaux internationaux se sont attelés à donner une signification à l'expression « *complicité de génocide* ». Pour eux, il s'agit d'une forme de responsabilité qui implique qu'un individu s'associe à un crime, sans accomplir les éléments constitutifs dudit crime. Cf. TPIY, Chambre de Première instance, *Le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement (31 juillet 2003), § 533 ;

plus haut à propos de la SMSP américaine *MPRI* qui avait entraîné l'armée croate pour l'opération *Storm*, la société pourrait être accusée de complicité de génocide, si ce crime était retenu. Dans ce cadre, notons que le Tribunal de l'Illinois devant lequel est portée l'action en civil par des victimes serbes rescapées de cette opération, mentionne le crime de génocide dans sa décision sur la demande de transfert de l'affaire par *MPRI* vers les juridictions new yorkaises (territoire où se trouve le siège de la société).

Au total, l'existence d'obligations négatives de ne pas commettre ces infractions pèse sur les membres des SMSP et les contraint à respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme comme les y invite **la déclaration 26** du Document de Montreux en ces termes : « *Les membres du personnel d'EMSP [...] Ont l'obligation, indépendamment de leur statut, de respecter le droit international humanitaire applicable [...] Doivent respecter, dans la mesure où ils exercent des prérogatives de puissance publique, les obligations de l'Etat au regard des droits de l'homme* ». Le texte a un libellé très large et c'est pourquoi cela méritait de voir dans quelles conditions les obligations pertinentes des individus trouvent application à propos des SMSP. Le Document de Montreux rappelle également l'obligation pour les SMSP et leurs membres de respecter le droit national des Etats.

#### **b). Au sujet de l'application des législations nationales aux activités des SMSP**

**Les déclarations 22 et 23** du Document de Montreux réaffirment respectivement les obligations pour les sociétés militaires et de sécurité privées ainsi que leurs membres de respecter les règles nationales des Etats. La **déclaration 22** stipule que « *Les EMSP doivent respecter [...] toute autre législation nationale, comme le droit pénal, le droit fiscal, le droit de l'immigration, le droit du travail, et les règlements spécifiques concernant les services militaires ou de sécurité privés* ». Quant à la **déclaration 23**, elle rappelle que « *Les membres du personnel des EMSP ont l'obligation de respecter le droit national pertinent, en particulier le droit pénal, de l'Etat dans lequel ils opèrent, et pour autant qu'il soit applicable, le droit de l'Etat dont ils ont la nationalité* ». La distinction opérée par le Document de Montreux peut se justifier par le fait que les auteurs avaient voulu insister sur l'idée selon laquelle, même si elles peuvent échapper à des obligations internationales, les SMSP devraient appliquer le droit international humanitaire et les droits de l'homme que leur

---

TPIY, Chambre de première instance, *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*, IT-99-36-T, Jugement (1<sup>er</sup> septembre 2004), § 727 ; TPIY, Chambre de première instance, *The Prosecutor v. Vidoje Blagojevic and Dragan Jokic*, IT-02-60-T, Jugement (17 janvier 2005), § 776. Ces décisions sont consultables sur le site du TPIY : [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 12 octobre 2013.

impose le droit national applicable en plus des règles d'initiative nationale. En fait, la plupart des traités relatifs au droit international humanitaire et aux droits de l'homme demandent aux parties contractantes de faire en sorte que les règles internationales pertinentes s'appliquent dans leur ordre interne<sup>976</sup>. Au final, elles deviennent des règles nationales qui s'appliqueront aux particuliers. Les Etats peuvent imposer aux SMSP et à leurs membres le respect de leur législation du simple fait que ces acteurs sont infraétatiques. Cependant, même si l'Etat ne règlemente pas spécifiquement les activités de ces sociétés, le droit commun national s'applique suivant la relation juridique qui existe entre la puissance et la personne morale ou la personne physique. Si la société ou son salarié sont des ressortissants d'un Etat, le droit national s'applique à eux en vertu de la compétence *personnelle active* et de la compétence *personnelle passive*. La compétence personnelle active est un pouvoir juridique appartenant à un Etat d'édicter des normes pour poursuivre ses ressortissants<sup>977</sup> situés en dehors de son territoire. La juridiction de l'Etat est compétente lorsque l'auteur de l'infraction, bien que commise à l'étranger, est son ressortissant. Quant à la compétence personnelle passive, elle constitue le pouvoir d'un Etat d'engager des poursuites contre les auteurs d'un dommage causé à un de ses ressortissants. L'Institut de droit international (I.D.I.) a défini la compétence personnelle passive comme étant « *la compétence à l'égard de personnes sur le territoire d'un autre Etat, basée sur le seul fait qu'ils ont porté préjudice aux droits ou intérêts légaux d'un ressortissant de l'Etat se réclamant de ce chef de compétence* » (sic)<sup>978</sup>. La juridiction de l'Etat est compétente dans la mesure où la victime de l'infraction est un national.

Si la SMSP et ses salariés exercent leurs activités sur le territoire d'un Etat, la législation nationale en vigueur dans cet Etat d'accueil s'impose à eux en vertu de la *compétence territoriale*. Cette dernière marque la souveraineté de l'Etat sur son espace géographique et toute personne s'y trouvant, (nationaux comme étrangers, ayant la nationalité d'un autre Etat, apatrides, réfugiés) doit respecter les normes qui y sont édictées. Dans la pratique, les obligations auxquelles les SMSP et leurs membres sont assujettis relèvent des

---

<sup>976</sup> Pour illustration, on peut citer la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et crimes contre l'humanité (26 novembre 1968) dispose à son article IV que : « *Les Etats parties à la Convention s'engagent à adopter toutes les mesures d'ordre législatif ou autre, qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité des crimes [...]* ». Convention consultable sur : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1970/11/19701111%202-40%20AM/Ch\\_IV\\_6p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1970/11/19701111%202-40%20AM/Ch_IV_6p.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>977</sup> Ses ressortissants, ce sont non seulement les individus qui détiennent sa nationalité mais aussi les personnes morales de droit privé qui sont rattachées à sa juridiction par le biais de l'enregistrement ou du siège social. Pour que les normes de leur Etat d'origine s'exercent sur le territoire de l'Etat où ils se trouvent, il faut que cet Etat d'accueil l'accepte.

<sup>978</sup> Institut de Droit International, « *Projet de résolution sur la compétence extraterritoriale de l'Etat : Délibérations de l'Institut en séances plénières* », *Ann. IDI*, 1993, session de Milan, vol. 65, tome II, p. 138.

règles de droit pénal et du droit du travail. Compte tenu du risque élevé de commission d'infractions dans les activités des SMSP, la réglementation en matière pénale est une donnée importante. Ensuite, suit la réglementation en matière de droit du travail. Les SMSP recrutent beaucoup dans des pays sous développés grâce à la disponibilité de la main d'œuvre à bon marché<sup>979</sup>. Parfois, le recrutement s'effectue sur le territoire du pays d'accueil comme c'est le cas en Irak ou en Afghanistan. En Afghanistan, par exemple, en mars 2011, sur 90 000 membres du personnel des SMSP présentes, 20 000 étaient des citoyens américains, 24 000 étaient d'autres nationalités et 46 000 étaient des Afghans. A la même époque, en Irak, sur 64 000 membres de SMSP présentes 18 000 étaient des Américains, 37 000 étaient d'autres nationalités et 9 000 étaient des Irakiens<sup>980</sup>.

Au cours de ces recrutements, les droits des salariés ne sont pas toujours respectés. Il peut s'agir essentiellement de recrutements frauduleux au cours desquels les candidats renoncent à certains droits dont le recours contre la filiale qui les a sélectionnés ou engagés ou contre la société qui les emploie ; dans certains cas, des contrats sont signés pour contourner les juridictions nationales de l'Etat d'origine des candidats<sup>981</sup>. C'est pourquoi, pour que les obligations internes puissent s'imposer efficacement aux activités des SMSP, il faut que les législations nationales s'adaptent à la réalité de ces activités de prestation de service de sécurité militaire. Le mieux, c'est de disposer d'une réglementation spécifique pour pouvoir imposer des obligations efficacement aux acteurs qui interviennent dans le cadre des activités des SMSP. Le manquement à ces obligations débouche sur une responsabilité.

### **B/. L'applicabilité des règles de responsabilités des acteurs en vertu du droit dur par rapport aux activités des SMSP**

Le Document de Montreux ne contient pas de dispositions qui prévoient des responsabilités pour les clients et les prestataires privés. C'est donc sur la base des obligations prévues par d'autres textes que des responsabilités sont engagées. Le Document de Montreux démontre que ces règles de responsabilités qui étaient conçues pour d'autres domaines

---

<sup>979</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*, A/65/325 du 25 août 2010, § 14.

<sup>980</sup> CHWARTZ (Moshe), SWAIN (Joyprada), "Department of Defense Contractors in Afghanistan and Iraq: Background of Analysis", Congressional Research Service, May 13, 2011, p. 10. Ce rapport est consultable au lien suivant : <http://www.fas.org/sgp/crs/index.html>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>981</sup> Ces cas ont été répertoriés par le Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, A/HRC/7/7 du 09 janvier 2008, § 39-40.

juridiques peuvent s'appliquer au niveau des activités des SMSP. Ainsi, les Etats peuvent voir leur responsabilité engagée lorsqu'ils ne respectent pas leurs obligations internationales dans le cadre de l'externalisation. Il en est de même pour les prestataires lorsque des infractions leur sont imputées. Il convient de voir les possibilités d'engager la responsabilité internationale de l'Etat d'une part et d'autre part celles qui concernent les SMSP et leur membre.

#### **a). Les possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'Etat en vertu des règles pertinentes du droit international**

Le Document de Montreux ne cherche pas à imposer une responsabilité internationale aux Etats. Il se borne simplement à leur rappeler que les instruments internationaux pertinents permettent de sanctionner les violations du droit international dans le cadre des activités des SMSP. La responsabilité de l'Etat peut être engagée dans deux cas différents. D'une part, du fait de sa relation avec la SMSP à qui il confie des missions, les mauvaises conduites des membres de la société peuvent lui être attribuées et d'autre part, le manquement à ses devoirs de diligence peut engendrer une sanction à son encontre.

#### **1). Attribution à l'Etat de la conduite des SMSP et de leurs membres**

Il est admis en droit international que la violation des règles pertinentes du droit des gens entraîne la responsabilité de l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite. Mais, ce sur quoi il importe de faire une analyse profonde est l'attribution de la conduite des SMSP et de leurs membres à l'Etat contractant que ce texte prévoit. C'est la **déclaration 7** qui stipule que : « *Bien que, en soi, le fait de nouer des relations contractuelles avec des EMSP n'engage pas la responsabilité des Etats contractants, ces derniers sont responsables des violations du droit international humanitaire, des droits de l'homme ou d'autres règles de droit international commises par les EMSP ou par les membres de leur personnel lorsque ces violations sont imputables à l'Etat contractant conformément au droit international coutumier, en particulier si les EMSP :*

- a) Sont incorporées par l'Etat dans ses forces armées régulières, conformément à sa législation nationale ;*
- b) Sont membres de forces, groupes ou unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable devant l'Etat ;*

c) Sont habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique si elles agissent en cette qualité (i.e. sont formellement autorisées par la loi ou par des règlements à exercer des fonctions normalement conduites par des organes de l'Etat) ; ou

d) Agissent en fait sur les instructions de l'Etat (i.e. l'Etat a spécifiquement donné des instructions quant à la conduite de l'acteur privé) ou sur ses directives ou sous son contrôle (i.e. l'Etat exerce un véritable contrôle effectif sur la conduite de l'acteur privé) ».

L'attribution à l'Etat de la conduite des SMSP n'est pas évidente. En effet, d'une part, il existe un principe admis selon lequel, l'Etat n'est pas responsable de la conduite d'acteurs privés et d'autre part, le Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat n'a pas expressément prévu l'imputabilité à un Etat de la conduite d'une SMSP et de ses membres. Malgré cela, **la déclaration 7** du Document de Montreux précise qu'au regard du droit international, la conduite de cette société et celle de ses membres engage la responsabilité de l'Etat contractant dans certaines situations qu'il convient d'analyser.

#### - Le cas où les SMSP sont incorporées dans les forces régulières de l'Etat

Lorsque cette situation se réalise, les membres de la SMSP sont sous le commandement de l'Etat contractant. Il n'y a pas de distinction entre les forces régulières et les personnels des SMSP au niveau de la réception des ordres. Dans la pratique, on a pu noter que le contrat entre la Papouasie Nouvelle Guinée et *Sandline International* avait intégré les membres de la SMSP dans les unités régulières en ayant reçu la qualification « *special constables* »<sup>982</sup>. L'intégration signifie que les membres de la SMSP se « *dissolvent* » dans un statut d'organe de l'Etat. L'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat prévoit que la conduite des organes exécutif, législatif, judiciaire et autres est attribuable à cet Etat<sup>983</sup>. La notion d'organe de l'Etat peut être comprise comme étant toute personne ou entité entrant dans l'organisation de l'Etat ou agissant en son nom. L'énumération non exhaustive des différentes catégories d'organe intègre les forces gouvernementales. Les forces militaires ou policières dans lesquelles s'intègrent des membres de SMSP restent des organes de l'Etat. En vertu du droit international, la conduite des forces

---

<sup>982</sup> Voir le contrat entre la Papouasie Nouvelle Guinée et *Sandline International* dans le site de *Sandline International*, qui malgré la dissolution officielle de la société, fonctionne toujours.

<sup>983</sup> L'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat de 2001 : « *Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat* ».

sous commandement d'une Partie au conflit est imputable à celle-ci. La CIJ atteste cela en affirmant que « *Selon une règle établie en droit international, le comportement de tout organe d'un Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat. Cette règle revêt [...] un caractère coutumier* »<sup>984</sup>. A ce titre, en vertu de l'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale, la conduite des membres des SMSP incorporés dans les forces régulières d'un Etat pourrait être imputable à cet Etat sous le commandement duquel ils sont placés.

- **Le cas où les membres des SMSP constituent une unité armée et organisée placée sous le commandement responsable devant un Etat**

Dans cette situation, les forces privées sont autonomes, mais elles ont un lien avec l'Etat qui leur a confié la mission. Elles ne sont pas intégrées dans les forces régulières de l'Etat mais elles sont « *placées sous commandement responsable devant un Etat* ». Cela veut dire que c'est une autorité militaire ou civile qui exerce une autorité sur les forces privées. C'est le système que pratiquent les Etats-Unis avec les SMSP qu'ils engagent et on parle dans ce sens de « *civils accompagnant les forces armées* »<sup>985</sup>. Dans cette situation, il s'agit de déterminer quand est ce que les forces privées constituent un organe de l'Etat au sens du paragraphe 2 de l'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale. Selon ce texte, « *Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat* ». En vertu de ce texte, c'est donc le droit interne qui doit apporter la qualification d'organe à une personne ou une entité à laquelle l'Etat confie une mission. Dans le cadre des activités des SMSP, s'attendre à ce que le droit interne qualifie ces sociétés d'organes de l'Etat, risque d'être un effort vain. En effet, tous les Etats n'ont pas légiféré sur la question et même s'ils avaient adopté des normes spécifiques pour encadrer les SMSP, tout Etat voulant se soustraire à une responsabilité internationale pourrait opposer la négation du statut d'organe. La qualification d'organe devrait se baser sur la nature de l'emploi occupé et les relations entre la personne ou l'entité et les autres organes de l'Etat. Si une SMSP exerce « *une fonction à caractère public normalement exercée par un organe de l'Etat* »<sup>986</sup>, elle peut être considérée comme un organe de l'Etat contractant. Ainsi, la notion de « *personne ou*

---

<sup>984</sup> CIJ, *Différent relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Rec. p. 87, § 62.

<sup>985</sup> Voir le *Military extraterritorial Jurisdiction Act* de 2000 consultable sur le site du Ministère américain de la Défense au lien suivant : [http://www.dod.gov/dodgc/images/meja\\_3261.pdf](http://www.dod.gov/dodgc/images/meja_3261.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>986</sup> Organisation des Nations unies, *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, p. 97. Consultable sur : [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013.

*entité* » est une « *expression [...] vague* »<sup>987</sup> et doit être entendue au sens large pour viser toute personne physique ou morale titulaire d'un emploi public.

Même si la SMSP est considérée comme un organe de l'Etat, l'attribution du comportement de ses membres à l'Etat peut rencontrer des difficultés dans la pratique. C'est la question du lien entre le comportement et la mission qu'ils conduisent. C'est le cas par exemple, lorsqu'il s'agit de distinguer le comportement non autorisé et le comportement purement privé. Dans le cadre du comportement non autorisé, les membres de la SMSP agissent en qualité d'organe de l'Etat mais se sont écartés de la conduite normale, c'est-à-dire celle d'un agent insusceptible de reproche. Dans le cadre du comportement purement privé, le membre agit en qualité de privé, c'est-à-dire que ses actes sont dépourvus de tout lien avec la mission qu'il conduit. L'exemple de cette conduite purement privée peut être trouvé chez les membres de *DynCorp* en Bosnie, lorsqu'ils participaient à des trafics d'êtres humains et à des violences sexuelles sur des femmes et des jeunes filles<sup>988</sup>. Ces actes n'avaient rien à voir avec les fonctions de logistique dont ils étaient chargés. D'après le rapport de Human Rights Watch de novembre 2002, ces faits se déroulaient dans des bars et boîtes de nuits<sup>989</sup>.

La jurisprudence a eu à trancher la question de l'attribution à l'Etat du comportement non autorisé et du comportement à titre privé d'un organe. Dans l'affaire *Caire* rendue en arbitrage, il a été décidé que la responsabilité internationale est écartée lorsque « *l'acte [d'un agent] n'a aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier* »<sup>990</sup>. Dans ce cadre donc, c'est la responsabilité de l'agent lui-même qui va être engagée et non celle de l'Etat.

Ainsi, en vertu de cette jurisprudence, le comportement des membres des SMSP doit être analysé pour savoir s'ils ont agi à titre privé ou s'ils ont abusé de leurs fonctions, pour déterminer la responsabilité ou non de l'Etat qui les emploie.

---

<sup>987</sup> Le Comité de rédaction du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat « *a jugé préférable d'employer l'expression plus vague « personne ou entité » pour recouvrir toutes les possibilités qui pourraient surgir dans la pratique* ». Cf, *Annuaire de la Commission du Droit international*, 2001, vol. I, § 22, p. 98.

<sup>988</sup> Voir le Rapport de l'Inspection du DOD américain de 2003 : Department Of Defense, Office Of The Inspector General, « *Assessment of DOD efforts to combat trafficking in persons. Phase II: Bosnia-Herzegovina and Kosovo* », Case Number H03L88433128, 8 décembre 2003, p.10. Ce Rapport est consultable sur : [http://www.contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/768/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia\\_dod-ig-report.pdf](http://www.contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/768/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia_dod-ig-report.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>989</sup> Human Rights Watch (HRW), « *Hopes Betrayed: Trafficking of Women and Girls to Post-Conflict Bosnia and Herzegovina for Forced Prostitution* », November 2002, vol. 14, n°9, p. 67. Consultable sur : <http://www.hrw.org/reports/2002/bosnia/Bosnia1102.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>990</sup> Organisation des Nations unies, Recueil des sentences arbitrales, vol.4 (1929), p. 531. Consultable sur : [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_V/516-534\\_Caire.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_V/516-534_Caire.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

Cependant, d'autres situations de possibilité d'attribution du comportement des membres des SMSP à l'Etat qui les emploie peuvent exister.

**- Le cas où les membres des SMSP sont habilités à exercer des prérogatives de puissance publique**

C'est la situation où ils ne peuvent pas être considérés comme des organes de l'Etat, c'est-à-dire qu'ils exécutent des tâches appartenant à un Etat mais celui-ci n'exerce sur eux aucune forme d'autorité. Ce cas peut être réglé en vertu des dispositions de l'article 5 du Projet d'articles de la responsabilité internationale. En se basant sur ce texte, la nature des fonctions que les membres des SMSP occupent va être analysée pour savoir s'ils exercent ou non des prérogatives de puissance publique. L'expression « *prérogatives de puissance publique* » n'a pas fait l'objet de définition dans le commentaire du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat. La CIJ a utilisé la notion de « *puissance publique* » à plusieurs reprises mais ne l'a pas définie non plus à ces occasions<sup>991</sup>. Elle se limitait à vérifier dans ces affaires l'exercice de puissance publique. La Commission de droit international (CDI) n'a pas donné de définition non plus ; elle soutient que l'article 5 du Projet d'articles ne vise pas à délimiter le champ de la « *puissance publique* »<sup>992</sup>. Selon elle, ce sont le contenu des prérogatives et la manière dont elles sont conférées qui sont déterminants pour attribuer le comportement d'une entité à un Etat. Le critère des prérogatives de puissance publique est jugé par la CDI comme étant « *général* » pour une application à des « *circonstances diverses* »<sup>993</sup>. On comprend ici la complexité du sens à donner de la notion empruntée au droit interne. Cependant la notion de « *prérogatives de puissance publique* » ne fait que délimiter le champ de l'interdiction faite aux personnes privées d'exécuter certains actes qui relèvent de la seule compétence de l'Etat. Seulement, la liste exhaustive de tels actes n'est pas déterminée sans définition légale. Ce qui fait qu'il faut juger les actes des entités au cas par cas, c'est-à-dire qu'en l'absence d'une qualification législative, il faut procéder à la vérification afin de constater si les activités relèvent, par leur nature, de la compétence de l'Etat.

---

<sup>991</sup> Il en est ainsi des arrêts suivants : CIJ, *Ile de Kasikili-Sedudu (Botswana c/ Namibie)*, arrêt, 13 déc. 1999, Rec.1999, p. 1045 et s. ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Ouganda)*, arrêt, 19 déc. 2005, Rec. 2005, p. 168 et s. ; CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 févr. 2007, Rec. 2007, p. 43 et s.

<sup>992</sup> Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, 2<sup>ème</sup> Partie, p. 44.

<sup>993</sup> *Idem*.

C'est ainsi qu'il faut comprendre que toutes les activités pouvant être confiées à des SMSP ne constituent pas forcément des prérogatives de puissance publique. Par exemple, les activités de logistique confiées à une SMSP dans le cadre d'un conflit armé ne peuvent être considérées comme prérogatives de puissance publique. Ce fut, par exemple, le cas du transport d'armes effectué par *Sandline International* pour le compte de la Sierra Léone à partir de la Bulgarie<sup>994</sup> en pleine guerre civile en dépit de l'embargo sur les armes décrété par le Conseil de sécurité<sup>995</sup>. En revanche, les fonctions de combat ou de maintien de l'ordre entrent dans le cadre des pouvoirs régaliens d'un Etat. Dans les fonctions de combat, il faut distinguer les fonctions proprement dites et les actes détachables comme les entraînements des troupes. L'attribution à l'Etat contractant de la conduite des membres d'une SMSP dépendra donc de la nature des tâches confiées à la société. Si les tâches relèvent de l'exercice des prérogatives de puissance publique, les actes litigieux peuvent être attribuables à l'Etat<sup>996</sup>. Quand bien même, l'entité ou la personne à laquelle une fonction est confiée a outrepassé les limites de ses pouvoirs, son comportement reste attribuable à l'Etat contractant. C'est ce que prévoit l'article 7 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat. L'Etat ne saurait donc se retrancher derrière l'argument selon lequel par exemple, les membres d'une SMSP ont agi en dehors la direction indiquée dans ses instructions.

**- Le cas où les membres des SMSP agissent en fait sur instruction, sur directives ou sous contrôle d'un Etat**

C'est la situation où les membres d'une SMSP agissent « *en fait* », c'est-à-dire sans lien officiel avec un Etat mais ils reçoivent des instructions, des directives ou ils sont placés sous le contrôle de l'Etat. L'article 8 du Projet d'articles de la responsabilité internationale de l'Etat prévoit ce cas d'attribution. Les différentes circonstances d'intervention de l'Etat sont indépendantes les unes des autres. Cela veut dire qu'un seul cas avéré suffit à engager la

---

<sup>994</sup> Voir le rapport de LEGG (Sir Thomas) and IBBS (Sir Robin), « *Report on the Sierra Leon Arms Investigation* », op. cit. Le rapport est consultable sur le site à l'adresse au lien suivant : <http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/files/kfile/report.pdf>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>995</sup> La disposition de la Résolution qui décrétait l'embargo était ainsi libellée : « Le Conseil de sécurité [...] Décide que tous les États empêcheront la vente ou la fourniture à la Sierra Leone par leurs nationaux ou depuis leur territoire, ou au moyen de navires battant leur pavillon ou d'aéronefs immatriculés par eux, de pétrole, de produits pétroliers, d'armements et de matériel connexe de tous types, y compris d'armes et de munitions, de véhicules et d'équipements militaires, d'équipement paramilitaire et de pièces détachées y afférentes, que ceux-ci proviennent ou non de leur territoire ». Cf, Résolution 1132 du Conseil de sécurité, adopté le 8 octobre 1997, S/RES/1132 (1997). Disponible sur : <http://www.un.org/french/docs/sc/1997/97s1132.htm>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>996</sup> Cela rejoint le raisonnement du Professeur FORTEAU sur l'attribution du comportement d'une entreprise à un Etat. Cf, FORTEAU (Mathias), « *L'Etat en droit international : une figure à géométrie variable ?* », in RGDIP, 2007, p. 756.

responsabilité de l'Etat. Dans ce cadre, c'est l'influence de l'Etat sur la conduite des membres de la société qui est prise en compte. Il n'y a certes pas de lien juridique entre la société et l'Etat mais ce dernier ne reste pas indifférent par rapport à la fonction qu'exécute la première. Pour attribuer à un Etat le comportement de membres de SMSP dans cette situation, il faut que les « *instructions* » ou les « *directives* » aient une influence décisive. Il s'agit de mesures ou d'ordres qu'un Etat peut prendre pour pouvoir influencer sur le déroulement de l'activité que mènent les membres des SMSP. La preuve de l'existence des « *instructions* » et « *directives* » doit être établie pour que l'attribution puisse avoir lieu. Cette démarche ne sera pas facile comme celle relative à l'existence d'un contrôle de l'Etat sur une SMSP agissant « *en fait* ». La CIJ était confrontée à cela dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua où elle devait démontrer que les Etats-Unis avaient exercé un contrôle sur les *Contras*, une force non étatique en faction avec l'armée nicaraguayenne. Cette affaire portait sur la responsabilité d'un Etat du fait de son influence sur un groupe rebelle au sein d'un Etat et la Cour avait exigé l'existence d'un « *contrôle effectif* »<sup>997</sup>. Pour montrer la forme que doit avoir le contrôle des Etats-Unis sur les *Contras*, la Cour a exigé qu'il devait être établi que les premiers exercent sur les seconds une autorité telle qu'on puisse considérer les *Contras* comme agissant au nom de l'Etat américain<sup>998</sup>. C'est ainsi que, la responsabilité des Etats-Unis n'est reconnue que dans les situations où il y avait une participation effective des Américains à des opérations menées par des contrats. En 2007, dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la répression du crime de génocide opposant la Bosnie à la Serbie-et-Monténégro, il était question du contrôle des forces employées de fait par l'Etat serbe. la CIJ a affiné le sens de l'expression « *contrôle effectif* » en affirmant que « *Il n'est plus nécessaire ici de démontrer que les personnes ayant accompli les actes prétendument contraires au droit international étaient en général placées sous la « totale dépendance » de l'Etat défendeur ; il convient de prouver que ces personnes ont agi selon les instructions ou sous le « contrôle effectif » de ce dernier. Mais, d'autre part, il est nécessaire de démontrer que ce « contrôle effectif » s'exerçait, ou que ces instructions ont été données, à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations* »<sup>999</sup>. Mais lorsque le TPIY était chargé d'une affaire relative à la responsabilité pénale individuelle, il a exigé dans le cadre du contrôle de la

---

<sup>997</sup> CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, op. cit., § 115.

<sup>998</sup> Ibid., § 109.

<sup>999</sup> CIJ, *Application de la Convention pour la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, 26 février 2007, §400, Rec. p. 208.

Yougoslavie sur des forces privées un « *contrôle global qui va au-delà du simple financement et équipement de ces forces* » pour intégrer « *une planification et supervision des opérations militaires* »<sup>1000</sup>.

Cela montre que l'attribution se démontrera au cas par cas. Si les membres des SMSP se trouvent dans les mêmes situations que les forces privées dans ces jurisprudences citées plus haut, la responsabilité de l'Etat ne saurait être déterminée que lorsqu'il existe un contrôle effectif exercé non pas sur l'ensemble des activités mais sur chaque opération. La responsabilité de l'Etat est engagée sur la base du comportement des membres de la SMSP. Cependant, l'Etat peut voir sa responsabilité engagée du fait seulement de son manquement à son devoir de diligence.

## **2). Responsabilité de l'Etat pour manquement à son devoir de diligence**

La responsabilité internationale de l'Etat n'est pas seulement engagée sur la base d'un fait illicite qui lui est attribuable mais également par le fait de son manquement à son devoir de diligence « *due diligence* ». Le devoir de diligence est invoqué lorsque l'Etat est dans l'obligation de mettre en œuvre les moyens à sa disposition pour prévenir ou empêcher qu'un crime soit commis. Si sa responsabilité devait être engagée, ce ne serait pas sur la base d'un résultat qui ne serait pas atteint, mais sur la base des moyens qui étaient à sa portée et qui pourraient permettre d'empêcher ou de prévenir un acte. La responsabilité internationale de l'Etat pour manquement à son devoir de diligence est invoquée lorsqu'il doit répondre de toute défaillance dans sa prévention, dans son contrôle et dans la répression de toute violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Dans le cadre des activités des SMSP, les actes commis par les membres de ces sociétés qu'il emploie peuvent lui être attribués, s'il est avéré qu'il a manqué à son devoir de diligence. C'est un cas de responsabilité qui est basé sur l'appréciation de la capacité de l'Etat de remplir ses obligations de *due diligence* en adoptant les normes juridiques adéquates et en déployant les moyens nécessaires pour prévenir et réprimer toute violation par les privés. La CIJ a eu à s'exprimer sur la manière d'apprécier le fait pour l'Etat de s'acquitter correctement de son obligation de « *due diligence* ». Selon elle, il y a deux façons d'apprécier la capacité de l'Etat de mettre en œuvre les moyens à sa disposition. Il s'agit de faire une appréciation sur le plan matériel et une autre sur le plan juridique. L'appréciation matérielle mesure la capacité de l'Etat d'influencer l'action des personnes susceptibles de commettre l'acte ou qui sont en train

---

<sup>1000</sup> TPIY, Chambre d'appel, Affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt du 15 juillet 1999, op. cit, pp. 1518 et s.

d'être commis. Selon la Cour, cette capacité varie d'un Etat à un autre. Dans le cadre de l'emploi des SMSP, la capacité de l'Etat contractant à influencer l'action de la société va être déterminante. Dans la pratique, l'influence que peuvent exercer les Etats-Unis sur *MPRI* ou *DynCorp* ne sera pas comparable à celle d'un Etat comme la Sierra Leone sur *Executive Outcomes*. En suivant cet exemple, on constate que l'influence est plus grande quand l'Etat emploie une société qui a sa nationalité ou qui est enregistrée sur son territoire. Mais elle est faible si l'Etat emploie une société étrangère ou si l'Etat est au bord du chaos.

Cependant, la Cour ajoute aussi que la capacité est fonction de l'éloignement géographique. Ce critère est à prendre en compte dans l'activité des SMSP. Un Etat qui mandate une SMSP sur le territoire d'un autre Etat n'aura pas forcément la même capacité d'influence que si cette société exerçait la mission qui lui confiée sur l'espace juridictionnel de son client. La Cour affirme aussi qu'il faut prendre en compte l'intensité des liens politiques et de tous les ordres entre les autorités de l'Etat et les acteurs directs. Si on applique ce critère dans les activités des SMSP, on découvre dans ce secteur que les liens politiques ne sont pas du tout absents. Il a été noté par exemple que la SMSP américaine *MPRI* comptait dans ses membres d'anciens généraux à la retraite et d'anciens fonctionnaires du Pentagone et de la Maison Blanche. On peut citer également l'ancien patron de *Blackwater* Erik Prince qui était proche des milieux conservateurs du Parti républicain des Etats-Unis.

Quant à l'appréciation de la capacité sur le plan juridique, l'Etat ne pourra influencer une SMSP que dans la limite de ce qui lui est permis en vertu du droit international. La relation juridique entre l'Etat et la SMSP va prendre tout son sens. C'est que par exemple, l'Etat est présumé capable d'assurer ses devoirs dans la mesure où il est souverain sur son territoire en accueillant des SMSP, donc pouvant légiférer et juger toute personne accusée d'avoir commis une infraction ; il a la compétence personnelle sur ses nationaux (personnes physiques et morales) même si ces derniers interviennent à l'étranger ; enfin, il a la possibilité de fixer dans les contrats des obligations de comportement aux prestataires de services de sécurité militaire. C'est un cas de responsabilité dont le Document de Montreux n'a pas fait état de manière expresse. Le Document s'est contenté de rappeler les obligations pertinentes en matière de respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire sans attirer l'attention des Etats sur les conséquences des manquements de leur part à ces règles. Cela n'empêche pas la possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'Etat dont le comportement serait constitutif d'une négligence. Seuls les obstacles extérieurs à sa « *volonté* » peuvent l'exonérer de la responsabilité internationale. Il en est ainsi du défaut de

fonctionnement de ses institutions judiciaires, de l'éloignement géographique du théâtre des opérations lorsque les missions confiées aux SMSP sont exécutées sur le territoire d'un autre Etat. L'Etat contractant n'aura pas la pleine capacité à contrôler efficacement les activités des membres des SMSP. L'Etat d'origine aura du mal à assurer la répression de ses nationaux qui peuvent être entre les mains d'un autre Etat ou être en fuite.

### 3). La réparation des préjudices subis par les victimes

La *déclaration 8* prévoit la réparation des dommages causés aux victimes par l'Etat contractant. Selon le texte, « *Les Etats contractants sont tenus d'accorder des réparations pour les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme causées par la conduite illicite des membres du personnel des EMSP lorsqu'une telle conduite est imputable à l'Etat contractant en vertu du droit international coutumier relatif à la responsabilité de l'Etat* ». Ce texte essaie de mettre en lumière la prise en charge des victimes des violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Bien que l'expression « *victimes* » n'y soit pas mentionnée, cela ne doit pas être lu comme étant un défaut de prise en considération de ceux qui ont subi un préjudice<sup>1001</sup>. Seulement, l'omission du terme « *victime* »<sup>1002</sup> révèle une incomplétude du texte. En effet, le fait de donner la liste de ceux qui peuvent l'être potentiellement et de préciser que les réparations sont destinées à tous ceux qui ont subi des préjudices du fait des activités d'une SMSP serait une avancée considérable. Le Document de Montreux favorisera la prise en compte des victimes dans les procès pénaux internes. Ce qui n'est pas souvent le cas comme par exemple dans les pays de tradition anglo-saxonne où la victime n'a pas de rôle majeur, si ce n'est la possibilité de faire le « *Victim Impact Statement* » ou la Déclaration de la victime. Celle-ci ne lui octroie que le statut de témoin. Cette déclaration lui permet d'expliquer à la justice comment elle a été affectée par le crime. Le Document de Montreux s'adresse aussi à la victime que peut constituer un Etat, à

---

<sup>1001</sup> Notons qu'il faut distinguer les notions de dommage et de préjudice que le langage juridique et la pratique judiciaire tendent à confondre souvent. Les deux vocables désignent dans le droit romain deux réalités différentes : le *damnum* désignait l'atteinte matérielle à l'intégrité et le *praejudicium* les conséquences d'une telle atteinte pour la victime. Le dommage correspond donc à la lésion subie et le préjudice, à la conséquence de cette lésion. Le dommage est un fait brut, objectivement perceptible indépendamment de la représentation que peut s'en faire la victime tandis que le préjudice est subjectif et il est apprécié en fonction d'une personne déterminée. La distinction présente un intérêt dans la mesure où un seul dommage peut engendrer plusieurs préjudices (moral, économique) et il peut y avoir des dommages sans préjudice et des préjudices sans dommage. Cf, OLLARD (Romain), « *La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal* », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, Juillet-Septembre 2010, pp. 561-585.

<sup>1002</sup> La notion de « *victime* » évoque la souffrance et le sacrifice. D'ailleurs, étymologiquement, elle désignait une créature vivante offerte en sacrifice lors de rites religieux. En droit international humanitaire, il s'agit, de toute personne que ce droit cherche à protéger en cas de conflit armé international ou interne. Cf, « *Victimes de guerre* », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 2009, Editorial, Sélection française, p. 91.

travers la *déclaration 8* précité. En effet, les activités des SMSP peuvent engendrer des dommages à l'encontre d'Etats. La réparation portée par la *Déclaration 8* du Document de Montreux permet aux victimes des violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme du fait des activités des SMSP de pouvoir avoir droit à une réparation. Il est visé dans ce texte la responsabilité de l'Etat et non celle des sociétés ni celle de leur membre. Le Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat a permis à l'Etat lésé par un fait internationalement illicite imputé à un autre Etat, de pouvoir bénéficier d'une réparation. L'article 31 du Projet d'articles de la CDI dispose que « *L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite* » et l'article 31 du même texte d'ajouter que « *La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat* ».

Cette démonstration révèle que les victimes du fait reproché à l'Etat peuvent être des Etats<sup>1003</sup> mais aussi des particuliers. En cas de non respect par l'Etat de ses obligations internationales lorsqu'il emploie des SMSP, il doit réparer les préjudices subis par des Etats et ceux subis par des particuliers. La réparation demandée par les victimes qui sont des particuliers sera plus difficile à obtenir. En effet, les particuliers ne peuvent pas encore saisir la Cour internationale de justice contrairement aux Etats qui peuvent demander devant cette juridiction des réparations à leurs pairs. Au niveau régional, les individus peuvent saisir les juridictions spécialisées en matière de défense de droits de l'homme. Il en est ainsi de la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 35 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme<sup>1004</sup> indique que la Cour européenne ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes comme c'est souvent conditionné devant ces Cours. Or, cette procédure devant les tribunaux internes peut prendre des années. Cependant la Cour a assoupli le principe en décidant que « *conformément à l'évolution de la pratique, les Etats*

---

<sup>1003</sup> La CIJ a jugé en 2012 que la violation reprochée à l'Italie de l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne par le droit international, suite aux procès en civil intentés devant les juridictions italiennes débouchant sur la condamnation de l'Etat allemand du fait des violations du droit international humanitaire commises le régime hitlérien pendant la seconde guerre mondiale, engageait sa responsabilité internationale. Les condamnations au civil sont accompagnées de mesures d'exécution forcée visant la *Villa Vigoni*, propriété de l'Etat allemand en terre italienne. Les mêmes décisions de juridictions italiennes ont déclaré exécutoires les décisions des tribunaux grecs agissant dans la même situation. Cf, CIJ, « *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, Arrêt du 03 février 2012, § 136, p. 49.

<sup>1004</sup> Article 35 de la CEDH : « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ». Voir le lien suivant : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/>. Dernière visite le 20 octobre 2013.

peuvent bien renoncer au bénéfice de la règle de l'épuisement des voies de recours »<sup>1005</sup>. Dans cette lancée, la Cour de justice de la CEDEAO mise en place en 2001 et qui fonctionne depuis 2005, peut être saisie par les citoyens des Etats membres de l'organisation sous régionale ouest africaine pour violation des droits de l'homme de la part de leur Etat national, sans condition de l'épuisement des voies de recours<sup>1006</sup>. Cette Cour a condamné le Niger en 2008 au paiement de dommages et intérêts pour n'avoir pas protégé la requérante de l'esclavage dont elle était victime<sup>1007</sup>.

Cette évolution jurisprudentielle et textuelle, peut bénéficier aux victimes des activités des SMSP et les aider à mieux réclamer des réparations pour leurs préjudices subis. Par ailleurs, la *déclaration 8* ne décrit pas les formes que doivent prendre les réparations et ne renvoie pas non plus au Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat. Pourtant, c'est ce dernier qui prévoit les différentes formes de réparation. Ce ne sont pas seulement les compensations financières qui sont importantes mais également la restitution de bien, la réadaptation, la satisfaction (excuses publiques) et la garantie que les souffrances subies ne se reproduiront plus. Les activités des SMSP peuvent provoquer des souffrances à des particuliers. Il peut s'agir de torture (Prisons d'Abu Ghraïb en Irak), de dommages environnementaux comme en Colombie lorsque la SMSP américaine *DynCorp* était employée pour détruire les champs de coca. Cette affaire a opposé l'Equateur à l'Etat colombien pour les dommages environnementaux provoqués par l'épandage de produits chimiques qu'effectuait la SMSP<sup>1008</sup> pour mettre en œuvre le *Plan Colombie*<sup>1009</sup> qui visait à neutraliser à

---

<sup>1005</sup> CEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971. Consultable au lien suivant : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=96606080&skin=hudoc-fr&action=request>. Dernière visite le 20 octobre 2013.

<sup>1006</sup> Cette règle est posée par l'article 10 d), ii) du Protocole Additionnel A/SPJ/01/05 relatif à la Cour de Justice de la CEDEAO en ces termes : « *peuvent saisir la Cour [...] toute personne victime de violation des droits de l'homme [...]* ». Cf : [http://www.afri-map.org/english/images/treaty/CEDEAO\\_Protocole\\_Cour\\_de\\_justice.pdf](http://www.afri-map.org/english/images/treaty/CEDEAO_Protocole_Cour_de_justice.pdf). Dernière visite le 20 octobre 2013.

<sup>1007</sup> Cour de Justice de la CEDEAO, affaire *Hadijatou Mani Koraou c. République du Niger*, arrêt rendu le 27 octobre 2008, voir : [http://www.unhcr.org/refworld/publisher/ECOWAS\\_CJ...491168d42.0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher/ECOWAS_CJ...491168d42.0.html). Dernière visite le 20 octobre 2013.

<sup>1008</sup> L'Equateur a déposé une requête auprès de la CIJ le 31 mars 2008 en introduisant une instance contre la Colombie relativement aux dommages causés aux équatoriens et à l'environnement du fait de l'épandage des produits chimiques. Cf, CIJ, Lettre de l'Ambassadeur de l'Equateur auprès du Royaume des Pays Bas au Greffe de la Cour internationale de justice, Rôle n°138, La Haye 31 mars 2008. Consultable sur le site de la CIJ : <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php>. Dernière visite le 20 octobre 2013. Mais le 09 septembre 2013, les deux Etats ont signé un accord « *qui met définitivement un terme à l'ensemble des griefs formulés par l'Equateur contre la Colombie* ». Du coup, par une lettre datée du 12 septembre 2013 adressé à la CIJ, l'Equateur s'est désisté de l'instance qu'il a introduite en mars 2008. Le 13 septembre 2013, la Cour prend une décision de radiation de l'instance du rôle. Cf, <http://www.icj-cij.org/docket/files/138/17529.pdf>. Dernière visite le 11 octobre 2013.

<sup>1009</sup> TISSERON (Antonin), « *L'emploi des forces armées colombiennes dans la lutte contre-narcotique* », In Cahier de la recherche doctrinale, Ministère français de la défense, Etudes menées par le Bureau de recherche,

la source la production de cocaïne. Concernant les tortures d'Abu Ghraïb, ce sont seulement les SMSP qui ont été attaquées en justice par les victimes pour demander des réparations. La responsabilité des SMSP et de leurs membres peut être aussi engagée.

### **b). La responsabilité des SMSP et de leurs membres**

Les *déclarations 5, 11, 16 et 20* du Document de Montreux renvoient à la responsabilité pénale des « *personnes ayant commis ou ordonné de commettre l'une ou l'autre des infractions graves aux Conventions de Genève [de 1949], et lorsque applicable, au Protocole additionnel [I]* ». Les *déclarations 6, 12, 17 et 21* rappellent même que les Etats sont tenus de prendre des mesures pour assurer la sanction pénale des auteurs des crimes internationaux. Ces textes ne semblent viser que le personnel des SMSP, que ce soient les subordonnés ou les cadres et dirigeants de ces sociétés. Deux responsabilités pénales individuelles se dégagent : celle des auteurs des crimes d'une part et celle des autorités hiérarchiques d'autre part. La seule responsabilité qui n'a pas connu une véritable précision est celle de la société militaire en tant que personne morale. Il convient de démontrer que cette responsabilité des SMSP personne morale ne saurait être négligée et ensuite, il sera procédé à l'analyse des responsabilités pénales individuelles des membres ordinaires des SMSP et de toute autorité hiérarchique.

#### **1). La responsabilité des SMSP personnes morales**

Même si le texte ne le mentionne pas expressément le fait que les SMSP personnes morales aient des obligations en vertu des droits nationaux des Etats, les expose à des sanctions en cas de non respect des règles. Ainsi, leur responsabilité peut être engagée aussi bien en matière civil qu'en matière pénale. Toutefois, la responsabilité pénale des sociétés en général n'existe pas dans tous les pays. Si la responsabilité est prévue par les textes, la sanction qui leur est applicable, en tant que personnes morales est le plus souvent, l'amende et la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction<sup>1010</sup>. La responsabilité civile des sociétés est plus appliquée car elle permet l'indemnisation des victimes. Si la législation n'a pas prévu de normes spécifiques aux SMSP, ce sont les dispositions du droit commun qui s'imposent aux prestataires privés en tant qu'ils sont des personnes morales. Aux Etats-Unis

---

juillet 2011, p. 31, [http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers\\_drex/les\\_cahiers\\_recherche.htm](http://www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers_drex/les_cahiers_recherche.htm). Dernière visite le 20 octobre 2013.

<sup>1010</sup> Articles 4 et 5 de la Loi sud africaine de 2006 relative aux activités des mercenaires (RFMAA). Consultable sur <http://www.pmg.org.za/bills/0511b42-05.pdf>. Dernière visite le 02 octobre 2013.

par exemple, ce sont les lois générales sur les sociétés qui s'appliquent aux SMSP soupçonnées d'avoir participé à la commission d'infractions. Il s'agit de l'*Alien Tort Claim Act* (ATCA) et de la loi relative à l'interdiction de la corruption (*Anti Bribery Act*)<sup>1011</sup>. Seulement, l'application de l'ATCA aux sociétés est relativement difficile et aléatoire. Ainsi par exemple, 17 septembre 2010, dans l'affaire *Kiobel*, la Cour du 2<sup>ème</sup> Circuit aux Etats-Unis a jugé que l'Alien tort act ne peut être une base pour engager la responsabilité d'une personne morale<sup>1012</sup>. Le juge justifie sa solution en affirmant que les Etats-Unis ne sont partie à aucun traité international qui prévoit la responsabilité de personne morale. Selon la Cour d'appel, le droit international ne reconnaît que la responsabilité des Etats et des personnes physiques et ni le Statut de Rome, ni les juridictions internationales n'ont retenu la responsabilité internationale des personnes morales<sup>1013</sup>. Elle cite une partie de la décision du tribunal de Nuremberg où il a été souligné que, (en version française) « *Ce sont les hommes et non les entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international* »<sup>1014</sup>. La Cour Suprême américaine a été saisie de cette affaire dans le cadre de la procédure de « *certiorari* » mais elle a confirmé le 17 avril 2013 la décision de la

---

<sup>1011</sup> La SMSP américaine *Xe* (ex-Blackwater) a fait l'objet d'une plainte pour corruption envers le Royaume de Jordanie dans le cadre d'une vente d'armes. Cf, SEITZINGER (Michael V.), « *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): Congressional Interest and Executive enforcement* », op. cit, p. 4. Consultable sur [www.crs.org](http://www.crs.org). Dernière visite le 08 octobre 2013. L'affaire n'est pas encore jugée mais l'acte d'accusation est publié au lien suivant : <http://www.fcablog.com/blog/2010/4/19/blackwater-and-bribery.html>.

<sup>1012</sup> United States Court of Appeals, Second Circuit, *KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO PLC*, op. cit. Consultable sur : <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1538779.html>. Dernière visite le 03 septembre 2013. Précédemment, l'application de l'Alien Tort Act n'a pas été retenue dans une autre affaire. Il s'agit de l'affaire UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc. and the Republic of Sudan (Talisman case)*, op. cit. Consultable sur : [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Talisman\\_Court\\_of\\_Appeal\\_Judgement\\_3-10-2009.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Talisman_Court_of_Appeal_Judgement_3-10-2009.pdf).

Dernière visite le 03 septembre 2013. Dans sa décision, la Cour a jugé que les demandeurs n'avaient pas établi que l'entreprise *Talisman* avait « *agi dans le but de soutenir les violations du gouvernement* ». La Cour a également confirmé le rejet des preuves liées à l'achat d'armes. Elle a notamment considéré comme insuffisants les éléments de preuves démontrant que les paiements effectués par l'entreprise *Talisman* étaient directement destinés à l'approvisionnement en armes du Gouvernement soudanais, en dépit du fait que le jury ait considéré que l'entreprise *Talisman* était au courant que les paiement pouvaient être utilisés dans ce but .

<sup>1013</sup> Selon la Cour d'appel : « *After Nuremberg, as new international tribunals have been created, the customary international law of human rights has remained focused not on abstract entities but on the individual men and women who have committed international crimes universally recognized by the nations of the world. This principle has taken its most vivid form in the recent design of the International Criminal Court ("ICC"). Although there was a proposal at the Rome Conference to grant the ICC jurisdiction over corporations and other "juridical" persons, that proposal was soundly rejected, and the Rome Statute, the ICC's constitutive document, hews to the tenet set forth in Nuremberg that international norms should be enforced by the punishment of the individual men and women who violate them* ». Cf, United States Court of Appeals, Second Circuit, *KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO PLC*, September 17, 2010. Consultable sur : <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1538779.html>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>1014</sup> The Nurnberg Trial (*United States v. Goering*), 6 F.R.D. 69, 110 (Int'l Military Trib. at Nuremberg 1946)

Cour d'appel de New York<sup>1015</sup>. La Cour suprême a ajouté qu'en cas de lien étroit entre une société et les Etats-Unis comme l'installation d'un siège social sur le territoire américain, l'application de l'ATCA sera admise : « [...] *et même lorsque les revendications touchent et concernent le territoire des Etats-Unis, ils doivent le faire avec une force suffisante pour neutraliser la présomption contre l'application extra-territoriale. Les sociétés sont souvent présentes dans de nombreux pays, et cela donnerait une portée trop loin de dire que la simple présence de sociétés [aux Etats-Unis] suffit* »<sup>1016</sup>.

Cependant, la responsabilité des SMSP ne saurait être engagée sur le plan international, dans la mesure où, la sanction pénale à l'encontre de personnes morales de droit privé n'est pas encore consacrée en droit international. En d'autres termes, une telle responsabilité pénale n'existe pas encore en droit des gens bien que cela ait été tenté lors de la rédaction du Statut de la CPI. Le projet a été abandonné faute d'accord entre les Etats. Pour le moment, ce sont seuls les membres des SMSP qui sont passibles de sanctions pénales au niveau international. Toutefois, sur le plan civil, des sanctions au niveau international existent dans le cadre de l'arbitrage. La SMSP britannique *Sandline International* a eu un différend avec l'Etat de Papouasie Nouvelle Guinée et c'est par le biais d'un arbitrage que l'affaire a été réglée d'abord et ensuite devant la Cour suprême du *Queensland* en Australie<sup>1017</sup>. L'arbitrage était prévu dans le contrat et il a eu lieu à *Cairns* dans l'Etat du *Queensland* en Australie, lieu choisi par les parties<sup>1018</sup>. Les trois arbitres ont rendu leur sentence le 15 octobre 1998. En rejetant les arguments de défense de la PNG qui soutenait que l'accord contrevenait à l'article 200 de sa Constitution, ils ont jugé que l'Etat papouan-néo-guinéen était obligé de payer les 18 millions de dollars restants plus les intérêts. Cette sentence n'est pas acceptée par la PNG qui interjeta appel devant la Cour Suprême du *Queensland* en vertu de l'article 38 (2) de la loi locale sur l'arbitrage commercial de 1990<sup>1019</sup>. La PNG alléguait une erreur de droit dans la

---

<sup>1015</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *KIOBEL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL.*, April, 17, 2013. Consultable sur : [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491\\_l6gn.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>1016</sup> Traduction de la décision de la Cour suprême faite par le Centre Canadien pour la Justice internationale. Consultable sur : [http://www.cci.j.ca/f/programmes/dossiers/index.php?DOC\\_INST=13](http://www.cci.j.ca/f/programmes/dossiers/index.php?DOC_INST=13). Dernière visite le 12 octobre 2013.

<sup>1017</sup> *The Supreme Court of Queensland, Mr. Justice Ambrose, Papua New Guinea v. Sandline*, Affaire n°OSN°.10110 of 1998, § 9. Voir : <http://archive.sclqld.org.au/qjudgment/1998/QSC98-298.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1018</sup> *Idem*.

<sup>1019</sup> Loi du Queensland sur l'arbitrage commercial de 1990, Article 38 "(2) *The Supreme Court shall not entertain an application under subsection (1) (a) with respect to any question of law unless it is satisfied that— (a) the determination of the application might produce substantial savings in costs to the parties; and (b) the question of law is one in respect of which leave to appeal would be likely to be granted under section 38(4)(b)*".

sentence arbitrale. Mais selon la Cour suprême, l'erreur de droit en question concerne les arbitrages fondés sur la législation du *Queensland* ou celle de l'Australie. Or en l'espèce, le droit applicable à l'arbitrage en vertu du contrat entre la PNG et *Sandline* était le droit Anglais. A l'issue de cette décision, le Premier Ministre papouan-néo-guinéen Bill Skate affirma que son Gouvernement acceptait de payer conformément à la sentence arbitrale.<sup>1020</sup> En agissant ainsi, le Gouvernement papouan-néo-guinéen honore ses obligations contractuelles

## 2). La responsabilité pénale des membres des SMSP

Le Document de Montreux rappelle dans ce cadre que la commission des crimes internationaux est punie par les juridictions compétentes, aussi bien internationales que nationales. Les membres des SMSP, qu'ils soient auteurs ou complices de ces crimes, sont passibles de sanctions pénales. Au même titre que tout individu, ils peuvent être traduits devant la Cour pénale internationale ou devant une juridiction ad hoc le cas échéant. Pour cette dernière, la compétence est souvent très restreinte sur le plan personnel, territorial et temporel<sup>1021</sup>. Le Document de Montreux n'a pas souligné la possibilité que des juridictions internationales puissent connaître des actes commis par des membres des SMSP. Il a par contre mis en évidence la compétence des juridictions internes des Etats pour juger les membres ordinaires des sociétés militaires et de sécurité privées, s'ils commettent des actes constitutifs de crimes internationaux. Les Etats qui seraient incapables de traduire en justice

---

Cette loi est consultable dans : <http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/C/CommArbA90.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1020</sup> STURZAER (Damian), CAWOOD (Craig), "The Sandline affair: illegality and International law", in Australian International Law Journal, 1999, p. 214. Voir également la note que *Sandline* a rédigée sur son site internet à propos du dénouement de cette affaire : "The Government of Papua New Guinea and Sandline International are pleased to announce that terms have been agreed for the settlement of the company's claim arising out of its contract with the State entered into by the previous Administration in January 1997. Following intensive talks held this week, the parties have effected a binding agreement to settle Sandline's claim of USD 18million plus legal and other costs and interest (equating to a total of USD 25million) by the payment of USD 13.3million and the retention of various items of equipment. The cash payment will be made in four instalments over the next 12 months. [...] Commenting on the conclusion to this affair, Prime Minister Bill Skate said, "We can finally put this matter to rest. Despite my well-known views on the enforceability of the contract, it is in Papua New Guinea's best interest to end the economic disruption posed by the threat and cost of protracted worldwide litigation initiated by both sides." Michael Grunberg, Sandline's commercial adviser, said, "I am pleased that we have been able to agree a settlement with Papua New Guinea which is acceptable to both parties. We sincerely hope that this draws a line underneath the affair and brings to an end a saga which has absorbed considerable time and expense for each of us over the last two years." Neither party intends to comment further on this matter". Cf, "1 May 1999: PNG Government and Sandline agree settlement terms", dans la rubrique *Hotlinks*, in [www.sandline.com](http://www.sandline.com). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1021</sup> L'article premier du Statut du TPIY dispose que « Le tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 [...] ». Le Statut du TPIY actualisé en septembre 2009 est consultable sur : [http://www.tpiy.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_fr.pdf](http://www.tpiy.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

des personnes travaillant pour des SMSP et soupçonnées d'avoir commis des infractions internationales devront les extradier. Les *déclarations 5, 11, 16 et 20* rappellent respectivement aux Etats contractants, territoriaux et d'origine l'obligation qu'ils ont, de sanctionner toute personne ayant commis l'une des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949. La responsabilité pénale des membres ordinaires peut être engagée sur la base de la réglementation spécialement prévue pour les activités des SMSP. Si la réglementation spécifique n'existe pas, les règles du droit pénal national peuvent permettre d'engager des poursuites si les présumés auteurs de crimes internationaux ne sont pas protégés par une immunité. Ce ne sont pas seulement les membres ordinaires qui peuvent être pénalement responsables des actes qu'ils ont commis, mais aussi ceux qui ont donné des ordres pour que de telles infractions puissent être consommées. C'est la responsabilité du supérieur hiérarchique.

C'est une responsabilité<sup>1022</sup> sur laquelle le Document de Montreux a beaucoup insisté. La *déclaration 27* prévoit que les supérieurs hiérarchiques peuvent être des agents militaires et civils d'un Etat ou les cadres et dirigeants des SMSP. La responsabilité de ces autorités n'est engagée que si préalablement certaines conditions sont réunies. La jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux (TPI) a dégagé sur ce point trois conditions : un lien de subordination entre le membre ordinaire ayant commis une infraction et le supérieur hiérarchique : le supérieur savait ou avait des raisons de savoir qu'une infraction allait être commise et que le supérieur n'ait pris aucune mesure raisonnable pour empêcher la commission de l'infraction. Quant à la Cour Pénale Internationale, elle envisage cinq éléments objectifs pour engager la responsabilité d'un supérieur hiérarchique : 1) l'accusé est un supérieur ; 2) le supérieur doit posséder le contrôle effectif sur les auteurs des crimes ; 3) les crimes commis résultent d'un manquement de contrôle de leur supérieur ; 4) le supérieur savait ou avait des raisons de savoir que les subordonnés commettaient ou allaient commettre un ou plusieurs des crimes recensés dans le Statut et 5) le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites<sup>1023</sup>. Les deux

---

<sup>1022</sup> Son apparition réelle devant les juridictions internationales est notée depuis l'institution des Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Le Tribunal de Nuremberg ne l'avait pas utilisé et le Tribunal de Tokyo a utilisé la technique d'imputation sans employer le terme de responsabilité hiérarchique, en condamnant plusieurs officiels japonais pour leur « *inaction* » face aux atrocités commises par les personnes dont ils étaient les supérieurs hiérarchiques. Voir aussi, KHALIFA (Ahmed F.), « *Les conditions préalables à la responsabilité du supérieur hiérarchique devant les juridictions pénales internationales* », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°4, Octobre-Décembre 2010, pp. 786-803.

<sup>1023</sup> CPI, *Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Bemba*, ICC-01/05-01/08, 15 juin 2009, § 407.

jurisprudences ont deux dénominateurs communs à savoir l'existence d'une relation de supériorité et la commission d'une infraction par un subordonné imputable au supérieur hiérarchique.

Il appartient donc à l'accusation de prouver que la personne incriminée occupait une position de supériorité vis-à-vis des participants aux crimes poursuivis. Cette qualité de supérieur se détermine dans le cadre d'une structure hiérarchique c'est-à-dire, un organe ou une entité où chaque maillon constitue à la fois un supérieur et un subordonné excepté la tête suprême. Si cette chaîne de commandement existe, il reste à y voir, si le supérieur avait un contrôle sur les auteurs des crimes. La jurisprudence des TPI exige un contrôle effectif qui est défini comme étant la capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer les infractions<sup>1024</sup> c'est-à-dire la capacité de donner des ordres et de les faire respecter. Toutefois, le pouvoir de sanction d'une autorité militaire n'est pas le même que celui d'une autorité civile<sup>1025</sup>. Pour le civil qui n'a pas souvent le pouvoir d'infliger des sanctions, c'est sa capacité à faire en sorte qu'une sanction puisse être prise en compte comme l'envoi de rapport. Le Statut<sup>1026</sup> et la jurisprudence de la CPI<sup>1027</sup> utilisent aussi le contrôle effectif mais en séparant les autorités militaires et non militaires. Sur le plan judiciaire, les autorités supérieures militaires ou non militaires sont toutes concernées par la même exigence de contrôle effectif si elles sont mises en cause. Selon le TPIY « [...] le terme générique de « supérieur » [...] ne peut s'interpréter que comme signifiant que la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas limitée aux seuls commandants militaires, mais qu'elle peut s'appliquer à des autorités civiles »<sup>1028</sup>. Au niveau hiérarchique, aussi bien chez les militaires que chez les civils, les supérieurs lointains, les intermédiaires et mêmes les autorités immédiates dans la chaîne de commandement ou d'autorité sont tous également concernés. Enfin, les supérieurs officiels et les supérieurs *de facto* sont également concernés par la responsabilité de l'autorité hiérarchique. Le TPIY a jugé, dans une affaire concernant un supérieur militaire responsable d'un camp où étaient internés des civils ayant subis des traitements inhumains, que « *La qualité de supérieur hiérarchique n'est pas [...] réservée aux autorités officielles. Toute personne agissant de*

---

<sup>1024</sup> TPIY, Arrêt *Celebeci*, 20 février 2001, § 256. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1025</sup> TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, 25 juin 1999, § 78. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1026</sup> Article 28 du statut de la CPI.

<sup>1027</sup> CPI, *Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Bemba*, précité, § 415.

<sup>1028</sup> TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, 25 juin 1999, § 75. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

*facto* comme supérieur hiérarchique peut voir sa responsabilité engagée »<sup>1029</sup>. Ces considérations sont prises en compte par le Document de Montreux qui prévoit que les supérieurs militaires et civils, dans le cadre des activités des SMSP, peuvent voir leur responsabilité engagée si leurs subordonnés ont commis des infractions. Le texte n'a pas eu à faire une distinction entre les supérieurs officiels et les supérieurs *de facto*. Ce qui montre que « *le statut juridique formel* » de l'autorité hiérarchique n'est pas jugé déterminant, c'est sa capacité de contrôle qui importe. Mais pour que leur responsabilité puisse réellement être engagée, il faut que l'infraction leur soit imputable après que le lien hiérarchique est déterminé.

L'imputabilité de la responsabilité pénale au supérieur hiérarchique dépend de la commission d'une infraction par un subordonné. La responsabilité pénale du subordonné est la première phase. Les articles 7 et 6 (3) des TPI pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda disposent que « *Le fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du Présent Statut ait été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale* ». L'article 28 du Statut de la CPI dispose aussi qu'un supérieur « *pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées [...] sous son autorité et son contrôle* ».

Ces textes déterminent les contours de la responsabilité pénale du subordonné. Ils prévoient que les actes doivent entrer dans la compétence de la juridiction. Dans ce cadre, il n'est pas nécessaire que le subordonné, auteur des faits soit appréhendé ; l'établissement de sa responsabilité suffit (par exemple, en cas de condamnation par contumace). L'article 28 (b) (ii) du Statut de la CPI restreint l'imputation d'une infraction d'un subordonné à une autorité hiérarchique non militaire en disposant que les actes pour lesquels sa responsabilité hiérarchique est engagée, doivent être commis dans son propre domaine d'activité. Cela confirme simplement le contrôle effectif.

Si les actes du subordonné entrent dans la compétence de la juridiction, il faut qu'il y ait commission d'infraction. C'est le sens donné au verbe « *commettre* » employé par les textes précités qui délimite les actes qui peuvent engager la responsabilité du supérieur. « *Commettre* » a le sens de « *consommer l'infraction* » c'est-à-dire avoir réalisé l'entreprise criminelle. La question qui se pose est de savoir, à quel niveau peut-on dire que la consommation est déjà réalisée. Pour répondre à cette question, l'interprétation du terme

---

<sup>1029</sup> Ibid, § 76.

« *commettre* » s'impose. Avec une interprétation large, « *commettre* » englobe tous les actes : planification, ordre, participation, aide ou assistance<sup>1030</sup>. Avec une interprétation restreinte, « *commettre* » peut exclure la tentative (commencement d'exécution) sauf dans les cas où la tentative est punissable comme en matière de génocide.

Si l'infraction est commise, l'autorité hiérarchique ne peut être sanctionnée que s'il est avéré qu'elle en a eu connaissance et qu'elle n'a pas pris des mesures tendant à sanctionner les auteurs des faits ou les empêcher d'agir. Ici, on ne saurait imaginer l'existence de présomption de la connaissance de l'infraction du subordonné par l'autorité hiérarchique. En effet, le lieu de commandement n'est pas forcément attenante au lieu de commission de l'infraction. Ce critère géographique n'est pas à négliger d'autant plus que, plus les deux lieux sont éloignés, moins le supérieur pourra facilement avoir connaissance de l'existence d'une infraction. Le facteur temps va entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la réaction de l'autorité entre le moment de la découverte et celui de sa prise de décision. L'immédiateté de sa décision est à apprécier avec les mesures prises. Ces dernières doivent être non seulement « *nécessaires et raisonnables* » mais également être matériellement à sa portée. Si elles sont matériellement possibles et que l'autorité hiérarchique n'agit pas, sa responsabilité sera engagée. C'est ce qu'a jugé le TPIY dans l'affaire *Celebeci* concernant un supérieur responsable d'un camp de prisonniers de guerre en ex-Yougoslavie : « *un supérieur devrait être tenu responsable pour n'avoir pas pris des mesures qui étaient dans ses capacités matérielles* »<sup>1031</sup>.

La responsabilité pénale hiérarchique dans le cadre des activités des SMSP que prône la **déclaration 27** du Document de Montreux peut être engagée si les preuves de l'existence de l'infraction commise par le subordonné sont apportées et que le juge délimite le sens qu'il entend donner au terme « *commettre* ».

Toutefois cette responsabilité et celle des autres acteurs seront engagées sur la base des règles de droit dur. Le Document de Montreux ne fait que démontrer que ces cas de responsabilité sont possibles à mettre en œuvre. Le Document lui-même ne développe pas une forme de contrainte envers ses destinataires. Il marque une avancée majeure dans

---

<sup>1030</sup> TPIY, *Boskoski*, 26 mai 2006, p. 48. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1031</sup> TPIY, Chambre de Première instance, *Celebeci*, op. cit., § 386. Consultable sur [www.icty.org](http://www.icty.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

l'autorégulation<sup>1032</sup>. Les obligations incombant aux Etats et aux SMSP et leurs membres sont mises en évidence. Cependant, la première faiblesse du Document de Montreux est le nombre limité d'Etats<sup>1033</sup> l'ayant adopté et décidé de suivre ses directives. Les Etats de l'Amérique Latine et des Caraïbes n'ont pas participé aux travaux. Enfin, il est notable de regretter que l'Initiative suisse n'ait pas donné lieu à des consultations et participations à une large échelle comme celle des Nations unies. L'idée d'encourager les acteurs de l'externalisation à mieux remplir leurs obligations en matière de respect de droit international humanitaire et de droits de l'homme est salutaire. C'est dans ce sens d'ailleurs que s'inscrivent les mécanismes d'autorégulation des SMSP.

### **C/. L'exhortation des Etats à mettre en place des règles d'encadrement**

Les bonnes pratiques préconisées par le Document de Montreux ont pour but d'exhorter les Etats à mettre en place des règles d'encadrement. Il s'agit, en réalité, de conseils prodigués à l'endroit des Etats contractants, des Etats d'accueil et des Etats d'origine qui détiennent le pouvoir de légiférer. Les rédacteurs du Document de Montreux pensent que la particularité de l'intervention des prestataires qui utilisent des armes nécessite de s'organiser de façon à éviter le maximum de risques de violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Pour cela, ils considèrent que la détermination des services pouvant faire l'objet d'externalisation est, de ce point de vue, capitale. Ensuite, l'établissement d'un système d'autorisation est une manière pour les Etats, non seulement d'évaluer la capacité des prestataires d'assurer la conduite des missions confiées avec moins de risques, mais aussi de contrôler le respect de la légalité.

---

<sup>1032</sup> Le Groupe de travail des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits l'a qualifié de « *bon instrument de promotion du droit international humanitaire* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, présenté par Alexander Nikitin, 21 janvier 2009, A/HRC/10/14, § 44.

<sup>1033</sup> **Rappel** : Les 17 Etats représentés lors des travaux à Montreux étaient : l'Afghanistan, l'Afrique du sud, l'Allemagne, l'Angola, l'Australie, l'Autriche, le Canada, la Chine, les Etats-Unis, la France, l'Irak, la Pologne, le Royaume Uni, la Sierra Leone, la Suède, la Suisse et l'Ukraine. 22 autres Etats ont rejoint les signataires du Document depuis sa publication. Au total 39 Etats se sont engagés à appliquer le texte. Le Document de Montreux est consultable sur : <http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/humlaw/pse/parsta.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Le site est actualisé chaque fois qu'un Etat manifeste son consentement à appliquer le Document de Montreux.

### **a). L'incitation à déterminer des services pouvant faire l'objet d'une externalisation**

Trois articles identiques de *Bonnes pratiques (1, 24 et 53)* incitent les Etats contractants, territoriaux et d'origine à « Déterminer les services qui peuvent ou ne peuvent pas être sous-traités à des EMSP ; en déterminant quels services ne peuvent pas être sous-traités à des EMSP, les Etats contractants prennent en compte des facteurs tels que le risque qu'un service particulier puisse impliquer la participation directe des membres du personnel des EMSP aux hostilités ».

Ces textes préconisent de prévoir dans la législation la détermination des services qui peuvent faire l'objet d'une sous-traitance aux SMSP et ceux qui doivent leur être interdits. Cela évoque la législation américaine qui interdit aux SMSP d'exécuter les fonctions essentiellement gouvernementales. Une loi américaine dite « *Federal Activities Inventory Reform (FAIR) Act of 1998* »<sup>1034</sup> utilise la notion de « *inherently governmental function* » « *fonctions intrinsèquement gouvernementales* »<sup>1035</sup> définie comme « *function that is so intimately related to the public interest as to require performance by Federal Government employees* ». Le Projet de convention des Nations unies sur les SMSP a employé l'expression « *fonctions essentiellement étatiques* » qu'il définit à l'article 2 - i) comme étant « *des fonctions qui répondent au principe du monopole de l'Etat sur l'emploi légitime de la force et qu'un Etat ne peut en aucunes circonstances sous-traiter ni déléguer à des SMSP* ». Mais le Document de Montreux a évité d'employer l'expression « *fonctions essentiellement gouvernementales* ». Cela est peut être dû au fait qu'il y aurait des problèmes d'entente sur la définition. En effet, à l'intérieur des Etats, les fonctions régaliennes qui correspondent aux fonctions intrinsèquement étatiques relèvent de l'exercice direct de la souveraineté par les organes publics. Le Document de Montreux laisse donc le soin aux Etats de dresser chacun sa liste de fonctions qu'il considère comme étant « *essentiellement gouvernementales* » et que seuls ses organes doivent assurer. Le but de séparer les fonctions pouvant être confiées aux SMSP de celles qui ne peuvent pas l'être est de mettre des garde-fous à l'externalisation. L'Etat doit conserver le monopole de la violence légitime. Ainsi, les activités qui nécessitent

---

<sup>1034</sup> Cette loi est consultable au lien suivant : [http://www.whitehouse.gov/omb/procurement\\_fairact/](http://www.whitehouse.gov/omb/procurement_fairact/). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1035</sup> Voir pour le commentaire de cette notion, SHESTERMANN (Simon), « *We Can't Spy ... If We Can't Buy!* » : *The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing 'Inherently Governmental Functions'*, op. cit, p. 1069.

l'utilisation de la force comme la participation directe aux hostilités, ne sauraient être externalisées, à cause des risques de violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme par les forces privées. C'est pourquoi, les *Bonnes pratiques 1, 24 et 53* conseillent aux Etats de prendre en compte un facteur tel que le risque que les membres des SMSP participent directement aux hostilités.

C'est dans ce cadre que l'interdiction du recours à la force est prise en compte pour faire des propositions de bonnes pratiques. L'objectif est d'inciter les Etats contractants au respect de ce principe. Il s'agit dans la *Bonne pratique 18* de conseiller aux puissances d'« *Exiger, en consultation avec l'Etat territorial, le respect, par les EMSP et par les membres de leur personnel, des réglementations et règles de conduite pertinentes, y compris des règles relatives à l'usage de la force et des armes à feu, notamment : a) Faire usage de la force et des armes à feu uniquement si cela est nécessaire pour se défendre ou pour défendre des tiers; b) En cas d'usage de la force et des armes à feu, faire immédiatement rapport aux autorités compétentes et coopérer avec elles, y compris avec l'agent contractant approprié* ».

La *Bonne pratique 43* prévoit les mêmes conseils pour les Etats territoriaux. Il ne doit être autorisé aux membres des SMSP de recourir à la force que quand c'est nécessaire, c'est-à-dire, pour se défendre (légitime défense) ou pour défendre des tiers. Si des armes sont utilisées, un rapport doit être établi et adressé aux autorités compétentes de l'Etat qui a confié la mission. L'interdiction totale aurait été difficilement réalisable. C'est pourquoi la stratégie de l'encadrement de l'usage de la force par les forces privées est pertinente dans la mesure où elle suit la règle dans la Charte des Nations unies qui reconnaît aussi la légitime défense comme exception à la règle de la prohibition du recours unilatéral à la force.

#### **b). L'incitation à sélectionner et à contrôler les SMSP et leurs membres**

Les bonnes pratiques du Document de Montreux indiquent aux Etats des conseils de préparation en matière d'adoption de normes internes. Le but est de permettre aux Etats de sélectionner les SMSP auxquelles ils peuvent confier des missions et délivrer des autorisations d'exploitation ou d'exportation. Les sociétés ayant été sélectionnées doivent également faire l'objet d'un contrôle en guise de prévention ou de répression.

## 1). La sélection

En guise de bonnes pratiques, le Document de Montreux préconise une régulation des activités des SMSP avec lesquelles un contrat peut être signé et celles qui méritent des autorisations d'exercer des activités. Ainsi, la sélection n'est pas la même selon qu'il s'agisse de l'Etat contractant ou des autres Etats à savoir, l'Etat territorial et l'Etat d'origine. En effet, le Document de Montreux prévoit une sélection particulière pour les Etats contractants, basée uniquement sur la capacité de la société à mener les activités qui lui sont confiées conformément à la loi et aux dispositions pertinentes du droit international. La **Bonne pratique 2** conseille à l'Etat contractant d'évaluer la capacité de la SMSP qu'il compte engager « *à conduire ses activités conformément au droit national, au droit international humanitaire et aux droits de l'homme en tenant compte du risque inhérent liés aux services à effectuer [...]* ». Pour cela, suivant les **Bonnes pratiques 5 à 13**, il doit utiliser des critères incluant des indicateurs de qualité comme par exemple la conduite sans faute dans le passé, la formation des membres du personnel, et surtout la capacité financière pour être en mesure de payer des dommages et intérêts en cas de condamnation en civile. En cas d'occupation, l'Etat contractant doit prendre des mesures pour assurer ou rétablir la sécurité dans le territoire occupé.

Quant aux Etats territoriaux et d'origine, ils doivent adopter une sélection basée sur les autorisations qu'ils vont mettre en place. Pour les Etats territoriaux, en vertu de la **Bonne pratique 25**, ils mettront en place un système de licence d'exploitation. Dans ce cadre, ils doivent exiger que « [...] *les EMSP obtiennent l'autorisation de fournir des services militaires et de sécurité sur leur territoire (ci-après « autorisation »), et en particulier exiger : a) Que les EMSP obtiennent une licence d'exploitation valable pour une période déterminée et renouvelable (« licence d'exploitation d'entreprise »), ou pour des services spécifiques, en prenant en compte le respect des critères de qualité exposés dans les bonnes pratiques 31 à 38; et/ou b) Des personnes de s'enregistrer ou d'obtenir une licence pour pouvoir fournir des services militaires ou de sécurité pour le compte d'une EMSP* ».

L'Etat territorial ne saurait laisser n'importe quelle société entrer dans son territoire et y exercer des activités sans son autorisation. En Afghanistan par exemple, il a été observé que beaucoup de SMSP qui y travaillaient n'avaient pas demandé et obtenu une autorisation des autorités étatiques. C'est ce qui avait poussé le Président Karzai à prendre un Décret

demandant à toutes les sociétés n'ayant pas de licence de quitter le pays<sup>1036</sup>. Cette situation peut provoquer des confusions et des difficultés de situer des responsabilités en cas de violation. Pour sanctionner une société, il faut pouvoir l'identifier d'abord. Or, sans les autorisations, aucune possibilité ne sera offerte aux autorités chargées de la répression de pouvoir infliger les sanctions nécessaires.

L'Etat territorial établira une procédure et des critères d'octroi d'autorisation. Les **Bonnes pratiques 26 à 39** contiennent un certain nombre d'indications pouvant aider les Etats dans l'organisation de la procédure et des critères d'octroi de licence d'exploitation. Il leur est suggéré en matière de procédure de prévoir une autorité centrale qui délivre les licences. En Afghanistan par exemple, il s'agit du Ministre de l'intérieur qui est chargé de cette tâche. En matière de critère, la capacité de la société à conduire les missions en conformité avec le droit national et le droit international d'une part et d'autre part, le passé et la formation des membres du personnel sont des éléments déterminants.

Pour les Etats d'origine, il s'agira d'une licence d'exploitation ou d'exportation. En fait, l'Etat d'origine peut employer une SMSP ayant sa nationalité. Dans ce cas, il lui délivre une licence d'exploitation. Mais quand la SMSP doit exercer des activités à l'étranger son Etat d'origine lui délivre une licence d'exportation. C'est ce que prévoit, sans le préciser, la **Bonne pratique 54** : « *Envisager l'établissement d'un système d'autorisation pour les services militaires et de sécurité fournis à l'étranger par les moyens appropriés, tels que l'exigence d'une licence d'exploitation valable pour une période limitée et renouvelable (« Licence d'exploitation d'entreprise ») ou pour des services spécifiques (« Licence d'exploitation spécifique ») ou d'autres formes d'autorisation (« Autorisation d'exportation »). Pour les cas où un tel système d'autorisation serait établi, les bonnes pratiques 57 à 67 exposent la procédure, les critères de qualité et les clauses qui peuvent être inclus dans ledit système ».*

L'Etat d'origine doit mettre en place une procédure et des critères d'octroi de licence pour les exportations de services militaires et de sécurité à partir de son territoire. Mais sa législation doit être précise sur cela pour éviter par exemple ce qui était arrivé à l'Afrique du sud. En effet, la première loi de 1998 dénommée « *Regulation of Foreign Military Assistance*

---

<sup>1036</sup> SCHWARTZ (Moshe), SWAIN (Joyprada), "Department of Defense Contractors in Afghanistan and Iraq: Background of Analysis", op. cit, p. 4.

Act »<sup>1037</sup> n'avait autorisé que les missions humanitaires sans les définir. L'article premier du RFMAA qui porte les définitions des termes, dispose que l'assistance militaire à l'étranger signifie, porter assistance à une Partie au conflit, fournir une protection à des individus impliqués dans un conflit armé, toute action tendant à renverser un Gouvernement ou portant atteinte à l'intégrité territoriale ou à la souveraineté d'un Etat ou toute autre action faisant progresser les intérêts militaires d'une Partie au conflit, mais non des *activités humanitaires ou civiles* ayant pour but de soulager la situation critique de civils dans une zone de conflit armé. L'article 3 interdit l'assistance militaire à l'étranger. Sur la base de la définition de la notion d'« *assistance militaire à l'étranger* », les SMSP sud africaines ont commencé à qualifier leurs missions d'*activités humanitaires*. Lorsque des abus ont été décelés, le Gouvernement a fait voter une loi en 2006, le *Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Act*<sup>1038</sup> pour instituer un contrôle consistant à imposer aux SMSP d'obtenir une autorisation avant de pouvoir exporter leurs activités d'*assistance militaire* hors du territoire. La nouvelle définition de la notion d'assistance militaire n'exclut plus les activités humanitaires et civiles de « *l'assistance militaire à l'étranger* ». Ce qui fait que désormais, quel que soit le motif d'exporter des activités militaires à l'étranger, une autorisation est obligatoire.

## 2). Le contrôle en vue de prévenir ou de réprimer des violations

Le contrôle est effectué par le moyen de deux actes juridiques importants que sont le contrat (acte bilatéral) et les autorisations (actes unilatéraux).

Le contrat est l'acte bilatéral qui lie l'Etat contractant à la SMSP. La **Bonne pratique 14** conseille à l'Etat contractant d'« *Inclure des clauses contractuelles et des exigences de performance qui assurent le respect, par l'EMSP mandatée, du droit national pertinent, du droit international humanitaire et des droits de l'homme* ». Les dites clauses doivent prévoir pour l'Etat contractant, la possibilité de rupture du contrat pour leur non respect. Un double contrôle sur les personnes qui exécutent les missions sur le terrain doit pouvoir s'exercer aussi bien par les autorités de l'Etat contractant que par les dirigeants de la société. Cela permet non seulement d'éviter d'encourager et de porter assistance à la commission d'infraction

---

<sup>1037</sup> Le *Regulation of Foreign Military Assistance Act* du 20 mai 1998 peut être consulté sur : <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=70672>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1038</sup> Le *Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of Certain Activities in Country of Armed Conflict Act* peut être consulté au lien suivant : <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=75729>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

*(déclaration 3 b)* mais également d'accomplir l'obligation de faire cesser une violation en cours et le cas échéant par des sanctions appropriées pour personnes impliquées. Pour les personnes ayant commis des infractions, l'Etat contractant doit disposer d'une législation pénale pour réprimer tous les actes perpétrés. Cette législation doit prévoir la compétence pénale des juridictions nationales qui auront la possibilité d'engager la responsabilité pénale des SMSP et de leurs membres pour les crimes (*Bonnes pratiques 19 et 20*).

Les autorisations ou licences sont les actes unilatéraux que l'Etat territorial et l'Etat d'origine utilisent pour donner aux SMSP et leurs membres le droit d'exploitation ou d'exportation de leurs services.

L'Etat territorial doit évaluer, comme le lui indique la *Bonne pratique 23*, si son cadre juridique national est en mesure de garantir que la conduite des SMSP qu'il accueille soit conforme au droit international humanitaire et s'il le faut, prendre des mesures pour réglementer les activités de ces prestataires. Les sociétés accueillies doivent, conformément aux *Bonnes pratiques 30 à 42*, obtenir des licences octroyées par les services de l'Etat d'accueil après vérification de la capacité du prestataire à respecter le droit international humanitaire. Les licences accordées indiquent la conduite à adopter par les membres de la société sur le terrain pour se conformer au droit international humanitaire et aux droits de l'homme.

Des mesures sont préconisées par les *Bonnes pratiques 46 et 47* en demandant à ce qu'une autorité de « *monitoring* » (contrôle, surveillance) soit instituée et que la population civile soit informée des règles de conduites auxquelles sont astreintes les SMSP, ainsi que les procédures de plainte à la disposition des éventuelles victimes. Les moyens mis en place doivent permettre de diffuser les règles pertinentes du droit international humanitaire parmi les membres des SMSP à accueillir, d'éviter d'encourager ou de porter assistance à la commission d'infraction, et de faire cesser toute violation en cours, et le cas échéant, punir tout acte interdit. Pour ce faire, l'Etat territorial doit prévoir de mettre en pratique ces mesures s'il est en même temps Etat contractant dans le cadre du contrat qui le lie à la société à laquelle il confie ses missions. En tant qu'Etat d'accueil tout court, il utilise sa législation pour parvenir à ces fins. Cette législation ne saurait omettre de mettre en place la responsabilité civile des SMSP (*Bonne pratique 50*), ni de prévoir la compétence pénale des juridictions nationales pour pouvoir engager la responsabilité des sociétés et de leurs membres (*Bonne pratique 49*). Si les organes judiciaires de l'Etat territorial doivent juger des

personnes qui sont soupçonnées d'avoir commis des infractions, ils se baseront sur le principe de la territorialité selon lequel, un crime perpétré sur le territoire d'un Etat étranger, peut être jugé par les juridictions du *for* (celui dans lequel se trouve le tribunal qui est saisi). Si l'Etat territorial n'est pas en mesure de juger les personnes impliquées dans la commission d'infractions, il doit les extraditer. Mais sur ce plan, le droit international humanitaire applique le *principe de non refoulement* connu dans le domaine des droits de l'homme<sup>1039</sup> et du droit des réfugiés<sup>1040</sup> et qui interdit de transférer une personne dans un pays où il risque de subir un mauvais traitement (persécution, torture etc.). Il en est ainsi de l'alinéa 2 de l'article 12 de la III<sup>ème</sup> Convention de Genève qui dispose que : « *Les prisonniers de guerre ne peuvent être transférés par la Puissance détentrice qu'à une Puissance partie à la Convention et lorsque la Puissance détentrice s'est assurée que la Puissance en question est désireuse et à même d'appliquer la Convention* ». Le Document de Montreux rappelle à l'Etat territorial qu'il est obligé de juger les personnes en respectant le droit international humanitaire<sup>1041</sup>. Il doit leur garantir un procès équitable et des sanctions proportionnées à la gravité des actes commis. L'Etat territorial et l'Etat d'origine peuvent coopérer dans le cadre de l'enquête et de la règlementation s'ils ont un intérêt commun pour sanctionner les personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions. (**Bonne pratique 52**).

Dans la même lancée, les Etats d'origine des SMSP doivent contrôler les autorisations déjà délivrées pour voir les éventuels abus et les sanctionner (**Bonnes pratiques 68 et 69**). L'Etat d'origine ne doit pas encourager ou ni porter assistance à ses nationaux pour commettre des violations et il doit également disposer de moyens lui permettant d'agir pour

---

<sup>1039</sup> Article 22 § 8 de la Convention américaine du 22 novembre 1969 relative aux droits de l'homme: "*In no case may an alien be deported or returned to a country, regard less of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions*". Cette Convention est consultable sur : <http://treaties.un.org/untc//Pages//doc/Publication/UNTS/Volume%201144/volume-1144-I-17955-English.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1040</sup> Article 33 de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés « *Aucun des Etats Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». Consultable sur : <http://www.unhcr.fr/4b14f4a62.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1041</sup> L'obligation pour les Etats de poursuivre les auteurs de crimes internationaux ou de les extraditer existe dans plusieurs conventions internationales relatives au droit international pénal. Il en est ainsi par exemple de l'article 146 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre qui dispose que : « *Les Hautes parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention [...]* ». Cf, Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949. Voir aussi, Human Rights Watch, Rapport sur « *La justice bradée. Pourquoi la lutte contre l'impunité est importante pour la paix* », Présenté en Juillet 2009, p. 12. Consultable sur : <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ij0709frwebwcover.pdf>. Dernière visite le 12 octobre 2013.

faire cesser des actes dont il est au courant de la commission de la part des personnes physiques et morales sur lesquelles il exerce une compétence personnelle. L'Etat d'origine doit s'assurer également que sa législation puisse punir ceux qui ont commis ou ont ordonné de commettre des infractions graves aux Conventions de Genève. Les **Bonnes pratiques 71** et **72** lui demandent de prévoir les responsabilités civile et pénale des SMSP et de leurs membres pour sanctionner les infractions qu'ils pourraient commettre en dehors du territoire national. Tout Etat peut juger les personnes présumées d'avoir commis des infractions graves aux Conventions de Genève ou les extraditer. Mais s'agissant de leurs nationaux, beaucoup d'Etats refusent de les extraditer<sup>1042</sup>, préférant les juger sur la base de leur compétence personnelle active et de la compétence extra territoriale de leurs juridictions<sup>1043</sup>. Le fait que ces personnes travaillent dans le cadre des activités des SMSP ne doit pas les priver d'un procès équitable et des sanctions proportionnées à la gravité du crime qu'elles ont commis. Les procédures mises en œuvre au niveau du jugement doivent aussi être conformes au droit international humanitaire. La **Bonne pratique 73** préconise une coopération entre l'Etat d'origine, l'Etat territorial et l'Etat contractant, le cas échéant, sur les enquêtes et poursuites qui les concerneraient.

## **Section II : Le projet de l'Union européenne en matière de réglementation des activités des SMSP**

L'Union européenne a mis en place une politique étrangère et de sécurité commune. Dans cette lancée, elle assure une politique européenne de sécurité et de défense afin de disposer d'une capacité opérationnelle lui permettant de participer, en tant qu'organisme régional, en vertu du chapitre VIII de la Charte, au maintien de la paix des Nations unies.

---

<sup>1042</sup> Par exemple, la Convention d'extradition entre la République Française et le Gouvernement du Royaume Hachémite de Jordanie signée à Paris le 20 juillet 2011 dispose que : « *L'extradition n'est pas accordée si la personne réclamée a la nationalité de l'Etat requis. La nationalité est déterminée à la date de la commission de l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée* ». Convention consultable sur le site du Sénat français au lien suivant : <http://www.senat.fr/leg/pjl11-493-conv.pdf>. Dernière visite le 29 octobre 2013.

<sup>1043</sup> Cette position n'a pas été toujours le cas dans l'histoire du droit international. Certains Etats du Commonwealth extradent leurs ressortissants comme l'atteste l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime dans un Document intitulé « *La coopération internationale en matière pénale contre le terrorisme* », Programme de formation juridique contre le terrorisme, New York, 2011, p. 55. Consultable au lien suivant : [http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training\\_Curriculum\\_Module3/Module\\_3\\_FR0707201\\_1.pdf](http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module_3_FR0707201_1.pdf). Dernière visite le 30 octobre 2013. Pour un exemple d'Etat du Commonwealth autorisant l'extradition de ses ressortissants, voir la Loi canadienne sur l'extradition de 1999 ayant subi une mise à jour le 10 octobre 2013, dont l'article 3 (1) dispose que « *Toute personne peut être extradée du Canada [...]* ». Cette disposition générale n'exclut pas expressément les nationaux canadiens de l'extradition et aucune autre disposition de cette loi ne l'a fait non plus. Cette loi est consultable sur : <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/E-23.01.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

N'ayant pas de forces armées propres<sup>1044</sup>, l'Union dépend de ses Etats membres qui lui fournissent le personnel militaire nécessaire pour mettre sur pied ses opérations.

Cependant, ces apports étatiques en personnel militaire et civil ne couvrent pas la totalité de ses besoins. L'Union utilise donc les sociétés militaires et de sécurité privées dans sa politique de sécurité et de défense. Les militaires nationaux issus des Etats membres sont le plus souvent employés dans les opérations de combat. Ce qui fait que les SMSP sont le plus souvent engagées pour assurer des missions de protection et de surveillance. Le cantonnement de ces sociétés dans des tâches de sécurité est en réalité la position des Etats membres. Le recours à ces prestataires n'est pas encore règlementé spécifiquement au niveau communautaire<sup>1045</sup>.

C'est pourquoi en 2011, un rapport du Parlement européen avait jugé nécessaire « *l'adoption de mesures réglementaires* » couplées avec « *un système normatif complet pour la création, l'enregistrement, l'agrément, le contrôle et la communication des violations du droit applicable pour les entreprises militaires privées et les entreprises de sécurité privées* »<sup>1046</sup>. Malgré cet appel à un encadrement complet, il n'existe pas encore d'adoption de normes spécifiques relatives aux activités des SMSP pour régir l'emploi de SMSP par les institutions de l'UE. Il n'existe pas non plus de réglementation harmonisant l'utilisation des SMSP par les Etats membres. Chacun d'eux a adopté sa politique nationale d'encadrement des activités de tels prestataires<sup>1047</sup>.

L'approche régionale de l'encadrement des SMSP a une importance particulière dans la mesure où les Etats voisins ont plus de facilités à se fixer des règles communes que le niveau universel. L'Europe est consciente de ce phénomène et son action pourrait impulser le processus de réglementation déjà enclenché.

L'approche européenne d'encadrement semble s'orienter vers une régulation non contraignante. Au niveau externe, un code de conduite est proné pour encadrer les exportations des services des SMSP. Au niveau interne, ce qui est privilégié, c'est l'adoption

---

<sup>1044</sup> Assemblée nationale française, Rapport d'information n°4350 de Christian Ménard et de Jean-Claude Viollet sur « *les sociétés militaires privées* » pour la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale française, 14 février 2012.

<sup>1045</sup> WHITE (Nigel D.), MACLEOD (Sorcha), « *EU Operations and Private military Contractors : issues of Corporate and institutional responsibility* », in EJIL, 2008, vol. 19, p. 965.

<sup>1046</sup> GUALTIERI (Roberto), « *Rapport sur le développement de la politique extérieure et de sécurité commune après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne* », A7-0166/2011, Parlement Européen, 28 avril 2011, p. 24.

<sup>1047</sup> L'incomplétude des législations nationales, sur laquelle nous reviendrons, illustre la disparité des législations nationales à travers l'exemple de la France et du Royaume uni.

d'une directive pour harmoniser les législations nationales réglementant les services de ces prestations de services militaires et sécuritaires.

### **§ I : Un code de conduite pour encadrer les activités des SMSP au niveau externe de l'Union**

Le niveau externe représente les relations entre les membres de l'Union et les Etats extra-communautaires. Le Rapport Gualtieri rendu en 2011 propose « *l'élaboration d'un code de conduite jetant les bases d'une décision réglementant l'exportation des services des entreprises militaires privées et des entreprises de sécurité privées dans les pays tiers [...]* »<sup>1048</sup>. Le choix du code de conduite peut se comprendre comme une première étape pouvant amener à une réglementation. Une démarche similaire avait été adoptée pour réguler le commerce extérieur des armes.

En juin 1998, un code de conduite avait été mis en place pour encadrer les exportations des armes depuis les Etats membres. Le choix de la nature juridique du document, à savoir un code de conduite, sans force contraignante, est surprenant vu l'importance de la question. Mais la volonté qui est manifestée dans le texte montre une réelle détermination à contrôler l'exportation des armes. Ce document va même concerner les SMSP européennes dans la mesure où ces prestataires ne sauraient exercer leurs activités sans l'utilisation d'armes. De plus, les SMSP évoluent dans l'exportation des armes et elles exercent aussi des activités dans des pays étrangers où des risques de violations des droits de l'homme existent. Le code de conduite établit des normes qui incitent les Etats à faire en sorte que les armes qui sont achetées dans l'Union pour être utilisées dans d'autres territoires, soient transférées dans des conditions qui les transforment en moyens de répression ou en instruments d'instabilité régionale. C'est pourquoi, un régime de licence est mis en place par le code de conduite et il permet aux Etats membres d'exercer un contrôle en amont pour s'assurer que les missions conduites par ces sociétés sont conformes aux exigences du code. Ce dernier établit huit critères que l'Etat membre doit observer avant de délivrer une licence d'exportation. Il en est ainsi du respect des droits de l'homme dans le pays destinataire, du respect des accords internationaux en matière de non prolifération des armes, le comportement du pays client et de sa situation intérieure. Le code se place dans le rappel des

---

<sup>1048</sup> GUALTIERI (Roberto), « *Rapport sur le développement de la politique extérieure et de sécurité commune après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne* », op. cit, p. 15.

obligations internationales des Etats membres de l'Union et appelle leur bon sens de responsabilité dans la délivrance de licences.

Toutefois, dix ans après l'adoption du code de conduite, les Etats membres ont décidé de donner une force plus contraignante aux exigences du texte. Ils ont donc transformé le code en *Position commune* en 2008. Une position commune est un instrument de politique étrangère inscrit dans le Traité de l'Union européenne de 1992 comme suit : « *les Etats membres veillent à la conformité de leurs politiques avec les positions communes* ». La suite est que les Etats seront obligés d'adopter des législations nationales afin de conformer au contenu du texte.

Les objectifs du code de conduite et de la Position Commune se résument en une harmonisation des exportations. Les législations nationales les moins strictes pouvaient permettre des contournements des règles contraignantes dans certains Etats. Parallèlement, les entreprises exportatrices n'avaient pas les mêmes avantages suivant les Etats où elles se trouvent. Mais cette harmonisation aussi louable soit-elle, ne saurait cacher les limites du code de conduite et de la Position Commune. Tout d'abord, le champ d'application apparaît très restreint. Le contrôle mis en place se limite à la partie en amont de la vente. Il ne régit pas, par exemple, les réexportations, ni l'utilisation finale des armes. Les services de nature militaire et sécuritaire devraient être inclus dans ces instruments. Les SMSP se voient confier des missions de ce genre à travers le monde. En tant que domaine connexe des armes, l'inclusion de leurs activités dans cette réglementation serait un grand pas, car ce secteur souffre d'un encadrement suffisant.

Toutefois, le choix qui semble se dégager, c'est un code de conduite spécialement dédié aux activités des SMSP. Cette orientation est la même que celle proposée par les recommandations formulées la même année dans le cadre du Projet de recherche « *Priv-war* » mis en place par la Commission européenne<sup>1049</sup>. En juillet 2012, l'Union européenne a manifesté son soutien au Document de Montreux sur les obligations des Etats concernant les activités des entreprises militaires et de sécurité privées. Ce peut être une façon de confirmer son choix de réglementation non contraignante aussi bien au niveau externe qu'au niveau interne de l'Union.

---

<sup>1049</sup> Voir, *Priv-war Recommendations for the EU Regulatory Actions in the Field of Private Military and Security Companies and their Services*, March 2011. Consultable sur : [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 09 octobre 2013.

## **§ II : Une directive pour harmoniser les législations nationales en vue d'encadrer les activités des SMSP au niveau interne**

Au niveau interne, le choix est fait sur l'adoption d'une directive. Le Rapport Gualtieri rendu en 2011 propose « *l'élaboration d'une recommandation jetant les bases d'une directive visant à harmoniser les mesures nationales réglementant les services des entreprises militaires privées et des entreprises de sécurité privées y compris les fournisseurs de services et les marchés de services* »<sup>1050</sup>.

La directive est un acte juridique pris par les organes de l'Union (le Conseil et ou le Parlement) qui fixe des objectifs aux Etats membres qui sont ses destinataires. C'est un acte assez peu contraignant dans le choix par les Etats des mesures adéquates à mettre en œuvre son contenu. Mais cela ne l'empêche pas d'être un acte obligatoire. La directive fixe des moyens et des objectifs à atteindre dans un délai déterminé à l'avance. Sur cet aspect, elle est comparable à la Loi-cadre connue dans la législation française. Après leur adoption, les directives doivent faire l'objet d'une transposition en droit interne dans un délai déterminé par les Etats membres. Tout défaut de transposition est un manquement de l'Etat à ses obligations communautaires.

Dans le cadre de la réglementation nationale des activités des SMSP, les Etats membres vont s'entendre sur les modalités d'adoption des normes nationales qui seront spécialement votées. Présentement, les Etats membres de l'Union connaissent une disparité nationale au sujet de la manière dont leurs droits nationaux réglementent la question des SMSP comme cela a été démontré à travers des exemples de législations dans la première partie de ce travail.

L'adoption d'une directive permettra ainsi aux Etats membres d'harmoniser leurs législations nationales. Cette approche régionale est une démarche qui pourra servir le niveau universel dans la mesure où les Etats européens sont également membres de l'Organisation des Nations unies, où un projet de réglementation des activités des SMSP est en cours d'élaboration.

## **Section III : Les mécanismes d'autorégulation des SMSP**

Les autorégulations des SMSP viennent suivre la voie tracée par les entreprises commerciales. Ces dernières sont confrontées à un encadrement juridique insuffisant de leurs

---

<sup>1050</sup> GUALTIERI (Roberto), « *Rapport sur le développement de la politique extérieure et de sécurité commune après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne* », op. cit, p. 15.

activités. En effet, la prolifération des multinationales a mis en lumière le fait que la fabrication d'un produit ou la production d'un service se réalise souvent dans plusieurs pays et à ce titre, relève de plusieurs juridictions<sup>1051</sup>. De cela résulte un problème juridique. En fait, les règles nationales ne s'appliquent que dans l'espace territorial d'un Etat et le droit international n'a pas pu imposer des règles relatives aux activités commerciales des multinationales qui se déroulent à l'extérieur des frontières étatiques. Les limites du droit ont accentué les critiques à l'encontre des sociétés commerciales. En effet, l'impression selon laquelle les entreprises évoluent dans une sphère de non droit a dominé les esprits. Dès lors, les entreprises commerciales ont développé les codes de bonne conduite dans le sens de se faire imposer des règles. C'est ainsi que par exemple, les entreprises évoluant dans le commerce du diamant ont adopté le *Processus de Kimberley*<sup>1052</sup> dont l'objectif principal est d'interdire l'achat de pièces de diamant qui proviennent de pays en conflit. Par ce *Processus* les entreprises commerciales ont inspiré les SMSP. Ces dernières ont aussi des activités qui peuvent traverser les frontières étatiques et elles peuvent se trouver dans une situation où la réglementation nationale est insuffisante face à une régulation internationale qui tarde à voir le jour. Les SMSP ont voulu ne pas rester inertes face à l'urgence d'un encadrement de leurs activités. Elles ont donc pris des initiatives de bonne volonté en termes de règles privées dont le but est de faire en sorte que leurs conduites soient respectueuses des normes internationales et nationales. Sous ce rapport, les mécanismes d'autorégulation constituent le reflet de la volonté des SMSP de « convaincre de leur professionnalisme »<sup>1053</sup> et de leur volonté de respecter les règles de droit international et les législations des Etats. Leurs règles internes, que l'on peut qualifier d'éthiques<sup>1054</sup>, ne sont pas mises en place par une autorité qui en assure

---

<sup>1051</sup> Le terme « *multinational* » se rapporte plus à l'activité qui déroule sur plusieurs pays plutôt qu'au rattachement de la société, personne morale à plusieurs ordres juridiques. Cf, MERCIAI (Patrizio), *Les entreprises multinationales en droit international*, op. cit, p. 29.

<sup>1052</sup> Le Processus de Kimberley a un site qui est lui dédié : <http://www.kimberleyprocess.com/>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Dans ce site, une documentation composée du code, de rapports et d'articles, y est répertoriée.

<sup>1053</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 207. Pour illustration, la SMSP française SECOPEX note dans sa Charte éthique qu'elle « se doit de veiller à ce que ses actions soient conduites conformément à des standards élevés d'honnêteté, d'intégrité, d'exemplarité et d'exigence professionnelle ». Voir SECOPEX « Ethique et déontologie », consultable au lien suivant : [http://secopex.com/download/doc\\_plaquette\\_pacifique.pdf](http://secopex.com/download/doc_plaquette_pacifique.pdf). Dernière visite le 02 octobre 2013. Le Groupe EHC-LLC une SMSP créée par des officiers français au Luxembourg en 1999 et puis enregistrée au Delaware au Etats-Unis, note aussi dans sa Charte éthique que ses valeurs sont « le professionnalisme, le respect des collaborateurs du Groupe et la satisfaction du client ». Il ajoute aussi que leur « conception du professionnalisme met l'accent sur la responsabilité, le devoir de rendre compte, l'intégrité et l'exemplarité de [ses] comportements ». Voir le site du Groupe au lien suivant : <http://www.groupe-ehc.com/site.html>. Dernière visite le 03 octobre 2013.

<sup>1054</sup> HOPPE (Carsten), QUIRICO (Ottavio), « *Codes of conduct for private military and security companies : The state of self-regulation of the industry* », in EUI Working Papers, AEL 2009/28, Academy of European Law, Priv-War Project, p. 1. Consultable sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 02 octobre 2013.

le respect mais elles relèvent de la conscience de leurs auteurs. Ces règles sont dénommées codes de conduite. La notion de « *code de conduite* » est définie par Jean Baptiste Racine comme étant « *un ensemble d'engagements adoptés par une entreprise ou un groupe d'entreprises privées, rassemblés dans un document unique appelé indifféremment code, charte ou guide et qui représente la caractéristique de ne pas être formellement obligatoire* »<sup>1055</sup>. Cette définition met l'accent sur le domaine « *privé* », c'est-à-dire celui de la vie quotidienne de la société ou de certains secteurs d'activité la concernant. Les sociétés sont à la fois conceptrices et réceptrices des normes contenues dans ces codes de conduite privés. C'est dans la catégorie de ces derniers que l'on peut classer les codes de conduites des SMSP. Ainsi, les codes de conduite des SMSP sont à distinguer des « *codes de conduite publics* »<sup>1056</sup> conçus et mis en place par les Etats et les organisations internationales pour contrôler les activités des multinationales avec des règles souples. Il en est ainsi des « *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* » élaborés par l'OCDE le 21 juin 1976<sup>1057</sup>.

Dans l'expression de code de bonne conduite, l'utilisation du terme « *code* » ne traduit pas la vraie nature juridique de l'instrument d'autorégulation. En effet, le mot « *code* » se définit comme « *un corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique, l'ensemble des règles relatives à une matière et issu soit de travaux législatifs [...] soit d'une élaboration réglementaire [...]* »<sup>1058</sup>. Au vu de cette définition, le mot a un sens juridique très marqué. On y tire la conclusion selon laquelle, l'auteur du code doit détenir un pouvoir normatif et doit être en mesure d'assortir les règles de contrainte. Les codes de bonne conduite sont élaborés afin de réunir au sein d'un même écrit, l'ensemble des règles applicables à des destinataires. L'emprunt du mot « *code* » se base plus sur la forme que sur le fond du texte. Ce qui justifie cela est que les codes de conduites des SMSP procèdent uniquement d'une démarche volontaire en vue d'améliorer le comportement des prestataires. Ils diffèrent de quelques notions voisines comme les chartes de qualité dont le but est

---

<sup>1055</sup> RACINE (Jean-Baptiste), « *La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement* », in *Revue Juridique de l'Environnement* (R.J.E), Strasbourg, 1996, p. 410.

<sup>1056</sup> Les codes de conduite publics ont commencé à exister tardivement. Le premier a été élaboré par le Canada en 1966. Il s'agissait des « *Principes directeurs de bonne conduite des sociétés* », mis en place pour réglementer le rapatriement massif de capitaux vers les Etats-Unis. Le retard de l'utilisation des codes de conduite en droit international est dû au fait que la notion est d'origine privatiste et interne. La notion de « *code* » elle-même a plusieurs sens en droit international. Elle désigne un programme politique des Etats ou une tutelle de comportements économiques privés. Cf, DECAUX (Emmanuel), « *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite* », in *AFDI*, 1983, Vol. 29, n°29, p. 85.

<sup>1057</sup> OCDE, « *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales* », 21 juin 1976. Il est consultable sur : <http://www.oecd.org/fr/investissement/principesdirecteurspourlesentreprisesmultinationales/1922470.pdf>. Dernière visite le 29 septembre 2013.

<sup>1058</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Paris, 2003.

d'améliorer la qualité du service du prestataire. Ils diffèrent également des codes de déontologie des organisations professionnelles réunies en ordres (avocats, médecins...). Ces codes de déontologie sont approuvés par voie réglementaire et ils sont obligatoires. La spécificité des codes de conduite des SMSP réside dans leur élaboration, leur contenu et leur application. Les sociétés peuvent les créer individuellement ou en association. Les principes et règles qu'ils contiennent sont déterminés par le ou les prestataires des services de sécurité militaire et ce sont ces derniers qui décident de leur application non contraignante. Cette spécificité sera mise en évidence dans les différentes démarches des SMSP qu'il convient de voir, avant de s'intéresser à la question de la valeur juridique des mécanismes d'autorégulation.

### **§ I : Les différents mécanismes d'autorégulations**

L'autorégulation des SMSP peut se faire par une démarche individuelle qui consiste à établir une charte interne de bonne conduite et par une démarche associative par laquelle un groupe de sociétés s'entend à créer un code de bonne conduite. Dans les deux cas, les SMSP ont un intérêt dans leur engagement. Comme l'affirme Jean-Baptiste Racine, il serait « *angélique de penser qu'une entreprise prenne des engagements sans que ceux-ci lui rapportent un profit quelconque* »<sup>1059</sup>. Au niveau de leur contenu, l'engagement à respecter les législations nationales et les instruments internationaux pertinents est toujours évoqué. Cependant, les deux démarches ont des différences au niveau du mécanisme de surveillance. Dans le cadre associatif, la sanction disciplinaire qui consiste à exclure du groupe la société non respectueuse du code, est une sanction qui ne saurait exister dans le cadre d'un code individuel où seuls les salariés non respectueux des dispositions du code sont sanctionnés.

C'est en raison de ces différences qu'il convient de voir les démarches individuelle et associative séparément.

#### **A/. Les démarches individuelles : les règles éthiques personnelles des SMSP**

Beaucoup de SMSP ont élaboré leur propre charte de bonne conduite qui est souvent affichée sur leur site internet. C'est une démarche individuelle, car ces règles ne sont valables que pour les membres de la société dans leurs relations avec leurs clients. Autrement dit, c'est la société qui s'auto-impose des règles qu'elle établit elle-même. L'engagement individuel

---

<sup>1059</sup> RACINE (Jean-Baptiste), « *La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement* », op. cit, p. 413.

tendant à respecter les règles et principes pertinents du droit international est volontaire mais il ne fait pas de la société un sujet de droit international. Seulement, il permet aux SMSP d'adhérer aux mêmes principes et règles que leurs clients (souvent les Etats) appliquent. A côté de cet engagement, les SMSP mettent en place des règles de comportement, qui à leurs yeux, sont pertinentes pour prévenir les mauvaises conduites dans le cadre de l'exercice des missions sur le terrain.

**a). L'engagement à respecter les législations nationales et les instruments internationaux pertinents**

Dans la plupart des codes de bonne conduite, la société y affirme qu'elle s'engage à respecter les lois qui lui sont applicables. Les réglementations nationales relatives aux SMSP connaissent des difficultés d'application liées à leur contenu (incompétence internationale des juridictions nationales) ou à leur limite (immunité et obstacles de nature pratique). L'engagement à appliquer les lois nationales a un sens dans ce cadre. En effet, dans les situations normales, la société doit appliquer les lois nationales et n'a pas besoin de prendre un engagement à le faire. Mais l'on constate que dans la pratique, les SMSP prennent cet engagement dans leur code de conduite. C'est le cas, par exemple de *CACI International*, une société américaine évoluant dans le renseignement, qui a prévu dans son code éthique, qu'elle envisage de respecter des lois s'appliquant sur le territoire des Etats-Unis et même celles régissant les comportements des citoyens américains à l'étranger comme le *Foreign Corrupt Practices Acte (FCPA)*<sup>1060</sup>.

La société peut également s'engager à adhérer à des principes contenus dans des conventions internationales bien qu'elle ne soit pas partie à ces instruments pertinents. L'expression « *adhérer* » peut être comprise, eu égard à ses nombreux sens en droit international, comme étant une simple déclaration de la part de la société qui s'engage à appliquer le texte visé. Cela ne fait pas d'elle une partie au texte comme dans le cas d'un Etat qui, n'ayant pas pris part à l'élaboration d'une convention, en devient partie après l'avoir ratifiée. Il est intéressant de noter que la SMSP française *Secopex* affirme qu'elle « *adhère aux principes de la Déclaration des Droits de l'homme de 1948, aux Conventions de Genève*

---

<sup>1060</sup> Pour consulter cette loi, voir : <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/frgncrpt.pdf>. Dernière visite 10 octobre 2013. Cette loi prévoit la responsabilité pénale des sociétés américaines (les SMSP n'en sont pas exclues) pour corruption d'agents publics étrangers. Même une société mère peut être sanctionnée s'il est avéré qu'elle a autorisé, commandé ou contrôlé une filiale en vue de la commission d'un acte de corruption. La sanction pénale d'une société consiste, en vertu de ce texte, en une amende de 2 millions de Dollars.

de 1949, à la Convention des Nations unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires de 1989, aux Conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail et aux principes du Pacte mondial de l'Organisation des Nations unies [et elle] œuvre dans le respect des décisions de l'Union Européenne »<sup>1061</sup>.

*Secopex* déclare ainsi dans son code de conduite qu'elle adhère à des conventions internationales qu'elle cite nommément et aux décisions de l'Union européenne. D'abord, les décisions de l'Union européenne s'imposent directement aux personnes physiques et morales à l'intérieur des Etats membres. L'engagement est donc purement symbolique. Mais s'agissant des conventions internationales, on peut voir dans l'engagement de la société à les respecter, la volonté de respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire.

Dans le même sillage que *Secopex*, beaucoup de SMSP ont inscrit cet engagement dans leur code de conduite personnel. Il en est ainsi du Groupe *EHC-LLC*, une SMSP créée par des officiers français au Luxembourg puis enregistrée aux Etats-Unis à Delaware. Cette société note dans son code de bonne conduite qu'elle « adhère aux principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, aux conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail, aux Conventions de Genève et à ses Protocoles additionnels [...] »<sup>1062</sup>.

En décidant d'adhérer aux principes contenus dans les conventions citées dans le code de bonne conduite, la société s'engage à avoir un comportement conforme à ces règles de droit dur. C'est un engagement qui, dans une certaine mesure, participe à l'amélioration du comportement de ses membres. En effet, tous les instruments internationaux ne font pas l'objet d'une ratification par tous les Etats. Par exemple, beaucoup d'Etats n'ont pas ratifié la Convention des Nations unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires de 1989. Si une SMSP se trouve sur le territoire d'un Etat avec lequel elle a un lien contractuel et que ce dernier n'est pas partie à cette convention et qu'en même temps, son Etat d'origine n'a pas exprimé son consentement à être lié par ce traité, rien n'oblige cette société à appliquer une telle convention. C'est à ce niveau que l'engagement prend son sens.

---

<sup>1061</sup> Le code éthique de *SECOPEX* peut être consulté sur son site internet : <http://secopex.com/>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1062</sup> Le code éthique du Groupe *EHC-LLC* est consultable sur son site internet : <http://www.groupe-ehc.com/>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

En général, les engagements des SMSP à respecter les lois nationales et à adhérer aux conventions internationales, précèdent la mise en place de règles de comportement dans le code de bonne conduite.

### **b). Les règles de comportement**

Ce sont des valeurs et principes qui fondent et guident les activités de tous les membres de la société, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales. Les règles de comportement déterminent le cadre éthique dans lequel évoluent les activités de la société et ses rapports avec ses clients. A travers les règles de comportement, les sociétés définissent les domaines dans lesquels elles n'interviennent pas et défendent leurs membres d'y exercer le moindre acte. C'est le cas, par exemple, de la vie politique des Etats. Pour illustration, le Groupe *EHC-LLC* a prévu dans son code de conduite qu'aucun de ses membres ne doit intervenir dans la vie politique d'un Etat sur le territoire d'intervention<sup>1063</sup>. Les sociétés s'interdisent de pratiquer des activités non reconnues par le droit international comme le mercenariat. Ces engagements ont pour but d'améliorer leur réputation et d'éviter les amalgames entre les sociétés et tous les acteurs hors la loi évoluant dans la vie internationale.

Dans cette optique, les sociétés notent dans leur code de conduite qu'elles recrutent des candidats répondant aux qualités requises. Les missions à remplir ne sauraient être celles d'organismes ou d'entités dont les activités sont dangereuses pour la paix et la sécurité internationale. Dans la plupart des cas, les sociétés réitèrent leur volonté de ne travailler qu'avec des Gouvernements légitimes, des organisations internationales<sup>1064</sup> et des ONG. Les membres des SMSP sont chargés, à travers le code de bonne conduite, de ne porter atteinte à la réputation du personnel et de la société, c'est-à-dire de faire tout pour respecter les valeurs et principes. Le code éthique de la SMSP *CACI International* stipule : « *we are all responsible for upholding our own reputation and that of CACI* »<sup>1065</sup>. Cette réputation est en réalité valorisée pour la clientèle. Au sujet des relations avec les clients, les sociétés veulent établir les rapports clairs et honnêtes. La qualité du service est mise en valeur. De ce fait, chaque société prévoit dans son code de conduite qu'elle maîtrise l'exercice et dispose de

---

<sup>1063</sup> Ibid.

<sup>1064</sup> Par exemple, *Nothrop Grumman* a signé avec l'OTAN en mai 2012 un contrat de 1,7 millions d'euros portant sur la surveillance, la reconnaissance et le renseignement. L'article est consultable sur : <http://investor.northropgrumman.com/phoenix.zhtml?c=112386&p=irol-newsArticle&ID=1697820&highlight=>. Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>1065</sup> Le code de bonne conduite de la SMSP *CACI International* peut être consulté sur son site internet : <http://www.caci.com/>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

moyens nécessaires pour exécuter les prestations qui lui seront demandées. Le mandat sera respecté dans ses limites spatiales et temporelles. La confidentialité aussi sera respectée dans les conditions déterminées par le client surtout dans les missions de renseignement.

En définitive, les codes de conduite personnels des SMSP s'attèlent à ce que le personnel respecte leurs dispositions. C'est dans cet esprit que s'inscrivent également les codes de conduites communs.

### **B/. Les démarches associatives des SMSP : codes de conduites communs**

Les démarches d'autorégulation s'effectuent aussi dans le cadre associatif. Les règles ainsi mises en place sont beaucoup plus solennelles que les codes individuels du fait du nombre de leurs destinataires. Les regroupements de SMSP autour de règles communes de conduite peuvent se faire de différentes manières. Des sociétés de nationalité américaine ont créé, par exemple en 2001, l'*International Peace Operation Association* (IPOA). Des sociétés britanniques sont à l'origine de la création, en 2006, de la *British Association of Private Security Companies* (BAPSC). Des SMSP présentes en Irak ont eu leur propre association dénommée la *Private Security Company Association of Irak* (PSCAI) et enfin un code de conduite a été élaboré récemment en 2010 par des sociétés basées en Suisse.

Les objectifs de ces codes de conduites sont presque les mêmes dans toutes les associations. Cependant, on peut noter des similitudes dans le monde anglo-saxon où la culture de la bonne image est plus importante. Dans les codes des sociétés de l'Europe continentale, c'est le respect des droits de l'homme qui est élevé au niveau de sacerdoce. Il convient de s'intéresser à deux codes associatifs, celui de l'IPOA et celui des SMSP suisses. Ce choix se justifie par le fait de prendre un exemple dans le monde anglo-saxon où les sociétés sont plus nombreuses (IPOA), et un exemple dans d'autres parties (Code des SMSP en Suisse). Le choix d'étudier ces codes de bonne conduite associatifs a pour but pour montrer que la volonté de corriger les comportements intéresse toutes les SMSP où qu'elles se trouvent.

#### **a). Le Code de l'IPOA**

Le code de l'IPOA note dans son Préambule qu'il «  *vise à faire respecter les normes éthiques par les sociétés membres [...] qui travaillent dans les situations de conflits et de post-conflits afin qu'ils puissent offrir leurs services au profit de la paix internationale et de*

la sécurité humaine »<sup>1066</sup>. Il est prévu dans ce code un ensemble de règles réparties en 11 sections correspondant chacune à un thème. Certains des thèmes ont un rapport avec leur comportement dans les missions, d'autres à la transparence et à la kaleidoscopie<sup>1067</sup>.

### **1). Le comportement des membres dans les missions en situation de conflits et de post-conflits**

Les signataires du code de l'IPOA s'engagent à respecter les droits de l'homme dans toutes leurs opérations. Cela consiste pour eux à « *respecter la dignité humaine* » et à « *adhérer à toutes les lois et tous les accords relevant des droits de l'homme* » (sic). Les lois relatives aux droits de l'homme adoptées par les Etats ainsi que les accords internationaux réceptionnés à l'intérieur des Etats s'imposent aux sociétés militaires et de sécurité privées membres de l'IPOA sans égard à leur intention ou non de les respecter. En d'autres termes, dans la pratique, ces sociétés ont moins de choix dans le respect des dispositions légales. Mais le fait de prendre l'engagement de respecter la dignité humaine est important dans la mesure où cela peut constituer une prévention à la commission d'actes du type de la torture ou d'exécutions sommaires. Egalement, cela peut renforcer sans le vouloir, les règles de droit ainsi visées<sup>1068</sup>. C'est dans ce sens d'ailleurs qu'ils veulent « *minimiser les pertes en vies humaines et la destruction de biens* ». Pour atteindre cet objectif, ils envisagent que leurs employés soient « *entièrement* » et « *suffisamment* » formés. La formation est un gage pour avoir un comportement exemplaire lors de l'exécution des tâches. Les signataires tiennent beaucoup au bon comportement. C'est pourquoi, ils s'attèlent, à travers le code, à exiger de leurs employés de se « *comporter humainement, avec honnêteté, intégrité, objectivité et diligence* ». Leurs employés doivent avoir « *un statut légal dans leurs pays respectifs de citoyenneté ainsi qu'au niveau international* ». C'est dire que les salariés doivent être susceptibles d'être recrutés d'une manière régulière. En effet, les signataires mettent, par conséquent, en garde contre le recrutement de personnes n'ayant pas l'âge de participer à un conflit<sup>1069</sup> qui est un crime de guerre en vertu du statut de la CPI, s'agissant de la

---

<sup>1066</sup> Le code de l'IPOA est disponible au lien suivant : <http://stability-operations.org/>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Il peut être trouvé en version française en annexe dans l'ouvrage de Didier ROSI, *La privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 247.

<sup>1067</sup> La *kaleidoscopie* est un mot de trois composantes grecques : *kalos* signifiant « beau », *eidōs* « image » et *skopeîn* « regarder ». C'est le fait de cultiver la belle image, la bonne réputation.

<sup>1068</sup> Nous reviendrons sur cela à travers l'étude de l'efficacité des codes de bonne conduite.

<sup>1069</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Rapport du Secrétaire général des Nations unies sur les enfants et le conflit armé en Colombie S/2012/171 du 05 avril 2012. Ces recrutements sont le fait des mouvements de guérilla qui enrôlent les enfants des populations rurales issus des communautés autochtones. Consultable sur :

circonscription ou de l'enrôlement d'enfant de moins de quinze ans<sup>1070</sup>. Ils acceptent le respect de l'âge minimum de 15 ans exigé par la Convention sur l'âge minimum de 1973 (OIT)<sup>1071</sup>. S'ils mettent en place toutes ces mesures, c'est parce qu'ils ont évalué le niveau du risque inhérent aux activités qui leur sont souvent confiées. Le personnel doit être préparé le mieux possible pour pouvoir travailler « *de façon sûre, responsable et prudente* ». Le personnel bénéficiera de plus de respect et de dignité de la part de leurs employeurs qui sont signataires du code. Ainsi, les membres des SMSP vont avoir le droit de mettre fin à leur contrat et aucun employeur ne devrait retenir les documents de voyage d'un salarié contre sa volonté. Les employeurs devront veiller à la bonne santé et à l'existence d'une assurance en faveur de leurs salariés<sup>1072</sup>.

Toutefois, ce n'est pas seulement le personnel qui fait l'objet d'une sélection, les clients également doivent répondre à des critères comme la légalité ou la légitimité. Les SMSP membres de l'IPOA et signataires du code refusent de signer des contrats avec « *des clients illégaux ou ceux qui contrecarrent activement les efforts internationaux pour la paix* ». Elles n'ont pas fixé une liste de ces clients illégaux. La définition de l'expression « *clients illégaux* » aurait été intéressante à noter dans le code. Mais tout laisse croire que, ceux qui sont visés sont les acteurs internationaux irréguliers comme les organisations de mercenaires, les organisations évoluant dans les mafias, les cartels de drogue, les pirates, les organisations terroristes etc. Ces organisations sont des acteurs qui agissent à l'encontre des efforts de paix au niveau international. La liste des clients « *légitimes* » est par contre fixée dans le code de conduite. Il s'agit des « *Gouvernements légitimes et reconnus, les organisations*

---

<http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/253/51/PDF/N1225351.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1070</sup> L'Article 8 (b) (xxvi) du Statut de la CPI prévoit que l'enrôlement ou la circonscription d'enfants de moins de quinze ans est un crime de guerre. Voir, le Statut de la CPI au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Ch\\_XVIII\\_10p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013. On peut signaler que le Protocole à la Convention relatif aux droits de l'enfant concernant l'implication des enfants dans les conflits armés, interdit quant à lui l'enrôlement et l'utilisation des enfants de moins de 18 ans dans les conflits armés par les groupes armés distincts des forces armées d'un Etat et demande à ces derniers de prendre des mesures pour sanctionner pénalement ces pratiques. Cf, Protocole à la Convention relatif aux droits de l'enfant concernant l'implication des enfants dans les conflits armés, New York 2000, article 4. Consultable au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/05/20000525%2003-37%20AM/Ch\\_IV\\_11\\_bp.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/05/20000525%2003-37%20AM/Ch_IV_11_bp.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1071</sup> Article 2 (3) de la Convention sur l'âge minimum : « *L'âge minimum spécifié [...] ne devra pas être inférieur à l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire ni en tout cas à quinze ans* ». Cf, Convention sur l'âge minimum 1973, n°138, (OIT). Consultable sur : [http://www2.ohchr.org/french/law/age\\_mini.htm](http://www2.ohchr.org/french/law/age_mini.htm). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1072</sup> Les cas de négligence de la santé et de l'assurance de membres de SMSP ont été décelés en Irak : des heures de travail excessives, des agents blessés contraints à continuer à travailler. La plupart des SMSP ne prévoient pas de prestations de santé pour leurs employés. Cf, Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008, § 40, p. 15.

*internationales, les organisations non gouvernementales et les sociétés privées légitimes* ». Ces expressions n'ont pas fait l'objet d'une définition et il n'existe pas non plus dans le texte de renvois aux définitions existantes de certaines de ces expressions dans des traités. La notion de « *Gouvernements légitimes et reconnus* » et celle de « *sociétés privées légitimes* » mériteraient plus de précision. L'expression « *Gouvernements légitimes et reconnus* » peut être comprise comme étant un pouvoir légalement constitué, accepté par le peuple et les acteurs politiques internes mais aussi reconnu comme tel par les Gouvernements étrangers. Mais le texte n'a pas clarifié la reconnaissance à privilégier entre celle de l'Etat d'origine de la SMSP et celle de la communauté internationale. Un Gouvernement peut être reconnu par plusieurs Etats mais l'Etat d'origine de la SMSP peut ne pas le reconnaître. Quant aux « *sociétés privées légitimes* », le code devait préciser s'il s'agit de sociétés militaires ou de sociétés commerciales. En effet, dans ce secteur d'activité, des SMSP peuvent sous-traiter une partie de leurs missions à une ou plusieurs autres SMSP. Les sociétés commerciales civiles peuvent aussi employer des SMSP pour assurer la sécurité de leur personnel ou de leurs biens dans un Etat en conflit. Le problème dans l'utilisation des SMSP par des sociétés commerciale réside dans la nature de l'activité que cette dernière confie à la première. Cette activité doit être conforme à la législation de l'Etat dans le territoire duquel elle sera exercée et également au droit international en général.

En définitive, la sélection des clients est utile dans la démarche en vue de suivre un comportement exemplaire pendant et après les conflits. Après cette étape, ce sera celle de la transparence et la kaleidoscopie.

## **2). La transparence et la kaléidoscopie**

C'est après la sélection du client que le contrat pourra être signé. Le code exige que les contrats soient « *détaillés et [qu'ils] précisent le mandat, les restrictions, les objectifs, les points de références, les critères de retrait et la responsabilité pour l'opération* ». Les détails dans le contrat permettent d'éviter des écarts dans les interprétations des clauses. La précision des mandats préserve contre certaines dérives pouvant avoir lieu sur le terrain. Le code demande aux signataires d'établir des « *règles d'engagement* » *appropriées avec leurs clients avant le déploiement, et [de travailler] [...] pour toute modification nécessaire en cas de changement important au niveau de la menace et de la situation politique* ».

Ces normes d'engagement sont une reprise des règles d'engagement militaires connues dans les armées nationales. Ce sont les Etats-Unis qui les ont adoptées pour la première fois dans les années 50 et les ont baptisées « *rule of engagement* » (ROE)<sup>1073</sup>. Elles permettent à l'autorité civile ou militaire de contrôler l'usage de la force. Elles peuvent être comprises comme étant des « *directives adressées aux forces militaires qui définissent les circonstances, les conditions, le degré et la manière à respecter pour pouvoir ou non faire usage de la force ou effectuer des actions qui pourraient passer pour des provocations* »<sup>1074</sup>. Sur le plan juridique, les règles d'engagement militaires ont la valeur d'un ordre d'un supérieur hiérarchique. Le terme « *ordre* » s'entend d'une autorisation de recourir à la force et non d'une obligation systématique d'employer ladite force.

Le code de conduite n'a pas mentionné expressément que ces règles d'engagement que les SMSP établissent avec leurs clients respectent le droit international et le droit interne des Etats concernés par les opérations. Mais, il va de soi qu'elles devraient l'être conformément à l'esprit du texte. En fait, il est prévu qu'au cours de leurs missions, les signataires prévoient de s'abstenir d'utiliser des armes non conventionnelles<sup>1075</sup> pouvant causer des dommages à long terme en matière de santé. Un compte rendu sur les armes utilisées devrait être fait régulièrement.

Dans cette optique, les signataires « *acceptent de répondre légalement de leurs actions et de celles de leurs employés devant les autorités compétentes* ». Cela ne les soustrait pas à leurs obligations de sanctionner les infractions dont ils sont informés. Ils s'engagent à infliger des sanctions envers les salariés qui commettraient des actes illégaux. Si des poursuites qui sont du ressort d'autorités judiciaires nationales ou internationales sont déclenchées, les signataires coopéreront avec les « *services d'investigation officiels en ce qui concerne les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme* ». Cette transparence va jusqu'à permettre aux organisations humanitaires et de défense des droits de l'homme de pouvoir faire leur travail sur le terrain sans les entraver. Le but ultime de ce code

---

<sup>1073</sup> Le premier usage informel du concept de « *rule of engagement* » date du 23 novembre 1954 lors de la publication des « *Intercept Engagement Instructions For The US Navy* ».

<sup>1074</sup> Document MC 362 de l'OTAN. Consultable sur [www.nato.org](http://www.nato.org). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1075</sup> Le Groupe de travail des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'autodétermination des peuples a signalé dans son Rapport de 2008, qu'en Irak, il a eu connaissance de cas où des employés de sociétés privées avaient utilisé des armes interdites ou des munitions expérimentales prohibées par le droit international. Il s'agit selon le Rapport, de munitions perforantes à faible pouvoir de pénétration (balles blindées qui percent les gilets pare-balles et qui, au lieu de traverser le corps, éclatent en causant d'atroces souffrances). Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008, § 51, p. 22.

de bonne conduite est de travailler l'image de l'industrie des sociétés militaires et de sécurité privées. De ce fait, les signataires du code s'engagent à « *soutenir les efforts des organisations humanitaires* ». Leur secteur d'activité a besoin d'une excellence technique certes, mais il nécessite aussi un comportement encadré par des règles éthiques que les acteurs ont mises en place pour en respecter l'application. C'est dans cet esprit que se lancent d'autres SMSP réunies autour de la Suisse pour élaborer un code de conduite internationale.

### **b). Le Code de conduite international des prestataires privés de service de sécurité adopté en Suisse en 2010**

Ce code a été adopté le 9 novembre 2010 et il s'inspire beaucoup du Document de Montreux. Les SMSP signataires du code sont conscientes que leurs activités peuvent avoir des conséquences sur leurs salariés et sur les populations des localités où leurs missions sont exécutées. L'objectif est de respecter les droits de chaque personne qui pourrait potentiellement être affectée par leurs activités. Le code prévoit des « *principes applicables aux activités menées par les entreprises signataires dans la fourniture de services de sécurité dans des environnements complexes* ». A travers les principes, les signataires s'engagent à « *fournir des services de sécurité d'une façon responsable, qui respecte l'Etat de droit et les droits humains de toutes les personnes, et protège les intérêts de leurs clients* ». Les principes sont au nombre de six : le respect du code de conduite, le respect des législations applicables ainsi que les normes commerciales gouvernant le secteur, le respect de l'Etat de droit, des droits de l'homme et de l'intérêt des clients, la prévention des atteintes aux droits de l'homme et les modalités d'y remédier, la sanction de toute forme de violation et la collaboration dans la répression avec les autorités chargées de poursuivre et juger les auteurs de faits interdits par le droit international. La fourniture de services se déroulera, en vertu du code international, sur deux axes principaux : celui du comportement des membres des SMSP dans le théâtre d'opération et celui de la politique de la société.

#### **1). Le comportement des membres des SMSP sur le théâtre d'opération**

Le code exige au **point 28** que les membres des SMSP traitent avec humanité toutes les personnes et respectent leur dignité et leur vie privée. Cette règle générale s'applique à toutes les phases d'exécution des missions confiées à la SMSP. Elle permet d'éviter des abus tels que, attaquer des civils non armés, les tortures sur des prisonniers de guerre qui sont des actes reprochés à certaines sociétés sur le territoire irakien par exemple. C'est une forme de

prévention que le code s'efforce de mettre en exergue. Dans cette lancée, le recours à la force est encadré. La décision d'user de la force devra être l'ultime phase dans la gestion d'une crise. Et si le recours de la force devient inéluctable, il doit être autorisé sur le plan légal, être nécessaire et proportionné à la menace et adapté à la situation. Sous ce rapport, le contrat entre la SMSP et son client va jouer un grand rôle car c'est ce sur quoi est basée ou non l'utilisation de la force. Les expressions « *nécessaire* » et « *proportionné* » rappellent la légitime défense. Les membres de *Blackwater* qui ont ouvert le feu à la place Nisour à Bagdad, tuant et blessant plusieurs personnes, n'étaient pas dans une situation de légitime défense<sup>1076</sup>. Le code fait de la légitime défense une condition, **au point 31**, pour utiliser les armes à feu. Il n'a pas défini l'expression « *légitime défense* » et n'a pas non plus fait référence à une définition légale ou au sens conventionnel de cette notion (article 51 de la Charte des Nations unies). Le recours à la force ne saurait déroger aux obligations des forces régulières officielles, même dans les situations où les membres des SMSP assistent des organes publics dans des opérations de maintien de l'ordre ou de conflits armés. Au cours de ces opérations, les membres des SMSP ne sauraient mener des arrestations que conformément au droit national et au droit international applicables. Les personnes arrêtées seront remises immédiatement aux autorités compétentes. En vertu du **point 34**, les arrestations et détentions opérées par le personnel des SMSP ne peuvent avoir lieu que pour « *se défendre ou défendre d'autres personnes contre un risque imminent de violence, ou à la suite d'une attaque ou d'un crime commis par les personnes concernées contre le personnel de l'entreprise, ses clients ou des biens placés sous sa protection [...]* ». Cela démontre la volonté des signataires du code de respecter les prérogatives de puissance publique des Etats. Egalement, cette limitation que les SMSP veulent appliquer au sujet des mesures coercitives leur permettant d'arrêter et de détenir des personnes dans le respect des conditions exigées par le **point 34** du code, a pour but d'empêcher des abus dans le traitement des prisonniers. L'idée d'interdire aux SMSP d'exercer des fonctions essentiellement gouvernementales, que l'on trouve dans certaines législations ou régulation internationale, a forcément inspiré cette limitation. Une loi

---

<sup>1076</sup> Selon le Rapport du Groupe de travail des Nations unies sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'autodétermination des peuples, « *Les autorités iraqiennes et les témoins [ont affirmé] pour leur part que les agents de sécurité ont ouvert le feu spontanément* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008, § 46, p. 19. Voir aussi, ELSEA (Jennifer K.), MOSHE (Schwartz), NAKAMURA (Kennon H.), « *Private Security Contractors in Iraq: Background Legal Status and Other issues* », op. cit, p. 12. Cf : <http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL32419.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

américaine dite « *Federal Activities Inventory Reform (FAIR) Act of 1998* »<sup>1077</sup> utilise la notion de « *inherently governmental function* » « *fonctions intrinsèquement gouvernementales* »<sup>1078</sup>. Ce sont en réalité des activités qui ne peuvent faire l'objet d'une délégation, que les organes publics doivent assurer. Le code de conduite international a voulu s'inscrire dans le respect de « *domaine réservé* » des Etats. Pour le respect des prisonniers, le comportement des membres des SMSP suivra les indications contenues dans le **point 33** du code. En effet, en vertu de cette disposition, le transport et l'interrogatoire des détenus ne peuvent être effectués par des membres de SMSP que si le mandat les y autorise. Ensuite, le personnel affecté à ces tâches doit connaître le droit national et le droit international applicables. Enfin, les salariés des SMSP respecteront les droits et la protection afférents au traitement des prisonniers. Dans cette optique, le code interdit formellement, **aux points 35, 36 et 37**, la pratique de la « *torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants* ». Ces actes sont susceptibles d'être commis sur les lieux d'internement des prisonniers mais également au cours des transports des personnes venant d'être privées de liberté. Le code ne fait que reprendre les interdictions contenues dans des textes pertinents de droit international qui visent les Etats et les individus. Par contre, il innove en s'adressant à des personnes morales de droit privé qui doivent s'abstenir de s'adonner à de telles pratiques et à faire en sorte que leurs membres ne commettent pas ces actes. Toutes les violations doivent faire l'objet d'un signalement aux autorités compétentes de l'Etat client, de l'Etat des victimes et de l'Etat dont les auteurs sont ressortissants.

Toutefois, les signataires du code ont prévu, aux **points 39 et 40**, l'interdiction de certains actes. De tels actes ont été perpétrés avec implication de certaines SMSP. Il s'agit du trafic d'êtres humains. En ex-Yougoslavie, des membres de *DynCorp*, une SMSP américaine, ont été soupçonnés d'avoir commis des trafics d'êtres humains sur des filles mineures en Bosnie Herzégovine<sup>1079</sup>. Même si cette affaire n'a pas été suivie de plainte et de

---

<sup>1077</sup> Cette loi est consultable au lien suivant : [http://www.whitehouse.gov/omb/procurement\\_fairact/](http://www.whitehouse.gov/omb/procurement_fairact/). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1078</sup> Voir pour le commentaire de cette notion, SHESTERMANN (Simon), « *We Can't Spy ... If We Can't Buy!* » : *The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing 'Inherently Governmental Functions'*, op. cit., p. 1069.

<sup>1079</sup> Le rapport de l'Inspection du Ministère américain de la défense en date de 2003 mentionne le trafic d'êtres humains en Bosnie dans lequel étaient impliqués des membres de *DynCorp*. D'ailleurs, deux employés de *DynCorp*, qui avaient témoigné de la mauvaise conduite de leurs collègues, ont été licenciés pour avoir jeté du discrédit sur la société. Une des employés congédiés, Kathryn Bolkovac, exerçant une fonction de monitrice de Police en Bosnie, a été licenciée en 2001 pour avoir envoyé des courriels aux Nations unies et à *DynCorp* pour leur faire part des cas de trafic d'êtres humains dont les auteurs étaient des employés de *DynCorp*. Elle a intenté une action en justice devant un tribunal du travail au Royaume Uni pour licenciement abusif et a gagné son procès en 2003. Cf, Tribunal de Travail de Southampton,

poursuites<sup>1080</sup>, car les auteurs soupçonnés ont été exfiltrés et renvoyés aux Etats-Unis<sup>1081</sup>, les signataires du code veulent ne plus être mêlés à de tels actes. La notion de trafic d'être humain est définie par le code comme étant « *le recrutement, l'hébergement, le transport, la fourniture ou l'obtention d'une personne pour en obtenir la force, par tromperie ou par coercition des actes sexuels à des fins commerciales, ou lorsque la personne incitée à pratiquer ces actes n'a pas l'âge de 18 ans ou pour obtenir du travail ou des sévices par recours à la force, à la tromperie ou la coercition à des fins de travail forcé ou de servitude pour dette ou pour esclavage* ». Cette définition large a le mérite de couvrir une pléthore d'actes pouvant être constitutifs de trafic d'êtres humains. Les raisons qui ont amené les signataires du code à s'interdire de pratiquer de tels actes et à exiger de leur personnel de s'en abstenir, les ont aussi poussés, sans doute, à faire de même pour l'esclavage et le travail forcé. Pour le travail forcé, l'affaire *Unocal* n'est pas étrangère à l'interdiction de sa pratique par le code bien qu'elle concernait des sociétés commerciales en l'occurrence *Unocal* et *Total*. Ces sociétés étaient soupçonnées d'avoir été complices du régime birman qui pratiquait le travail forcé sur des paysans de la localité où un oléoduc devait être construit<sup>1082</sup>. L'affaire a été jugée aux Etats-Unis et la Cour d'appel de Californie qui était saisie de l'affaire avait décidé qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve matériels permettant de déterminer si *Unocal* était complice ou non des violations des droits de l'Homme commises par l'armée birmane<sup>1083</sup>.

---

([http://contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/765/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia\\_bolkovac-decision.pdf](http://contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/765/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia_bolkovac-decision.pdf)). Parallèlement, l'autre employé Ben Johnson, un mécanicien d'avion, un texan, avait lui aussi, saisi un tribunal du travail au Texas pour licenciement abusif. Il avait témoigné de la mauvaise conduite de ses collègues devant la Police de Bosnie. Après la condamnation de *DynCorp* au Royaume uni face à Mme Bolkovac, la société a réglé à l'amiable son procès avec Ben Johnson. Voir le Rapport de l'Inspection du DoD américain de 2003, Department Of Defense, Office Of The Inspector General, "Assessment of DOD efforts to combat trafficking in persons. Phase II: Bosnia-Herzegovina and Kosovo", Case Number H03L88433128, 8 décembre 2003, p. 10. Cf. [http://www.contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/768/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia\\_dod-ig-report.pdf](http://www.contractormisconduct.org/ass/contractors/59/cases/688/768/veritas-capital-DynCorp-in-bosnia_dod-ig-report.pdf). Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1080</sup> Les autorités judiciaires de Bosnie n'avaient pas de compétence pour poursuivre les membres des SMSP en vertu des Accords de Dayton.

<sup>1081</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op, cit, p. 209.

<sup>1082</sup> SCHUTTER (Olivier De), « *Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme* », in AFDI, 2006, vol. 52, pp. 55-101.

<sup>1083</sup> L'audience fut fixée pour le mois de juin 2005. La plainte fut limitée aux accusations de meurtres, viols et de travail forcé. En mars 2005, les parties sont parvenues à un accord. Si *Unocal* réfute formellement toute complicité, l'entreprise a indemnisé les demandeurs et créé des fonds destinés à améliorer les conditions de vie, les soins et l'éducation, et à protéger les droits des populations habitant à proximité du projet. Le procès fut interrompu. Bien que les termes de l'accord soient demeurés confidentiels, les montants s'élevaient à 30 millions de dollars US de dommages et intérêts. Cf. FIDH, Rapport intitulé, « *Entreprises et violations des droits de l'homme : un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG* », Juillet 2010, p. 192.

Les signataires du code eux-mêmes, veulent donner l'exemple à s'abstenant de faire certaines pratiques que le droit international combat dans toutes ses dimensions. Il s'agit du recrutement de mineurs et de la discrimination dans toutes ses formes (*points 41 et 42 du code*). Les enfants mineurs sont protégés contre ceux qui veulent les faire travailler, ceux qui veulent les faire combattre dans les champs de bataille (le problème des enfants soldats)<sup>1084</sup> et contre ceux qui les utilisent pour d'autres fins qui ne respectent pas leur personne. Les signataires s'engagent à bannir toutes ces formes d'exploitation de mineurs ainsi que toutes les discriminations et de signaler les cas qu'ils découvriront dans le cadre de leurs missions.

Tous les comportements que les signataires du code exigent d'eux-mêmes et de leurs employés sont déterminés et renforcés par leur politique de comportement d'entreprise.

## **2). La politique de comportement d'entreprise des SMSP signataires du code de bonne conduite international**

La politique de comportement des SMSP signataires du code constitue l'ensemble des engagements des sociétés en vue d'améliorer leur comportement sur les théâtres d'opérations. Le code de conduite n'a pas défini l'expression mais elle peut être comprise, suivant l'esprit du texte, comme étant une politique conduite sous l'angle de la gestion et de la gouvernance exemplaires. Trois axes principaux dominent cette politique : il s'agit de la transparence, du contrôle et de la responsabilité.

### **- La transparence**

Le premier défi de la transparence est l'identification des membres des SMSP signataires du code sur le terrain. Un rapport des Nations unies avait signalé ce problème en Irak et note que sur le terrain, les membres des SMSP ne portent pas de signes distinctifs et

---

<sup>1084</sup> La Cour Pénale Internationale a reconnu le sieur Thomas Lubanga Dyilo coupable, le 14 mars 2012, de crime de circonscription et d'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans et du fait de les avoir fait participer activement aux hostilités dans le cadre du conflit en République Démocratique du Congo. Cf, CPI, Chambre de Première Instance, *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, Affaire ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012. Consultable sur : <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Plus récemment, le Tribunal spécial pour la Sierra Léon a reconnu l'ancien Président Libérien Charles Taylor coupable de circonscription et d'enrôlement d'enfant de moins de 15 ans. Cf, TSSL, Chambre de Première Instance, *Le Procureur c. Charles Taylor*, 26 avril 2012. Le résumé du jugement est disponible sur : <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=86r0nQUtK08%3d&tabid=53>. Dernière visite le 10 octobre 2013. Voir aussi l'acte d'accusation du Procureur du TSSL à l'encontre de M. Taylor, qui avait prévu entre autres charges, la circonscription et l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans au § 47. Consultable au lien suivant : <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=afhF3nXfC%2bY%3d&tabid=159>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

leurs véhicules n'ont pas souvent de plaques d'immatriculation<sup>1085</sup>. Cela provoque des difficultés d'identification quand ils sont mêlés à la commission d'infractions<sup>1086</sup>. Par exemple, en Irak et en Afghanistan, les victimes ont des difficultés pour identifier les auteurs de violations en raison des problèmes de distinctions entre les forces armées nationales, celles de la coalition et les soldats privés. En plus du problème de l'identification, les armes utilisées dans les missions ne font pas toujours l'objet d'une déclaration. Les signataires du code exigent au **point 43 a)** que tous les membres du personnel « *soient identifiables individuellement lorsqu'ils participent à des activités liées à l'exécution de leurs missions contractuelles* ». L'identification individuelle se caractérisera par le port d'un uniforme sur lequel sera inscrit le nom de la société. Ces signes distinctifs doivent être visibles pour que les éventuelles victimes et les enquêteurs puissent faire identifier formellement la société à laquelle appartiennent les personnes soupçonnées. C'est dans cet ordre d'idées que le code exige aussi que les véhicules utilisés par les membres des SMSP sur le terrain portent des plaques d'immatriculation.

L'ensemble de ces règles rappelle le principe de la distinction entre les combattants et la population civile prévu à l'article 44 du Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève de 1949<sup>1087</sup> même si leurs objectifs ne sont pas identiques. La distinction entre les combattants et la population civile a été mise en place pour protéger les civils des attaques. Le principe de l'identification des membres des SMSP prôné par le Document de Montreux est destiné à faciliter aux victimes et aux témoins la possibilité de désigner la société dont les membres sont soupçonnés d'avoir participé à la commission d'infractions. Si cette mesure est prise, c'est parce que dans la pratique, le phénomène des véhicules sans plaque d'immatriculation a été vu dans certains théâtres d'opérations. Les signataires du code veulent aussi que les véhicules « *soient homologués auprès des autorités nationales concernées et que les taxes correspondantes aient été acquittées [...]* » (**Point 43 b**). Cela évite non seulement toute utilisation frauduleuse de véhicule, mais permet aussi l'identification de l'utilisateur. En

---

<sup>1085</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRC/7/7 du 9 janvier 2008, § 51, p. 22.

<sup>1086</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*, A/65/325 du 25 août 2010, § 18.

<sup>1087</sup> Article 44 § 3 du Protocole additionnel n°1 de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 : « *Pour que la protection de la population civile contre les effets des hostilités soit renforcée, les combattants sont tenus de se distinguer de la population civile lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque* ». Consultable au lien : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/470?OpenDocument>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

plus des véhicules, les armes détenues par les membres des SMSP et avec lesquelles, ils vont travailler, doivent faire l'objet d'une déclaration auprès des autorités nationales qui seront en mesure d'autoriser ou non leur utilisation. Les **points 52 et 60** prévoient même, le permis de détention d'armes qui peut être obtenu ou renouvelé conformément au droit en vigueur. Les incidents et accidents qui se produiront, à la suite de leurs utilisations, feront l'objet d'un rapport et une enquête interne sera ouverte.

Par ailleurs, la transparence doit être observée dans les relations entre la SMSP signataire et ses employés. Une clause renvoyant au code de conduite doit être trouvée dans les contrats de travail<sup>1088</sup>. Les employés pourront consulter les rapports faits sur sept années de gestion du personnel que les signataires auront l'obligation de respecter. Les documents de voyage des membres du personnel ne feront l'objet d'aucune confiscation par leurs employeurs. Cette pratique consistant à consigner les documents d'identité (notamment les passeports) des membres des SMSP a existé<sup>1089</sup>. Elle a pour but d'empêcher que ceux qui ne veulent plus ou qui n'acceptent plus les conditions de travail puissent s'en aller. Leur maintien par la force dans les tâches qu'ils ne souhaitent exercer constitue une véritable atteinte à leur droit au consentement dans les contrats de travail. Le code s'est donc positionné dans la protection des droits des salariés. C'est ainsi qu'il leur octroie le droit à une formation continue en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire. Ils ont également le droit à la formation et à la manipulation des armes. Cela peut éviter les accidents et les bavures pour mauvaise utilisation des armes. Cette formation ne saurait suffire pour empêcher les méfaits des armes, il va falloir contrôler leur utilisation.

#### - **Le contrôle**

Les SMSP signataires procèdent à des contrôles qui porteront sur l'activité de leurs employés. D'abord, conformément au **point 61**, elles exigeront des membres de leur personnel qu'ils « *s'abstiennent de tout transfert illicite de matériel de guerre et effectueront toutes leurs transactions concernant du matériel de guerre conformément au droit applicable et dans le respect des exigences du Conseil de sécurité des Nations unies et de ses sanctions* ». Cette disposition rappelle évidemment l'affaire des transferts d'armes qui avaient été effectués par la SMSP britannique *Sandline International* entre la Bulgarie et la Sierra

---

<sup>1088</sup> Nous reviendrons dans les pages qui suivent sur les conséquences juridiques de l'intégration des codes de conduite dans les contrats de travail.

<sup>1089</sup> CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique : Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 195.

Leone<sup>1090</sup> en violation de l'embargo sur les armes décrété par le Conseil de sécurité<sup>1091</sup> des Nations unies dans le cadre du conflit interne dans ce pays de l'Afrique de l'ouest. Ce furent des faits pour lesquels les auteurs affirmaient avoir eu le feu vert du Ministère britannique des affaires étrangères. La société *Sandline International* fut dissoute officiellement en 2004 à la suite de cette affaire. Les signataires du code de bonne conduite veulent, sans le dire expressément, qu'un tel scénario ne puisse se reproduire dans le futur, car il peut donner une mauvaise image de l'industrie de la sécurité militaire privée.

Le contrôle s'exercera aussi sur le personnel pour évaluer sa capacité à remplir ses missions. Les signataires veulent s'assurer que les personnes recrutées aient la qualification requise et atteignent au moins l'âge de 18 ans. C'est pourquoi, leur santé physique et psychologique fera l'objet d'un contrôle régulier. Le passé de tous les particuliers aspirant à travailler dans les sociétés signataires du code de bonne conduite sera vérifié et toute information révélant l'incapacité d'un candidat à remplir correctement son travail est susceptible d'empêcher son recrutement. Le **point 48** donne même la possibilité à toute société signataire de mettre en place des critères beaucoup plus stricts en matière de sélection de candidats. Puisque les SMSP peuvent sous-traiter les activités qui leur sont confiées à d'autres sociétés, le code met en place un contrôle permanent des activités des sous-traitants. La dilution des responsabilités peut être un facteur de négligence de la part de l'exécutant final. Le sous-traitant doit appliquer et respecter les principes et dispositions du code de bonne conduite. S'il n'est pas en mesure de le faire, la société qui lui sous-traite la mission doit faire en sorte que l'application et le respect du code de bonne conduite puissent avoir lieu et ce, par tous les moyens nécessaires. Les signataires appliqueront et feront appliquer le code à leurs sous-traitants comme ils le font à leurs employés. La garantie qu'ils s'adonneront à cela est l'existence, **au point 66**, de la procédure de plainte mise en place par le code.

#### - **La sanction disciplinaire des signataires du code**

Le personnel de la société signataire et les tiers peuvent déposer plainte portant sur toute violation des principes du code par un signataire. Chaque société signataire désignera un

---

<sup>1090</sup> Voir, le rapport parlementaire de LEGG (Sir Thomas) and IBBS (Sir Robin), « *Report on the Sierra Leone Arms Investigation* », op. cit. Le rapport est consultable sur le site au lien suivant : <http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/files/kfile/report.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1091</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1132, Situation en Sierra Leone, S/RES/1132 (1997), du 08 octobre 1997. Cf. [http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1132\(1997\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1132(1997)). Dernière visite le 10 octobre 2013.

de ses membres qui recevra les plaintes qui doivent déboucher, si les violations alléguées sont avérées, sur « *des mesures correctives efficaces* ». Un registre des allégations sera tenu et les résultats des procédures ainsi que les mesures disciplinaires qui vont suivre seront communiqués. Si des actions en justice sont mises en mouvement par des autorités judiciaires officielles, les signataires s'engagent à coopérer les organes chargés des enquêtes et ne toléreront aucune obstruction à l'encontre des témoins et des témoignages. Le membre de la société qui est reconnu comme étant l'auteur de mauvaise conduite peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au renvoi. Les membres du personnel ayant dénoncé de bonne foi les violations du code bénéficieront d'une protection de la part de la société signataire qui les emploie.

Lorsque la société signataire du code est responsable en tant que personne morale de la mauvaise conduite qui a engendré des dommages, elle doit être en mesure de pouvoir honorer le paiement des dommages et intérêts qui seront réclamés par la victime. C'est pourquoi, le code de bonne conduite enjoint ses signataires à être dans une situation financière solide pour pouvoir être en mesure d'assurer le dédommagement des éventuelles victimes. Cette capacité financière peut être mesurée, en vertu du **point 69**, grâce à l'existence d'une assurance couvrant la responsabilité de la société à l'égard de son personnel et du public et la mise en place d'une provision pour risque, c'est-à-dire une somme d'argent prévue dans le budget prévisionnel pouvant être utilisée en cas de sanction civile.

La possibilité de sanctionner une mauvaise conduite sur la base d'un code de conduite, n'écarte pas en réalité les procédures judiciaires devant les juridictions nationales et internationales eu égard à leurs compétences. Seulement, bien que complémentaires, les modes de sanctions sont différents. La sanction judiciaire est rétributive et la sanction d'un code de bonne conduite est incitative. Cette dernière est moins rigoureuse dans la contrainte exercée sur l'auteur des faits car les buts de l'autorégulation étant de prévenir des écarts de conduite. Les mécanismes d'autorégulation sont des normes de « *soft law* » c'est-à-dire « *droit mou* ». Dès lors, l'idée de gradation dans la juridicité émerge en ce sens que, s'il existe un « *droit mou* », il est opposé à un droit dit « *dur* ». Les règles d'autorégulation sont des engagements imprécis, des professions de foi dans des termes généraux. Il n'est pas toujours évident d'y déceler une véritable obligation juridique. La question de la valeur juridique des codes de bonne conduite mis en place dans le cadre des activités des SMSP et de leur efficacité se pose.

## § II : La portée des mécanismes d'autorégulation

Tous les codes de conduite de ces associations ont la valeur d'une déclaration d'intention et les signataires s'engagent simplement à faire de leur mieux pour atteindre les objectifs qui y sont fixés. Les règles n'y sont pas souvent bien déterminées de manière claire et précise. Les termes fréquemment employés dans les codes associatifs « *s'engagent* », « *faire en sorte que* » etc. sont très généraux. En plus de cela, certains codes de bonne conduite comme celui de l'IPOA, ne contiennent pas de définitions des termes techniques utilisés dans le corps du texte. Ce qui peut poser des problèmes d'interprétation. Parallèlement, l'absence de contrainte domine les instruments d'autorégulation malgré le fait que les « *parties* » s'engagent à les respecter. Contrairement au droit dur, les mécanismes d'autorégulation ne privilégient pas la sanction mais l'incitation à avoir un comportement indiqué<sup>1092</sup>. Sous ce rapport, on peut parler de leur faible juridicité (A). Cependant, le caractère mou de leurs règles (*soft law*) ne les empêche pas de jouer un rôle majeur dans la régulation. C'est ce qui sera démontré à travers l'étude de leur efficacité (B).

### A/. La faible juridicité des mécanismes d'autorégulation

Les signataires des codes de bonne conduite prévoient différentes mesures à travers lesquelles ils prennent des engagements. En analysant ces dites mesures, on se rend compte qu'elles sont loin d'être originales. Les domaines où les codes de bonne conduite demandent à leurs destinataires des comportements exemplaires, sont traités par le droit « *dur* ». C'est le cas par exemple des droits de l'homme, du droit international humanitaire, du droit du travail. Généralement les signataires s'engagent à respecter les instruments internationaux et les lois nationales. En le faisant, ils ne font que rappeler leurs obligations juridiques. Seulement à côté des règles contraignantes rappelées, le code de bonne conduite « *crée* » de « *nouvelles* » normes qu'il met en œuvre. En clair, les codes associatifs des SMSP mêlent les règles contraignantes d'origine publique et les dispositions d'origine privée nouvellement mises en œuvre. Cela semble indiquer par conséquent que les mécanismes d'autorégulation viennent parfaire le travail des législateurs et des plénipotentiaires ayant adopté les instruments internationaux. Le Document de Montreux a fait la séparation nette entre les obligations juridiques rappelées et les bonnes pratiques imaginées par ses concepteurs. D'une part, cela peut donner l'illusion que les différentes règles sont égales et d'autre part que les règles contraignantes peuvent être appliquées d'une manière volontaire. Or le respect des lois

---

<sup>1092</sup> MERCIAI (Patrizio), *Les entreprises multinationales en droit international*, op. cit, p. 247.

applicables est obligatoire pour toutes les entités infraétatiques et tous les individus se trouvant sur un territoire. En voulant se mettre au même niveau que les législateurs en produisant des normes, les auteurs des codes de bonne conduite ont effectué un mimétisme dont il est intéressant de mesurer la portée. C'est à travers le caractère contraignant ou non des mécanismes d'autorégulation qu'il faudra vérifier cela. Il convient de distinguer le code de conduite à l'état isolé et le code de conduite intégré dans un contrat de travail.

Le code de conduite à l'état isolé contient des mécanismes de contrôle et des sanctions. Pour apprécier la valeur juridique des codes dans cette optique, il faut observer leur contenu. Généralement les termes employés n'indiquent pas l'existence d'une contrainte pour appliquer les dispositions. Pour illustration, le Code de l'*International Peace Operation Association* prévoit à son article 11.2 que « *Tout signataire qui faillit à faire respecter une disposition quelconque du [...] Code peut être sujet de la révocation de l'IPOA à la discrétion du Conseil d'Administration de l'IPOA* ». L'emploi du verbe « *pouvoir* » dans cette disposition atténue<sup>1093</sup> le caractère contraignant des règles du code de l'IPOA mais n'exclut nullement la sanction. La sanction encourue en cas de non respect des engagements contenus dans les codes est l'exclusion de l'association. Le fait que le Conseil d'administration soit chargé de sanctionner le membre fautif montre que la volonté de sanctionner n'est pas présente dans ce document. L'absence de juridiction obligatoire ou le recours à un arbitrage traduit une souplesse dans la prise de décision d'exclure une société qui ne respecterait pas les dispositions du code de bonne conduite. Le choix d'un arbitrage serait une solution, s'il y avait une volonté manifeste de contrainte. Les rédacteurs envisagent que des sanctions puissent être infligées à l'un de leurs membres, pas en violant le code de bonne conduite, mais en portant atteinte aux règles du droit dur. Dans ce cadre, aucune sanction n'est prévue par l'instrument de bonne conduite. Seulement, il encourage ses signataires à avoir un niveau financier suffisant pour faire face à des sanctions civiles.

Ces constatations montrent que l'objectif des codes de bonne conduite n'est pas principalement de sanctionner, mais d'inciter à avoir un comportement conforme aux principes retenus dans ces instruments d'autorégulation. Cette incitation s'adresse à des signataires ou à l'ensemble des salariés. Les normes d'autorégulation visent en réalité

---

<sup>1093</sup> Cela évoque la « *juridicité atténuée* » employée par Guy Feuer dans l'ouvrage *Droit international du développement*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1991. Les actes qualifiés ainsi, sont des actes établissant des règles de conduite qui ne disposent pas de caractère contraignant au sens strict du terme du droit. Ils ont un statut d'*infra-juridique* mais cela n'empêche pas que certaines conséquences juridiques en soient déduites.

l'adhésion de leurs destinataires plutôt que leur soumission. C'est pourquoi, la qualification de « *soft law* » est juste pour les décrire dans leur force non contraignante.

Toutefois, s'il est intégré dans un contrat de travail, son application ne relève plus de la moralité et du sens de responsabilité de ses destinataires, mais plutôt de l'exécution du contrat avec la force obligatoire assortie. Le code de conduite international de 2010 prévoit au **point 52** que ses signataires l'intègrent dans leur contrat de travail. Si cela est fait, le code fait l'objet d'un renvoi par une clause du contrat et marque ipso facto la volonté des parties de le respecter<sup>1094</sup>. Le non respect du code par l'une des parties peut l'exposer à des sanctions conformément à la législation du travail sous l'empire duquel le contrat a été conclu. Si les dispositions du code contiennent des engagements envers un client, cela peut constituer une contrainte pour la société signataire. La Cour de Cassation française a admis dans une affaire relative à un engagement moral, que la clause par laquelle une société exprimait « *la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente [avait] une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* »<sup>1095</sup>.

Dans ces situations la contrainte est appuyée par l'insertion du code de conduite dans le contrat de travail. En dehors de cela, l'instrument demeure juridiquement faible mais son efficacité n'est pas atteinte ipso facto.

## **B/. L'efficacité tempérée des mécanismes d'autorégulation**

Le caractère non contraignant des codes de conduite ne leur enlève pas automatiquement leur efficacité dans l'encadrement des activités des SMSP. En d'autres termes, la « *juridicité atténuée* » de ces instruments d'autorégulation ne signifie pas leur inefficacité. En réalité, ces actes sont capables de jouer un rôle important dans un secteur comme l'industrie militaire et sécuritaire où le droit dur n'a pas encore suffisamment encadré les acteurs. C'est dire que les codes de bonne conduite constituent des sources d'inspiration pour l'adoption de futures règles concernant les SMSP ; ils peuvent se substituer au droit dur lorsque celui-ci est vacant ou peuvent même le compléter.

---

<sup>1094</sup> En France, le Conseil de la Concurrence, dans une décision 07-D-04 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau des franchises de Jeff de Bruges décide que, dès lors que le code de conduite « *est joint au contrat de franchises [...], il a la même valeur contractuelle et la même force obligatoire que le contrat lui-même* ». Cf, Conseil de la concurrence, Décision n°07-D-04 du 24 janvier 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise de Jeff de Bruges. Consultable sur : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07d04.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1095</sup> Cour de Cassation, Chambre commerciale, arrêt n°05-13189, du 23 janvier 2007, Valeur contractuelle d'un engagement moral. Consultable sur : <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20070123-0513189>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

Les codes de bonne conduite peuvent être des sources d'inspiration pour l'adoption de normes de droit dur. D'ailleurs, c'est le souhait exprimé par les rédacteurs du Document de Montreux. Lorsque les Etats adopteront des règles nationales d'encadrement des activités des SMSP, ils pourraient s'inspirer de ce qui est noté dans ce Document.

Les codes de bonne conduite peuvent jouer un rôle de substitution dans la mesure où le droit dur présente des lacunes<sup>1096</sup>. Dans le cadre des activités des SMSP, les instruments d'autorégulation jouent présentement un rôle important en ce sens qu'une régulation internationale n'est pas encore fixée et que parallèlement, les réglementations nationales sont rares.

Les codes de bonne conduite peuvent compléter<sup>1097</sup> les normes de droit dur après leur adoption. En effet, le fait qu'ils se positionnent dans la prévention de commission d'actes interdits les place dans un rôle complémentaire. En réalité, le droit dur ne sanctionne pas toujours ; il connaît ses limites aussi bien juridiques que pratiques. Autrement dit, la sanction n'est pas automatique, quand bien même les règles sont contraignantes. Les immunités de juridiction, la fuite des auteurs des crimes ou leur protection par une puissance sont des obstacles parmi tant d'autres qui peuvent empêcher une sanction. Les codes de bonne conduite constituent une espèce de premier bouclier pour décourager toute velléité tendant à la commission d'infractions. Ils rappellent souvent le respect des règles du droit dur comme celui du droit national applicable, des droits de l'homme ou du droit international humanitaire. Les instruments d'autorégulation tentent de discipliner leurs destinataires pour que les règles ainsi rappelées ne s'abattent sur eux en décrédibilisant ipso facto l'ensemble de la profession. En agissant de la sorte, ils renforcent les règles du droit dur dont ils demandent le respect. Ce n'est pas en réalité le but poursuivi car les codes œuvrent essentiellement pour rassurer la clientèle et renforcer l'image de la profession plutôt que de participer au renforcement de la législation ou des instruments internationaux pertinents.

Toutefois, l'efficacité des codes de bonne conduite est tempérée par la mise en place du contrôle qui est le stade primaire pour dissuader la réalisation des intentions de nuire. Le contrôle interne est le plus institué. Or le contrôle interne non indépendant n'inspire pas une

---

<sup>1096</sup> HUU TRU (Nguyen), « *Les codes de conduite : un bilan* », in RGDIP, Paris, Pedone, 1992, p. 45.

<sup>1097</sup> Idem.

application rigoureuse de l'instrument d'autorégulation<sup>1098</sup>. C'est le système qu'emploie le code de conduite international des SMSP réunies en Suisse en 2010.

Dans les situations où l'encadrement par le droit dur est insuffisant, le rôle que peuvent jouer les codes de bonne conduite dans la substitution connaît des limites en ce sens qu'ils n'ont pas vocation à instaurer des sanctions coercitives. Les sanctions encourues sont généralement des sanctions administratives. Des sanctions pénales sont exclues du fait du principe de la légalité criminelle en vertu duquel, seul un texte de loi est en mesure d'incriminer et de sanctionner pénalement un auteur d'une infraction.

---

<sup>1098</sup> C'est ce que déplore le Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'autodétermination des peuples. Son rapport du 09 janvier 2008 soutenait que « [...] l'autorégulation [...] comportait des limites évidentes si les activités [des] sociétés ou celles de leurs employés ne sont pas soumises à des mécanismes de contrôle et de sanctions externes ». Cf, Assemblée générale, Conseil des droits de l'homme, Rapport sur la « *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au Développement* », présenté par José Luis Gomez Del Prado, 09 janvier 2008, § 37.

## **Titre II : L'encadrement approprié envisageable**

Il ne peut y avoir de réglementation efficace tant que le choix n'est pas fait de situer les sociétés militaires et de sécurité privées par rapport aux acteurs qui évoluent dans la violence privée. C'est dire qu'il s'agit de leur fixer un statut juridique spécifique qui leur permette d'exercer le mieux leurs activités. De ce fait, une réglementation appropriée peut être une prévention à la commission d'infractions. L'encadrement juridique confère une légitimité à ces acteurs qui aspirent à conquérir de nouveaux marchés où ils auront besoin d'une certaine éthique. L'encadrement spécifique permet également de garantir que le monopole de l'emploi de la force légitime reste détenu par les Etats, car il mettra des garde-fous pour que toutes les fonctions ne puissent faire l'objet d'une externalisation. Dans ce sens, il est déterminant de fixer les domaines qui peuvent faire l'objet d'une externalisation et ceux pour lesquels, pour l'intérêt de la communauté internationale et pour celui des sociétés elles mêmes, une délégation doit être interdite.

Le statut juridique des SMSP et leurs membres ainsi que la délimitation des domaines d'externalisation sont deux éléments fondamentaux pour rendre efficace toute option d'encadrement juridique. Mais avant de s'intéresser à ces domaines d'activités (Chapitre II), il s'avère nécessaire dans une logique juridique de réfléchir sur un statut spécifique à octroyer à ces sociétés et à leurs membres (Chapitre I).

### **Chapitre I : Détermination d'un statut spécifique envisageable pour les SMSP et leurs membres**

Les sociétés militaires et de sécurité privées traitent directement avec les Etats et interviennent dans les politiques d'externalisation des fonctions essentielles de sécurité et de défense. Etant des personnes morales de droit privé et du fait de la nature de leurs activités, elles ont une particularité. Les SMSP, dont la plupart exercent des activités traversant des frontières étatiques comme les autres sociétés transnationales (STN), n'ont pas de personnalité juridique internationale. Elles interpellent donc le droit international sur le sort réservé à leur statut. Quand bien même, le contrat qu'elles signent leur octroie des droits et des obligations, cela ne saurait suffire à leur octroyer une personnalité juridique

internationale<sup>1099</sup>. En effet, en dehors du lien contractuel, il n'y a aucune règle internationale qui détermine des droits et des obligations spécifiques pour les SMSP en tant qu'elles sont des personnes morales. A ce niveau, les membres des SMSP, en tant qu'ils sont des individus, se voient appliquer directement des règles du droit international positif<sup>1100</sup>. Mais ces règles ne prennent pas en compte la diversité des activités de ces personnes et leur position dans le cadre de la distinction entre civils et militaires opérée par le droit international humanitaire. En d'autres termes, les membres des SMSP n'ont pas non plus de statut juridique afférent à leurs activités. Or, leurs activités sont très importantes au-delà des frontières étatiques. L'absence de personnalité juridique peut pousser certains à considérer qu'elles n'ont pas de comptes à rendre.

Sans la personnalité juridique, les SMSP et leurs membres ne pourront pas mener des activités dans un cadre stable. Les Etats « *peuvent s'engouffrer dans la faille [de réglementation] pour recourir plus massivement aux services de telles sociétés* »<sup>1101</sup>. C'est dire que les tâches que les prestataires vont mener peuvent potentiellement porter atteinte aux règles du droit international par la commission d'infractions. L'absence de statut en droit international fait penser que la solution pourrait venir du droit national. Or, la faiblesse de ce droit est qu'il n'a vocation à concerner que le territoire national et qu'il n'est pas en mesure de saisir les SMSP qui, comme toutes les sociétés transnationales, sont à la fois une et multiples. En effet, d'un point de vue juridique et structurel, une SMSP multinationale se décompose typiquement, en une pluralité de sociétés nationales correspondant à autant de pays d'implantation de son activité. La société est donc marquée par un dualisme contradictoire entre un élément subjectif, l'unité de l'organisation économique qui détermine sa stratégie, et un élément objectif, la pluralité de ses diverses composantes localisées dans des Etats différents. La législation de l'Etat d'accueil ne vise que les sociétés qui travaillent sur son territoire et celle de l'Etat d'origine ne régit pas les activités des personnes relevant de sa juridiction. Dès lors, l'ensemble du groupe n'est jamais régi par un seul droit national donné. En plus de cela, comme l'a indiqué la SMSP britannique *Sandline International* dans son site internet, les sociétés peuvent devenir des « *nomades* » pour échapper à une législation

---

<sup>1099</sup> L'expression « *personnalité juridique* » a le même sens que celle de « *sujet de droit* ». Voir, SUR (Serge) et COMBACAU (Jean), *Droit international public*, op. cit, p. 312.

<sup>1100</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 715.

<sup>1101</sup> ABDELGAWAD (Elisabeth Lambert), « *Droit international penal - Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international penal* », op. cit, p. 159.

nationale qu'elles considèrent inappropriée ou excessive<sup>1102</sup>. C'est pourquoi, comme cela vient d'être mentionné, il y a une unanimité pour qu'un statut spécifique soit accordé à ces personnes morales et à leurs employés. Mais cette entreprise n'est pas sans poser des problèmes du fait que certains Etats n'y seront pas forcément favorables comme ils l'ont fait savoir à propos de la personnalité juridique internationale des sociétés transnationales commerciales<sup>1103</sup>.

Cet obstacle politique n'enlève pas la raison juridique de reconnaître des droits spécifiques nécessaires et d'imposer des obligations particulières aux SMSP pour qu'elles répondent de leurs actes devant les juridictions compétentes. Le statut est une qualité attribuée à une personne en lui reconnaissant des droits et des obligations. Cette qualité est conférée par un ordre juridique. Même si une partie de la doctrine tend à reconnaître un ordre unique (monistes), la réalité est que, pour une autre partie, il y en a deux (dualistes) : celui de l'Etat qu'on appelle l'ordre interne et celui de la communauté des Etats désigné sous l'appellation d'ordre international. Il n'y a pas de hiérarchie, ni de concurrence entre les deux et que chacun octroie la qualité de statut d'une manière autonome. Dans cette optique, il n'y a aucun obstacle juridique à ce que les SMSP puissent acquérir un statut de droit interne et se voir octroyer des droits et des obligations au niveau international.

## **Section I : La reconnaissance de droits spécifiques aux SMSP**

La reconnaissance d'un statut juridique ouvre la voie de la possibilité de jouir d'un certain nombre de droits. Etant nouvelles sur l'échiquier juridique, les SMSP ont besoin d'une existence légale. C'est dire qu'un encadrement fondé sur leur interdiction ne saurait être efficace. Permettre leur création, l'enfermer dans des règles strictes et leur accorder des droits nécessaires pour exercer leurs missions dans bonnes conditions participerait à rendre solide leur statut juridique.

---

<sup>1102</sup> Voir, le Document de *Sandline International* « *Private military companies: independent or regulated* », in « *White Papers* ». Disponible sur le site de *Sandline International* : <http://www.sandline.com/site/>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>1103</sup> En général, ce sont les Etats les moins développés qui s'opposent à la réglementation internationale des sociétés transnationales commerciales. Ces puissances craignent de voir ces sociétés les égaler au niveau du statut d'acteur majeur. Or dans la pratique, la plupart de ces Etats sont dépassés de loin sur le plan financier par beaucoup de sociétés et subissent même leur influence. Cf, CARREAU (Dominique) et JUILLARD (Patrick), *Droit international économique*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris Précis Dalloz, 2010, p. 40. La puissance des sociétés, même après l'obtention de la personnalité juridique, n'amènerait pas ces personnes morales privées à être titulaires d'une souveraineté quelconque. Cf, DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 715.

## § I : Le droit à l'existence régulière

C'est ce droit qui permet à la SMSP d'être créée et d'exister juridiquement. En effet, une réglementation a pour but de consacrer au profit de ces sociétés un droit à une existence juridique. Ce qui leur permet de pouvoir jouir de droits nécessaires pour conduire leurs activités aussi bien au niveau national qu'international.

### A/. Réglementer le rattachement de la société au droit national

Les sociétés militaires et de sécurité privées sont constituées dans un Etat avant de s'engager dans des activités qui les emmènent au-delà des frontières. Après leur constitution, elles peuvent décider de s'installer sur le territoire d'un autre Etat, soit en délocalisant la société mère, soit en y créant une filiale. Dans tous les cas, l'Etat reconnaît une existence légale à la SMSP, existence qui la rattache au droit interne<sup>1104</sup>. Le rattachement s'effectue par deux grands procédés : l'incorporation que l'on retrouve dans les pays du *Common Law* et le siège social que pratiquent les pays du *civil law*. Pour les premiers, le lieu de l'incorporation est celui où la société prend corps en s'immatriculant ou en s'enregistrant<sup>1105</sup> mais pas forcément celui où elle va installer son siège social. Aux Etats-Unis par exemple, l'une des premières décisions à prendre lorsque l'on veut créer une compagnie est de choisir l'Etat fédéré où elle sera incorporée, à partir d'une analyse complexe des avantages comparés des diverses législations étatiques. Il y a une sorte de « *corporation law shopping* » entre les divers Etats pour trouver le régime juridique le plus approprié aux activités de l'entreprise. La localisation du siège n'est pas révélatrice du rattachement. Il est donc relativement fréquent qu'une compagnie installée à Détroit par exemple ou à Chicago soit incorporée au Delaware, l'Etat qui a le plus fait des incorporations une spécialité locale. Pour illustration, le *Groupe EHC-LLC* qui est une SMSP francophone basée d'abord au Luxembourg à sa création en 1999 par des officiers français, est enregistrée par la suite au Delaware aux Etats-Unis<sup>1106</sup>.

---

<sup>1104</sup> Le rattachement permet de distinguer les personnes morales qui relèvent de son propre système juridique de celles qui lui sont étrangères.

<sup>1105</sup> CACHARD (Olivier), *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 2008, p. 109.

<sup>1106</sup> Information publiée dans le site du Groupe *EHC-LLC*. Consultation sur : <http://www.groupe-ehc.com/>. Dernière visite le 09 octobre 2013. La SMSP américaine, *TITAN corporation* est également enregistrée au Delaware. Cf, United States District Court for southern District of California, *United States of America v. Titan Corporation*, March 1, 2005. Consultable sur : <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/titan-corp/03-01-05titan-info.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013. La société *L3 Communication* qui a racheté *MPRI* en 2000 à 40 millions de Dollars US est également enregistrée dans le Delaware. Cf, United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, *Genocide Victims of Krajina v. L3 Inc.* August 17, 2011. Consultable sur : <http://www.veritas.org.rs/wp-content/uploads/2011/08/misljenje-usa.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

Pour les seconds, c'est-à-dire les Etats du *civil law*, le rattachement d'une personne morale à un droit national s'effectue par le biais du siège social, mais pas n'importe lequel, car la jurisprudence comme en France par exemple, a tendance à chercher la localisation de la direction centrale de la société, c'est-à-dire le siège réel<sup>1107</sup>.

L'existence juridique ne saurait avoir un sens que lorsque la notion même de société militaire et de sécurité privée soit cernée. Une définition précise permet de rendre l'existence beaucoup plus concrète. Elle permet de les distinguer des autres acteurs non étatiques comme les groupes terroristes et les mercenaires<sup>1108</sup>. En fait, elles sont des entités légalement constituées mais dont les activités de fournitures de services de sécurité n'ont pas acquis une existence juridique. Le Projet de convention des Nations unies sur les SMSP contenu dans le Rapport de Del Prado de 2010 en donne une définition. A l'article 2, la notion de société militaire ou de sécurité privée est définie comme « *une société commerciale qui fournit contre rémunération des services militaires ou de sécurité par l'intermédiaire de personnes physiques ou morales* »<sup>1109</sup>. Cette définition ne précise pas que telles sociétés sont constituées sur la base d'un droit national et que leurs prestations sont transnationales. Elle fait comprendre que ces personnes morales rendent alternativement des services militaires et de sécurité. Or, la réalité est que les deux catégories de services peuvent être rendues concomitamment. C'est pourquoi, la définition fournie par le Document de Montreux va y faire référence. Selon cette définition qui utilise l'expression « *entreprise militaire et de sécurité privée* », il s'agit « [d]'entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et/ou de sécurité »<sup>1110</sup>.

Les législations nationales omettent souvent de définir la notion ou elles la définissent mal quand elles s'y mettent. Certaines règlementations, comme celle de la Sierra Leone définissent ces sociétés en se basant uniquement sur l'aspect sécuritaire. Or, les prestataires de

---

<sup>1107</sup> Selon la Cour de cassation française « [...] en principe la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social », Cf, Cassation 1<sup>ère</sup> chambre civile, 30 mars 1971, n°67-13873, Bulletin n°113, CCRMA, Grands arrêts, n°50.

<sup>1108</sup> ROSEMANN (Nils), "Code of Conduct: Tool for Self-Regulation for Private Military and Security Companies", Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) Occasional Paper, n°15, 2008, p. 10.

<sup>1109</sup> Voir, Article 2 du Projet de convention sur les SMSP, p. 23 du *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, § 38, *Président-Rapporteur* : M. José Luis Gómez del Prado, Résolution A/HRC/15/25. Disponible sur : [http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25_fr.pdf). Dernière visite le 13 septembre 2013.

<sup>1110</sup> Document de Montreux : « *L'EMSP est en mesure de prouver que ses sous-traitants respectent des exigences équivalentes à celles de l'EMSP qui a initialement reçu une autorisation de l'État territorial* ». Cf, [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/\\$FILE/ICRC\\_001\\_0996.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/$FILE/ICRC_001_0996.pdf). Dernière visite le 10 septembre 2013.

service de sécurité privée interviennent dans la plupart des cas pour des missions en période de paix (maintien de l'ordre) et des tâches en temps de conflits armés. Cela montre ainsi, que toute législation doit s'adapter à la nouvelle donne de ces entités non étatiques avant d'entreprendre une quelconque définition. Dès lors, l'appellation « *société militaire et de sécurité privée* » cadre bien avec cette réalité du métier qui se diversifie de jour en jour. Ainsi, il est donc logique de définir les SMSP comme étant des sociétés commerciales de droit national, qui fournissent par contrat et au travers des frontières étatiques divers services militaires et ou de sécurité à leurs clients que sont les Etats, les organisations internationales et les entités privées.

Présentement, dans les Etats qui n'ont pas encore de réglementations applicables aux SMSP, celles-ci ne peuvent se prévaloir d'aucun statut. Elles ne sont ni organes de l'Etat, ni des personnes privées à part entière. Elles restent cependant des personnes privées à part, juridiquement parlant. Ainsi sans une existence juridique, elles sont des « *objets juridiques* »<sup>1111</sup>.

Le droit d'exister permet aux prestataires de services de sécurité d'avoir la possibilité de saisir les juges locaux pour défendre leurs droits. Une garantie que des mesures arbitraires ne soient prises à leur encontre participerait à renforcer leur protection sur le territoire de l'Etat d'accueil. Ce dernier doit être en mesure de payer le coût de la mission qu'il a confiée à la société qu'il emploie. Cela permet d'éviter que la société se fasse payer sur les ressources naturelles du pays comme cela a été vu en Sierra Léone avec *Executive Outcomes*. L'échange des services des SMSP contre les concessions minières empoisonne les relations entre ces sociétés et les populations locales qui risquent de se sentir dépouillées de leurs biens naturels. C'est pourquoi, au final, la réglementation de l'Etat hôte est une espèce de protection pour la population locale contre « *les effets indésirables pouvant résulter* »<sup>1112</sup> du comportement des employés des sociétés. Mais la réalité est que, les sociétés sont souvent très puissantes vis-à-vis de certains Etats surtout ceux qui sont au bord de la déliquescence. Dans cette situation, l'application de la réglementation s'avère très compliquée.

La réglementation interne assure également une protection en faveur des SMSP. En cas de conflit entre une SMSP et un Etat avec lequel il est lié par un contrat, son Etat de

---

<sup>1111</sup> GARCIA (Thierry), « *Le développement du mercenariat et la privatisation de la sécurité* », op. cit, p. 120.

<sup>1112</sup> COTTIER (Michael), « *Attribution de mandat aux entreprises de sécurité et militaires privées et régulation de leurs activités : éléments à considérer* », op. cit, p. 236.

nationalité<sup>1113</sup> pourra exercer à son profit la protection diplomatique<sup>1114</sup>. Ce conflit avec l'Etat cocontractant peut exister sur la base du lien juridique contractuel. De ce fait, la société est soumise à la loi du contrat qui peut être la loi de l'Etat qui la mandate.

## **B/. La consécration de l'existence juridique de la personne morale privée en droit international**

Au niveau international, les SMSP n'ont pas la qualité de personne morale de droit international. Cette qualité est aujourd'hui détenue principalement par les Etats et les organisations internationales. Dès lors, les sociétés n'ont aucune existence juridique sur la scène internationale. Comme les sociétés transnationales en général, elles « *n'existent pas comme sujets juridiques puisqu'elles ne sont pas directement soumises à [aucune règle de droit international] et elles ne peuvent pas ester en justice car les tribunaux internationaux sont réservés aux Etats et accessoirement aux organisations internationales* »<sup>1115</sup>. Pour qu'elles soient ainsi, la doctrine propose au moins qu'elles puissent avoir « *la capacité substantielle* »<sup>1116</sup> c'est-à-dire, participer à l'élaboration des normes les concernant et avoir « *la capacité processuelle* »<sup>1117</sup>. Cela signifie pour elles de pouvoir, en revendiquer le respect dans leurs rapports avec les autres sujets, en imposer le respect par le biais d'une administration ou d'une juridiction. Sur le plan de l'élaboration des normes les concernant, les sociétés militaires et de sécurité privées peuvent participer à la mise en place des codes de conduite par exemple. Elles ont participé aux travaux préparant le Document de Montreux. Elles peuvent exercer une influence considérable sur l'élaboration des traités internationaux<sup>1118</sup> relatifs à leur domaine d'activité. En matière humanitaire, les organisations non gouvernementales ont, par exemple, joué un rôle considérable lors de la rédaction de certaines conventions internationales comme la *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnelles et sur leur*

---

<sup>1113</sup> L'article 9 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat définit l'Etat de nationalité d'une société comme un « *Etat sous la loi duquel cette société a été constituée [...]* ».

<sup>1114</sup> Selon la CIJ, « *La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège* ». Cf, CIJ, *Affaire Barcelona Traction*, 5 février 1970, Rec., p. 43.

<sup>1115</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 625.

<sup>1116</sup> SUR (Serge) et COMBACAU (Jean), *Droit international public*, op. cit, p. 324.

<sup>1117</sup> Idem.

<sup>1118</sup> Par contre, en tant que personnes privées, les SMSP ne pourraient avoir aucune influence sur deux sources du droit international, à savoir la coutume et les principes généraux du droit. En raison de leur mode de formation, seuls les Etats peuvent prétendre participer à leur élaboration. Cf, DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 720.

*destruction*<sup>1119</sup>. Et elles sont sollicitées dans beaucoup de domaines pour remplir des missions, qui relevaient jadis de la compétence des Etats. Dans cette optique, comme cela est valable aussi pour les sociétés transnationales en général, le besoin d'une norme universelle à destination de ces personnes morales, s'est fait sentir à plusieurs reprises. Cette norme consacrerait l'existence juridique des personnes morales en droit international. Les SMSP doivent pouvoir jouir de droits dans la mesure où la situation dans laquelle elles sont, ne les préserve pas du pouvoir arbitraire d'un Etat. Cette situation ne préserve pas non plus leurs employés qui sont susceptibles d'être pris pour des mercenaires et faire l'objet de sanctions non conformes au droit international. Les biens des SMSP ne sont pas à l'abri de saisie, de destruction, bref, d'actes malveillants pouvant aller à l'encontre de leurs propriétaires. C'est dans ce sens qu'il est nécessaire de prévoir un catalogue de droits. Cet ensemble de normes ne hissera pas les entités privées au même niveau que les Etats en matière de droit. En d'autres termes, cela ne signifiera pas qu'il faille donner aux SMSP et aux sociétés transnationales la possibilité de négocier des traités internationaux en dehors de la sphère des Etats. Il s'agira plutôt de les protéger pour qu'elles puissent remplir leurs missions et continuer à exercer leurs activités en toute tranquillité. Pour bénéficier de cette protection les SMSP doivent prétendre à la jouissance et à l'exercice des droits consacrés les instruments pertinents de droit international des droits de l'homme. En réalité, les sociétés militaires comme toute personne privée tendent à se protéger contre l'arbitraire des pouvoirs publics. Seulement dans l'expression « *droit de l'homme* », le mot « *homme* » fait référence à la personne physique. Mais dès lors que la personnalité juridique est attribuée à une personne morale, la question de l'égalité de protection se pose légitimement entre les différentes catégories de personne. Lors de l'adoption du Pacte des droits civils et politiques de 1966, le Japon avait franchi le rubicon en proposant de substituer le terme « *personne* » à « *individu* ». Cela s'est passé au niveau universel et les autres délégations nationales avaient la préférence pour le mot « *individu* ». La proposition du Japon permettrait d'interpréter l'expression « *personne* » comme incluant les personnes morales. C'est ce qui va se passer au niveau régional dans le cadre du Conseil de l'Europe. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme dispose à son article premier que les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur

---

<sup>1119</sup> Leur rôle a été souligné dans le Préambule en ces termes : « *soulignant le rôle de la conscience publique dans l'avancement des principes humanitaires comme en atteste l'appel à une interdiction totale des mines antipersonnelles et reconnaissant les efforts déployés à cette fin par le Mouvement International de la Croix-Rouge et du Croissant rouge, [...] et de nombreuses organisations non gouvernementales du monde entier* ». Cf, « *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnelles et sur leur destructions* », 18 septembre 1997. La Convention est consultable sur : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch\\_XXVI\\_05p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970918%2007-53%20AM/Ch_XXVI_05p.pdf). Dernière visite le 30 août 2013.

juridiction les droits et les libertés contenus dans le traité. Si le terme « *personne* » est utilisé ici sans « *adjectif* », ce n'est pas le fruit d'un hasard. Cette disposition montre aussi que tous les droits dont jouissent les personnes physiques ne sont pas forcément ceux que pourraient revendiquer les personnes morales. Certains droits comme la liberté de conscience, le droit à l'instruction ou même le droit au mariage ne sont pas « *compatibles avec la nature particulière* »<sup>1120</sup> des personnes morales. Mais par contre, le droit à un procès équitable, la protection de la propriété privée et la liberté d'expression peuvent être utiles s'ils sont garantis pour les personnes morales, dont font partie les SMSP.

D'ailleurs, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a reconnu à des personnes morales la jouissance de certains droits de l'homme en acceptant de connaître de leurs recours lorsqu'elles sont victimes en matière de propriété ou de liberté d'expression. La Cour a aussi reconnu que les locaux professionnels d'une entreprise sont protégés par le droit au respect du domicile inscrit à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1121</sup>.

Cette tendance peut être élargie et bénéficier aux SMSP. En effet, celles-ci ne sont pas seulement potentiellement violatrices des droits de l'homme, elles en sont aussi des potentielles victimes<sup>1122</sup>. Or cet aspect est souvent occulté par les critiques qui s'abattent sur ce que font les SMSP et leurs membres et non sur ce qu'ils subissent. Par exemple, *Sandline international* a été obligée de quitter le territoire de la Papouasie Nouvelle Guinée alors que le contrat qui la liait à cet Etat n'était pas encore arrivé à son terme. Il est vrai que la société a pu saisir un arbitre pour faire condamner l'Etat papouan-néo-guinéen pour rupture abusive. Mais elle n'aurait pas pu le faire devant une instance juridictionnelle internationale<sup>1123</sup>.

Cependant, à la lumière de cet exemple, il apparaît nécessaire de garantir des droits aux SMSP qui leur permettent d'exercer dans les sphères nationale et internationale.

---

<sup>1120</sup> MARCUS-HELMONS, « *L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes morales* », in JTDE, 1996, p. 151.

<sup>1121</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Société Colas Est et autres c. France*, 16 avril 2007. Consultable sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=702856&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>1122</sup> C'est le cas de l'assassinat des employés de *Blackwater* à Falloujah dont les corps ont été mutulés et suspendus aux poutrelles d'un pont. Voir, WAXMAN (Henry A.), « *Private military Contractor in Iraq: An examination of Blackwater's actions in Fallujah* ». Ce texte peut être consulté sur : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20070927104643.pdf>. Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>1123</sup> Certaines instances comme le Comité des droits de l'homme des Nations unies ne reçoivent toujours pas les réclamations des personnes qu'elles considèrent comme ne faisant partie des personnes pour lesquelles les droits contenus dans les Pactes sont garantis.

## **§ II : La jouissance de droits nécessaires pour l'exercice des missions**

Ces droits sont une nécessité pour les sociétés militaires et de sécurité privées en vue de mener les missions qui leur sont confiées sans risquer de rendre des comptes pour exercice illégal d'activités. A partir de leurs territoires nationaux, les personnes morales et physiques ont besoin dans ce cadre que leur législation nationale leur permette de signer des contrats qui les emmènent à travailler à l'étranger. Les Etats ont intérêt à octroyer ce droit d'exercice car il leur permet de mettre des garde-fous pour éviter que le comportement de ses ressortissants lui soit reproché. D'ailleurs, c'est qui a poussé l'Afrique du sud à adopter en 1998 sa loi dénommée RFMAA. En effet, le comportement d'*Executive Outcomes* dans le continent africain avait écorné sa réputation dans le monde. Les Etats d'accueil doivent prévoir les conditions pour octroyer le droit d'exercer pour pouvoir contrôler les sociétés admises sur leur territoire et celles qui ne le sont pas. Au niveau international, le droit d'exercer participe à la protection des salariés des SMSP dans la mesure où cela peut leur éviter d'être traités comme des combattants illégaux, voire de mercenaires, une fois qu'ils sont capturés dans le cadre d'un conflit armé.

### **A/. Dans l'espace national**

Dans ce contexte de nécessité de réglementer le statut des SMSP, aucun Etat d'origine ne saurait négliger ce devoir. Cela concerne également les Etats d'accueil, car les sociétés recrutent souvent même sur place et de ce fait, les conditions dans lesquelles les ressortissants de l'Etat hôte sont embauchés doivent être conformes à une réglementation préalablement établie. La réglementation peut ainsi prévoir d'octroyer une liberté à la société de pouvoir exercer son activité et celle-ci peut s'assurer ainsi qu'elle suit un domaine légal. Ce droit d'exercer est matérialisé souvent par un système d'autorisation administrative ou de licence. Un tel système d'exercice existe, par exemple, en droit français dans le cadre d'activités différentes mais proches de celles des SMSP. En effet, il est notamment prévu dans la loi n°83-629 du 12 juillet 1983<sup>1124</sup> relative aux activités privées de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds (article 7). La licence, quant à elle, a été prévue par la plupart des Etats qui ont réglementé les activités des SMSP. Dans la pratique, il a été noté qu'en Afghanistan, plusieurs sociétés militaires et de sécurité privées travaillent dans la nébulosité

---

<sup>1124</sup> Modifiée par le Loi n°2009-971 du 3 août 2009, JORF du 6 août 2009, p. 15281.

totale sans l'autorisation des autorités afghanes et de la coalition<sup>1125</sup>. Il est difficile, voire quasi impossible, de prendre des sanctions éventuellement contre des sociétés n'ayant aucune licence. Cette situation en marge du droit risque de les placer sous la critique des populations locales. C'est pourquoi le Gouvernement afghan a pris la mesure en 2008 d'instituer un système de licence<sup>1126</sup>.

Les Etats doivent s'assurer que les victimes puissent avoir la possibilité de saisir la justice locale et que celle-ci soit compétente pour pouvoir statuer sur leurs plaintes. Une obligation de rendre des comptes à la charge de la SMSP peut être une garantie pour les victimes de pouvoir être indemnisées, car les sociétés sont souvent plus solvables que les particuliers, personnes physiques. La possibilité d'engager la responsabilité de la personne morale est une prévention pour que les sociétés veillent à ce que leurs employés ne commettent aucune violation ou en fassent le moins possible.

Les SMSP doivent également jouir d'une liberté contractuelle plus importante. En fait, elles évoluent dans un domaine où il y a beaucoup de restrictions telles que les exportations en matière d'armement. Les législations nationales sur les exportations des matériels de guerre mettent en place un système de contrôle. Pour illustration, l'*Arms Export Control Act* des Etats-Unis prévoit le contrôle des importations et des exportations d'armes ou autres biens ou services de défense. En France, le Décret-loi<sup>1127</sup> du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre met en place un contrôle strict des exportations d'armement. Ainsi, ce sont les services du Premier Ministre qui donnent l'autorisation après avis de la Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre. L'accord qui est ainsi donné est un acte politique car il s'analyse en un soutien implicite du Gouvernement à l'activité que va mener la SMSP. Au final, c'est comme si c'est l'assistance militaire traditionnelle de l'Etat qui continuait sous une autre forme. Le contrôle qui permettrait aux SMSP d'avoir plus de liberté contractuelle serait de leur donner une autorisation de

---

<sup>1125</sup> *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, § 13. Ce Rapport est présenté le 5 juillet 2010, *Président-Rapporteur* : M. José Luis Gómez del Prado, Résolution A/HRC/15/25. Disponible sur : [http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25_fr.pdf). Dernière visite le 13 septembre 2013.

<sup>1126</sup> ALEXANDER (Kerry) and BOHM (Alexandra), "Regulating privatisation of "war": the role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights", The PRIV-WAR project is supported within the 7th Framework Research Programme by the European Commission DG Research, 28 May 2009, Report on the Sheffield Workshop, p. 21. Voir aussi, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, op. cit., § 13.

<sup>1127</sup> L'expression « décret-loi » est remplacée aujourd'hui par celle d'« ordonnance » dans le cadre de la V<sup>ème</sup> République.

négociation avec leurs clients. Ce contrôle s'exercerait en amont et en aval. En amont, l'Etat interviendrait dans le choix du client pour voir si cela ne contrevient pas à sa politique étrangère. En aval, il s'agirait de s'assurer que le contrat signé n'ait pas violé les dispositions d'un texte régissant les exportations des services de sécurité militaires. Ce système permettrait de satisfaire à un argument commercial, à savoir la rapidité. Dans un monde concurrentiel, la rapidité est un élément important pour pouvoir gagner des marchés.

Toutefois, le droit international peut prévoir des mécanismes permettant de donner un droit d'exercer aux prestataires de services de sécurité militaires.

## **B/. Dans l'espace international**

Le droit d'exercer au niveau international concerne aussi bien les sociétés militaires et de sécurité privées en tant que personnes morales que leurs membres. Les SMSP personnes morales ont besoin de protection assurée par le droit international. Le fait que des normes internationales consacrent leur existence en leur octroyant des droits est un gage pour elles de ne plus subir les qualifications qui portent atteinte à leur légitimité. Elles ne sont pas confrontées à un problème de « *légalité* » dès lors qu'aucune règle de droit international n'interdit à ces sociétés d'intervenir dans des situations où elles sont appelées. Mais elles souffrent plus de problème de légitimité dans la mesure où, aucune permission réglementaire ne leur est pas encore accordée. Quant aux membres, bien qu'étant des individus, ils ne jouissent pas de droits sous forme de garanties leur permettant de mener à bien leurs tâches. Ils interviennent dans des situations conflictuelles alors que le droit international humanitaire ne reconnaît pas leur existence dans ce domaine. Le risque de l'arbitraire les guette en ce sens que le manque de réglementation peut les exposer à des sanctions ou à des traitements non conformes à la dignité humaine.

Pour toutes ces raisons, des droits qui protègeraient ces acteurs doivent figurer dans toute forme de régulation internationale.

### **a). Le droit à la protection pour les SMSP personne morale**

Dans le domaine international, le droit pour les sociétés militaires et de sécurité privées d'exercer leurs activités doit être nécessairement consacré. Ce droit leur permettra de ne pas être confondues avec les acteurs que le droit international défend d'intervenir dans les conflits comme les mercenaires. Il est fréquent de rencontrer les expressions comme « *société*

*de mercenaire* », « *mercenariat entrepreneurial* » qui cachent mal la volonté de leurs auteurs de mettre sur le même pied, les SMSP et les mercenaires individuels lesquels ont brillé dans l'histoire par leur côté affreux. D'ailleurs, c'est ce côté décrié des mercenaires qui a amené les Etats sous les auspices des Nations unies à prévoir dans la Convention de 1989<sup>1128</sup>, l'interdiction des mercenaires dans les conflits armés. Les Etats africains ont devancé la communauté internationale dans ce cadre dans leur convention signée à Libreville en 1971. Les mercenaires intervenaient dans les conflits tant internationaux qu'internes et étaient souvent des causes d'aggravation des crises. Les SMSP ont quand même l'avantage de pouvoir servir leurs clients dans des causes plus convenables telles que la protection des convois humanitaires, la sécurisation de zones protégées dans le cadre d'un conflit, le maintien de l'ordre, les secours lors des catastrophes naturelles. Ces éléments dont la liste n'est pas exhaustive, doivent amener la communauté des Etats à consacrer un droit pour les sociétés militaires et de sécurité privées d'exercer dans l'espace international.

Pour exercer leurs activités à travers les frontières, ces acteurs ont besoin d'avoir des relations contractuelles sécurisées. Il s'agira de permettre à ces entités non étatiques de pouvoir exiger de l'Etat cocontractant le respect de ses engagements sans pour autant se baser sur une hypothétique protection diplomatique de l'Etat national, protection qui reste un droit de l'Etat et non celui de la personne physique ou morale qui la sollicite. Cela peut être la possibilité pour les sociétés militaires et de sécurité privées de pouvoir saisir une instance juridictionnelle internationale comme l'Organe de Règlement des Différends (ORD) dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Présentement dans les litiges relatifs aux contrats entre les SMSP et les Etats-clients, le recours à l'arbitrage est le seul mode de résolution des conflits entre les parties. Or, le règlement arbitral est caractérisé par un problème d'exécution de la sentence lorsque le débiteur est un Etat. Dans l'exemple du litige qui avait opposé *Sandline International*<sup>1129</sup> à la Papouasie Nouvelle Guinée, une sentence a été rendue en 1998 et puis en 1999, la Cour suprême de l'Etat du Queensland en Australie a donné raison à la société de nationalité britannique<sup>1130</sup>. *Sandline International* a dû attendre

---

<sup>1128</sup> Convention des Nations unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, New York, 04 décembre 1989. Consultable sur le site de la collection des traités des Nations unies au lien suivant : [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1989/12/19891204%2008-54%20AM/Ch\\_XVIII\\_6p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1989/12/19891204%2008-54%20AM/Ch_XVIII_6p.pdf). Dernière visite le 07 septembre 2013.

<sup>1129</sup> Pour voir l'historique de ce conflit, Cf, [www.aph.gov.au/house/committee/jfadt/bougainville/bv\\_chap2.pdf](http://www.aph.gov.au/house/committee/jfadt/bougainville/bv_chap2.pdf). Dernière visite le 07 septembre 2013.

<sup>1130</sup> Supreme Court of Queensland (Australia), *Independent State of Papua New Guinea, Re* [1998] QSC 298; [1999]2 Qd.R. 365 (98/1011) Brisb Ambrose J. 22/12/1998. Consultable sur : <http://archive.sclqld.org.au/qjudgment/1998/QSC98-298.pdf>. Dernière visite le 14 septembre 2013.

deux ans et la faveur d'un nouveau Gouvernement qui a accepté de lui verser les sommes que les arbitres ont ordonnées de payer. Dans ces relations contractuelles entre SMSP et Etat, ce dernier utilise souvent le principe de souveraineté pour entraver la marche de la justice arbitrale. L'exécution d'une sentence a toujours besoin d'une justice. Or, à défaut d'un juge international, il ne reste que les juges nationaux. Mais ces derniers sont très limités dans leurs compétences pour exiger d'un Etat étranger de respecter leurs décisions à cause de l'immunité juridictionnelle dont celui-ci jouit. C'est pourquoi, pour plus de sécurité des prestataires de services de sécurité militaire, une justice internationale du type de la CIJ serait plus à même de garantir une véritable exécution. Mais il va falloir convaincre les Etats de se soumettre à une justice internationale qui, en général, ne saurait statuer sans leur accord préalable en forme d'acceptation d'être jugés.

## **b). Le droit à la protection pour les membres des SMSP**

Les sociétés militaires et de sécurité privées sont des contractants pour lesquels le droit international n'a pas encore prévu une protection spéciale. Cette protection ne saurait avoir lieu qu'au cas par cas car les membres des SMSP peuvent mener des activités qui les placent au cœur des combats comme ils peuvent s'éloigner des hostilités tout en exécutant leurs prestations. C'est pourquoi, il convient de les considérer selon qu'ils sont en position de combattants ou en position de civils.

### **1). En position de combattants**

Si les membres des sociétés militaires et de sécurité privées participent aux hostilités, ils doivent bénéficier des mêmes droits que les combattants réguliers. Ainsi, ils pourraient jouir du droit de participer directement aux hostilités. Cela veut dire qu'ils ne risquent pas de condamnations judiciaires pour le simple fait de s'engager dans un conflit armé. Tous les acteurs comme les mercenaires qui n'ont aucun droit reconnu de prendre part dans un conflit, sont des « *combattants irréguliers* »<sup>1131</sup>. Si une régulation de leurs activités est sur le point d'être réalisée, ce droit mérite de leur être octroyé. Cela ne veut pas dire que les membres des SMSP vont être transformés en militaires ou même prendre la place des armées nationales. Mais, c'est une manière de leur garantir une légitimité et une protection une fois qu'il est

---

<sup>1131</sup> Le droit international n'a consacré l'existence des expressions « *combattant irrégulier* » et « *combattant illégal* ». Seulement, on peut trouver, par exemple, l'expression « *combattant illégal* » dans les législations nationales. Voir sur ces notions, FINAUD (Marc), « *Abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au droit international humanitaire* », in RGDIP, 2006, n° 4, p. 862.

avéré qu'ils ont participé aux hostilités. L'exercice de leurs missions peut les pousser à prendre part activement dans le déroulement des conflits. C'est le cas par exemple lorsqu'ils gardent des matériels de guerre que les adversaires du camp qui les emploie veulent détruire. C'est le cas également lorsqu'ils sont employés pour repousser des rebelles dans le cadre d'un conflit interne comme cela a eu lieu en Sierra Leone et en Angola dans les années 90 avec *Executive Outcomes*. En cas de participation aux hostilités, les membres des SMSP deviennent des cibles légitimes pour les adversaires de leur camp. En effet, mêmes les civils ordinaires peuvent être attaqués s'ils participent activement au conflit. La logique voudrait que quand ils deviennent des cibles légitimes, ils doivent *ipso facto* bénéficier des droits afférents au statut de combattant. Ces droits ne se limitent pas seulement à celui de participer aux hostilités mais s'étend à celui de jouir du statut de prisonnier de guerre.

En cas de capture, ils doivent être traités avec humanité. Le statut de prisonnier de guerre devrait donc leur être accordé.

## **2). En position de civils**

Les membres des SMSP peuvent se trouver en position de civil dans plusieurs situations. Il en est ainsi lorsqu'ils interviennent dans des opérations en dehors de conflit armé comme le maintien de l'ordre, ou dans les cas où ils sont employés par des sociétés commerciales. Même en période de conflit, ils peuvent exercer des activités qui n'ont pas de rapport avec le combat comme l'entraînement des troupes ou l'escorte des convois humanitaires. Lorsque le concept de « *participation directe aux hostilités* » sera défini<sup>1132</sup>, les activités ne rentrant pas dans la définition, mettront les membres des SMSP dans une position de civil. Dans ces situations, ils doivent être protégés contre des attaques<sup>1133</sup>. Ils ne sont des cibles légitimes que lorsqu'ils sont en position de combattants. Mais tant qu'ils n'ont pas de statut régulièrement déterminé, il n'y aura pas de garantie que cela soit respecté. C'est pourquoi les réglementations doivent prévoir un système de protection pour les membres des sociétés militaires et de sécurité privée. Ce système peut être calqué sur la protection prévue pour les civils en droit international.

---

<sup>1132</sup> Nous reviendrons sur l'approche de la notion de « *participation directe aux hostilités* » dans les pages qui suivent au niveau des obligations spéciales.

<sup>1133</sup> Article 51.3 du Protocole additionnel I de 1977 des Conventions de Genève de 1949. Voir aussi, BILKOVA (Veronika), « *Members of private military and security companies and/as unlawful combatants* », in EUI Working Papers, AEL 2009/15, Academy of European Law, Priv-War Project, p. 13. Consultable sur [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 03 septembre 2013. Voir également, CAMERON (Lindsey), « *Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation* », op cit., p. 590.

## **Section II : Détermination d'obligations spécifiques pour mieux encadrer les activités des SMSP**

Pour que les activités des sociétés militaires et de sécurité privées puissent perdurer, il ne saurait être pertinent de laisser ces acteurs évoluer dans un environnement sans une réglementation spécifique qui leur fixe des obligations pertinentes. Les SMSP ont investi les domaines de la sécurité et de la défense qui jadis, faisaient partie d'une zone exclusive des Etats. En droit international, les personnes morales de droit privé ne peuvent se voir imposer les mêmes obligations que les Etats. Leurs membres, bien qu'étant des individus, ne peuvent se faire imposer efficacement les obligations des combattants<sup>1134</sup> ni celles des civils. En effet, ils ne sont pas concernés par la définition des combattants. Ils sont armés et en vertu de leurs contrats, ils sont chargés d'une mission qui leur permet d'employer des moyens de coercition. Au final, le principe de la distinction entre civil et combattant ne suffit pas pour consacrer des obligations aux membres des SMSP. Pour toutes ces raisons, il y a une nécessité impérieuse d'adapter le droit international à l'existence de ces acteurs.

En droit interne, il y a également un motif légitime pour les législations nationales de se conformer à cette nouvelle donne car elles n'ont pas encore les armes pour faire face à des sociétés qui installent leurs filiales dans les territoires d'autres Etats. Le droit national ne parvient pas à atteindre la société mère quand ses filiales sont impliquées dans des faits. De la même manière, quand les sociétés adoptent des sous-traitances en cascade, un véritable problème de responsabilité est constaté. Dans cette optique, le droit national doit être adapté au même titre que le droit international.

### **§ I : Adapter les textes de droit international humanitaire**

Le fait que les textes internationaux soient inadaptés à l'existence des sociétés militaires et de sécurité privées ne fait plus de doute. L'évolution de la conflictualité a nécessité de revoir les textes existants qui régissent les comportements des acteurs des conflits armés. En prenant en considération le rôle que les SMSP jouent dans la gestion des conflits tant internationaux qu'internes, il va de soi que les règles qui ont été conçues sans égard à ces nouveaux types d'acteurs, ne peuvent pas être pertinentes pour encadrer leurs activités. Ainsi l'adaptation des textes du droit international humanitaire va de soi et elle consiste d'une part à

---

<sup>1134</sup> ABDELGAWAD (Elisabeth Lambert), « *Droit international pénal- Les sociétés militaires privées: un défi supplémentaire pour le droit international penal* », op. cit, p. 159.

consacrer de nouvelles obligations spécifiques aux SMSP et à leurs membres et d'autre part, à réformer le système répressif international dans le but mieux mettre fin à leur impunité.

### **A/. Consacrer des obligations internationales spécifiques aux SMSP**

Cette consécration s'effectue par le fait de considérer les SMSP comme une Partie au conflit dès lors qu'elles se sont engagées à exercer des missions dans le cadre d'une participation directe aux hostilités. Mais il s'agira aussi dans cette rubrique de déterminer quelles obligations spécifiques il convient de mettre à la charge des membres dans la mesure où ils ne sont ni civils ordinaires ni militaires.

#### **a). Obligations spécifiques pour les SMSP personne morale**

En matière d'obligations, les SMSP peuvent être destinataires des règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme.

D'abord pour le droit international humanitaire, étant donné les rôles que ces sociétés peuvent jouer dans la gestion des conflits armés, il est logique que les règles gouvernant ces situations s'appliquent directement à elles. Le fait qu'elles puissent être appelées à administrer par exemple un centre de détention de prisonniers de guerre comme cela s'est produit en Irak<sup>1135</sup> montre que le droit international humanitaire doit pouvoir être respecté par la société elle-même. Ainsi, elle doit appliquer et faire appliquer le droit international humanitaire à ses employés. En étant l'employeur des personnes physiques qui exécutent la mission sur le terrain, la SMSP doit répondre des actes de ses salariés devant la justice nationale ou internationale. Elle doit être en mesure d'imposer un comportement conforme au droit international humanitaire aux personnes qu'elle emploie sur la base de règles qui lui dictent une obligation d'agir. Dès lors que les personnes morales jouent un rôle dans les conflits armés, il est normal qu'elles soient comme les autres acteurs (Etats et individus) astreintes d'obligations spécifiques. Mais pour cela, il faut aussi prévoir que leur responsabilité internationale soit spécialement susceptible d'être engagée. Elle doit être différente de celle des Etats dans la mesure où elle devrait être pénale et qu'une telle sanction ne saurait s'appliquer aux Etats. Les SMSP ne sont pas parties aux conventions internationales et à ce titre, elles peuvent se voir imposer des obligations qui correspondent à leurs rôles dans le déroulement des conflits armés. Cela peut être des obligations de moyens en vue de mettre

---

<sup>1135</sup> LEHNARDT (Chia), « *Individual liability of private military personnel under international criminal Law* », op. cit, p. 1016.

l'accent sur la prévention d'éventuelles violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Il ne s'agira pas d'édicter un principe général de responsabilité des sociétés militaires et de sécurité privée. Cette responsabilité d'entité non étatique doit se baser sur des critères précis pour éviter l'arbitraire et l'impunité. Dans le cadre d'une responsabilité pénale directe par exemple, il peut être prévu la notion de *complicité d'entreprise*<sup>1136</sup>. Une autre forme de responsabilité peut être prévue, cette fois, indirecte. Il s'agit d'une responsabilité civile qui oblige les sociétés à réparer les violations commises par leurs employés. Etant plus solvables que les particuliers, les personnes morales seront en mesure d'assumer cette réparation pouvant soulager les souffrances des victimes.

Ensuite, s'agissant du droit international des droits de l'homme, la société peut être accusée de violation de ces droits mais elle n'est pas encore reconnue comme garante du respect de tels droits. C'est seul l'Etat que les instruments internationaux obligent à garantir les droits humains. Ainsi, il peut voir sa responsabilité internationale engagée en cas de manquement dans ce cadre. Si l'Etat ne remplit pas ses obligations de *due diligence* en termes de législation pour sanctionner les violations des droits de l'homme, il sera responsable internationalement. L'Etat ne doit pas négliger d'imposer le respect des droits de l'homme à des sociétés comme les SMSP. Mais cette imposition ne se fera pas en demandant aux sociétés militaires de respecter toutes les obligations de l'Etat dans ce domaine. Mais quand il s'agit de créer une obligation pour les SMSP de garantir le respect des droits de l'homme, le rôle dévolu à ces sociétés ne saurait être le même que celui des Etats. En effet, dans ce cadre, présentement, les Etats interviennent avec des mesures législatives et judiciaires en déterminant la nationalité, instituant des tribunaux et en garantissant par exemple un procès équitable. Les SMSP, quelle que soit leur importance, ne peuvent assurer de tels rôles car ces compétences sont intrinsèquement liées au statut d'Etat. Il est possible, par exemple, de leur imposer de faire respecter le droit à la vie, l'interdiction de torture, le respect du droit des travailleurs, la prohibition du travail forcé etc. L'objectif est de leur imposer des obligations spécifiques en tenant compte de leur nature d'entités non étatique et de la nature de leurs activités et les droits particuliers auxquels elles peuvent porter atteinte. C'est également dans ce sens qu'il faut imposer des obligations spécifiques aux membres de ces sociétés.

---

<sup>1136</sup> Nous reviendrons sur cette notion dans les pages qui suivent. Voir, la Résolution de la Commission des Droits de l'homme 2005/69 sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, 59<sup>ème</sup> séance du 20 avril 2005, E/CN/RES/2005/69. Voir aussi, TPIR, *affaire Musema*, 27 janvier 2000, § 168 et suivants.

## b). Obligations spécifiques pour les membres des SMSP

Les personnes qui travaillent pour des sociétés militaires et de sécurité privées dans les conflits armés ont des droits et des obligations en vertu du droit international humanitaire en tant qu'ils sont des personnes physiques<sup>1137</sup>. Mais il n'existe aucun statut qui couvre tous les employés et qui leur octroie des droits et des obligations particuliers. Or, sans ce statut les membres des SMSP continueraient à évoluer dans une situation juridique ambiguë<sup>1138</sup>. En réalité, le statut général peut avoir une influence sur la conduite de ces employés<sup>1139</sup> sur le terrain. Quand ils interviennent dans un conflit armé, quelles que soient les activités qui leur sont assignées, ils ne doivent pas être confondus avec des acteurs dont les statuts sont déjà déterminés par le droit international humanitaire. Il ne suffira pas de les traiter comme des civils car même si les membres des SMSP ne sont pas des militaires, ils ne sont pas non plus des civils ordinaires. Le fait qu'ils soient armés et qu'ils mènent des missions de prérogatives de puissance publique font d'eux des acteurs à part entière des conflits armés n'ayant aucune obligation spécifique. Pour leur imposer des obligations efficacement, il faut qu'ils soient combattants ou civils. Les activités spéciales de ce personnel exigent que des critères de déterminations soient établis avec un soin particulier. Il ne s'agira pas de porter atteinte au principe de la distinction entre civils et combattants, lequel constitue « *une norme de droit international coutumier* »<sup>1140</sup>. En fait, les règlementations vont prévoir des critères permettant

---

<sup>1137</sup> Selon le TPIR, « *Les dispositions des lois et coutumes de la guerre s'adressent non seulement aux combattants et aux fonctionnaires de l'Etat et autres autorités publiques, mais aussi à quiconque est en position de participer à leur violation* ». TPIR, (Chambre de première instance), Affaire *Le Procureur c. Musema*, 27 janvier 2000, § 270. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 27 septembre 2013. Dans une autre affaire, il a été décidé que : « *La Chambre d'appel est donc d'avis que le droit international humanitaire serait déprécié et remis en cause si l'on admettait que certaines personnes puissent être exonérées de la responsabilité pénale individuelle pour violation de l'article 3 commun sous prétexte qu'elles n'appartiendraient pas à une catégorie particulière* ». Cf, TPIR, (Chambre d'appel), *Le Procureur c. Akayesu*, Arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2001, Affaire n°IT 96-4, §, 443. Consultable sur : <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>. Dernière visite le 27 septembre 2013.

<sup>1138</sup> LEHNARDT (Chia), « *Individual liability of private military personnel under international criminal Law* », op. cit, p. 1016.

<sup>1139</sup> KINSEY (Christopher), « *Le droit international et le contrôle des mercenaires et des compagnies militaires privées* », op. cit.

<sup>1140</sup> Ce principe a été formulé pour la première fois dans la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 qui disposait que « *Le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces armées de l'ennemi* ». Consultable sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/130?OpenDocument>. Dernière visite le 14 septembre 2013. Voir, HENCKAERTS (Jean-Marie) et DSOWALD-BECK (Louise), *Droit international humanitaire coutumier*, op. cit, pp. 3 et 4. Les articles 48, 51 § 1 et 52 § 2 du Protocole additionnel n°1 des Conventions de Genève prévoient ce principe. Le Protocole sus mentionné définit même la notion d'attaque comme signifiant « *des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs* ». Certains Manuels militaires d'Etats ont réglementé le respect du principe coutumier de la distinction entre civils et combattants. Il en est ainsi du *IHL Manual* de la Suède et du Manuel Militaire de la France. Pour la CIJ, la distinction est un des « *principes cardinaux* » du droit international humanitaire et des « *principes intransgressibles du droit international coutumier* ». Cf, CIJ, *Affaire des armes nucléaires*, Avis consultatif, § 434.

de savoir si les membres des SMSP peuvent être considérés comme des combattants ou comme des civils<sup>1141</sup>.

### 1). En position de combattants

Lorsqu'ils participent directement à un conflit, ils doivent être considérés comme des combattants. Ainsi, on peut exiger d'eux d'avoir une connaissance du droit international humanitaire et des droits de l'homme avant que la société ne les recrute. La formation préalable pour la compréhension de ces règles est non seulement une sorte de prévention pour que les membres des sociétés militaires ne commettent pas des violations graves mais aussi une manière pour eux de mieux respecter leurs obligations en tant que combattants. Ils doivent se distinguer de la population civile<sup>1142</sup> par exemple par une intégration dans les forces armées d'une Partie au conflit. Dans ce cadre, c'est l'Etat qui engage leur société qui peut décider ainsi ou une disposition pertinente d'un instrument international peut lui enjoindre de le faire. Dans le cadre du droit national, il y a eu un précédent sur ce point, la Papouasie Nouvelle Guinée avait intégré les membres de *Sandline International* dans ses forces de police en les baptisant « *gendarmes spéciaux* »<sup>1143</sup>. Par contre, s'il s'agit d'intégrer les membres des SMSP dans le groupe des combattants, il appartient au droit international d'en décider. Les Conventions de Genève de 1949 ont déterminé les catégories de personnes réputées faire partie des forces armées, des corps de milice, des mouvements de résistance et des levées de masse<sup>1144</sup>. Ces personnes ont le droit de combattre et sont admises à participer directement aux hostilités. Mais la définition contenue dans l'article 43<sup>1145</sup> est une définition

---

<sup>1141</sup> CAMERON (Lindsey), « *Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation* », op cit., p. 593.

<sup>1142</sup> Article 44 § 3 du Protocole additionnel I. Voir aussi, DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 4ème édition, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 472. En Irak, par exemple il a été noté que certains membres de sociétés militaires et de sécurité privées étaient confondus avec la population civile et aussi avec des militaires de la Coalition. Généralement le Département américain de la défense ne tolère pas que les membres des SMSP portent l'uniforme de l'armée car il les considère comme des civils accompagnant les forces armées. Voir, SOSSAI (Mirko), « *Status of PMSC personnel in the laws of war: the question of direct participation in hostilities* », EUI Working Papers, AEL 2009/6, op cit.

<sup>1143</sup> Il est prévu dans le contrat entre *Sandline International* et la Papouasie Nouvelle Guinée signé en 1997 que « *All officers and personnel of Sandline assigned to this contract shall be enrolled as Special Constables, but hold military ranks commensurate with those they hold within the Sandline command structure and shall be entitled to given orders to junior ranks as may be necessary for the execution of their duties and responsibilities* ». Disponible au lien suivant : <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>1144</sup> Voir les § 1, 2, 3, 6 identiques des articles 13/I, 13/II et 4A/III des Conventions de Genève de 1949.

<sup>1145</sup> Article 43 du premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949 : « *1. Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie*

basée sur le statut. Cette définition mériterait d'être assouplie pour pouvoir intégrer les membres des SMSP qui prennent part aux hostilités. Ce serait donc optimal de retenir une définition fonctionnelle du combattant dans le cadre de l'article 43 pour que les contractuels puissent être incorporés dans la catégorie des combattants. Il vaudrait mieux faire cela que de créer une troisième catégorie à côté des combattants et des civils.

Sur le terrain, les membres des SMSP doivent être régis par des normes qui les enjoignent à respecter l'obligation de ne pas porter des attaques sur des civils à moins que ces derniers perdent leur immunité en participant directement aux hostilités. Ils doivent également être astreints à l'obligation de ne pas s'attaquer aux personnes hors-combat qui sont à leur pouvoir ainsi que les civils accompagnant les forces armées comme le personnel médical. Cela permet d'éviter la commission d'infraction comme les tortures dans les camps de prisonniers de guerre, camps qui sont souvent confiés à des SMSP. Aussi, doivent-ils respecter les biens à caractères civils mais également l'environnement. Depuis, la Déclaration de Stockholm de 1972<sup>1146</sup> et la Convention de Paris du 16 novembre 1972 sur la protection du Patrimoine mondial, culturel et naturel<sup>1147</sup>, l'environnement est devenu une valeur protégée par le droit international aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé<sup>1148</sup>. Dans la pratique, l'exécution de certaines missions des sociétés militaires et de sécurité privées ont pu avoir des conséquences néfastes pour l'environnement. Il en était ainsi, lorsque *DynCorp* a été chargée de détruire les champs de culture de Coca en Colombie<sup>1149</sup>. Les produits chimiques

---

*adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés.*

*2. Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la IIIe Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités.*

*3. La Partie à un conflit qui incorpore, dans ses forces armées, une organisation paramilitaire ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre, doit le notifier aux autres Parties au conflit ».*

<sup>1146</sup> La déclaration finale de la Conférence des Nations unies sur l'environnement, ou Déclaration de Stockholm de 1972 est consultable sur le site du Programme des Nations unies pour l'Environnement (PNUE) au lien suivant : <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=fr>. Dernière visite le 07 septembre 2013.

<sup>1147</sup> Cette Convention prévoit qu'« *En respectant pleinement la souveraineté des Etats sur le territoire desquels est situé le patrimoine culturel et naturel visé aux articles 1 et 2, et sans préjudice des droits réels prévus par la législation nationale sur ledit patrimoine, les Etats parties à la présente Convention reconnaissent [que l'environnement] constitue un patrimoine universel pour la protection duquel la communauté internationale tout entière, a le devoir de coopérer* ». Cf, Convention de Paris du 16 novembre 1972 sur la protection du Patrimoine mondial, culturel et naturel. Consultable sur lien suivant : [http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=13055&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Dernière visite le 07 septembre 2013.

<sup>1148</sup> BOTHE (Michael), BRUCH (Carl), DIAMOND (Jordan), and JENSEN (David), "International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities", in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Volume 92, n°879, septembre 2010, p. 285.

<sup>1149</sup> Voir pour l'intervention de cette société en Colombie, KOURLIANDSKY (Jean-Jacques), « *Les Etats-Unis et la Colombie : une réponse graduée à une menace virtuellement asymétrique* », in *Revue internationale et stratégique*, n°51, Automne 2003. Voir également, ISACSON (Adam), « *La crise de la sécurité humaine en*

utilisés par la SMSP avaient causé des problèmes de santé aux populations vivant dans les régions attenantes des champs détruits et se trouvant de part et d'autre de la frontière entre la Colombie et l'Equateur. Les victimes équatoriennes ont porté plainte contre *DynCorp* aux Etats-Unis en vertu de l'*Alien Tort Act* et du *Torture Victim Protection Act*. Mais du fait que le *Plan Colombie*<sup>1150</sup> (pour lequel la société a été employée) a été mis en place par le Gouvernement colombien et le Congrès américain<sup>1151</sup>, le juge du District de Columbia a refusé d'appliquer l'ATCA<sup>1152</sup>.

## 2). En position de civils

La question des obligations des civils est récurrente en droit international humanitaire dans la mesure où les conflits se déroulent à l'intérieur des habitations. Dans cette situation, il est difficile de distinguer les combattants des non combattants. Cette question se complexifie davantage avec les sociétés militaires et de sécurité privées. La raison est que leurs membres exercent des missions dans les situations de conflits armés et ne se distinguent pas toujours de la population civile. Si les membres des SMSP participent directement aux hostilités, ils ne sauraient avoir les mêmes obligations que les civils ordinaires. Le personnel de ces sociétés exerce des activités qui ont une relation directe avec le déroulement des conflits et de ce fait, des obligations spéciales doivent leur être imposées. Toute réglementation les concernant se devrait de déterminer les conditions dans lesquelles ils sont considérés comme des civils et les obligations afférentes. En tout cas, le fait de participer à un conflit d'une manière directe fait naître chez eux une obligation de répondre de cet engagement devant les tribunaux<sup>1153</sup>. En fait, contrairement aux civils ordinaires, les membres des SMSP ne peuvent être considérés comme des civils que s'il est avéré qu'ils n'ont pas participé directement aux hostilités. Dans

---

*Colombie* », in Forum du désarmement de l'UNIDIR 2002 consacré à *la sécurité humaine en Amérique Latine*. Consultable sur : <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art1447.pdf>. Dernière visite le 12 septembre 2013.

<sup>1150</sup> L'explication détaillée de ce Plan peut être trouvée dans le Monde diplomatique d'Août 2000 à l'article « *Le plan Colombie : un passeport pour la guerre* ». Consultable sur : <http://www.monde-diplomatique.fr/cahier/ameriquelatine/plancolombie>. Dernière visite le 11 septembre 2013.

<sup>1151</sup> United States District Court, Southern District of Florida, Case N°06-61760-CIV-DIMITROULEAS/SNOW, *NESTOR ERMOGENES ARROYO QUINTEROS, et al., v. DYNCORP AEROSPACE OPERATIONS LLC*, 05/23/2007. Consultable sur : <http://www.hollingsworthllp.com/media/pnc/9/media.59.pdf>. Dernière visite, le 12 septembre 2013.

<sup>1152</sup> Voir cette décision sur : [http://www.iradvocates.org/DynCorp\\_Decision.pdf](http://www.iradvocates.org/DynCorp_Decision.pdf). Dernière visite le 21 septembre 2013. Mais avant sa décision, le juge du Tribunal de la Floride avait accepté de reconnaître du dommage subi par les populations du fait de l'activité d'une SMSP mais n'a pas jugé l'affaire. Il l'a transférée au District de Columbia car d'autres plaignants avaient saisi cette Cour pour les mêmes faits. Cf, United States District Court, Southern District of Florida, op cit.

<sup>1153</sup> A noter que le droit international n'interdit pas aux Etats d'adopter une législation qui définit la participation directe comme une infraction. Cf, HENCKAERTS (Jean-Marie) et DSOWALD-BECK Louise, *Droit international humanitaire coutumier, Vol. I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 31.

cette optique, il va falloir donc déterminer ce que c'est une participation directe au conflit<sup>1154</sup>. La notion de participation directe est un point crucial de toute réglementation. Cette notion n'a pas acquis une définition juridique ni dans les Conventions de Genève ni dans leurs Protocoles additionnels<sup>1155</sup>. Dans l'expression, il y a l'idée de deux différentes participations. Le mot « *hostilités* » implique le recours collectif de la Partie au conflit aux méthodes et moyens conventionnels de guerre tandis que le mot « *participation directe* » indique l'engagement individuel du membre de la SMSP. Le problème qui se pose est de savoir, quelle conduite de cette personne constitue une participation directe. D'abord, les faits détachables des hostilités sont exclus<sup>1156</sup>. Par faits détachables, il faut entendre les faits qui se sont déroulés en dehors du conflit et ceux qui mêmes, ayant lieu au cours des hostilités, n'ont rien à voir avec la conduite de celles-ci. Il s'agit par exemple des activités médicales, de l'entretien des équipements, de la formation des troupes. Sont concernés donc les conduites qui, sur le plan temporel et spatial, ont une relation avec le déroulement des hostilités. C'est le cas par exemple de la surveillance de matériels de guerre, de garde de camps pénitentiaires et évidemment d'opérations de combat. Ensuite, seuls les faits comptent ; cela signifie que le statut de l'auteur, sa fonction ou son affiliation importent peu.

## **B/. Rendre la responsabilité internationale des SMSP plus effective**

Il ne peut y avoir de véritable réglementation sans un système de sanction effective. Le règlement judiciaire de certaines affaires dans lesquelles des membres des SMSP ont été mêlés n'a pas montré une réelle disparition de l'impunité. Dans ces affaires, certaines sociétés en tant que personnes morales qui employaient les personnes physiques mises en cause n'ont jamais été inquiétées par la justice. Il y est observé que les victimes avaient souvent des réelles difficultés pour accéder à la justice. Dans cette optique, elles se trouvent dans une situation où la défense de leurs droits est atteinte. Et cette situation participe à l'encouragement de l'impunité souvent dénoncée dans le cadre des activités des SMSP. C'est ainsi que, dans le cadre de l'adaptation des règles de droit international, il convient de

---

<sup>1154</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridiques de la privatisation de la guerre* », op. cit, p. 96.

<sup>1155</sup> SOSSAI (Mirko), « *Status of PMSC Personnel in the Laws of war: The question of direct Participation in Hostilities* », in EUI Working Papers, AEL 2009/6, Priv-war Project, p. 8. Consultable sur priv-war.eu. Dernière visite le 20 septembre 2013. Voir aussi, Guide du CICR sur la notion de « *participation directe aux hostilités* », février 2009. Cf, HENCKAERTS (Jean-Marie) et DSOWALD-BECK Louise, *Droit international humanitaire coutumier, Vol. I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 30.

<sup>1156</sup> Les actes pouvant être qualifiés de participation directe doivent avoir un lien avec les hostilités. Cf, SOSSAI (Mirko), « *Status of PMSC personnel in the laws of war: the question of direct participation in hostilities* », EUI Working Papers, AEL 2009/6, op. cit Il soutient aussi que « *direct participation is uncontested when a person uses weapons and other means to commit acts of violence in the course of military operations* ».

consacrer une responsabilité directe des personnes morales et un accès à un recours effectif pour les victimes.

### **a). Responsabilité internationale directe des personnes morales de droit privé**

Dans l'état actuel du droit international, c'est seule l'incrimination des actes imputables à des personnes physique qui est retenue<sup>1157</sup>. La responsabilité pénale internationale et directe des personnes morales est trop rare quand bien même certaines dispositions pertinentes d'instruments internationaux prévoient des expressions comme « *quiconque* » ou « *personne* »<sup>1158</sup>. Pour mieux réguler les activités des SMSP, l'idée est de consacrer leur responsabilité internationale en la distinguant de celle de leurs membres, car les personnes physiques et les personnes morales n'ont pas les mêmes manières de participer à la commission des infractions internationales et ne sauraient subir les mêmes natures de peines. Par exemple, la peine d'emprisonnement n'est applicable qu'aux personnes physiques. Ensuite, la personne morale est souvent plus solvable que la personne physique lorsqu'il s'agit de payer des dommages et intérêts ou des amendes. La législation actuelle de certains Etats constitue un éclairage à ce point.

#### **1). Une responsabilité pénale**

Cette responsabilité peut être prévue pour les SMSP personnes morales. Il est vrai que la commission matérielle des infractions est le fait des hommes mais cela n'écarte en rien la possibilité de condamner au pénal une personne morale. En fait, celle-ci peut d'une manière ou d'une autre participer à la commission d'infraction. C'est pourquoi, il est possible de

---

<sup>1157</sup> Selon le Tribunal Militaire International de Nuremberg « *Ce sont les hommes et non les entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international* ». CF, Procès, doc. Off., p. 235. "The Nurnberg Trial (United States v. Goering), 6 F.R.D. 69, 110 (Int'l Military Trib. at Nuremberg 1946)". Voir aussi, TPIY, *Le Procureur c/ Furundzija* : « *En l'état actuel du droit international humanitaire en vigueur, peut être engagée non seulement la responsabilité pénale individuelle mais également celle de l'Etat, si ses agents se livrent à des actes de torture ou s'il n'empêche pas la perpétration de ces actes ou n'en punit pas les auteurs.* Cf, TPIY, *Le Procureur c/ Furundzija* 10 décembre 1998, § 142. Consultable sur : [www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf](http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf). Dernière visite le 09 septembre 2013. Voir aussi, ABDELGAWAD (Elisabeth Lambert), « *Droit international penal - Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international penal* », op. cit, p. 164.

<sup>1158</sup> La Convention pour la suppression et la répression du crime d'Apartheid de 1973 dispose à son article 1 que les Etats contractants déclarent criminels les organisations, institutions et personnes qui commettent le crime d'Apartheid. Les articles IV et V qui prévoient les sanctions emploient simplement le mot « *personne* ». Il n'y a aucune exclusion expresse des personnes morales privée. Convention consultable au lien suivant : <http://treaties.un.org/pages/CTCTreaties.aspx?id=4&subid=A&lang=fr>. Dernière visite le 10 septembre 2013. Voir aussi, DAVID (Eric), *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 680.

mettre en place une responsabilité par complicité<sup>1159</sup>. Les juridictions pénales internationales ont appliqué la complicité mais uniquement à des individus<sup>1160</sup>. Cependant, pour créer une complicité des sociétés, il faudrait mettre en place des critères différents de ceux qui sont applicables aux personnes physiques. En effet, les personnes morales et les personnes physiques n'ont pas les mêmes modes d'aider ou d'assister un auteur d'un crime. Il y a complicité quand la société concourt sciemment à la violation par autrui d'une règle. En d'autres termes, la société ne commet pas matériellement l'infraction, mais son attitude face au crime peut aider ou encourager ou même soutenir l'auteur principal des faits. Son attitude peut être une action ou une omission qui a une incidence appréciable sur la perpétration du crime dans le cadre d'une participation consciente<sup>1161</sup>. L'action peut résulter de la planification d'un crime contre l'humanité par une SMSP. L'omission est constatée lorsque la société n'a rien fait alors qu'elle avait le pouvoir de prévenir ou de limiter un crime. Dans ce cadre, il faut que ceux qui ont le pouvoir décider au niveau de la société aient connaissance que la perpétration allait se dérouler.

Dans la pratique, la complicité d'entreprise a été appliquée, mais seulement en matière civile, dans certaines décisions de juges internes. C'est le cas par exemple d'*Unocal* et de *Total* dans l'affaire de violations des droits de l'homme en Birmanie<sup>1162</sup>. Il a été allégué qu'*Unocal* avait connaissance des pratiques de travail forcé et en avait profité. Les témoignages avaient permis de constater l'existence d'actes de violence perpétrés contre les victimes. Il est vrai que la Cour de District de Californie a débouté en première instance les

---

<sup>1159</sup> Selon le TPIY, « *Le complice d'une infraction peut être défini comme quelqu'un qui, entre autres, s'associe à une infraction commise par un autre* ». Voir TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement du 31 juillet 2003, § 533. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/fr/sta-tj030731-f.pdf>. Dernière visite le 30 août 2013. Peuvent être consultés en guise d'approfondissement sur la complicité, les travaux de la Commission internationale de juristes, « *Comité d'Experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux* », publiés dans le rapport sur la « *Complicité des entreprises et responsabilité juridique* », vol. II consacré au *Droit pénal et crimes internationaux*, Genève 2008, Edition française publiée en 2010. Disponible sur : [http://www.icj.org/dwn/img\\_prd/FR-Volume2-ElecDist.pdf](http://www.icj.org/dwn/img_prd/FR-Volume2-ElecDist.pdf). Dernière visite le 09 septembre 2013. Voir aussi, Assemblée générale des Nations unies, Conseil des droits de l'homme « *Promotion et protection de tous les droits de l'homme civils, politiques, économiques, sociaux et culturels y compris le droit au développement* », Rapport du Représentant du Secrétaire général chargé de la question des droits et des sociétés transnationales et autres entreprises, n°A/HRC/8/16 présenté par John RUGGIE, Huitième session, 15 mai 2008. Voir : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/134/79/PDF/G0813479.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 09 septembre 2013.

<sup>1160</sup> C'est le cas par exemple de la complicité de génocide. Voir TPIY, *Le Procureur c. Milomir Stakic*, IT-97-24-T, Jugement du 31 juillet 2003, § 533. Consultable sur : <http://www.icty.org/x/cases/stakic/tjug/fr/sta-tj030731-f.pdf>. Dernière visite le 30 août 2013.

<sup>1161</sup> TPIY, Chambre d'appel, *Blogojevic and Jokic*, 9 mai 2007, §127. Voir aussi, TPIY, Chambre d'appel, *Simic*, 28 novembre 2006, § 85-86. Voir également, TPIY, Chambre de première instance, *Furundzija*, 10 décembre 1998, § 249. Toutes ces décisions sont consultables sur [www.icty.com](http://www.icty.com). Dernière visite le 09 septembre 2013.

<sup>1162</sup> SCHUTTER (Olivier De), « *Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme* », in AFDI, 2006, vol. 52, pp. 55-101.

demandeurs en raison de l'absence de participation active de *Unocal* dans la l'utilisation du travail forcé. Selon le juge, il n'avait pas été établi que ces violations des normes internationales des droits de l'homme commises par les militaires birmans avaient été voulues par la société elle-même, par conséquent, *Unocal* ne pouvait être tenue pour responsable. Mais en appel, la Cour d'appel de Californie a infirmé cette décision le 18 septembre 2002<sup>1163</sup>. Elle a créé un précédent en acceptant de juger une entreprise pour des violations de droits de l'homme commises à l'étranger. Elle a reconnu qu'*Unocal* exerçait un certain degré de contrôle sur l'armée birmane affectée à la sécurisation du pipeline. Les éléments de preuve indiquaient qu'*Unocal* avait connaissance du risque et de l'utilisation effective du travail forcé par les militaires birmans avant et pendant la réalisation du projet. Il existait selon elle suffisamment d'éléments de preuve matériels permettant de déterminer si *Unocal* était complice ou non des violations des droits de l'homme commises par l'armée birmane<sup>1164</sup>.

Toutefois, cette forme de responsabilité des sociétés peut servir de modèle pour une éventuelle réglementation internationale des activités des SMSP dans le cadre pénal. Quelle qu'elle soit, cette réglementation ne doit pas ignorer les dommages causés aux victimes pour engager la responsabilité civile des sociétés militaires et de sécurité privées.

## 2). Une responsabilité civile

Les activités des SMSP peuvent causer des dommages. Les préjudices peuvent provenir d'actes criminels perpétrés par le personnel comme les tortures de prisonniers de guerre, les trafics d'êtres humains ou même des fusillades appliquées à des civils non armés. Mais des préjudices peuvent aussi résulter de l'activité normale. C'est le cas par exemple des dommages environnementaux comme cela a pu avoir lieu avec l'épandage de produits chimiques en vue de détruire des champs de coca en Colombie, mission qui a été confiée à *DynCorp International*. Cette activité avait provoqué de graves conséquences au niveau de l'environnement dans les régions concernées par les cultures. Les eaux ont été contaminées et

---

<sup>1163</sup> Voir la décision de la Cour d'appel de Californie. Elle est consultable au lien suivant : [http://archive.ca9.uscourts.gov/ca9/newopinions.nsf/3D534390583B882F88256C380004FE18/\\$file/0056603.pdf?openelement](http://archive.ca9.uscourts.gov/ca9/newopinions.nsf/3D534390583B882F88256C380004FE18/$file/0056603.pdf?openelement). Dernière visite le 30 août 2013.

<sup>1164</sup> L'audience fut fixée pour le mois de juin 2005. La plainte fut limitée aux accusations de meurtres, viols et de travail forcé. En mars 2005, les parties sont parvenues à un accord. Si *Unocal* réfute formellement toute complicité, l'entreprise a indemnisé les demandeurs et créé des fonds destinés à améliorer les conditions de vie, les soins et l'éducation, et à protéger les droits des populations habitant à proximité du projet. Le procès fut interrompu. Bien que les termes de l'accord soient demeurés confidentiels, les montants s'élevaient à 30 millions de dollars de dommages et intérêts. Cf, FIDH, Rapport intitulé, « *Entreprises et violations des droits de l'homme : un guide pratique sur les recours existants à l'intentions des victimes et des ONG* », 2012, p. 192.

les populations colombiennes et équatoriennes habitant les régions concernées par les activités d'épandage, ont eu des problèmes sanitaires.

Cela doit engendrer une responsabilité civile à l'encontre de la société elle-même car elle serait plus solvable qu'un particulier. Le droit international est le cadre idéal<sup>1165</sup> pour adopter de nouvelles règles permettant d'engager la responsabilité civile des SMSP. Un recours international spécialement mis en place en cas de dommages causés par les activités des SMSP pourrait donner satisfaction aux victimes. Le cadre actuel d'indemnisation appliqué par la CPI pourrait être réformé et prévoir une indemnisation des victimes des activités des SMSP. Le régime juridique prévu à l'article 75 du Statut de la CPI<sup>1166</sup> concerne les réparations des dommages causés par les personnes condamnées par la juridiction. Seulement la Cour n'est pas spécialement compétente pour juger les SMSP en tant que personnes morales. En plus, les victimes n'ont pas encore l'accès à un recours effectif.

#### **b). L'accès à un recours effectif pour les victimes**

Les activités des membres des sociétés militaires et de sécurité privées peuvent causer des préjudices à des personnes physiques. Les cas de torture des prisonniers d'Abu Ghraïb<sup>1167</sup> en Irak et la fusillade de la Place Nisour à Bagdad l'illustrent bien. Quand bien même ces

---

<sup>1165</sup> C'est dans ce sens qu'a été mis en avant le Principe 22 de la Déclaration de Stockholm de 1972 en ces termes : « *Les Etats doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces Etats ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction* ». Cf, Déclaration de Stockholm de 1972.

<sup>1166</sup> Statut de la CPI, Article 75 « *Réparation en faveur des victimes* »

« *1. La Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision.*

*2. La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Cette réparation peut prendre notamment la forme de la restitution, de l'indemnisation ou de la réhabilitation. Le cas échéant, la Cour peut décider que l'indemnité accordée à titre de réparation est versée par l'intermédiaire du Fonds visé à l'article 79 ».*

<sup>1167</sup> Amnesty International « *Abu Ghraïb : les victimes de tortures sont toujours en quête de réparation* », Rapport du 27 avril 2006. Disponible sur : <http://195.234.175.160/fr/news-and-updates/featurestories/abu-ghraib-torture-victims-still-seeking-redress-20060427>. Dernière consultation le 21 septembre 2013. Voir aussi le document d'*Amicus Curae* présenté par *Human rights First* devant la Cour Suprême américaine pour soutenir l'indemnisation des victimes des tortures d'Abu Ghraïb (mai 2011). Disponible sur : [http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Saleh\\_v\\_Titan.pdf](http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Saleh_v_Titan.pdf). Dernière visite le 21 août 2013.

actes heurtent la communauté internationale dans son ensemble<sup>1168</sup>, les personnes qui en sont victimes ont souvent des problèmes pour accéder à la justice et demander des réparations<sup>1169</sup>.

Le règlement judiciaire international devant les tribunaux pénaux internationaux n'assure pas toujours la possibilité d'une indemnisation des victimes. Il n'existe quasiment pas de dispositions leur permettant de participer à la procédure en tant que partie. En réalité, ces tribunaux sont conçus sur la base du système du *Common Law*<sup>1170</sup>. Sur ce point une différence est marquée entre les tribunaux ad hoc et la CPI. Au niveau des premiers, la victime a une définition restrictive qui correspond au rôle limité qu'elle joue dans la procédure. Selon l'article 2.a) du Règlement de procédure et de preuve (RPP) des TPIR et TPIY, une victime se définit comme : « *toute personne physique à l'égard de laquelle aurait été commise une infraction relevant de la compétence du Tribunal* ». Sous ce rapport, la réparation de leur préjudice n'est pas assurée<sup>1171</sup>. Si cela concernait des victimes d'activités de SMSP, elles auraient les mêmes difficultés de réparation de leur préjudice.

Au niveau de la seconde, la conception de la victime est nettement différente car en tant que juridiction universelle, il devait y avoir un consensus pour que le système du *Common Law* ne prédomine pas celui du *Civil Law*. La définition est assez large et elle n'est pas contenue dans le Statut de Rome faute d'accord mais dans le Règlement de procédure et des preuves. Ce texte a défini l'expression « *victime* » comme, non seulement « *toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour* » mais aussi, comme « *toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires subi un dommage direct* »<sup>1172</sup>.

---

<sup>1168</sup> TIEFER (Charles), « *No more Nisour Squares: Legal control of Private Security Contractor in Iraq and After* », in *Oregon Law Review*, vol. 88, n°3, p. 758.

<sup>1169</sup> *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, § 40. Ce Rapport est présenté le 5 juillet 2010. Op, cit. Le Rapport souligne également que le Projet de convention prévoit la création d'un fonds international pour la réadaptation des victimes.

<sup>1170</sup> Nous reviendrons sur ce système dans les pages suivantes.

<sup>1171</sup> Les résolutions du Conseil de sécurité ayant établi les tribunaux prévoient que ceux-ci ont été créés dans le seul but de poursuivre les responsables des violations. La résolution ayant établi le TPIY fait référence à des indemnisations dans son préambule mais seulement dans la mesure où « *la tâche du Tribunal sera accomplie sans préjudice du droit des victimes de demander réparation par les voies appropriées pour les dommages résultant de violations du droit humanitaire international* ». La résolution ayant créé le TPIR ne contient aucune référence au dédommagement des victimes. Les statuts et les RPP de chacun des tribunaux ne donnent que peu d'indications sur les mécanismes d'indemnisation.

<sup>1172</sup> Article 85 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale.

Pourtant dans la pratique de la jurisprudence de la CPI, l'accès de la victime à la justice rencontre de sérieux obstacles comme le montre l'affaire Thomas Lubanga Dyilo, un chef rebelle, ressortissant de la République Démocratique du Congo accusé de crime de guerre<sup>1173</sup>. Cette affaire est illustrative pour les éventuels procès contre des membres des SMSP<sup>1174</sup>. En effet, lorsque la Chambre préliminaire était au stade de l'enquête sur la situation en RDC, six victimes avaient été autorisées à participer à la procédure par une décision du 17 janvier 2006<sup>1175</sup> et elles n'avaient pas à présenter une nouvelle demande si le Procureur déférait une affaire devant cette formation de la Cour<sup>1176</sup>. De plus, lorsque l'affaire Thomas Lubanga Dyilo est portée devant la CPI, par une décision du 29 juin 2006, la Chambre préliminaire avait rejeté les demandes des victimes de participer à la procédure. La décision exigeait des victimes qu'elles démontraient qu'« *un lien de causalité suffisant existe entre le préjudice qu' [elles] ont subis et les crimes dont il y a des motifs raisonnables de croire que Thomas Lubanga Dyilo est responsable pénalement et pour la commission desquels la Chambre a délivré un mandat d'arrêt* ». Déjà, le fait d'exiger des victimes qu'elles démontrent que leur préjudice soit directement lié aux crimes exposé dans le mandat d'arrêt est étonnant. En effet, les victimes des faits qui ne sont pas mentionnées dans l'acte d'accusation ne seront même pas reconnues « *victimes* ». Si l'on suit ce raisonnement, on conclura que c'est le Procureur qui choisit, peut être inconsciemment, ceux qui vont être les victimes. Le comble, est que le Procureur peut modifier son mandat d'arrêt devant la Chambre préliminaire en vertu de l'article 58 § 6 du Statut de la CPI. Si cette modification est réalisée, elle aura forcément des conséquences sur les victimes. Dans ce cas, certaines pourraient ne plus l'être si les faits qui les concernaient étaient retirés et d'autres qui étaient tierces à la procédure pourraient devenir victimes si de nouvelles charges étaient ajoutées. L'autre souci pour les victimes, est qu'elles ne peuvent même pas contester ces décisions de modification des mandats d'arrêt. De plus, le Procureur peut abandonner des poursuites et dans ce cas, les victimes n'auront plus la possibilité de voir leur cause entendue par une formation de la CPI. Or, comme l'a affirmé la Chambre préliminaire dans sa décision du 17 janvier 2006, l'article 68 § 3 confère « *aux victimes le droit de participer à la lutte contre l'impunité* ». Le respect de ce principe devrait donc consister à leur reconnaître un droit de

---

<sup>1173</sup> BITTI (Gilbert), « *Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale* », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juillet-septembre 2007, p. 653.

<sup>1174</sup> La CPI n'est compétente que contre les personnes physiques, qui sont accusées de faits, relèvent de sa compétence matérielles.

<sup>1175</sup> Cette décision constitue la première d'une juridiction internationale pénale mettant en œuvre la participation des victimes à une procédure internationale pénale. Cf, CASSESE (A), SCALIA (D) et THALMANN (V), *Les grands arrêts de droit international pénal*, op. cit, p. 77.

<sup>1176</sup> Idem. La défense et le Procureur s'étaient opposés à la participation des victimes au stade de l'enquête.

recours contre les décisions du Procureur de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Une telle solution serait optimale pour les éventuelles victimes des activités des membres des SMSP.

Toutefois, même si l'accès à la justice pour les victimes reste ineffectif, il existe un droit qui leur est consacré dans ce cadre par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies : il s'agit du droit de pouvoir de défendre sa cause devant un tribunal compétent. En vertu de ce droit, les victimes de l'activité des SMSP doivent pouvoir réclamer le respect de leurs droits devant des juridictions compétentes. Toute réglementation de l'activité de ces sociétés doit prévoir cet élément. C'est d'autant plus important que les SMSP deviennent de plus en plus insaisissables par leurs modes de conclusion de contrat et par l'absence d'unité juridique de la personne morale. A cet effet, les réglementations nationales doivent aussi s'adapter à cette réalité pour être efficaces.

## **§ II : Adapter les législations nationales**

L'état actuel des réglementations internes existantes révèle l'insaisissabilité du phénomène des sociétés militaires et de sécurité privées par les lois nationales. C'est ainsi que toute nouvelle réglementation doit tenir compte de la réalité sur le terrain dans la vie de la société. Pour qu'une réglementation nationale soit efficace, il faut qu'elle puisse s'imposer et mettre fin à l'impunité. Les sociétés militaires et de sécurité privées ont des systèmes de conclusion de leur contrat qui leur permettent d'échapper à une norme nationale. C'est le cas, par exemple, des sous-traitances en cascade, où une société, à qui un Etat délègue une mission, délègue à son tour l'activité, à une autre société et ainsi de suite. Elles ont également des fonctionnements avec une pluralité d'unités juridiques. L'implantation des filiales et les achats d'autres sociétés favorisent cela. Ainsi, la société mère et ses filiales ne sont pas régies par le même droit national. Cette situation rend également compliquée les sanctions éventuelles et les victimes risquent de rencontrer des difficultés d'indemnisation.

Ces domaines qui échappent de plus en plus aux droits nationaux devraient être corrigés par toute nouvelle législation spéciale dans le cadre des activités des SMSP. Il convient donc de préconiser la réglementation de la sous-traitance en cascade, consacrer l'unité juridique de la société et faciliter l'accès des victimes à la justice en vue de la réparation de leur préjudice.

## A/. Règlementer la sous-traitance en cascade

Les sociétés militaires et de sécurité privées peuvent sous-traiter les tâches qui leur sont confiées par leurs clients. Pour illustration la SMSP britannique *Sandline International* avait sous-traité une partie de son contrat de 36 millions de dollars avec Papouasie Nouvelle Guinée à *Executive Outcomes*<sup>1177</sup>. Plus récemment, en 2003, *Vinnell Corporation*, une filiale de *Northrop Grumman*, a sous-traité un contrat de formation de la nouvelle armée irakienne à plusieurs SMSP. Il est noté dans le site du Groupe que « *Vinnell Corporation, a subsidiary of Northrop Grumman Corporation [...] has been awarded a \$48 million contract to train the nucleus of a new Iraqi Army. [...] Vinnell's subcontractors are MPRI, Alexandria, Va.; SAIC, San Diego; Eagle Group International, Inc., Atlanta; Omega Training Group, Columbus, Ga.; and Worldwide Language Resources, Inc., Rumford, Maine* »<sup>1178</sup>.

La sous-traitance est une action de faire réaliser par un tiers, sur ses ordres, tout ou partie des biens ou services dont l'entreprise a besoin ou qu'elle doit fournir à ses propres clients. L'entité qui confie la mission est un « *donneur d'ordre* » et celle qui exécute est un « *preneur d'ordre* ».

Il existe deux formes de sous-traitance : la sous-traitance de marché et la sous-traitance de spécialité.

On parle de sous-traitance de marché lorsqu'une société confie à une autre l'exécution d'un marché qu'elle a conclu avec un client. Quant à la sous-traitance de spécialité, elle correspond au cas où une société estime ne pas disposer de savoir-faire adéquat pour réaliser une prestation. Cette forme de délégation peut continuer sur plusieurs autres sociétés et c'est dans ce cas que l'on parle de sous-traitance en cascade<sup>1179</sup>. Dès l'instant que la première société sous-traite, deux catégories de contrats apparaissent : le contrat principal et le ou les

---

<sup>1177</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 88.

<sup>1178</sup> Voir, *Northrop Grumman awarded \$ 48 Millions Contract to train New Iraqi Army*. Consultable sur : [http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news\\_releases.html?d=42207](http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news_releases.html?d=42207). Dernière visite le 27 octobre 2013

<sup>1179</sup> Un exemple de sous-traitance en cascade a eu lieu en Irak en 2004. La SMSP *Blackwater* a signé un contrat de sous-traitance pour services de sécurité avec le *Regency Hotel & Hospital*, une société koweïtienne, qui était sous-traitante d'une société chypriote *ESS*, laquelle était sous-traitante de *KBR* une filiale de la société pétrolière texane *Halliburton* qui a eu le contrat principal avec l'armée américaine. Voir le contrat entre le *Regency Hotel & Hospital* et *Blackwater* signé en 2004 disponible au lien suivant : <http://oversight-archive.waxman.house.gov/documents/20061207151614-43671.pdf>. Dernière visite le 25 septembre 2013. Voir aussi, PINCUS Walter, « *Pays steep price for private security in Iraq* », *Washington Post*, Washington, October 1, 2007. BRICET DES VALLONS (Georges-Henri), « *Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose* », op. cit, p. 41.

contrats de sous-traitance. Dans ces relations, le prestataire effectif ne dépend alors que du « *preneur d'ordre immédiat* » et non du « *donneur d'ordre initial* ». En effet, il n'y a pas de lien contractuel entre le donneur d'ordre initial et le prestataire effectif (final). Un tel phénomène tend inexorablement à diluer les responsabilités. C'est pourquoi, il est nécessaire de règlementer les sous-traitances en cascade. Le droit national est plus approprié pour s'y mettre. En effet, la réglementation interne peut exiger que cette sous-traitance en cascade soit interdite et que cela doive être prévu dans les contrats qui lient les SMSP à d'autres entités. Il peut aussi être imposé aux sociétés de soumettre toute forme de sous-traitance à une autorisation préalable du donneur d'ordre initial. Dans cette optique, certains articles du contrat principal peuvent être reproduits dans les contrats de substance.

Le sous-traitant exécutant ne saurait exercer sa mission sans être en phase avec le droit national, le droit international humanitaire et les droits de l'homme. Le contrat qui le lie au donneur d'ordre immédiat ne suffit pas pour qu'il respecte les normes juridiques tant nationales qu'internationales. Il doit agir dans les mêmes conditions que les preneurs d'ordre initial<sup>1180</sup>. Ainsi, il doit solliciter les autorisations nécessaires pour exercer la mission qui lui est assignée auprès des autorités compétentes<sup>1181</sup>. Dans le cadre du déroulement des activités, il peut être exigé que la responsabilité du preneur d'ordre initial sur la conduite des sous-traitants puisse être engagée à quelque niveau où ils se situent.

## **B/. Consacrer l'unité juridique de la SMSP**

L'unité juridique des SMSP est à consacrer dans le cadre interne. La plupart des sociétés qui exercent des activités à travers les frontières étatiques, sont caractérisées par une unité économique et une pluralité juridique. Les SMSP n'échappent pas à ce phénomène car certaines d'entre elles ont acheté d'autres sociétés évoluant dans le même secteur d'activité. D'autres ont fondé des filiales sur le territoire d'autres Etats. Dans cette situation, le groupe de

---

<sup>1180</sup> Article 31 b) du Document de Montreux : « *L'EMSP est en mesure de prouver que ses sous-traitants respectent des exigences équivalentes à celles de l'EMSP qui a initialement reçu une autorisation de l'État territorial* ». Document consultable sur site du CICR au lien suivant : [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreuxdocument170908/\\$FILE/ICRC\\_001\\_0996.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreuxdocument170908/$FILE/ICRC_001_0996.pdf).  
Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>1181</sup> Article 31 a) du Document de Montreux : « *L'EMSP annonce toute sous-traitance de services militaires et de sécurité à l'autorité qui octroie les autorisations* ». Document consultable sur site du CICR au lien suivant : [http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/\\$FILE/ICRC\\_001\\_0996.pdf](http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/montreux-document-170908/$FILE/ICRC_001_0996.pdf).  
Dernière visite le 10 septembre 2013.

société ainsi créée n'a pas de personnalité juridique et n'est pas soumise à un même ordre juridique. C'est dire que l'unité économique ne rime pas toujours avec unité juridique<sup>1182</sup>.

Quelques tendances générales vont dans le sens d'exiger des sociétés mères de prendre en charge les condamnations en cas de défaillance de leurs filiales. Il en est ainsi, en matière environnementale, de l'article L 233-5-1 du Code de commerce en France qui soumet, au régime des conventions règlementées, les engagements des sociétés mères relatifs à la prise en charge des obligations de prévention et de réparation des dommages. Ensuite, l'article L 512-17 du Code de l'environnement dispose qu'en cas de liquidation judiciaire, s'il y a une faute caractérisée commise par la société mère contribuant à une insuffisance d'actif de la filiale, il est mis à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité<sup>1183</sup>. Enfin, récemment, dans un arrêt rendu le 20 janvier 2011<sup>1184</sup>, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a admis l'application de la présomption de responsabilité tirée de la détention par une société de la totalité du capital d'une filiale. La Cour se prononçait sur la question de l'imputation de la responsabilité d'une infraction à l'article 101, § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à une société mère pour le comportement de sa filiale.

C'est à cause de cela que les législations nationales doivent être adaptées à cette nouvelle donne en prévoyant des règles qui permettent de consacrer l'unité juridique du groupe pour mettre fin au cas sur lesquels il convient de s'appesantir.

#### **a). Les SMSP achetant d'autres sociétés ou fondant des filiales dans d'autres pays**

Dans la pratique, les SMSP qui achètent d'autres sociétés ne créent pas juridiquement une nouvelle société rassemblant le nouveau groupe ainsi créé. En général, la société achetée conserve même son nom d'origine et reste régie par son droit national d'origine. Dans cette situation, si l'une des sociétés du groupe fait l'objet d'une condamnation judiciaire, c'est elle seule qui fait face aux conséquences de la sanction juridictionnelle. La responsabilité n'est pas partagée par le groupe. En plus, le droit national de la société mère ne peut pas s'appliquer sur la société acquise lorsqu'elle est régie par le droit d'un autre Etat. Ce qu'il faut faire pour

---

<sup>1182</sup> BEGUIN (Jacques), *Droit du commerce international*, op. cit, p. 287.

<sup>1183</sup> Voir pour le code de l'environnement et le code de commerce, [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr). Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>1184</sup> Cour de Justice de l'Union Européenne, (Première Chambre), *General Química SA, Repsol Química SA et Repsol YPF SA contre Commission Européenne*, 20 janvier 2011, Affaire C-90/09P. Consultable au Journal Officiel de l'Union européenne sous le numéro d'information 2011/C80/03.

créer une unité juridique, c'est de permettre au droit national de la société mère de pouvoir s'appliquer à tout le groupe dès lors que toutes les unités de production de service dépendent d'une même direction. Cette solution pourrait s'appliquer aux SMSP qui fondent des filiales<sup>1185</sup> dans d'autres pays. Elle pourrait s'appliquer également aux sociétés sont contrôlées contrôlées par des sociétés commerciales.

### **b). Les SMSP contrôlées par les sociétés commerciales civiles**

La jonction entre sociétés commerciales et sociétés militaires et de sécurité privées existe dans la pratique et ce phénomène n'est pas sans conséquence sur la réglementation nationale des activités de ces personnes morales prestataires de services. Certaines SMSP sont directement contrôlées par des sociétés commerciales civiles. Il en est ainsi de *Vinnell Corporation* qui était une filiale du Groupe bancaire Carlyle jusqu'en 1997, un « organisme influent dans la sphère financière qui a eu un moment pour Président, l'ancien Secrétaire à la défense [de Ronald Reagan] Frank Carlucci »<sup>1186</sup>. On peut citer d'autres exemples. *Kellog Brown and Root (KBR)* a appartenu au géant pétrolier *Halliburton* dont le Président était dans les années 1990 un certain Dick Cheney<sup>1187</sup> ancien Secrétaire à la défense de Georges Bush (père). En 2007, *Halliburton* annonce sa séparation avec *KBR*. En guise d'illustration, on peut citer également, la société *Computer Sciences Corporation (CSC)* a acheté *DynCorp* en 2003<sup>1188</sup>. Le 12 décembre 2010, *DynCorp* fusionne avec *Cerberus Capital Management* et le projet s'est achevé le 7 juillet 2010. *DynCorp* devient une filiale en propriété exclusive de filiales créés par le Groupe Cerberus<sup>1189</sup>. Le 17 décembre 2010 l'*USCT holding* a acheté l'ancienne SMSP *Blackwater* rebaptisée « *Academi* ».

La réglementation devrait consacrer une unité juridique dans ces situations où des SMSP sont contrôlées par des sociétés commerciales. Cela faciliterait d'engager des responsabilités.

---

<sup>1185</sup> L'article L. 233-1 du Code français du commerce qualifie de filiale, la société dont une autre société possède 50% du capital. Pour le code du Commerce, voir [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr). Dernière visite le 10 septembre 2013.

<sup>1186</sup> KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, op cit, p. 290.

<sup>1187</sup> SINGER (Peter Warren), *Corporate Warriors. The rise of the Privatized Military Industry*, op, cit, p. 140.

<sup>1188</sup> Ibid. p. 292. Voir aussi le site internet de *DynCorp*, [www.dyn-intl.com](http://www.dyn-intl.com). Dernière visite le 02 septembre 2013.

<sup>1189</sup> L'histoire de *DynCorp* avec ses différents propriétaires peut être conclutée sur le site de la société au lien suivant : [www.dyn-intl.com/history.aspx](http://www.dyn-intl.com/history.aspx). Dernière visite, le 02 septembre 2013.

### **C/. Responsabilités effectives des SMSP et de leurs membres avec ouverture de recours aux victimes**

Dans leurs législations internes, les Etats doivent faire en sorte que la responsabilité des personnes morales et celle des personnes physiques puissent être engagées dans le cadre des activités des sociétés militaires et de sécurité privée. Ces responsabilités peuvent être pénale, civile ou même administrative.

Si un régime de licence est institué, le fait pour des personnes physiques et morales de travailler sur le territoire d'un Etat d'accueil sans autorisation peut constituer une infraction pénale et entraîner aussi des sanctions administratives comme l'interdiction de mener des activités dans les zones de juridiction pour un délai bien défini. Ces mesures peuvent permettre d'éviter ce que dénonce le Rapport de Del Prado de 2011 à savoir le nombre important de SMSP travaillant en Afghanistan sans autorisation<sup>1190</sup>. Dans ces situations, il sera difficile de déterminer des responsabilités.

La réglementation doit prévoir des responsabilités pour toute violation imputable aux SMSP et à leurs membres. Pour cela, les Etats d'origine, les Etats d'accueil et les Etats clients doivent légiférer dans ce sens. Cette réglementation ne sera efficace que si elle est précise et prend en compte toutes les réalités des activités de ces acteurs. C'est dire qu'il ne faut pas qu'il y ait seulement des règles qui sanctionnent des individus et laisser les personnes morales. Car, dans la commission des infractions, ces dernières ont une attitude en action ou en omission qui mérite une condamnation.

Les législations nationales consacrées aux activités des SMSP ne sauraient omettre la possibilité pour les victimes de bénéficier d'une réparation de leur préjudice. Sur ce point, ce sont les Etats du *Common Law* qui doivent faire des efforts.

Dans le système du *Common Law*, la victime a un rôle de témoin soit à la demande du Ministère public, soit à la demande de la défense. Elle n'a pas de statut juridique formel puisqu'elle n'est pas considérée comme une partie au procès pénal. En fait, dans ces systèmes pénaux, les infractions sont considérées comme étant perpétrées contre l'Etat et c'est ce

---

<sup>1190</sup> Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/66/317 du 22 août 2011, § 28.

dernier lui-même qui doit engager les poursuites<sup>1191</sup>. Pour que la victime puisse prétendre à une réparation, il faut qu'elle intente une action séparée au civil avec le risque de supporter les frais de procédure. Au final, aucune réparation n'est garantie dans la mesure où l'auteur des faits peut ne pas être solvable ou bien les juges peuvent ne pas accorder la réparation sollicitée. C'est ce qui est arrivé aux victimes des tortures d'Abu Ghraïb<sup>1192</sup> qui ont saisi le juge civil américain. Elles ont déclenché la procédure en vertu de l'*Alien Tort Claim Act*<sup>1193</sup> mais jusque là sans satisfaction<sup>1194</sup>. Mais étonnamment, le 17 septembre 2010, la Cour du 2<sup>ème</sup> Circuit aux Etats-Unis a jugé que l'*Alien tort act* ne peut être une base pour engager la responsabilité d'une personne morale<sup>1195</sup>. Le juge justifie sa solution en affirmant que les

---

<sup>1191</sup> Voir le Rapport de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme intitulé « *Victims rights before the international criminal court : A guide for victims, their legal representatives and NGOs* » dont le chapitre I est consacré à « *L'évolution de l'accès des victimes à la justice* », 23 avril 2007, p. 10. Consultable sur : [http://www.fidh.org/IMG/pdf/4-manuel\\_victimesFR\\_CH-I.pdf](http://www.fidh.org/IMG/pdf/4-manuel_victimesFR_CH-I.pdf). Dernière visite, le 21 septembre 2013.

<sup>1192</sup> HUSKEY (Kristine A.), « *The American way: Private military contractors & U.S. Law after 9/11* », in « *Regulating privatisation of war: the role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights* », p. 35, National Reports Series 03/10, An Update 2010, Priv-war Report, The United States of America. Disponible sur : [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu). Dernière visite le 30 septembre 2013.

<sup>1193</sup> Cette vieille loi américaine s'appelait d'abord « *Alien tort Statute* » (ATS) mais certains juges et auteurs de doctrine aux Etats ont utilisé le terme « *Alien Tort Claim Act* ». En 2004 dans la célèbre affaire Sosa, la Cour Suprême a pris l'appellation « *Alien Tort Claim Act* ». Ce texte adopté en 1789 prévoit la compétence des juridictions fédérales américaines pour des actions en responsabilité civile fondées sur la violation du droit des gens. Parmi les motifs qui auraient justifié l'adoption de ce texte, on peut citer l'incapacité pour le Congrès continental de traiter des cas comme l'incident de Marbois en 1784 qui mettait en scène un Chevalier français, Delongchamps, qui aurait verbalement et physiquement agressé le Consul général français à Philadelphie. Le Gouvernement fédéral américain était dans l'impossibilité de traduire en justice ce type de cas. Cf, FRYDMAN (Benoît) et HENNEBEL (Ludovic), « *Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique* », in Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°77, janvier 2009, Bruxelles, Bruylant, p. 88. Pour les origines de cette loi, voir, SACHAROFF (A.K.), « *Multinationals in Host Countries: Can They Be Held Liable Under the Alien Tort Claims Act for Human Rights Violations* », in *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. XXIII, n°3, 1998, pp. 927-964; JOSEPH (S.), *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Coll. Human Rights Law in Perspective, n°4, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2004, pp. 21 et s.

<sup>1194</sup> En première instance en novembre 2007, le juge fédéral James Robertson avait décidé que des poursuites pouvaient être engagées contre les interrogateurs (la société CACI) mais non contre les interprètes (la société TITAN). La cour d'Appel fédérale de Washington a estimé le 11 septembre 2009 que la responsabilité de ces sociétés - TITAN (aujourd'hui L3 Communication) qui fournissait des interprètes et CACI International qui fournissait des interrogateurs ne pouvait être retenue, essentiellement parce que les faits se sont déroulés en temps de guerre. Voir : [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Saleh\\_Court\\_of\\_Appeals\\_11-09-2009.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Saleh_Court_of_Appeals_11-09-2009.pdf). Dernière visite le 03 septembre 2013. Elle a été saisie une nouvelle fois par les plaignants mais, dans un arrêt rendu le 25 janvier 2010, elle réitère la même solution qu'en 2009. Consultable sur : <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/1.25.10Percuriamorder.pdf>. Dernière visite le 03 septembre 2013. La société CACI a accueilli avec satisfaction ces décisions judiciaires dans un Communiqué de Presse en date du 26 janvier 2010 que l'on peut consulter sur : [www.caci.com](http://www.caci.com). Dernière visite le 03 septembre 2013. Par ailleurs, en avril 2010, une Pétition « *for writ of certiorari* » est portée devant la Cour suprême contre CACI et TITAN. L'action portée devant la Cour suprême est un recours extraordinaire intenté devant une juridiction supérieure en vue de casser une ordonnance ou une décision d'une juridiction inférieure. Consultable sur : [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Saleh\\_Petition\\_for\\_Certiorari\\_26-04-2010.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Saleh_Petition_for_Certiorari_26-04-2010.pdf). Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>1195</sup> *United States Court of Appeals, Second Circuit, KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO PLC*, op. cit. Consultable sur : <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1538779.html>. Dernière visite le 03 septembre 2013. Précédemment, l'application de l'*Alien Tort Act* n'a pas été retenue dans une autre affaire. Il s'agit de l'affaire UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, *Presbyterian Church of*

Etats-Unis ne sont partie à aucun traité international qui prévoit la responsabilité de personne morale. Selon la Cour d'appel, le droit international ne reconnaît que la responsabilité des Etats et des personnes physiques et que, ni le Statut de Rome, ni les juridictions internationales n'ont retenu la responsabilité internationale des personnes morales<sup>1196</sup>. Elle cite une partie de la décision du tribunal de Nuremberg où il a été souligné que « *Ce sont les hommes et non les entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international* »<sup>1197</sup>. En citant cette décision, la Cour d'appel semble ordonner une voie aux victimes, à savoir attaquer en justice les dirigeants au lieu d'assigner les personnes morales. En effet, elle a interprété la décision de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Sosa*<sup>1198</sup> pour dire que l'*Alien Tort Claim Act* ne s'applique qu'aux individus. Il est vrai qu'en l'espèce, le défendeur était un individu et la Cour suprême y a reconnu qu'une société pouvait être demanderesse dès lors qu'elle est victime<sup>1199</sup>. Mais le mystère était demeuré dans le cas où la société est en position de défenderesse<sup>1200</sup>. La Cour suprême

---

*Sudan v. Talisman Energy Inc. and the Republic of Sudan (Talisman case)*, op. cit. Consultable sur : [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Talisman\\_Court\\_of\\_Appeal\\_Judgement\\_3-10-2009.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/US/Talisman_Court_of_Appeal_Judgement_3-10-2009.pdf).

Dernière visite le 03 septembre 2013. Dans sa décision, la Cour a jugé que les demandeurs n'avaient pas établi que l'entreprise *Talisman* avait « *agi dans le but de soutenir les violations du gouvernement* ». La Cour a également confirmé le rejet des preuves liées à l'achat d'armes. Elle a notamment considéré comme insuffisants les éléments de preuves démontrant que les paiements effectués par l'entreprise *Talisman* étaient directement destinés à l'approvisionnement en armes du Gouvernement soudanais, en dépit du fait que le jury ait considéré que l'entreprise *Talisman* était au courant que les paiements pouvaient être utilisés dans ce but.

<sup>1196</sup> Selon la Cour d'appel: "After Nuremberg, as new international tribunals have been created, the customary international law of human rights has remained focused not on abstract entities but on the individual men and women who have committed international crimes universally recognized by the nations of the world. This principle has taken its most vivid form in the recent design of the International Criminal Court ("ICC"). Although there was a proposal at the Rome Conference to grant the ICC jurisdiction over corporations and other "juridical" persons, that proposal was soundly rejected, and the Rome Statute, the ICC's constitutive document, hews to the tenet set forth in Nuremberg that international norms should be enforced by the punishment of the individual men and women who violate them". Cf, United States Court of Appeals, Second Circuit, KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO PLC, September 17, 2010. Consultable sur : <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1538779.html>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>1197</sup> The Nurnberg Trial (*United States v. Goering*), 6 F.R.D. 69, 110 (Int'l Military Trib. at Nuremberg 1946).

<sup>1198</sup> United States Supreme Court, *Sosa v. Alvarez Machain, al*, June 29, 2004. Consultable sur : <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=03-339>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>1199</sup> Selon la Cour d'appel : « "We emphasize that the question before us is not whether corporations are "immune" from suit under the ATS: That formulation improperly assumes that there is a norm imposing liability in the first place. Rather, the question before us, as the Supreme Court has explained, "Is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual." ». Cf, United States Court of Appeals, Second Circuit, KIOBEL v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO PLC, September 17, 2010. Consultable sur : <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1538779.html>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>1200</sup> Voir le document d'Amicus Curiae présenté par Human rights First devant la Cour Suprême américaine pour soutenir la Pétition sur l'indemnisation des victimes des tortures d'Abu Ghraïb (mai 2011). Disponible sur : [http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Saleh\\_v\\_Titan.pdf](http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/Saleh_v_Titan.pdf). Dernière visite le 21 septembre 2013.

américaine s'est prononcée sur ce point dans l'affaire *Kiobel* le 17 avril 2013 et décide que l'ATCA ne s'applique à une société que se celle-ci a lien étroit avec les Etats-Unis<sup>1201</sup>.

Si ces victimes irakiennes ont saisi les juridictions américaines, c'est qu'elles étaient dans l'impossibilité d'avoir une solution avec la justice nationale de leur pays. En ce qui leur concerne, l'arrêt n°17 de l'Autorité Provisoire de la Coalition avait institué une immunité en faveur des membres des sociétés militaires et de sécurité privées travaillant sur le territoire irakien. Mais, des victimes peuvent avoir un problème d'accès à la justice à cause du fait que les juridictions nationales ne fonctionnent pas à la suite, par exemple, d'un conflit armé. C'est pourquoi, il ne leur reste que la compétence universelle et la justice internationale. L'*Alien Tort Claim Act* qui vient être cité s'inscrit dans le cadre de la compétence universelle car il donne compétence aux juridictions fédérales américaines de connaître des actes de violation des droits de l'homme qui sont perpétrés en dehors des Etats-Unis. Mais la compétence universelle ne règle pas tous les problèmes des victimes d'accéder à la justice. En effet, tout dépend du système pénal en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel est trouvé l'accusé. Le statut actuel de la victime dans le *Common Law* et l'absence de volonté d'un Etat de poursuivre la personne découverte n'arrangent pas la victime.

Dans une réglementation nationale des activités des SMSP, une part importante doit être consacrée à la victime lorsqu'il s'agit de mettre sur pied les droits et les obligations des prestataires. Dans cette même réglementation, il faudra également déterminer quels services pourraient être délégués par les clients des SMSP et quels prestataires auraient le droit d'exercer des tâches dans l'externalisation. C'est le régime juridique spécial envisageable pour la délégation des services militaires et sécuritaire auquel il convient de s'intéresser.

---

<sup>1201</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *KIOBEL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL.*, April, 17, 2013. Consultable sur : [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491\\_l6gn.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf). Dernière visite le 12 octobre 2013

## Chapitre II : Le régime juridique spécial envisageable pour la délégation des services aux SMSP

Après avoir déterminé le statut envisageable des sociétés militaires et de sécurité privées et celui de leurs membres, il convient de proposer une réglementation concernant les conditions dans lesquelles des services pourront être confiés à ces acteurs. Il s'agit principalement de s'intéresser aux clients des SMSP et aux domaines d'interventions de ces dernières. Ces deux volets d'une éventuelle réglementation méritent un encadrement strict. En effet, les activités des SMSP ne doivent pas être d'un accès libre pour tout acteur de la vie internationale ou de toute personne physique et morale. En plus, les sociétés elles mêmes, ne devraient pas avoir la liberté d'exercer toute tâche qui leur serait proposée. Le manque de réglementation dans ces cadres peut s'avérer fatal pour le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Sans garde-fous normatifs, rien ne garantit, par exemple, que des organisations criminelles ne puissent utiliser les services de ces acteurs. Rien ne garantit non plus que les prestataires et leurs clients fassent preuve d'attention pour respecter les règles du droit international humanitaire et celles des droits de l'homme. Ces sociétés sont avant tout des entreprises commerciales et à ce titre, elles cherchent du profit. Leurs sites internet affichent d'énormes chiffres d'affaire<sup>1202</sup>. La raréfaction des marchés peut pousser certaines d'entre elles les moins scrupuleuses, à trouver des clients dans la limite de ce que peuvent admettre les principes du droit international général<sup>1203</sup>. Dans ce sens aussi, elles pourraient mener des activités pouvant être également dangereuses pour la paix et la sécurité internationales. Ainsi, un régime juridique spécial est nécessaire pour mettre sur pied un cadre dans lequel les SMSP pourraient exercer leurs missions avec des contrats dans des conditions qui leur permettraient d'acquérir de plus en plus de légitimité mais aussi pour prévenir les éventuelles violations des droits de l'homme<sup>1204</sup>. Ce régime juridique, quel que soit son niveau de conception (national ou international), doit avoir un contenu adapté à la situation des sociétés militaires et de sécurité privées. Les potentiels clients de ces sociétés devraient

---

<sup>1202</sup> Par exemple, *DynCorp* annonce le 15 août 2011, 918,7 millions de dollars qui représentent une hausse de 15,5 % par rapport au 2<sup>ème</sup> trimestre de 2010. Voir : <http://www.dyn-intl.com/>. Dernière visite le 02 octobre 2013.

<sup>1203</sup> Un rapport présenté à l'Assemblée générale des Nations unies note que : « *les nombreuses passerelles [qui existent] entre les sociétés militaires et de sécurité privées [d'une part] et les multiples groupes armés irréguliers présents sur le territoire afghan* ». Cf, Assemblée générale des nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*, 25 août 2010, A/65/325, § 16.

<sup>1204</sup> Assemblée générale des Nations unies, Conseil des Droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, 68<sup>ème</sup> session, présenté par M. José Luis Gomez Del Prado, 4 juillet 2011, § 78.

être sélectionnés pour pouvoir interdire ceux dont les liaisons avec de telles personnes morales, pourraient causer d'indicibles inconvénients à la communauté internationale dans son ensemble. De même, les domaines d'intervention devraient être évalués pour sortir certains du lot des activités pouvant être confiées à des acteurs privés. Il convient par conséquent de s'intéresser d'abord aux acteurs clients (section I) avant de se pencher sur les domaines (Section II).

## **Section I : Les acteurs internationaux pouvant contracter avec les SMSP**

La liste des clients pouvant confier des tâches aux SMSP doit être limitée. Les partenaires contractuels des SMSP ne sauraient être que les sujets de droit international, à savoir les Etats et les organisations internationales. La raison est que les activités que mènent les sociétés militaires et de sécurité privées sont potentiellement violatrices des droits de l'homme<sup>1205</sup>. De ce fait, les clients des SMSP ne pourront pas rester sans obligations spécifiques et vont devoir faire face à des responsabilités qu'ils risquent d'encourir lorsque les acteurs auxquels ils délèguent méconnaîtront les règles du droit international humanitaire le cas échéant, ou celles du droit international des droits de l'homme.

### **§ I : Obligations et responsabilités particulières des Etats et OI**

Les Etats et les organisations internationales qui emploieraient des SMSP devraient se voir imposer des obligations spéciales et tout manquement à ces devoirs devrait entraîner une responsabilité internationale. Les tentatives de réglementations se sont penchées sur ces natures d'obligations spéciales qui sont plus adaptées que les obligations générales de ces sujets au niveau du droit international. C'est le cas du Projet de convention des Nations unies sur les sociétés militaires et de sécurité privées de 2010. Cependant, le Document de Montreux ne crée pas de nouvelles obligations, il rappelle le droit existant mais quand même, il « *fixe des obligations positives sur la façon dont les SMP exercent leur activité* ». C'est le Projet de convention des Nations unies qui créent de véritables nouvelles obligations avec des

---

<sup>1205</sup> Il est noté par exemple, le cas d'un angolais qui, ayant échoué dans sa procédure de demande de résidence au Royaume Uni, devait être reconduit dans son pays d'origine. Le Gouvernement britannique a employé une SMSP *G4S* pour l'encadrement de cette personne à bord d'un vol de la compagnie *British Airlines*. L'angolais est décédé au cours du vol suite à un étouffement dont il se plaignait à plusieurs reprises en demandant aux autres passagers de venir à son aide. Voir Assemblée générale des Nations unies, Conseil des Droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 68<sup>ème</sup> session, présenté par M. José Luis Gomez Del Prado, 4 juillet 2011, § 10.

responsabilités. Mais ce projet omet les organisations internationales. Or, ces institutions ont eu à employer des SMSP et dans l'avenir elles auront forcément besoin de leurs services. L'incomplétude du projet de réglementation des Nations unies justifie qu'un encadrement plus complet soit proposé. L'utilisation croissante des SMSP par les organisations internationales ne saurait être omise. En effet, certaines organisations internationales comme les Nations unies font face depuis quelques années à un problème de personnel de maintien de la paix tant sur le plan du nombre dont elles ont suffisamment besoin que sur la qualité professionnelle des soldats de la paix. Il faudrait mieux prévoir une réglementation dans ce domaine avant que le phénomène ne prenne de l'ampleur<sup>1206</sup>. Pour ce faire, l'idée est de mettre en exergue la différence les Etats et les organisations internationales dans l'emploi des SMSP. Le contrôle n'est pas de la même nature selon qu'il s'agit d'imposer des obligations aux Etats ou aux OI. Il existe trois catégories d'Etats qui peuvent intervenir dans le cadre des activités des SMSP : l'Etat d'accueil, l'Etat de nationalité et l'Etat-client. Or, les OI ne se situent qu'au niveau seulement contractuel. Il convient donc d'envisager des obligations spéciales pour chacune des deux catégories de sujet de droit internationales.

#### **A/. Les obligations positives et les responsabilités des Etats**

Le contrôle des activités des SMSP est crucial dès lors que la régulation est inéluctable. Ainsi, les Etats devraient se voir imposer des obligations positives et spécialement déterminées pour l'emploi des acteurs privés. Ces obligations sont positives dans la mesure où elles ordonnent d'agir dans un sens à savoir que les sociétés que les Etats utilisent, respectent le droit international humanitaire et les droits de l'homme. Elles sont spéciales car elles ne s'appliqueraient que dans le cadre de l'utilisation des services des SMSP.

##### **a). Les obligations positives et spéciales des Etats**

Les Etats ne pourraient pas avoir les mêmes natures de contrôle et d'obligations selon qu'il s'agit de l'Etat d'accueil, de l'Etat de nationalité ou de l'Etat-client. Mais, une seule convention internationale peut déterminer toutes les obligations afférentes à leurs positions dans l'externalisation des activités militaires et sécuritaires. L'adoption d'un traité pour réglementer l'externalisation est un moyen efficace pour que les obligations qu'il contient

---

<sup>1206</sup> L'emploi des SMSP par les organisations internationales est présentement en dessous du niveau où se trouve celui des Etats isolés. Il y a encore de la réticence surtout au sein des Nations unies à ce que ces sociétés soient utilisées dans le cadre du maintien de la paix. Nous y reviendrons sur cette réticence dans les pages suivantes lorsque nous aborderons la délimitation domaines de compétences des sociétés militaires et de sécurité privées.

soient respectées par les Etats qui manifesteront leur consentement à être liés par ses dispositions. Chaque Etat prendra les mesures qui lui sont imposées suivant sa position dans l'externalisation. C'est ainsi qu'il convient de s'intéresser à l'Etat d'accueil, à l'Etat d'origine et à l'Etat contractant.

### 1). L'Etat d'accueil

L'Etat d'accueil pourrait être contraint par une législation interne adaptée pour accueillir sur son territoire une société et ses employés. Cette législation adaptée peut provenir de la révision des textes spécifiques aux SMSP existants s'ils ont des lacunes, ou de l'adoption de nouvelles règles. L'existence de ces règles nationales peut être un instrument efficace contre l'entrée frauduleuse de certaines sociétés dont les actes répréhensibles seraient difficiles à sanctionner. La législation nationale permet aussi aux victimes de pouvoir ouvrir des voies de recours contre les éventuelles violations des droits de l'homme. Pour leur faciliter la tâche, un contrôle doit être mis en place car les victimes ont souvent du mal à distinguer entre les multitudes de soldats, ceux qui relèvent des Etats et ceux qui sont des employés de sociétés privées. Dans un pays comme l'Irak, le fait que les membres des SMSP « *ne portent pas d'uniforme et circulent souvent en véhicule aux vitres teintées, sans plaque d'immatriculation* »<sup>1207</sup> inquiète les populations. Dans ces conditions, il sera difficile non seulement de distinguer les soldats privés des militaires étatiques mais aussi d'identifier les éventuels membres de SMSP soupçonnés d'avoir commis des infractions. Pour les sanctions, un appareil judiciaire adapté est efficace dans la lutte contre l'impunité<sup>1208</sup>.

Les SMSP qui sont admises à intervenir dans le territoire d'un Etat, doivent l'être sur autorisation administrative sous le contrôle d'un organe de l'administration locale. Ce contrôle ne saurait être assuré par un sous-traitant privé évoluant dans le secteur des prestations de sécurité privée comme cela a eu lieu en Irak. En effet, en 2004 un contrat tri-annuel de 293 millions de Dollars a été proposé par le Département de défense américain à plusieurs SMSP pour contrôler leurs pairs<sup>1209</sup>. C'est la société britannique *AEGIS*<sup>1210</sup> qui avait

---

<sup>1207</sup> Assemblée générale des nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*, 25 août 2010, A/65/325, § 18.

<sup>1208</sup> Assemblée générale des nations unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, (dir) M. José Luis Gomez Del Prado, A/HRC/18/32, 4 juillet 2011, § 40.

<sup>1209</sup> Hélène JACQUIN (sous direction), « *L'emploi des sociétés militaires privées en Afghanistan et en Irak* », op cit. p. 68.

été choisie<sup>1211</sup> pour contrôler les véhicules des autres SMSP au moyen d'un système GPS avec audio et vidéo qui peut repérer à tout moment l'emplacement exact des véhicules et donner des informations sur le personnel à bord et les éventuels incidents. Ces informations ont pour but d'aider les enquêteurs sur les allégations de violations de droits de l'homme.

Toutefois le choix d'une société pour contrôler ses paires avait été accueilli avec perplexité par le monde des *contractors*. Il y a dans cette démarche, consistant à confier une tâche à une entité qui est en même temps juge et partie, de quoi avoir des doutes sur la sincérité des informations recueillies<sup>1212</sup>. D'ailleurs la société avait du mal dans ses premiers mois « à prendre ses marques ». C'est pourquoi, il serait mieux que ce soit effectué par un organe administratif public.

Par ailleurs, les sociétés qui ne sont pas respectueuses des dispositions légales réglementaires doivent faire l'objet de poursuites et de sanctions. Dans ce cadre, si l'Etat devient impuissant face aux sociétés qui travaillent sur son territoire sans son autorisation, il doit pouvoir avoir la possibilité de s'adresser aux autres Etats pour demander de l'aide.

Par ailleurs, la législation ne serait efficace que si elle exige de la SMSP et de ses membres le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Dans ce cadre, l'adoption d'une convention internationale pourrait imposer à l'Etat territorial de prendre des mesures lui permettant de faire respecter les règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux prestataires présents sur son espace géographique. De pareilles obligations pourraient être imposées à l'Etat d'origine pour qu'il réglemente les activités de ses nationaux qu'ils soient personnes morales ou personnes physiques.

---

<sup>1210</sup> AEGIS a été créée en 2002 et elle est dirigée par Tim Spicer qui avait fondé *Sandline International*. Il quitta officiellement *Sandline* en 1999 et la société sera dissoute officiellement en 2004. Ce que confirme une note publiée sur le site internet de la société qui fonctionne toujours. Cf, [www.sandline.com](http://www.sandline.com). Dernière visite le 28 septembre 2013.

<sup>1211</sup> Washington Post, "In Iraq, a Private Realm Of Intelligence-Gathering", Washington, 1er juillet 2007. Consultable sur : <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/06/30/AR2007063001075.html>. Dernière visite le 29 septembre 2013.

<sup>1212</sup> Le Groupe de travail qui a fait un rapport sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, mentionnait en 2010 que « en général, dans des situations de conflit comme en Afghanistan ou en Irak, les violations des droits de l'homme commises par les employés des sociétés militaires et de sécurité privées, ne sont pas dûment consignées et ne donnent pas lieu à l'ouverture d'une enquête ». Cf, Assemblée générale des nations unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*, 25 août 2010, A/65/325, § 18.

## 2). L'Etat d'origine

L'Etat d'origine des SMSP et celui des membres ne peuvent pas être ignorés par une réglementation sur les obligations spéciales. Etant l'Etat de nationalité, il a la possibilité d'exercer un contrôle sur ses ressortissants, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales. A ce titre, l'Etat d'origine doit par conséquent être une cible particulière dans la mesure où il peut légiférer dans le cadre de la création de la société et dans le recrutement de ses ressortissants. Dans ce cadre, il a la possibilité de donner des autorisations sur telle ou telle activité à mener et de pouvoir prévoir des sanctions à l'encontre de ses nationaux qui contreviendraient aux règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Cet Etat a aussi la possibilité d'intervenir par le biais de sa législation dans le domaine des exportations d'armement. L'affaire *Sandline* « *Arms to Africa* » est illustrative. Cette société britannique était intervenue en Sierra Leone pendant la guerre civile en transportant des armes<sup>1213</sup> vers ce pays en violation totale de l'embargo décrété par le Conseil de sécurité des Nations unies à travers sa Résolution 1132<sup>1214</sup>. La société fut disculpée de cette affaire mais l'implication de quelques personnalités du pouvoir l'a rendue compliquée. Ces sortes d'impunités devraient être évitées par les réglementations de l'Etat d'origine mais également par celles de l'Etat contractant.

---

<sup>1213</sup> Les armes proviennent de la Bulgarie et ont transité par le Nigéria. Il y avait bel et bien un contrat entre *Sandline* et le Président Kaba déchu. La valeur du contrat était 10 millions de Dollars et des concessions minières. Après le retour d'Ahmed Tijan Kaba au pouvoir, les contrats miniers entre Londres et son ancienne colonie ont repris. D'ailleurs *Sandline* avait allégué un certain « feu vert » de quelques personnalités du *Foreign Office* (Ministère britannique des affaires étrangères). En fait, il a sollicité des autorisations officielles à Londres et sa requête a été suivie par un silence de l'administration qu'il a considéré comme un accord tacite. Finalement la société fut disculpée de cette affaire. Tous les articles de presse traitant de cette affaire, sont répertoriés sur le site de *Sandline international* au lien suivant : [http://www.sandline.com/hotlinks/sierra\\_leone.html](http://www.sandline.com/hotlinks/sierra_leone.html). Dernière visite le 30 septembre 2013. Voir, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, Paris, Editions Nouveau Monde, 2008, p. 64. Voir aussi OLSSON (Christian) « *Vrai procès et faux débats : perspectives critiques sur les argumentaires de légitimation des entreprises de coercition para-privées* », in *cultures & conflits*, n°52, 2003, p. 29. Une enquête a été menée par des parlementaires britanniques et leur rapport apporte des éclairages sur cette affaire. Cf, Sir Thomas LEGG and Sir Robin IBBS « *Report on the Sierra Leon Arms Investigation* », op. cit. Voir <http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/files/kfile/report.pdf>. Dernière visite le 08 septembre 2013.

<sup>1214</sup> La disposition de la Résolution qui décrétait l'embargo était ainsi libellée : « *Le Conseil de sécurité [...] Décide que tous les Etats empêcheront la vente ou la fourniture à la Sierra Leone par leurs nationaux ou depuis leur territoire, ou au moyen de navires battant leur pavillon ou d'aéronefs immatriculés par eux, de pétrole, de produits pétroliers, d'armements et de matériel connexe de tous types, y compris d'armes et de munitions, de véhicules et d'équipements militaires, d'équipements paramilitaires et de pièces détachées et afférentes, que ceux-ci proviennent ou non de leur territoire* ». Cf, Résolution 1132 du Conseil de sécurité, adoptée le 8 octobre 1997, S/RES/1132 (1997). Disponible sur : <http://www.un.org/french/docs/sc/1997/97s1132.htm>. Dernière visite le 30 septembre 2013.

Une convention internationale sur les activités des SMSP pourraient lui imposer de prendre des mesures permettant de légiférer dans ce secteur. Cet instrument international devrait exhaustive dans la formulation des obligations pour que sa législation soit la plus complète possible. Par exemple, ses juridictions internes devraient avoir compétence pour juger les nationaux qui interviennent dans les activités des SMSP qui sont menées en dehors du territoire. Son droit du travail devrait intégrer des protections nécessaires pour que ses ressortissants qui seraient recrutés par des sociétés ne tombent pas sur des contrats qui ne leur permettent pas de se défendre correctement en cas de litige avec leurs employés.

De même que l'Etat d'origine, l'Etat contractant devrait aussi être astreint à des obligations spéciales.

### **3). L'Etat contractant**

C'est l'Etat qui est le client de la société militaire et de sécurité privée. Il peut être un exportateur des services de la société sur le territoire d'un autre Etat ou l'Etat hôte. Une convention internationale sur les activités des SMSP peut imposer à cet Etat des obligations spéciales pour légiférer dans ce domaine. S'il accueille les SMSP et leurs membres sur son territoire, il doit faire en sorte que les activités qui y sont menées ne portent pas atteinte aux droits de l'homme et au droit international humanitaire. Plusieurs séries d'obligations peuvent lui être imposées. Par exemple, il peut lui être demandé de ne signer des contrats avec des sociétés sans leur demander de respecter le droit international humanitaire et les droits de l'homme et aussi de justifier que ses membres ont suivi une formation complète que requiert ce métier. Cette exigence peut figurer dans le contrat même. Cependant « *d'autres éléments doivent être prises en compte comme la qualité du service, le respect de la norme diligente requise, l'éthique, la formation des employés* »<sup>1215</sup>. L'Etat contractant doit être contraint à interdire la sous-traitance en cascade pour éviter la dilution des responsabilités. En effet, si l'Etat délègue une mission à une SMSP qui à son tour délègue à une autre SMSP, et ainsi de suite, il va se produire un problème d'identification des responsables en cas de violation de droits et les ordres donnés par l'Etat contractant primaire risquent de ne plus avoir d'effet. Or, l'Etat contractant a aussi une obligation de moyen s'agissant de la prévention et du contrôle des sociétés qu'il emploie. En cas de sous-traitance en cascade, le contrôle devient plus difficile à mener. Il est de son intérêt d'interdire à la société cocontractante de déléguer la

---

<sup>1215</sup> COTTIER (Michael), « Attribution de mandat aux entreprises de sécurité militaires privées et régulations de leurs activités : éléments à considérer », op cit, p. 230.

mission. Il est aussi de l'intérêt des victimes de pouvoir identifier les entités qu'elles vont attaquer en justice. Parmi les obligations, il peut y être ajouté également la punition des actes qui contreviennent aux règles pertinentes du droit international et du droit interne. Dans cette optique, le contrat lui-même ne saurait omettre de prévoir la responsabilité des deux parties dans le cadre de son exécution.

### **b). La responsabilité des Etats pour des faits accomplis par une SMSP**

La conduite des SMSP devrait pouvoir être attribuée plus facilement à un Etat en vertu d'une réglementation spécifique, qu'il engage ou qu'il soit seulement leur Etat national. L'état actuel du droit international ne donne pas toutes les réponses aux questions qui tournent autour de l'attribution des comportements des entités privées à l'Etat. Le Projet d'articles sur la responsabilité internationale n'a pas fait référence à la notion de société militaire et de sécurité privée, encore moins à des notions qui lui sont proches comme les sociétés transnationales. Il est à noter aussi que les SMSP n'ont pas acquis de qualifications juridiques officielles qui les rattacheraient plus facilement à des entités et personnes employées dans le Projet d'articles. Il s'agit en bref de souligner que ces articles sur la responsabilité internationale de l'Etat n'étaient rédigés pour viser les activités des SMSP, voire, comment l'Etat devrait répondre des actes de ces privés qui conduisent en vertu de contrats, des missions, qui jadis appartenaient à la sphère régaliennne. L'enjeu donc de la nouvelle réglementation envisageable est de s'adonner à des qualifications juridiques qui permettent d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour le comportement des SMSP en vertu du Projet d'articles de la CDI. Cette réglementation envisageable devrait sanctionner les manquements à la mise en place par l'Etat de législations sur les activités des sociétés militaires et de sécurité privées.

#### **1). Faciliter l'attribution de la responsabilité à l'Etat**

Une règle classique veut que l'Etat ne réponde que des actes accomplis par ses organes. La seule possibilité pour que l'Etat réponde des actes de personnes privées, et cela seulement de manière indirecte, est lorsque ses organes omettent de prendre des mesures auxquelles ils étaient tenus en vertu du droit international. C'est dire que, attribuer une responsabilité à l'Etat pour des actes accomplis par une SMSP est un défi pour une réglementation envisageable sur les activités de ces prestataires privés. Le Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat a prévu des cas permettant d'obliger l'Etat à répondre

de certains actes qu'ils soient le fait des ses organes ou non, mais il n'est pas facile d'appliquer ces règles dans le cadre des activités des SMSP. Il faut donc s'adonner à une opération de qualification pour favoriser l'application facile des dispositions de ce texte dans le cadre des activités des SMSP. Le problème est que, si une SMSP conduit une mission que lui confie un Etat, quand est-ce que l'on pourra la qualifier d'organe de l'Etat, d'entité exerçant des prérogatives de puissance publique ou de personne agissant pour le compte d'un Etat ?

L'article 4 prévoit que la conduite des entités ayant le statut d'organe de l'Etat peut engager la responsabilité internationale de l'Etat. La règle nationale qui détermine les conditions de délégations des services de l'Etat à des entités privées peut décider que de telles entités acquerraient le statut d'organes de l'Etat. Si tel n'est pas le cas, l'on pourrait se tourner vers le contrat conclu entre l'Etat et la société. Ce contrat peut bel et bien contenir une disposition qui octroie une qualification aux entités et personnes qui exécutent la mission confiée par l'Etat. Ce fut le cas du contrat entre la Papouasie Nouvelle Guinée et *Sandline International* qui avait qualifié les membres de la SMSP de « *special constables* »<sup>1216</sup>. Ces genres de qualification ne sont pas tout le temps présents. C'est ce qui fait qu'il faut voir aussi si les SMSP sont investies de prérogatives de puissance publique. Ensuite l'article 5 du Projet d'articles prévoit la responsabilité de l'Etat lorsque les activités qui sont confiées aux personnes privées entrent dans la catégorie des prérogatives de puissance publique. Le problème aussi dans ce cadre est que la notion de puissance publique ne saurait couvrir toutes les missions que les SMSP pourraient remplir au nom d'un Etat. Si la société n'exécute qu'un accessoire d'une activité principale entrant dans la catégorie, il s'avère qu'il faudra l'écarter de la qualification. Enfin, la qualification des sociétés n'exécutant pas des prérogatives de puissance publique pourrait donc être trouvée dans l'article 8 du Projet qui prévoit la responsabilité internationale de l'Etat lorsque des personnes privées agissent en fait sous son contrôle ou ses instructions. Le problème est que la notion de contrôle n'a pas une acception juridique claire. Le Projet d'articles ne l'a pas définie et les juridictions internationales ont des interprétations différentes à son sujet. La CIJ parle de « *contrôle effectif* » et le TPIY de « *contrôle global* ».

---

<sup>1216</sup> Voir le contrat entre la Papouasie Nouvelle Guinée et *Sandline International* sur le site de cette dernière au lien suivant : <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

En définitive, la responsabilité de l'Etat pour le comportement des SMSP et de leurs membres pourrait être réglementée sans avoir besoin de savoir comment qualifier ces acteurs privés. Le principe selon lequel l'Etat répond de tout comportement de ses organes internes pourrait être utilisé. Dans le cadre de ce principe, il n'est pas à regarder si la collectivité territoriale ou l'entité fédérée a conduit des activités de puissance publique ou qu'elle est placée sous le contrôle des organes centraux. Il existe une espèce de présomption dans ce cadre. Il doit aller de même s'agissant des SMSP. Le comportement de l'Etat vis-à-vis de la société est à apprécier pour s'assurer qu'il est conforme ou non à une obligation de droit international. Cette responsabilité pourra être alliée avec celle relative au manquement aux nouvelles obligations de *due diligence* dans l'emploi des SMSP.

## **2). Adopter la responsabilité de l'Etat pour manquement aux obligations de *due diligence* dans l'emploi des SMSP**

La réglementation envisageable devrait prévoir de nouvelles obligations spéciales pour la prévention dans l'emploi des SMSP. A ces nouvelles obligations correspondraient une nouvelle responsabilité internationale qui permettra de favoriser la baisse de risques de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. En effet, dans la prévention, il y a l'idée de mettre en place une législation et des institutions administratives et judiciaires compétentes, spécialement en matière d'activités des SMSP. Tout Etat qui manquerait à cette obligation engagerait sa responsabilité internationale. Elle est différente de la responsabilité qui vient d'être évoquée et qui se base sur les dommages causés par l'activité des sociétés auxquelles l'Etat confie une partie de ses compétences et qui sanctionne un manquement à une obligation de comportement. Cette nouvelle responsabilité sanctionne un manquement à une obligation de moyen (devoir de diligence), c'est-à-dire celle d'éviter le maximum que des violations se produisent<sup>1217</sup>. La CIJ a fait état de cette obligation de contrôle et de prévention dans une affaire relative au génocide jugée en 2007<sup>1218</sup> sans autant dégager une théorie générale là-dessus. La Cour insiste sur le fait qu'il s'agit d'une obligation très relative car dépendant de ce que l'Etat peut licitement faire et de ce que l'Etat peut

---

<sup>1217</sup> HAUPAIS (Nicolas), « *Les enjeux juridique de la privatisation de la guerre* », op cit, p. 103.

<sup>1218</sup> Selon la Cour internationale de justice, « *l'obligation qui s'impose aux Etats parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un Etat ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint ; elle l'est, en revanche, si l'Etat a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher* ». Cf, CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, § 430.

factuellement atteindre. Selon elle, « *la capacité d'influence de l'Etat doit être évaluée aussi selon des critères juridiques, puisqu'il est clair que chaque Etat ne peut déployer son action que dans les limites de ce que lui permet la légalité internationale* »<sup>1219</sup>. Dans le cadre de l'emploi des SMSP, l'Etat a une obligation de faire respecter le droit international humanitaire et d'assurer le respect des droits de l'homme. Ainsi, il doit faire en sorte que, aussi bien dans la prévention que le contrôle que son comportement puisse montrer au moins qu'il a agi à la limite des moyens dont il dispose pour honorer ses obligations. L'Etat contractant doit savoir que l'utilisation d'une SMSP dont les membres sont armés a des risques sérieux de violation de droit international humanitaire et des droits de l'homme. Et dès la conclusion du contrat, l'Etat doit être en mesure de mettre en œuvre les moyens dont il dispose pour la prévention de commission d'infraction et le contrôle des activités des sociétés qu'il externalise. La réglementation pourra mettre en place des critères permettant d'apprécier la législation adoptée, les institutions administratives et judiciaires chargées du contrôle et des sanctions des éventuelles violations.

### **B/. Les obligations spéciales des organisations internationales employant des SMSP**

Les organisations internationales dont les membres sont des Etats peuvent se voir imposer des obligations spéciales dans le cadre des activités des sociétés militaires et de sécurité privées. Etant des sujets de droit international, leur personnalité juridique consacrée à la suite d'une jurisprudence de la CIJ depuis 1949, fait qu'elles peuvent être assujetties à des obligations internationales<sup>1220</sup>. Ainsi, dans son avis consultatif sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé*, la CIJ notait qu'elle a «... à peine besoin de rappeler que les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des Etats, de compétences générales »<sup>1221</sup>. Les Nations unies et les organisations régionales chargées respectivement, à titre principal et à travers les coopérations régionales des missions de paix par la Charte de San Francisco, peuvent utiliser les services des SMSP<sup>1222</sup>. A ce titre, il faudrait qu'une réglementation internationale sur les activités des sociétés militaires et de sécurité privée prévoie un système d'obligations à l'encontre des organisations internationales et une responsabilité internationale.

---

<sup>1219</sup> CIJ, arrêt ci-dessus cité, § 430.

<sup>1220</sup> WHITE (Nigel D.), MACLEOD (Sorcha), "EU Operations and Private Military Contractors: Issues of Corporate and Institutional Responsibility", in EJIL, 2008, p. 970.

<sup>1221</sup> CIJ, *Armes nuc. Avis*, 1996, p. 78, § 25.

<sup>1222</sup> Nous reviendrons sur l'intervention des SMSP dans le domaine du maintien de la paix avec les détails sur les missions qu'elles peuvent accomplir et celles qu'il ne saurait possible de leur confier.

### **a). Les types d'obligations spéciales pouvant être imposées aux OI**

L'organisation internationale est en principe « *lié[e] par toutes les obligations que lui imposent les règles générales du droit international, son acte constitutif ou les accords internationaux auxquels [elle] est partie* »<sup>1223</sup>. En cas d'utilisation des services des prestataires privés, l'organisation internationale ne saurait ignorer les règles du droit international. Sa qualité de sujet lui impose de respecter de telles règles. Dans le cadre général, elle ne peut avoir le même contenu d'obligations que les Etats. En effet, « *alors qu'un Etat possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique* »<sup>1224</sup>. Dans cette optique, elle peut être une partie à une convention internationale régulant les activités des sociétés militaires et de sécurité privée mais des obligations spéciales vont lui être imposées. L'utilisation des SMSP par une organisation internationale doit respecter les règles qui régissent le recours à la force dans les relations internationales. Aucune organisation ne saurait porter atteinte à la souveraineté des Etats en utilisant les services des SMSP. Au préalable de toute signature de contrat, il pourrait leur être imposé de ne contracter qu'avec des sociétés dont les membres sont effectivement formés en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire. S'agissant de l'Organisation des Nations unies et des organisations régionales, le recours aux SMSP dans le cadre de ses opérations de maintien de la paix devrait être encadré. Il est à noter que la politique actuelle de l'ONU n'est pas favorable à l'utilisation des forces privées comme forces principales dans les dites opérations<sup>1225</sup>. Les SMSP interviennent pour le moment dans la protection des agences et du personnel civil des Nations unies. Seulement, l'organisation n'a pas adopté de mesures internes pour organiser l'externalisation de ces activités de sécurité. Dans ce cadre, il sera difficile de situer les responsabilités si les membres d'une SMSP parviennent à commettre des actes contraires au droit international.

### **b). La responsabilité spéciale des OI pour activités de SMSP**

Pour pouvoir entraîner sa responsabilité internationale, il faut que la personnalité juridique d'une organisation soit « *distincte de celle de chacun des États qui la composent* ». En fait, elles le sont car, « *les organisations internationales sont régies par le "principe de*

---

<sup>1223</sup> C.I.J. Rec., 1980, *L'interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, p. 89 et 90, § 37.

<sup>1224</sup> C.I.J. Rec., 1949, p. 180.

<sup>1225</sup> Nous reviendrons sur l'utilisation par l'ONU des services des SMSP dans les pages suivantes

*spécialité*”, c’est-à-dire dotées par les Etats qui les créent de compétences d’attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir ». Sous ce rapport, les OI pourraient donc être tenues pour responsables pour des crimes et actes illégaux commis par les membres des sociétés militaires et de sécurité privées qu’elles emploient. Dans la pratique, les OI ont souvent fait recours aux services des SMSP soit pour des missions de logistiques ou pour des formations de troupes ou même de sécurité de zones<sup>1226</sup>. Si les prestataires privés sont utilisés dans des tâches qui les mettent en contact direct avec des civils comme dans le cadre de certaines missions en période de conflits armés, des crimes et actes illégaux vis-à-vis du droit international peuvent être commis. Dans ces situations, rien ne devrait s’opposer à ce que la responsabilité des OI puisse être engagée. Dans l’état actuel du droit international, la responsabilité internationale des organisations internationales a fait l’objet d’un Projet d’articles. L’article 3 de ce texte prévoit que « *tout fait internationalement illicite d’une organisation internationale engage sa responsabilité internationale* ». Ce fait peut être une action ou une omission qui lui est attribuable et qui constitue aussi une violation d’une obligation internationale. Dans ce cadre, le Projet d’articles prévoit que les OI peuvent être responsables du fait de leurs agents. Cette expression « *agent* » a fait l’objet d’une définition par la Cour internationale de justice en ces termes : « *La Cour comprend le terme “agent” dans le sens le plus large, entendant par là quiconque, fonctionnaire rémunéré ou non, employé à titre permanent ou non, a été chargé par un organe de l’Organisation d’exercer, ou d’aider à exercer, l’une des fonctions de celle-ci, bref, toute personne par qui l’Organisation agit* »<sup>1227</sup>. En suivant cette définition, les membres des sociétés militaires et de sécurité privées qui agissent au nom d’une OI pourraient être considérés comme des agents de celle-ci. En effet, dans un avis consultatif, rendu dans l’affaire relative à l’*Applicabilité de l’article VI, section 22, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, la Cour notait : « *Dans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l’Organisation des Nations unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n’ayant pas la qualité de fonctionnaire de l’Organisation* »<sup>1228</sup>. Ainsi, pour rendre possible l’existence d’une responsabilité internationale des OI dans le cadre de l’activité des SMSP, toute réglementation doit prévoir expressément que les membres de telles sociétés soient considérés comme des

---

<sup>1226</sup> MAHIOU (Ahmed), « *Cours général de droit international public* », op. cit, p. 280.

<sup>1227</sup> CIJ, *Réparations des dommages subies au service des nations unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec., p. 177. Avis consultable sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1834.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1228</sup> CIJ *Applicabilité de la Section 22 de l’article VI de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations unies*, Avis consultatif du 15 décembre 1989, Rec., p. 194, § 48. Consultable sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/81/6812.pdf>. Dernière visite le 02 septembre 2013.

agents. Cette précision est capitale dans la mesure où, elle peut éviter déjà que les salariés de ces prestataires ne soient qualifiés d'experts. Dans ce cas, ils bénéficieraient eux-mêmes de l'immunité de juridiction. Mais l'importance de la précision est cruciale en ce sens que les OI n'ont pas les mêmes critères de rattachement que les Etats tels que la nationalité et le territoire. La notion d'agent permet de se renseigner sur le degré de contrôle que l'OI a sur les personnes qui lui exercent une mission. D'ailleurs, le projet prévoit la responsabilité des OI pour les actes des agents et organes mis à leur disposition par les Etats à condition d'exercer sur eux un contrôle.

## **§ II : L'exclusion de certains acteurs de la possibilité de contracter avec des SMSP**

La réglementation pourrait être claire là-dessus, certains acteurs internationaux ne devraient pas être autorisés à utiliser les services des SMSP. Il s'agit en effet des organismes privés et des particuliers. Par organismes privés, nous entendons ici les entreprises commerciales civiles et les organisations non gouvernementales. La raison de cette interdiction est qu'il faut éviter que la fonction régaliennne de sécurité et de défense reste essentiellement entre les mains d'acteurs privés. Cela pourrait être dangereux et risque de provoquer une menace sur l'existence de l'Etat de droit. C'est ainsi que les sociétés commerciales civiles et les organisations non gouvernementales d'une part et les particuliers d'autre part ne sauraient contracter directement avec les SMSP.

### **A/. Les sociétés commerciales civiles et Les ONG**

L'utilisation des services des SMSP par les sociétés commerciales civiles et les organisations non gouvernementales est déjà connue<sup>1229</sup>. Les ONG ont besoin des prestations des SMSP dans le cadre des convois humanitaires ou pour accéder à des zones de tensions où l'insécurité les empêche d'assurer leurs services<sup>1230</sup>. En plus de cela, elles sont souvent prises pour des cibles<sup>1231</sup> car « *elles sont souvent considérées comme des vecteurs d'un impérialisme*

---

<sup>1229</sup> Hélène JACQUIN (sous direction), op cit, p. 31.

<sup>1230</sup> Rapport annuel du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (ci-après le Groupe de travail d'experts), présenté à la 62ème session de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2006/11/Add.1, daté du 3 mars 2006, § 26. A titre d'exemple, en 2002, la SMSP ArmorGroup comptait parmi ses clients l'UNICEF, CARE, Caritas et la Croix-Rouge. Cf. article d'Yves Engler intitulé « *La privatisation de l'occupation: Les mercenaires et les ONG* », daté du 30 septembre 2010. Disponible sur : [www.michelcollon.info/-La-privatisation-de-l-occupation.html](http://www.michelcollon.info/-La-privatisation-de-l-occupation.html). Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>1231</sup> Le Mollah taliban Abdul Akim Latifi avait déclaré « *L'UNAMA [Mission d'Assistance des Nations unies en Afghanistan] travaille directement sous les ordres des Américains. Elle poursuit les mêmes objectifs que les*

*occidental rampant* »<sup>1232</sup>. Les sociétés commerciales civiles emploient les sociétés militaires pour assurer la sécurité de leurs exploitations dans des zones conflictuelles. Pour illustration, au milieu des années 90, la SMSP *Defense System Limited* était en contrat avec *British Petroleum* dans le cadre de l'extraction du brut dans le site de *Casanare* en Colombie. A environ 11 millions d'euros, le contrat a consisté en un entraînement des forces mises à la disposition de la société pétrolière par le Gouvernement colombien pour la protection des pipelines. Il existe donc une véritable militarisation de l'exploitation des matières premières stratégiques. Mais ces liaisons entre les sociétés commerciales civiles et les SMSP se nouent en dehors de toute intervention étatique alors qu'elles concernent le domaine de la sécurité dont l'Etat seul doit détenir le monopole. Le fait que les sociétés commerciales civiles puissent engager toutes seules des SMSP est à encadrer strictement si l'interdiction totale s'avère difficile. En effet, cela permettrait de surveiller les clients qui solliciteraient des services privés de sécurité. En d'autres termes, la réglementation doit permettre à l'Etat d'origine de la SMSP ou l'Etat d'accueil de donner son accord pour la signature de tout contrat. Cette procédure permettrait non seulement à l'Etat de conserver son monopole dans le domaine de la sécurité mais également de ne pas voir les organisations criminelles telles que les cartels de drogue ou les mafias proposer des contrats à des sociétés militaires et de sécurité privées. Dans ces cas d'utilisation des prestations de services privés de sécurité par des privés, on est plus en présence de l'externalisation grave des services de sécurité.

## **B/. Les particuliers**

Par particuliers, il faut entendre les personnes physiques isolées, les rebelles, les terroristes, les individus évoluant dans les mafias ou même les cartels de drogue. Ces personnes sont susceptibles de recourir aux services des SMSP si aucune règle ne l'interdit formellement. Par exemple, une organisation rebelle qui contrôle une partie d'un territoire d'un Etat et qui fait face une armée étatique bien organisée qui l'empêche d'avancer, peut être tentée de recourir à des services d'une société plus tôt que de recruter des enfants-soldats. On peut noter l'utilisation des services des SMSP par des journalistes reporters de guerre<sup>1233</sup>. Toute de même, dans le conflit libyen, le patron d'une SMSP française a été tué le mai 2011 en zone rebelle sans que l'objet de sa présence dans ce lieu soit déterminé. Le fait que les

---

*Etats-Unis. D'autres organisations comme MSF [Médecins sans frontière] travaillent également pour les Américains. Elles sont des cibles pour nous !* ». Cf, SALIGNON (P) et LEPLOMB (M-M), « *L'humanitaire assassiné* », in Tribune MSF, juin 2004.

<sup>1232</sup> ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 233.

<sup>1233</sup> JACQUIN (Hélène), (dir.), op. cit, p. 31.

particuliers recourent à des services de sécurité militaire sur le territoire d'un Etat est dangereux pour la paix et la sécurité internationales. La sécurité ne doit pas être un bien marchand dont l'accès est obtenu simplement en payant. Ici le monopole doit rester celui de l'Etat. Une réglementation se doit d'être prévisionnelle. Elle doit permettre d'interdire aux particuliers de pouvoir contracter avec les sociétés militaires et de sécurité privées. Les SMSP ne doivent en aucun cas servir des personnes qui défendent des causes qui sont en contradiction avec les principes et valeurs universels. Les sommes que peuvent proposer ces organismes, moyennant services rendus, sont susceptibles d'attirer les sociétés les moins regardantes dans le domaine éthique<sup>1234</sup>. De ce fait, sans interdiction, le phénomène pourra prendre de l'ampleur et à ce moment il sera plus difficile de lutter contre cela. Cet aspect de la réglementation des activités des SMSP est de l'intérêt de ces acteurs, car cela peut renforcer leur légitimité.

### **C/. Les Etats et les régimes politiques non respectueux des droits de l'homme**

La réglementation sud africaine est un bel exemple pour mettre en place ce cas d'interdiction. En effet, la loi sud africaine prévoit la mise en place d'une liste d'Etats où il est prohibé aux SMSP ayant leur siège dans la *Rainbow Nation*<sup>1235</sup> de s'y rendre. Cette liste est révisable chaque année et son objectif est d'éviter que des régimes non respectueux des droits de l'homme puissent utiliser les services des sociétés militaires et de sécurité privées sud africaines. Ainsi, aussi bien au niveau national qu'international, toute réglementation doit établir une telle liste de sorte que certains régimes politiques, connus pour leurs velléités à utiliser la force contre les populations civiles, ne puissent engager des SMSP. Il était inimaginable de laisser l'ancien régime du Colonel Kadhafi<sup>1236</sup> et voir aussi celui de Bachar El Assad<sup>1237</sup> recevoir l'aide de quelques nature que ce soit de prestataires privés dans leurs campagnes monstrueuses de stopper des insurrections par des moyens militaires exorbitants. Les régimes qui soutiennent ou en collusion avec des groupes terroristes doivent être inscrits

---

<sup>1234</sup> STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », in *Sécurité globale, Dossier « privatisation de la guerre* », op. cit, p. 92.

<sup>1235</sup> Nom donné à l'Afrique du sud après Apartheid par le Prix Nobel de la Paix Desmond Tutu qui signifie « *nation arc-en-ciel* » en référence au caractère multiethnique de la population sud africaine.

<sup>1236</sup> Voir la Résolution 1973 du Conseil de sécurité sur la Libye, « *Situation en Jamahiriya Arabe Libyenne* », S/RES/1973/2011, du 17 mars 2011. Cette Résolution peut être Consulté sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/268/40/PDF/N1126840.pdf?OpenElement>. Voir aussi, FIDH, « *La situation en Libye déferée à la CPI : Kadhafi pourrait être jugé pour crimes contre l'humanité. Les crimes doivent cesser immédiatement* », 2 février 2011. Disponible sur : [www.fidh.org/IMG/article\\_PDF/article\\_a9220.pdf](http://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a9220.pdf). Dernière visite le 15 septembre 2013.

<sup>1237</sup> Voir le Rapport de la FIDH, « *Bashar Al Assad: Criminal Against Humanity* », 28 July 2011, Consultable sur : [http://www.fidh.org/IMG/article\\_PDF/article\\_a10313.pdf](http://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a10313.pdf). Dernière visite le 12 septembre 2013.

dans cette liste. C'est le cas par exemple des Talibans d'avant 11 septembre 2001 et du Soudan d'Omar El Béchir qui ont hébergé *Al Qaeda*. Ce contrôle sera plus efficace au niveau national. Les Etats pourront refuser de donner des autorisations pour la signature de contrat entre les sociétés qui portent leur nationalité avec des Etats peu recommandables. Certaines sociétés affirment ne travailler qu'avec des Gouvernements légitimes. La légitimité ne saurait suffire, car il suffit d'être reconnu comme par les autres Etats pour l'être. Seulement, le Gouvernement qui engage une SMSP ne doit pas avoir une réputation de violer les droits de l'homme.

Toutefois, un Gouvernement qui engage une SMSP dans les règles comme préconisé ci-haut, doit respecter une certaine limite dans l'externalisation. Il semble important de séparer les domaines externalisables et ceux qui ne le sont pas.

## **Section II : Les domaines de compétences envisageables pour les SMSP**

Les SMSP ne sauraient assurer toutes les missions qui pourraient leur être proposées. En d'autres termes, l'externalisation des missions militaires et de sécurité ne peut concerner toutes les tâches régaliennes des Etats. Il doit exister une espèce de « *noyau dur* » qui doit rester dans le domaine strictement des organes publics. Il s'agit donc de mettre en place la limitation des activités pouvant être assurées par les SMSP car cela permet de faciliter le contrôle étatique. L'intérêt d'une telle pratique est de sauvegarder l'omnipotence de l'Etat dans ses tâches et de se prémunir contre une externalisation effrénée. Les organes de l'Etat sont réputés plus impartiaux et ils sont garants de la protection des droits humains. Il appartiendra à chaque entité ou structure chargée de concevoir une réglementation de définir les domaines externalisables et ceux qui ne peuvent l'être. Il n'est donc pas question, dans cette rubrique, d'en dresser une liste exhaustive, mais de donner quelques exemples dans chaque cas.

### **§ I : Les activités pouvant être interdites aux SMSP**

La participation directe aux conflits nationaux et internationaux doit être interdite aux SMSP de même que la gestion directe des opérations de maintien de la paix des Nations unies. Ces domaines doivent être assurés par les militaires des Etats. Nous les analyserons

tour à tour. Les raisons justifiant d'interdire aux SMSP de les exercer seront exposés dans chaque cas.

#### **A/. L'intervention militaire dans les opérations de maintien de la paix de l'ONU.**

Les opérations de maintien de la paix (OMP) sont des modes de règlement des conflits par les Nations unies caractérisés à l'origine, par une interposition de forces issues des Etats membres entre les différents protagonistes d'un conflit armé en n'usant de la force qu'en cas de légitime défense dans un cadre impartial. Cette interposition non coercitive d'un « *témoin impartial* »<sup>1238</sup> doit avoir lieu après la signature d'un cessez-le-feu et a pour objectif, non seulement de décourager la partie qui voudrait rouvrir les hostilités mais aussi de garantir la paix. Les OMP ne sont pas prévues par la Charte, seulement elles sont issues d'une improvisation après l'échec de la mise en place du Comité d'Etat major que l'Acte constitutif des Nations unies avait prévue. Le Secrétaire général des Nations unies Dag Hammarskjöld les situerait dans un « *chapitre VI bis* », c'est-à-dire entre les mesures pacifiques de gestion des conflits du Chapitre VI et les mesures coercitives contenues dans le Chapitre VII. Pour mettre en place une opération de maintien de la paix, les Etats membres mettent, dans le cadre d'un accord, à la disposition du Secrétariat des Nations unies des contingents nationaux. Ces derniers restent sous la responsabilité de leur Etat national. Même si à l'origine, les OMP étaient conçues uniquement pour s'interposer entre les belligérants, elles ont connu une évolution dans le sens d'imposer la paix par la force, on parle « *peace enforcement* » et le Chapitre VII est invoqué dans les Résolutions qui créent de telles opérations. Il en est ainsi de l'intervention des troupes américaines en Somalie dans les années 90 sous mandat de l'ONU<sup>1239</sup>.

Cette présence militaire dans le cadre des OMP ne saurait être remplie par des forces privées<sup>1240</sup>. La première raison est l'absence de légitimité des acteurs privés, la seconde est l'efficacité limitée de leurs interventions et la troisième est le problème du fondement juridique de leur confier de telles responsabilités.

Les membres des SMSP auraient du mal à être reconnus comme des forces impartiales dans le cadre d'une opération de maintien de la paix. Le fait qu'ils remplissent leurs missions

---

<sup>1238</sup> DAILLIER (Patrick), FORTEAU (Mathias) et PELLET (Alain), *Droit international public*, op. cit, p. 964.

<sup>1239</sup> Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 814 (1993), S/RES/814 du 26 mars 1993, Somalie. Consultable sur : <http://www.un.org/fr/sc/documents/resolutions/1993.shtml>. Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>1240</sup> GARCIA (Thierry), « *La participation des acteurs privés à la sécurité collective* », in *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, (dir) M. ARCARI et L. BALMOND, Giuffrè Editore, 2008, p. 221.

moyennant une rétribution peut les faire passer pour des « *mercenaires* »<sup>1241</sup>, bien que, sur le plan juridique, cette qualification ne soit pas appropriée<sup>1242</sup>. Tant que la notion de « *sociétés militaires et de sécurité privées* » ainsi que celle de « *membres* » de ces dites sociétés ne sont pas définies légalement, la confusion va demeurer. Et cela devrait être très compliqué pour les Nations unies d'employer dans le cadre des OMP des membres de SMSP qui pourraient être qualifiés de mercenaire alors que l'organisation a condamné, à maintes reprises, l'utilisation des mercenaires jusqu'à l'adoption d'une convention internationale dans ce sens en 1989. L'argument de motivation financière pourrait être utilisé si les opérations, qui se doivent d'être de courte durée, perdurent dans le temps. Bien que présentement, certaines missions aient connu une existence qui s'étale sur plusieurs années comme celle de la FINUL au Liban et celle à Chypre, cela ne cause pas de problème puisque ce sont des soldats nationaux qui y sont engagés. Par contre, les soldats privés pourraient être reprochés de ne pas vouloir régler les conflits pour continuer à percevoir leurs paiements. Il ne s'agit pas ici de les accabler car les soldats nationaux aussi sont payés pour exécuter les missions de maintien de la paix. Mais le fait qu'ils soient aussi salariés de leur Etat national peut les faire passer pour des personnes qui ne poursuivent pas des intérêts pécuniaires<sup>1243</sup>.

Dans un autre registre, comme le cadre des droits de l'homme, la moindre violation s'avérerait plus insupportable car la responsabilité de ces sociétés n'est pas encore déterminée sur le plan international. L'Organisation des Nations unies aurait du mal dans ce

---

<sup>1241</sup> DEUTSCHER (Charles), « *Privatizing Peacekeeping: The regulatory Preconditions for an International Legal Regim on the Use of Private Military Firms in United Nations Operations* », in Australian National University Law Reseach Paper, June 2008, p.7. Disponible sur : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1224653](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1224653). Dernière visite le 27 octobre 2013. Voir aussi, DAMIAN (Lilly), « *La privatisation du maintien de la paix : perspectives et réalités* », in Forum du désarmement de l'UNIDIR consacré au « *Maintien de la paix : évolution ou extinction ?* », 2000, p. 64. Consultable aussi sur : <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art136.pdf>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>1242</sup> La rapporteuse spéciale Mme Shaista Shemeen estime que « *criminaliser les sociétés privées à vocation militaire en vertu de la Convention [relative aux mercenaires] n'est pas suffisamment justifié* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, Rapport de Shaista Shemeen sur la question de l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Résolution A/60/263, § 63. Voir aussi, Assemblée générale des Nations unies, Conseil des Droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 68<sup>ème</sup> session, présenté par M. José Luis Gomez Del Prado, 4 juillet 2011, § 65.

<sup>1243</sup> Ceci est attesté par le Rapport présenté le 25 août 2010 par le Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Selon le Rapport « *Nombre de ces sociétés sont très désireuses d'afficher une coopération réelle ou supposée avec l'ONU ou des organisations humanitaires afin de donner une image favorable de leurs activités et elles font activement campagne auprès de ces organisations pour obtenir des contrats dans les opérations de maintien de la paix. Il reste que leurs motivations sont purement financières* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 65<sup>ème</sup> session, § 30, Résolution A/65/325.

cadre, elle qui est au premier plan dans la lutte contre les violations des droits humains dans le monde. Les membres des SMSP ne sont pas les seuls à être capables de commettre des violations des droits de l'homme, les troupes nationales qui interviennent dans le cadre des OMP ne sont pas exemptes de critiques<sup>1244</sup>. Mais l'avantage des Nations unies dans l'utilisation des soldats nationaux est que toute irrégularité commise relève de la responsabilité de leurs Gouvernements<sup>1245</sup>. Or, en employant les SMSP, c'est l'organisation mondiale qui sera responsable de toute mauvaise conduite des soldats privés. En plus de cela, on peut se demander si l'organisation elle-même est prête à externaliser ses opérations de paix. La réponse semble négative comme l'avait souligné l'ancien Secrétaire général Koffi Annan. Alors qu'il était en ce moment Secrétaire adjoint chargé des opérations de paix, il affirmait à propos de l'intervention de l'ONU au Rwanda que, « *quand nous avons besoin de soldats aguerris pour les combattants des réfugiés, j'avais envisagé d'engager une firme privée. Mais le monde n'est peut être pas prêt à privatiser la paix* »<sup>1246</sup>.

Quant à l'efficacité limitée des engagements des SMSP dans le cadre des opérations de maintien de la paix, elle s'explique par le fait que de telles opérations requièrent une dimension très politique. En d'autres termes, la gestion des conflits ne consiste pas seulement à faire cesser les hostilités par la présence de militaires ou à signer la paix. Certaines sociétés sont trop petites d'ailleurs pour déployer des milliers d'hommes pour des opérations de grande envergure comme l'opération *Artemis*<sup>1247</sup> qui était montée en République Démocratique du Congo en 2003 sous la conduite de l'Union européenne<sup>1248</sup>. De plus, les SMSP ne sauraient constituer une solution à long terme des crises quand bien même elles sont capables d'arrêter à court terme des massacres. Les interventions d'*Executive Outcomes* en Sierra Léone et en Angola dans les années 90 ont, certes, permis de signer un accord de cessez-le-feu mais la guerre a repris quelques mois plus tard. Dans la construction de la paix,

---

<sup>1244</sup> ZEEBOREK (Xavier) et autres, *Les missions des Nations unies en RD Congo. Bilan d'une décennie de maintien de la paix et perspectives*, Rapport du GRIP (Groupe de Recherche et d'Information sur la Paix et la sécurité), p. 24. Le rapport note des accusations à l'encontre des Casques bleus au sujet de trafics de matières premières. Consulable sur : <http://archive.grip.org/fr/siteweb/images/RAPPORTS/2011/Rapport%202011-4.pdf>. Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>1245</sup> DAMIAN (Lilly), « *La privatisation du maintien de la paix : perspectives et réalités* », in Forum du désarmement de l'UNIDIR consacré au « *Maintien de la paix : évolution ou extinction ?* », 2000, p. 65. Consulable aussi sur : <http://www.unidir.org/pdf/articles/pdf-art136.pdf>. Dernière visite le 03 septembre 2013.

<sup>1246</sup> Discours du Secrétaire général des Nations unies à Ditchley Park, au Royaume uni, le 26 juin 1998 (Communiqué de presse SG/SM/6613). Voir aussi, CONESA (Pierre), « *Modernes mercenaires de la sécurité* », in *Le Monde diplomatique* 2003, Mensuel, Paris, p. 22.

<sup>1247</sup> BAGAYOKO-PENONE (Nigalé), « *L'opération Artémis, un tournant pour la politique européenne de sécurité et de défense ?* », *Afrique contemporaine* n° 209, 2004/1, pp.101-116.

<sup>1248</sup> STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », in *Sécurité globale, Dossier « privatisation de la guerre »*, Paris, la Documentation française, Été 2009, p. 88.

il faut aussi lutter contre les causes profondes des conflits ou accompagner le pays vers une reconstruction et une réconciliation. Et ce travail ne saurait être le fait des personnes morales de droit privé car elles ne peuvent pas « *faire disparaître les sources d'insécurité comme la mauvaise gouvernance, les inégalités sociales, le manque d'institutions représentatives etc.* »<sup>1249</sup>. En plus, la présence des privés peut radicaliser certaines factions et réveiller le nationalisme. C'est le cas notamment lorsque *Sandline International* était intervenu en Papouasie Nouvelle Guinée. La présence de la SMSP a été à l'origine du Coup d'Etat militaire, ce qui a plongé le pays dans un chaos.

Enfin, le problème du fondement juridique est un handicap pour utiliser les SMSP dans la gestion directe des OMP. En effet, les forces des Nations unies sont naturellement des forces internationales, c'est-à-dire qu'elles proviennent des Etats membres. Le fait que les Etats membres mettent à la disposition de l'organe qui crée l'opération de maintien de la paix est conforme à la Charte. En effet, la Charte des Nations unies a règlementé l'emploi de la force dans les relations internationales. L'ONU n'a pas de forces propres et ce sont les Etats qui sont représentés au sein de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité qui votent pour la mise en place de l'opération envisagée. L'Etat sur le territoire duquel l'opération doit avoir lieu donne son accord. Ainsi, lorsque les contingents sont réunis autour d'un commandant en chef, les forces deviennent des organes subsidiaires de l'organe plénier qui les a créées.

S'il s'agit d'utiliser les forces des SMSP, aucune disposition de la Charte ne permet aux Nations unies de signer des contrats avec des forces privées. Il faut dire aussi qu'aucune disposition ne l'interdit expressément. Mais, en suivant la logique des rédacteurs de la Charte qui ont prévu que les forces sur lesquelles l'organisation doit se baser, proviennent des armées nationales (Comité d'Etat major), on peut douter de la légalité pour l'ONU d'employer des prestataires privés pour conduire des OMP.

En définitive, le maintien de la paix doit être un domaine interdit aux SMSP quand il s'agit de conduire directement les opérations. Dans cette lancée, il doit leur être interdit aussi de participer directement à un conflit armé et dans les actions concertées en vue de déstabiliser un Etat.

---

<sup>1249</sup> Ibid., p. 88.

## **B/. Participation directe à un conflit armé et les actions concertées pour déstabiliser un Etat**

Les sociétés militaires et de sécurité privées sont de plus en plus employées pour exécuter différentes tâches qui étaient traditionnellement dévolues aux militaires. Tant que leurs membres ne sont pas intégrés dans une armée d'une Partie au conflit, ils ne peuvent pas être considérés comme des militaires et ainsi, ils ne doivent pas participer aux combats. Le droit international humanitaire a mis en place ses règles pour protéger les civils mais aussi épargner les combattants qui sont hors état de nuire comme les prisonniers, les malades et les blessés. Le principe de la distinction entre civils et militaires exclut par conséquent les membres des SMSP de toute opération de combat tant qu'ils ne sont pas intégrés dans les forces armées nationales. La participation directe à un conflit armé doit être l'apanage des militaires nationaux. En tout état de cause, les sociétés militaires et de sécurité privées vont inéluctablement se voir confier des missions dans le cadre des conflits armés. Le cœur de la réglementation envisageable est de déterminer quel rôle, doivent jouer les sociétés militaires et de sécurité privées dans un conflit armé. Ainsi, une position doit être prise par les Etats collectivement dans le cadre d'une convention internationale ou individuellement au niveau de leur législation nationale, pour décider si les forces privées, qui seront engagées, seront intégrées ou non dans leurs forces armées. Dans la pratique, les Etats-Unis ont adopté une règle qui dispose que les membres des SMSP sont des civils accompagnant les forces armées américaines<sup>1250</sup>. A partir de cette qualification, le personnel des sociétés engagées n'a plus le droit de participer directement au conflit armé. A défaut de prendre une position, une autre solution serait de modifier les conventions existantes. La première modification envisageable concernerait le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 dans le but d'intégrer les membres des SMSP aux forces armées de l'Etat qui leur confie une tâche, ou de prévoir qu'elles ne devraient pas participer directement aux hostilités. La seconde modification envisageable concernerait l'assouplissement de la définition du combattant contenue dans l'article 43 du même Protocole<sup>1251</sup>. Cela permettrait aux membres de sociétés militaires qui ont un lien, ne serait-ce que, *de facto* avec les forces armées régulières, de pouvoir bénéficier du statut et des privilèges du combattant. Ainsi la définition de l'article

---

<sup>1250</sup> Département américain de la Défense, Instruction n°3020.41 (*Instruction on Contractor Personnel Authorized to Accompany the U.S Armed Forces*), op. cit. Document disponible sur le site: [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020\\_41.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/i3020_41.pdf), dernière visite le 14 septembre 2013.

<sup>1251</sup> ABDELGAWAD (Elisabeth Lambert), « *Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international pénal* », Chronique international Droit international pénal, in *Revue de science criminelle de droit pénal comparé*, Paris, Janvier/mars 2007, p. 160.

43<sup>1252</sup> mettrait l'accent sur le caractère fonctionnel. Ainsi la responsabilité de l'Etat contractant serait plus facile à engager en vertu de l'article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale.

Si le statut de combattant ne peut être attribué aux membres des SMSP, il faudra interdire leur participation directe aux hostilités. Ainsi, il va falloir déterminer la définition de l'expression « *participation directe* ».

Par ailleurs la réglementation devra prévoir d'interdire expressément que les sociétés militaires et de sécurité privées ne puissent être utilisées pour déstabiliser un Gouvernement ou un Etat. Cela signifie que les entités non étatiques, comme des rebelles et autres personnes menant des actes d'insurrection à l'intérieur d'un Etat, ne pourront pas employer des SMSP. De même, les Etats ne seraient pas capables d'utiliser des prestataires privés pour mener des opérations indirectes sur le territoire d'autres Etats.

Au total, des mesures doivent être prises dans le cadre d'une réglementation suffisante pour maîtriser l'emploi de la force par les sociétés militaires et de sécurité privées auxquelles les Etats et les organisations internationales confient des missions. Mais la réglementation devra aussi déterminer les activités que ces sociétés et leurs membres peuvent légitimement assurer.

## **§ II : Les activités pouvant être assurées légitimement par les SMSP**

L'emploi exponentiel des sociétés militaires privées ces dernières années n'est pas prêt à ralentir. Le besoin de leurs services est de plus en plus pressant dans plusieurs domaines. En réalité, les Etats et les organisations internationales sont obligés d'externaliser certaines activités car ils ont du mal, en certains moments, à remplir leurs fonctions sécuritaires. La transformation des conflits, les nouvelles formes d'insécurité (terrorisme, piraterie) appellent de nouvelles approches et les armées nationales sont loin de pouvoir faire face à ces menaces, tant elles sont nombreuses et variées. Devant cette forte demande de sécurité, l'offre des

---

<sup>1252</sup> « 1. Les forces armées d'une Partie à un conflit se composent de toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie adverse. Ces forces armées doivent être soumises à un régime de discipline interne qui assure, notamment, le respect des règles du droit international applicable dans les conflits armés.

2. Les membres des forces armées d'une Partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la IIIe Convention) sont des combattants, c'est-à-dire ont le droit de participer directement aux hostilités.

3. La Partie à un conflit qui incorpore, dans ses forces armées, une organisation paramilitaire ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre, doit le notifier aux autres Parties au conflit ».

SMSP n'est pas anodine<sup>1253</sup>. Les Etats et les organisations internationales ne pourraient s'en passer. C'est pourquoi, il est nécessaire, dans le cadre d'une réglementation, de dresser une liste d'activités que ces prestataires pourraient légitimement assurer. Nous examinons quatre domaines dont la « transférabilité » au secteur privé va être démontrée. Ces domaines ont pour dénominateur commun leur besoin en soutien autre que celui des armées nationales.

#### **A/. Protection des agences et soutien aux opérations de paix des Nations unies**

L'Organisation des Nations unies fait face au problème de la sécurité de ses agences et son personnel assurant les opérations de maintien de la paix souffre d'un manque criard de compétence depuis que les Etats occidentaux ont commencé à rechigner à envoyer leurs militaires pour les besoins du maintien de la paix.

Les sièges des agences ainsi que le Personnel du système des Nations unies sont souvent pris pour des cibles par des combattants et des terroristes<sup>1254</sup> comme le note un rapport de l'Assemblée générale en 2009 : « *La sûreté et la sécurité du personnel des Nations Unies font et doivent faire partie intégrante de toutes ses activités; il est donc impératif de renforcer la sûreté de ce personnel, qui travaille dans des conditions de plus en plus difficiles et dangereuses face aux conflits armés, au terrorisme, aux prises d'otages, aux enlèvements, au banditisme, aux harcèlements et à l'intimidation* »<sup>1255</sup>.

---

<sup>1253</sup> Erik Prince, fondateur de *Blackwater*, a déclaré que l'un des principaux objectifs de sociétés du secteur de la sécurité était d'obtenir une part substantielle du budget des opérations de maintien de la paix de l'ONU, qui se situe entre 6 et 10 milliards de dollars par an. Voir PELTON (Robert Y.), *"Licensed to Kill: Hired Guns in the War on Terror"*, New York, Crown Publishing Group, 2006.

<sup>1254</sup> La société *Vinnell Corporation*, une filiale du Groupe *Northrop Grumman* de nationalité américaine a été victime d'une attaque terroriste en Arabie Saoudite en 2003, causant neuf morts parmi ses membres. Voir, *Northrop Grumman confirms nine employees killed in Saudi Arabia terrorist attack*. Consultable sur le site : [http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news\\_releases.html?d=40347](http://www.irconnect.com/noc/press/pages/news_releases.html?d=40347). Dernière visite le 27 octobre 2013

<sup>1255</sup> Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Secrétaire général sur « *Sécurité du personnel humanitaire et protection du personnel des Nations Unies* », A/64/336, 28 août 2009, p. 10. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/498/29/PDF/N0949829.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 06 septembre 2013. Dans un autre Rapport présenté en 2010, il y a été noté que : « *Les fonctionnaires du Département de la sûreté et de la sécurité ont fait observer que l'ONU fait face à des problèmes de sécurité croissants pour garantir la protection de ses installations et de son personnel dans le monde. Ils ont expliqué que, pour assurer la protection des 12 000 à 14 000 locaux de l'Organisation dans le monde, près de 60 % des bureaux de celle-ci ont recours aux services de sociétés militaires et de sécurité privées. La plupart de ces sociétés sont des entreprises locales qui assurent la garde de bureaux et la protection des résidences des fonctionnaires* ». Cf, Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 65<sup>ème</sup> session, § 34, Résolution A/65/325.

Les plus graves sont l'attaque fomentée par des terroristes au siège de l'ONU à Bagdad le 19 août 2003<sup>1256</sup>.

L'utilisation des services des SMSP par le système des Nations unies dans les zones où l'organisation intervient, a souvent existé. Or, aucune réglementation n'est mise en place pour permettre à l'ONU d'engager et de contrôler les prestataires privés. Le Département de la sûreté et de la sécurité a confirmé qu'il « *n'existait aucune politique à l'échelle du système régissant la sous-traitance des fonctions militaires et de sécurité de l'Organisation à des sociétés privées et que chaque organisme des Nations Unies était libre d'utiliser ces sociétés et de passer des contrats directement avec elles. Or, en 2008, des membres du Réseau interorganisations pour la gestion des mesures de sécurité ont commencé à exprimer leurs graves préoccupations face à l'utilisation croissante par l'ONU de sociétés de sécurité privées et à réclamer une politique plus cohérente dans ce domaine. Un débat sur la question est en cours dans le cadre du Réseau* »<sup>1257</sup>.

Ainsi, une réglementation sous les auspices de l'Organisation des Nations unies devrait intervenir pour mettre en place les mécanismes par lesquels les organisations internationales d'une manière générale, pourraient utiliser des prestataires privés dans leurs missions de paix dans des conditions strictes. Ces sous-traitances doivent être encadrées par des règles strictes car elles ne doivent pas toucher le cœur des opérations de paix. Les SMSP ne sauraient remplacer les contingents nationaux<sup>1258</sup>. Elles peuvent assurer des tâches comme la garde de bureaux et la protection des résidences des fonctionnaires mais également la sécurité des convois humanitaires, la logistique dans le cadre du démarrage des opérations de paix. Certaines sociétés peuvent être utiles dans le cadre du déminage et de l'entraînement des troupes nationales destinées à intervenir dans les OMP. Par exemple, les forces de l'Union africaine qui ont été dépêchées au Darfour étaient incapables de remplir leurs missions obligeant la Communauté internationale à mettre sur pied une opération conjointe ONU-

---

<sup>1256</sup> COLASSIS (Laurent), « *L'assistance humanitaire : quel enseignement pour l'avenir* », in BANNELIER (Karine), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, pp. 183-195.

<sup>1257</sup> Cf, Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur *l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, 65<sup>ème</sup> session, § 35, Résolution A/65/325.

Voir aussi, Assemblée générale des Nations unies, Conseil des Droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail sur *l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, 68<sup>ème</sup> session, présenté par M. José Luis Gomez Del Prado, 4 juillet 2011, § 68.

<sup>1258</sup> ROSI (Jean-Didier), *La privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, op. cit, p. 231.

UA<sup>1259</sup> avec le vote de la Résolution 1769 en date du 31 juillet 2007<sup>1260</sup> autorisant le déploiement de la MINUAD<sup>1261</sup>. Dans ce genre de situation, l'utilisation d'une SMSP comme l'ancienne *Blackwater* serait une solution<sup>1262</sup>. Cela est d'autant plus vrai que la plupart des forces mises à la disposition des Nations unies par les Etats membres sont souvent issues de pays en voie de développement et ils sont aussi très souvent sous-entraînés, mal équipés et ne possèdent pas non plus de véritables techniques de renseignement.

En tout état de cause, les SMSP doivent être utilisées comme forces complémentaires des contingents nationaux que pourraient utiliser les organisations internationales. Lorsqu'une société est appelée à intervenir dans une opération de maintien de la paix, sa mission doit être définie clairement et les conditions d'utilisation de la violence devraient aussi être circonscrites. Elle doit s'assurer que ses employés soient bien formés en matière de respect de droit de l'homme et de droit international humanitaire. En plus de cela, le personnel de la SMSP doit avoir un passé irréprochable et être formé aux techniques de maintien de la paix et de protection de population civile. Cela mérite une enquête approfondie sur la réputation de la société qui aspire à travailler avec l'organisation mondiale. Les sociétés qui sont condamnées par la justice dans des violations de droits de l'homme doivent être écartées. Le commandement qui encadre les missions des membres de la société militaire engagée, doit rester entre les mains des officiers des Nations unies issus des Etats membres. Cela permet de pouvoir déceler la moindre violation et faire parvenir à la direction des opérations de maintien de la paix, tous les rapports concernant l'exécution des missions confiées.

---

<sup>1259</sup> Voir le Rapport du Secrétaire général sur l'Opération hybride Union africaine-Nations unies au Darfour. Consultable sur : [www.daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/298/92/PDF/N1129892.pdf?OpenElement](http://www.daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/298/92/PDF/N1129892.pdf?OpenElement). Dernière consultation le 21 septembre 2013. Une opération hybride Union africaine/Nations Unies au Darfour a été autorisée par Conseil de sécurité dans sa résolution 1769 du 31 juillet 2007. Le Conseil, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, décide en outre d'autoriser la MINUAD à prendre toutes les mesures requises pour aider à la mise en œuvre de l'Accord de paix pour le Darfour et protéger son personnel et la population civile, sans préjudice de la responsabilité du Gouvernement soudanais. La MINUAD a entamé ses opérations officiellement le 31 décembre 2007.

<sup>1260</sup> Cette Résolution du 31 juillet 2007 est consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/445/53/PDF/N0744553.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>1261</sup> Mission des Nations unies et de l'Union africaine au Darfour. Pour les différentes résolutions concernant cette mission, consulter : <http://www.un.org/fr/peacekeeping/missions/minuad/reports.html>. Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>1262</sup> STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », in *Sécurité globale, Dossier « privatisation de la guerre »*, op. cit, p. 88.

## **B/. La formation de troupes nationales et le renseignement**

Ces deux domaines ont de plus en plus besoin de connaissances techniques et sophistiquées que les armées nationales ont du mal à trouver suffisamment dans leurs rangs. La formation et le renseignement font partie aujourd'hui des domaines les plus touchés par l'externalisation. Autant donc les encadrer par le biais d'une réglementation pour éviter certains revers. Tout d'abord, la formation ne devrait servir qu'aux armées nationales. Le principe de ne former que des militaires peut être prévu par une convention internationale mais la sélection de l'Etat d'accueil ne pourrait revenir qu'à l'Etat d'origine de la société à laquelle est confiée une mission. Ce qui fait donc que, les groupes armés non étatiques (rebelles) et les réseaux vecteurs de violences (terrorismes et mafias) ne devraient pas pouvoir recevoir de formation de la part des SMSP. Dans la pratique, il a été noté l'emploi par Laurent Désiré Kabila de SMSP comme *Bechtel Corporation* et *Executive Outcomes* alors qu'il dirigeait une rébellion contre le régime de Mobutu Sese Seco dans l'ex-Zaïre (actuelle République démocratique du Congo)<sup>1263</sup>.

L'efficacité de la formation démontrée par l'entraînement des forces croates en accord avec l'OTAN<sup>1264</sup> par *MPRI* en ex-Yougoslavie est un signe qu'un groupe armé, même mal organisé, peut, en l'espace de peu de temps, devenir redoutable<sup>1265</sup>. Cela ne devrait pas être le cas dans une violence menée en totale violation des règles du droit international. Même pour les troupes nationales, une sélection devrait être faite par l'Etat de nationalité de la SMSP dans le but de pouvoir interdire la formation d'une armée d'un régime non démocratique qui pourra être utilisée contre des civils.

Ensuite, le renseignement militaire est une activité cruciale qui permet, non seulement de se protéger mais aussi de pouvoir attaquer un ennemi. C'est ce secteur stratégique qui est longtemps resté une prérogative exclusive des services de l'Etat. Mais les sociétés militaires et de sécurité privées ont investi cette nouvelle « niche » dont les plus grands contrats

---

<sup>1263</sup> SINGER (Peter Warren), *Corporate Warriors. The rise of the Privatized Military Industry*, op. cit, p. 10

<sup>1264</sup> Le Pentagone avait confié à *MPRI* la mission de former l'armée croate, laquelle avait déposé sa candidature pour être éligible au programme de l'OTAN intitulé « *Partenariat pour la paix* ». Cf, VIGNOLLES (J.M), *De Carthage à Bagdad, le nouvel âge d'or des mercenaires*, Paris, Editions des Riaux, p. 161. Voir aussi, le dossier *MPRI* préparé par *Infoguerre*, consultable sur : <http://www.infoguerre.fr/fichiers/dossier%20MPRI.pdf>. Dernière visite le 25 septembre 2013. Voir aussi BARRIOT (Patrick) et CREPIN (Eve), *Nos témoignages sur la Serbie*, Paris, Editions l'Age d'homme, 2003, p. 134.

<sup>1265</sup> Les membres de *MPRI* ont pendant huit mois formé l'armée croate qui lança le 4 août 199, l'opération *Oluja* contre l'armée serbe pour reconquérir la province de *Krajina*. Cette opération a engendré un véritable nettoyage ethnique qui va entraîner la traduction justice de certains officiers de l'armée croate devant le TPIY comme Ante Gotovina.

tournent autour de la récolte de renseignements sur les menaces portant atteinte à la sécurité des populations. Les Etats-Unis ont plus privatisé ce secteur mais le besoin des sociétés privées est attisé par la réduction des effectifs des armées et le manque d'expertise dans le domaine des nouvelles menaces, la connaissance des cultures et des langues d'autres contrées du globe.

Toutefois l'externalisation des renseignements devrait être circonscrite dans des limites par une réglementation. En effet, les sociétés qui exécutent des tâches dans ce domaine peuvent avoir accès à des données sensibles. Ces informations ne doivent en aucun cas tomber entre les mains d'une organisation criminelle. En plus de cela, le service de récolte d'information ne saurait être autorisé à de telles organisations si elles tentent de se rapprocher d'une SMSP. La réglementation internationale ne pourrait omettre de mentionner le principe d'assurer une prestation en matière de renseignement que pour des Etats ou des régimes qui sont enclins à respecter le droit international. Comme pour la formation, il appartiendra à l'Etat d'origine de donner son accord avant toute signature de contrat. L'Etat contractant peut faire figurer dans le contrat une clause exigeant la confidentialité des rapports et toutes les informations recueillies par la société qu'il engage.

Au total, l'autorisation que les règles d'une convention ou d'une norme interne pourraient donner aux SMSP ne saurait être générale. Elle doit être claire, précise et bien délimitée.

### **C/. Protection des convois humanitaires**

L'activité des acteurs humanitaires est vitale pour les victimes des conflits armés. L'accès à ces dernières rencontre des obstacles d'ordre sécuritaire. Quand un conflit éclate, le secours aux victimes ne saurait attendre la fin des hostilités. Des besoins énormes se font sentir parmi les populations civiles et même les combattants blessés ou malades. La nourriture pour les personnes qui en sont privées, les soins de santé pour les blessés et les malades n'attendent que les ONG et les institutions internationales qui mènent des actions humanitaires. Mais ces agents exercent leurs activités tout en étant des cibles et le problème est qu'ils doivent traverser des zones de combat. Dans la pratique, le Mouvement international de la Croix-Rouge a visiblement moins de problème de sécurité grâce à son emblème qui lui donne une certaine neutralité. Cela ne veut pas dire qu'il n'en ait pas du tout. En effet, si les attaques ne sont pas présentes, il peut y avoir des problèmes de sécurité liés aux mines anti-

personnelles<sup>1266</sup>. Mais d'autres organismes non gouvernementaux qui ont des origines religieuses ou ethniques peuvent rencontrer une hostilité sur le terrain. Dans ce contexte, la protection de leurs convois devient cruciale pour sauver des vies qui, faute de secours, risque de rallonger la liste des victimes des conflits armés. Dans les conflits actuels dont la plupart se déroulent à l'intérieur des Etats, les Gouvernements en déliquescence n'assurent plus leur rôle de protéger les activités humanitaires. Les organisations internationales comme l'ONU peuvent être dépassées par le besoin, vu leurs effectifs souvent insuffisants. L'utilisation des sociétés militaires et de sécurité privées dans cette activité est nécessaire. L'emploi des SMSP ne doit pas être l'œuvre des ONG comme nous cela a été soutenu dans les pages précédentes. C'est l'Etat et les organisations internationales qui devraient signer des contrats pour que les acteurs humanitaires puissent acheminer les convois vers leurs destinations. En effet, le droit international charge les Etats à assurer la sécurité de la distribution de l'aide en faveur des victimes. Ainsi, l'article 23 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève dispose que les Etats accorderont le libre passage à certains biens indispensables à la survie de la population civile et ce, même dans les situations de blocus. De même, la puissance d'occupation a le devoir d'approvisionner la population des territoires occupés et, si ces territoires sont insuffisamment approvisionnés, d'accepter les actions de secours de la part de tiers et de les faciliter dans toute la mesure de ses moyens (articles 55 et 59 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève)<sup>1267</sup>. Ce sera seul l'Etat qui autoriser une SMSP à escorter un convoi si les forces publiques sont défaillantes. Il en est de même pour la sécurité maritime qui fait partie des domaines externalisables.

#### **D/. La sécurité maritime**

La sécurité maritime<sup>1268</sup> est devenue un enjeu stratégique ces dernières années à la suite d'attentats terroristes<sup>1269</sup> et d'attaques de pirates contre des navires<sup>1270</sup>. Pour illustration,

---

<sup>1266</sup> Le protocole II de 1996 de la Convention des Nations unies sur les armes classiques pouvant provoquer des effets néfastes et sans discrimination (1980) prévoit la protection des convois humanitaires de l'ONU et du CICR contre les mines.

<sup>1267</sup> Pour consulter la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949 relative à la protection des civils en temps de guerre, voir : [http://www2.ohchr.org/french/law/personnes\\_civiles.htm](http://www2.ohchr.org/french/law/personnes_civiles.htm). Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>1268</sup> La notion de sécurité maritime désigne « *la protection de la vie humaine en mer, des navires et des marchandises qui y circulent et l'environnement marin en général* ». Cf, BOISSON (Philippe), « *La sûreté des navires et la prévention des actes de terrorisme dans le domaine maritime* », DMF, n°640, Spéciale saisie, septembre 2003, p. 723.

<sup>1269</sup> Selon le rapport du Secrétaire générale des Nations unies en date du 15 juin 2011, « *Les pirates bénéficient de l'appui de certains secteurs de la population et les poursuites engagées à l'encontre de personnes soupçonnées de piraterie suscitent parfois des menaces terroristes* ». Cf, Conseil de sécurité, S/2011/360, « *Rapport du Secrétaire général sur les modalités de la création de juridictions somaliennes spécialisées pour juger les personnes soupçonnées de piraterie* », 15 juin 2011. Consultable sur : <http://daccess-dds->

quelques exemples peuvent les menaces à la sécurité maritime : l'*USS Cole* est un navire et il a été visé par des filiales d'*Al-Qaeda* le 12 octobre 2000, l'attaque a fait 18 victimes<sup>1271</sup>. Le 6 octobre 2002, un autre navire, le Pétrolier français *Limburg* a été arraisonné dans les côtes yéménites<sup>1272</sup>. Le 27 février 2004, le *Superferry 14* qui faisait le voyage entre Manille et Mindanao en Philippines a explosé suite à une attaque du groupe *Abu Sayyaf*<sup>1273</sup>. La raison de l'explosion de ces actes criminels peut être liée au retrait des grandes puissances des zones stratégiques du trafic maritime (comme la mer de Chine, le détroit de Malacca long de 800 kilomètres), suite à la diminution des effectifs militaires à partir de la fin de la Guerre froide. On peut y ajouter aussi comme raison, la faiblesse de certains Etats comme la Somalie plongés dans des conflits civils interminables<sup>1274</sup>.

Ces évènements tragiques font appel à de nouvelles stratégies de gestion la sécurité dans l'espace maritime. C'est ainsi que, dès le lendemain de l'attaque de l'*USS Cole*, le Gouvernement des Etats-Unis a engagé la société *Blackwater* pour former 50 000 marins de la Navy américaine<sup>1275</sup>. Ensuite, lorsque la piraterie a commencé à infester les côtes somaliennes<sup>1276</sup>, le Gouvernement de Mogadiscio a fait appel à la société américaine *Top Cat Marine Security*, pour surveiller les espaces de l'immédiat côtier que les forces loyales ne sont

---

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/358/23/PDF/N1135823.pdf?OpenElement](http://ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/358/23/PDF/N1135823.pdf?OpenElement). Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>1270</sup> Concernant seulement la piraterie dans les côtes somaliennes le rapport au Secrétaire général des Nations unies en date du 15 juin 2011 précise que « Depuis le 1er janvier 2011, il y a eu 177 attaques dont 18 ont été réussies. En mai 2011, les pirates détenaient 26 bateaux et au total 601 otages. La zone géographique des attaques s'étend à présent sur une superficie de plus de 7 250 000 kilomètres carrés, que les forces navales ont de plus en plus de mal à patrouiller [...] Selon les estimations des forces navales, il y aurait environ 50 principaux chefs pirates, 300 chefs de groupes d'attaques pirates et 2 500 « simples fantassins » ». Cf, Conseil de sécurité, S/2011/360, « Rapport du Secrétaire général sur les modalités de la création de juridictions somaliennes spécialisées pour juger les personnes soupçonnées de piraterie », 15 juin 2011. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/358/23/PDF/N1135823.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 25 septembre 2013. Voir aussi, BATEMAN (Sam), « La piraterie maritime : des vérités qui dérangent », in Forum du désarmement de l'UNIDIR 2010 consacré à la sécurité maritime, p. 15.

<sup>1271</sup> SAKHUJA (Vijay), « Les menaces et défis auxquels se heurte la chaîne logistique maritime », in Forum du Désarmement de l'UNIDIR 2010 consacré à la sécurité maritime, p. 8.

<sup>1272</sup> Idem.

<sup>1273</sup> Idem.

<sup>1274</sup> Ironie de l'histoire, lorsque les Etats n'avaient pas de forces marines entre les 13<sup>ème</sup> et 17<sup>ème</sup> siècles, ils privatisaient la guerre de course en octroyant des lettres de marques aux corsaires. C'est le Traité de Paris de 1856 qui mit fin à la course : « la course est et demeure abolie ».

<sup>1275</sup> STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « Le bel avenir de la privatisation », in *Sécurité globale, Dossier « privatisation de la guerre »*, op. cit, p. 91.

<sup>1276</sup> Voir le Rapport du Conseiller spécial du Secrétaire général pour les questions juridiques liées à la piraterie dans les eaux somaliennes, 25 janvier 2011. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/206/22/PDF/N1120622.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 21 septembre 2013. Voir aussi le Rapport du Secrétaire général de l'ONU sur la Somalie en date du 28 avril 2011. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/304/13/PDF/N1130413.pdf?OpenElement>. Dernière consultation le 21 septembre 2013.

pas arrivées à contrôler<sup>1277</sup>. Le contrat d'une valeur de 55 millions de Dollars était conclu pour 2 ans<sup>1278</sup>. En 2013, la piraterie dans les côtes somaliennes a connu une baisse considérable comme le note le rapport du Secrétaire général des Nations du 21 octobre 2013. Selon le rapport, le « *fait que les navires de commerce, plus conscients de la situation, prennent des mesures pour se protéger, y compris en déployant du personnel de sécurité armé sous contrat privé à bord de navires ainsi que des détachements de protection embarqués, a pu également contribuer à prévenir des attaques* »<sup>1279</sup>. Mais cela ne signifie pas la disparition des actes de piraterie. Ils continuent tant qu'une solution n'est pas trouvée. Une des solutions est l'utilisation des SMSP par les navires. Seulement, ces escortes doivent être règlementées.

Présentement, les compagnies de transport en mer ont recours souvent à la sécurité privée<sup>1280</sup> car, les SMSP prévoient des offres de services de sécurité dans ce cadre<sup>1281</sup>. Ces deux tendances doivent interpeller les Etats à propos de leur réglementation. Ainsi, l'utilisation des SMSP dans la sécurité maritime n'est pas expressément prévue par la Convention de *Montego Bay* de 1994 et le Manuel de San Remo. Le droit international maritime n'a pas encore règlementé l'utilisation des sociétés militaires et de sécurité privées mais a prévu que la sécurité de la navigation relève des Etats de pavillon, des Etats côtiers. En effet, en vertu de l'article 92 section VII de la Convention de Montego Bay, « *les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis [...] à sa juridiction exclusive* ». De ce fait, une réglementation peut se faire au sein des Etats car la présence d'une société chargée d'assurer la sécurité à bord d'un navire dépend de la législation de l'Etat du pavillon. Dans cette optique, les Etats ne doivent laisser les navires battant leur pavillon utiliser les services des SMSP sans que sa législation interne ne le permette. Les Etats côtiers devraient règlementer le droit de passage inoffensif<sup>1282</sup> des navires qui entrent dans leurs eaux

---

<sup>1277</sup> Centre Français de Recherche sur le Renseignement (CF2R), *Mouvements islamistes somaliens soupçonnés d'être liés au terrorisme international*. Consultable sur : <http://www.cf2r.org/fr/actualite/dp-terrorisme-21.php>. Dernière visite le 21 octobre 2013.

<sup>1278</sup> Idem.

<sup>1279</sup> Rapport du Secrétaire général des Nations unies sur la situation concernant la piraterie et les vols à main armée au large des côtes somaliennes, S/2013/623 du 21 octobre 2013. Consultable sur : [http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/2013/623](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2013/623). Dernière visite le 24 octobre 2013.

<sup>1280</sup> HARLOW (James), « *Soldiers at Sea: The Legality and Policy Implication of Using Military Security Teams to Combat piracy* », Southern California Interdisciplinary Law Journal, vol. 21, n°3, 2012, p. 589.

<sup>1281</sup> C'est le cas par exemple de l'ex-Blackwater qui avait préparé un navire qui était destiné à escorter d'autres navires dans les zones à risque en matière de piraterie. Le navire était dénommé *MacArthur* et il a été modernisé et équipé de telle façon qu'il puisse accueillir une quarantaine d'hommes, des zodiacs et un hélicoptère. Cf, STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », in *Sécurité globale, Dossier « privatisation de la guerre* », op. cit, p. 91.

<sup>1282</sup> Article 17 de la Convention de Montego Bay.

territoriales<sup>1283</sup>. Ce droit qui est la continuité de la liberté de navigation en haute mer permet à tout navire<sup>1284</sup> de traverser une zone relevant de la juridiction d'un Etat autre que celui de son pavillon, à condition le passage soit rapide et continu<sup>1285</sup>. Ainsi les navires qui transportent à bord des membres de SMSP doivent avoir l'autorisation de l'Etat dont ils traversent les eaux territoriales surtout quand il s'agira d'utiliser ces armes<sup>1286</sup>. L'emploi d'armes par les navires au cours de leur passage inoffensif violerait l'article 2 i) de la Convention de Montego Bay et pourrait entraîner d'autres conséquences<sup>1287</sup>. Par exemple, s'agissant des passages des navires dans les détroits, le droit international autorise le droit de transit. Mais les Etats riverains des détroits ne conçoivent pas que la liberté de navigation que permet ce droit, autorise les navires de transporter à bord des armes. C'est le cas, par exemple, de la Malaisie qui a menacé les navires de commerce transportant des armes à bord de les sanctionner pour mercenariat<sup>1288</sup>. Le fait donc que les membres de sociétés militaires à bord de navire, exercent leurs missions avec des armes à la main, interpelle aussi le droit international sur le recours à la force. La *lutte contre les pirates*<sup>1289</sup> ne saurait, dans tous les cas, être qualifiée de conflit armé. Il est vrai que les pirates d'aujourd'hui ont troqué le sabre contre des armes de guerre, pour autant, ils ne sont pas des combattants au sens du droit international humanitaire, encore moins de « *combattants illégaux* ». Par exemple, les pirates dans les côtes somaliennes sont des

---

<sup>1283</sup> C'est une zone adjacente au territoire riverain et s'étendant jusqu'à la limite maximum de 12 milles de la ligne de base.

<sup>1284</sup> La CIJ estime que les navires de guerre ont un droit de passage inoffensif sans autorisation préalable de l'Etat riverain, si le passage est innocent et qu'une convention n'en dispose pas autrement. Cf, CIJ, *Affaire du Déroit de Corfou*, 1949. Voir aussi, LABRECQUE (Georges), *La force et le droit, Jurisprudence de la Cour internationale de justice*, Bruxelles, Bruylant, Editions Yvon Blais, 2008, p. 81.

<sup>1285</sup> Ils peuvent s'arrêter seulement, en cas d'incidents, en cas de détresse, suite à un cas de force majeure ou pour porter à secours des navires ou aéronefs en détresse. Cf, Article 18 de la Convention de Montego Bay.

<sup>1286</sup> La seule présence des armes à bord de navire ne saurait porter atteinte à l'obligation de « *l'offensivité* ».

<sup>1287</sup> PANOSSIAN (Anaïd), « *L'action du Conseil de sécurité en Somalie : entre lutte contre la piraterie et la restauration de l'Etat* », in L'Observateur des Nations unies, Revue de l'Association Française pour les Nations unies Aix-en-Provence, 2010- 1, volume 28 consacré à « *Quelle place pour la victime en droit international ?* », p. 235.

<sup>1288</sup> Les services de sécurité de la Malaisie avait découvert des armes à bord d'un navire escortant un bateau de commerce dans le Déroit de Malacca. Le Ministre des affaires étrangères s'est inquiété de cette tendance et de ses dérives. Voir FRECON (Eric), *Chez les pirates d'Indonésie*, Paris, Fayard, 2011. L'Etat malaisien a voté une loi dénommée « *Private Agencies Act* », 1971, qui vise à limiter le passage des navires de sécurité privée. Voir : [http://psm.du.edu/media/documents/national\\_regulations/countries/asia\\_pacific/malaysia/malaysia\\_private\\_agency\\_act\\_1971-english.pdf](http://psm.du.edu/media/documents/national_regulations/countries/asia_pacific/malaysia/malaysia_private_agency_act_1971-english.pdf). Dernière visite le 27 octobre 2013.

<sup>1289</sup> L'incrimination de la piraterie apparaît dans les articles 14 et 19 de la Conventions de Genève (article 100 et 105 de la Convention de Montego Bay) qui disposent que les Etats doivent coopérer à la « *répression de la piraterie* ». Elle apparaît également dans une Résolution du Conseil de sécurité qui suggère aux Etats « *d'utiliser tous les moyens nécessaires au large des côtes somaliennes, en haute mer ou dans l'espace aérienne surjacent, en conformité avec le droit international, tel qu'édicté dans la Convention [de Montego Bay], pour réprimer les actes de piraterie* ». Cf, Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 1838, du 7 octobre 2008, § 3. Ce texte est consultable sur : [daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/538/85/PDF/N0853885.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/538/85/PDF/N0853885.pdf?OpenElement). Dernière visite le 20 septembre 2013.

« *bandits de grand chemin, des personnes privées utilisant des navires privés* »<sup>1290</sup>. De ce fait donc, l'utilisation de la force dans ce cadre, doit respecter les règles du droit international des droits de l'homme<sup>1291</sup>. Ce sera par conséquent, une opération de police plutôt qu'un conflit armé.

Cela étant dit, la piraterie peut avoir lieu dans le cadre d'un conflit armé international ou interne. Mais le problème est de prouver la liaison et même, qualifier les actes de guerre contre les navires commerciaux de piraterie, a fait l'objet d'une controverse<sup>1292</sup>. D'ailleurs, les Etats-Unis ont essayé de lier la piraterie en Somalie avec la guerre qui sévit dans ce pays depuis une vingtaine d'années. Ainsi, le Président Barack Obama a parlé de, « *individuals captured in connection with armed conflicts and counterterrorism operations* »<sup>1293</sup>. Quoiqu'il en soit, même si cette connexion entre le conflit somalien et la piraterie n'est pas évidente, cette question peut bien se poser dans le futur. C'est pourquoi, en réglementant l'emploi de la force par les SMSP sur la lutte contre la piraterie, une réponse doit être apportée. L'escorte devrait donc être réglementée suivant que l'on est en situation de conflit armé ou en période de paix. En situation de conflit armé, l'utilisation de la force doit respecter le droit des conflits armés<sup>1294</sup>. En temps de paix, une convention internationale devrait déterminer les responsabilités en cas d'utilisation de la force. S'agira-t-il d'engager la responsabilité de l'Etat du pavillon, du propriétaire du navire ou de la société militaire privée à bord ? Les Etats doivent avoir une politique commune sur ce sujet

---

<sup>1290</sup> LALY-CHEVALIER (Caroline), « *Lutte contre la piraterie maritime et les droits de l'homme* », in *Revue Belge de droit international public*, 2009-1, vol XLII, p. 23.

<sup>1291</sup> Dans une affaire opposant la Guinée à Saint-Vincent-et-les Grenadines qui n'était pas de la piraterie mais il s'y agissait de question de recours à la force dans le cadre d'une opération de police, le Tribunal du droit de la mer a exigé dans ces circonstances, que « *l'usage de la force doit être évité autant que possible et que lorsque le recours à la force s'avère inévitable, ce la ne doit pas dépasser ce qui est raisonnablement requis en la circonstance* ». Cf, Tribunal International du Droit de la Mer (TIDM), Affaire du navire « SAIGA » (n°2), *Saint-Vincent-et-les Grenadines c. La Guinée*, Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1999, § 155, Ann. DM 1997, p. 584 Voir aussi, WECKEL (Philippe), « *Chronique de jurisprudence internationale* », in *RGDIP*, 2000, pp. 514-522. Voir aussi, TCHICAYA (Blaise), *Mémento de la Jurisprudence du droit international public*, Paris, Hachette, 4<sup>ème</sup> édition, 2007, pp. 141-142.

<sup>1292</sup> Le Navire péruvien *Huascar* aux mains d'insurgés péruviens et qui arraisonna des navires britanniques, fut considéré par les autorités péruviennes, lors de sa capture, comme un navire pirate. Par contre le navire colombien *Ambrose* qui était aussi aux mains d'insurgés, ne fut pas été considéré comme un navire pirate par les Etats-Unis qui l'ont capturé. Cf, DAVID (Eric), *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1407. La Commission de droit international a exclu que les faits de violence commis par des navires de guerre insurgés contre des navires d'Etats tiers, soit assimilés à la piraterie. Cf, Rapport CADI, 1956, doc.ONU, A/3159, p. 30.

<sup>1293</sup> Voir *Executive Order 13493*, signé par le Président Obama le 22 janvier 2009. Consultable sur : <http://edocket.access.gpo.gov/2009/pdf/E9-1895.pdf>. Dernière visite le 25 septembre 2013.

<sup>1294</sup> Comme le prévoit la Section I du Manuel de San Remo : « *1. Les parties à un conflit armé sur mer sont liées par les règles et principes du droit international humanitaire à partir du moment où la force armée est utilisée. 2. Dans les cas non prévus par ce document ou par des accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ».

En tout cas, l'Organisation maritime internationale a compris l'urgence de réguler l'utilisation d'arme à bord de navire. Elle a publié une circulaire en 2002 et la Circulaire MSC/Circ.623. Elle préconise ainsi « *des lignes de conduite à l'usage des propriétaires, capitaines et équipages des navires pour prévenir ou lutter contre les actes de piraterie ou de brigandage* ». Mais ce texte se concentre spécialement sur les techniques de prévention à des attaques et l'utilisation d'armes non létales.

En définitive, la sécurité maritime qui s'expose aux actes de violence illégaux et contraires au droit international comme la piraterie est un domaine externalisable à régler. Dans la même lancée, il y a également la lutte contre les narcotrafiquants qui peuvent emprunter les voies maritimes.

### **E/. La lutte contre les narcotrafiquants**

La criminalité causée par les produits stupéfiants est un fléau dans beaucoup d'Etats dans le monde. Des moyens humains et matériels sont déployés par les Gouvernements pour interdire la production, la distribution et la consommation de ces produits nocifs. L'internationalité du phénomène fait que la traque des acteurs de cette activité illégale rencontre beaucoup d'obstacles liés à la souveraineté des Etats et à la corruption endémique. C'est pourquoi une stratégie a été trouvée pour le combattre à la source au niveau de la production, comme les champs de coca en Amérique du sud. La convergence des volontés des Etats de mettre fin à la production est une solution mais elle nécessite des moyens considérables qui dépassent largement les capacités financières des Gouvernements qui s'engagent dans cette bataille. C'est pourquoi, la Colombie et les Etats-Unis avaient imaginé d'externaliser la destruction des exploitations qui servaient à produire des feuilles de coca entrant dans la fabrication de la cocaïne. *DynCorp* avait obtenu le contrat de 600 millions de Dollars dans le cadre du *plan Colombie*. La SMSP devait pulvériser des produits chimiques en utilisant des avions, lesquels étaient escortés par d'autres aéronefs qui leur assurent la sécurité. Parallèlement à cette campagne de neutralisation de la production, une autre SMSP (*MPRI*) était chargée aussi de former les forces colombiennes dans la lutte contre le narcotrafic.

Ces expériences ont montré que les sociétés militaires et de sécurité privées peuvent jouer un rôle considérable dans ce domaine. Seulement, l'utilisation de la force est inévitable surtout, si les trafiquants se regroupent autour des cartels comme au Mexique. Ainsi, une

règlementation est de rigueur pour concerner tous les aspects du recours à la force par les membres des SMSP et quelles responsabilités pourraient être engagées en cas de manquement. Ces interventions ne constituent pas des opérations de conflit armé, il s'agit plutôt de maintien de l'ordre où le respect des droits de l'homme est nécessaire. Le fait de limiter l'intervention de ces sociétés dans la phase préventive est la meilleure des solutions. En effet, c'est un moyen d'éviter de les impliquer dans des situations où elles seront obligées de recourir à la force. Donc, les activités préventives qu'elles peuvent être chargées peuvent comprendre la formation des forces nationales, comme des unités spéciales qui sont destinées à affronter les organisations criminelles de ce secteur. C'est dans ce cadre que *Northrop Grumman* avait annoncé en 2007 qu'elle a signé un contrat avec le Département américain de la défense dans le domaine du narco terrorisme : « *The scope of this contract includes training, operations and logistics support to help combat narcoterrorism threats. Northrop Grumman's counter-narcoterrorism global support team will provide global operational expertise, rapid response technology solutions, and advanced research and development methodologies to help the Counter-Narcoterrorism Technology Program Office disrupt, deter, and deny narcoterrorist threats to the United States and its coalition partners* »<sup>1295</sup>.

La prévention peut aussi concerner des actions menées pour décourager les exploitants de s'adonner à la production mécanique ou industrielle de ces matières nocives. Parmi ces actions, il y a la destruction d'usine ou de champs d'exploitation, le survol des espaces pour signaler aux forces spéciales nationales la présence d'un lieu de production illicite.

## **F/. La sécurité intérieure des Etats et les catastrophes naturelles**

La demande sécuritaire est aussi bien extérieure qu'intérieure. Les activités des sociétés militaires et de sécurité privées sont connues pour être transnationales (Irak et Afghanistan), mais cela ne veut pas dire que ces sociétés n'aient aucun rôle à jouer sur plan interne des Etats. D'ailleurs, elles ont souvent été employées pour des conflits internes comme ce fut le cas en Angola et en Sierra Leone et également pour la gestion de tensions internes comme celles qui eurent lieu en Papouasie nouvelle Guinée. Ces menaces pour lesquelles elles ont été employées étaient bien identifiables. Par la suite, le terrorisme est apparu comme une nouvelle forme de menace et elle est non localisable. Le terrorisme a exacerbé le sentiment d'insécurité au sein des populations surtout à travers ses manifestations les plus

---

<sup>1295</sup> *Northrop Grumman wins US Department of Defense Counter-narcoterrorism Technology Program Support Contract*. Article consultable au lien : <http://investor.northropgrumman.com/phoenix.zhtml?c=112386&p=irol-newsArticle&ID=1058613&highlight=>. Dernière visite le 27 octobre 2013.

violentes vers la fin du 20<sup>ème</sup> siècle au début du 21<sup>ème</sup><sup>1296</sup>. Ensuite, avec la diminution des effectifs des armées et polices nationales, le personnel disponible dans ces corps n'est plus suffisant pour assurer de nouvelles tâches liées au maintien de l'ordre. Désormais, il faut accentuer les contrôles autour et au sein des aéroports et des gares, augmenter les activités de renseignement. C'est dans ce sens que l'emploi des SMSP devient de plus en plus incontournable<sup>1297</sup>. Ce devra être un recours ponctuel dans la mesure où il faut cibler les domaines où elles peuvent décharger les agents nationaux chargés de la sécurité intérieure, comme la surveillance des installations publiques sensibles (Centrales nucléaires), les transports et les lieux d'embarcation aussi bien maritimes que terrestres<sup>1298</sup>. Les SMSP peuvent aussi chargées de soutenir certaines opérations de maintien de l'ordre de haute intensité dans lesquelles les forces publiques peuvent rapidement être dépassées comme dans le cadre de manifestations accompagnées de violences dans les centres urbains.

Toutefois, leur engagement dans la sécurité intérieure devra faire l'objet d'une réglementation stricte. Les forces privées doivent être sous le commandement des agents nationaux chargés de la sécurité de l'Etat dans le territoire duquel elles interviennent. Ensuite, la société sollicitée doit être capable de fournir du personnel qualifié, bien formé dans le maintien de l'ordre et épris du respect des droits de l'homme. Ainsi, les licences devraient être accordées à titre individuel aux membres de la SMSP qui interviennent. C'est de cette manière qu'il sera possible de barrer la route à des personnes qui ont un passé lourd en matière de violation des droits de l'homme ou qui ont servi des régimes autoritaires auparavant. Mais, le fait de n'avoir jamais violé les droits de l'homme ne garantit pas que la personne ne soit pas capable de le faire dans le futur. Ce qui fait qu'il faut mettre en place un régime de responsabilité claire pour la société et ses membres mais aussi pour l'Etat qui les emploie. Cette responsabilité ne pourra être engagée efficacement que si un contrôle des activités est mis en place sur le terrain.

Enfin, la gestion des crises qui suivent le passage d'une catastrophe naturelle dépasse facilement les forces publiques. Lorsque les événements naturels comme les ouragans, les

---

<sup>1296</sup> New York le 11 septembre 2001, Madrid en mars 2004, Londres en juillet 2005.

<sup>1297</sup> HOLMQVIST (Caroline), « *Private security companies : the case for regulation* », Stockholm International Peace Research Institute, Policy Paper n°9, 2005, p. 43. Consultable sur : <http://books.sipri.org/files/PP/SIPRI09.pdf>. Dernière visite le 22 septembre 2013.

<sup>1298</sup> En 2003, les Etats-Unis ont passé plus de 3500 contrats avec des sociétés privées pour exécuter des missions en rapport avec la sécurité intérieure. En 2006, le chiffre de 115 000 contrats est atteint. Cf, STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », in *Sécurité globale, Dossier « privatisation de la guerre »*, Paris, la Documentation française, Eté 2009, p. 92.

typhons, les tremblements de terre frappent un pays, les secours, les évacuations de la population touchée, la logistique constituent autant d'activités qui demandent beaucoup de moyens mais également de la compétence technique car il s'agit de sauver des vies dans des situations très difficiles. A ces activités s'ajoute aussi des besoins de maintien de l'ordre car les pillages et d'autres formes d'insécurité<sup>1299</sup> sont souvent la suite de ces événements malheureux. C'est ainsi que l'ancienne *Blackwater* a été engagée après l'ouragan *Katrina* pour aider à rétablir l'ordre dans la ville de Nouvelle Orléans<sup>1300</sup>. En août 2007, le *G4S-Securitor* avait proposé au Gouvernement britannique de mettre sur pied une *taskforce* composée d'un millier d'anciens *Gurkhas* pour soutenir les actions de la police et des secours en cas de catastrophe naturelle afin d'établir un périmètre de sécurité et procéder à l'évacuation des victimes<sup>1301</sup>.

Le rôle que peuvent jouer les SMSP dans la gestion des activités liées au passage d'une catastrophe naturelle est crucial. C'est un domaine d'avenir pour ces sociétés qui ne sont pas des concurrentes pour les ONG mais plutôt des partenaires qui leur faciliteraient la tâche en leur permettant de travailler dans la sécurité.

Les SMSP ont besoin d'un cadre juridique pertinent et efficace pour pouvoir continuer à exercer leurs activités dans la légalité. L'analyse des règles existantes montre leur inefficacité et les initiatives d'encadrement déjà prises n'ont pas encore débouché sur une régulation spécifique et viable.

---

<sup>1299</sup> Selon le Rapport du Secrétaire général des Nations unies en date du 25 août 2011, « *Depuis le tremblement de terre, la grande criminalité, notamment les meurtres, les viols et les enlèvements, a eu tendance à s'aggraver. D'autres infractions, dont les vols, à main armée ou non, et les agressions, augmentent également. Il semble que les victimes se font davantage connaître suite à une plus grande présence policière, à la multiplication des patrouilles et aux contacts directs des forces de l'ordre avec la population. Les infractions sont commises en majeure partie à Port-au-Prince et dans le département voisin de l'Ouest et il est préoccupant de constater la poursuite des activités des bandes organisées, dont certaines sont liées à des partis politiques et à des trafiquants de drogue* ». Conseil de sécurité des Nations unies, S/2011/540, « *Rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti* », 25 août 2011. Consultable sur : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/480/02/PDF/N1148002.pdf?OpenElement>. Dernière visite le 25 septembre 2013. Lors de l'ouragan Katrina, des victimes ont été violées, battues, des combats et des incendies éclatent dans beaucoup d'endroits de la ville de Nouvelle Orléans. En plus de cela, les secouristes se sont fait tirer dessus. Cf, CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p.260.

<sup>1300</sup> *Blackwater* n'était pas la seule société sur place, il y avait aussi, l'américain *Security Groupe*, *DynCorp*, *Groupe 4 Securitor*, *Intercon*, *Wackenhut* et l'israélien *Instinctive Shooting International* entre autres. CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique. Enquête au cœur des sociétés militaires privées*, op. cit, p. 262.

<sup>1301</sup> LEPPARD (D.), « *Securitor Wants Gurkha terror tasforce* », *Sunday Times*, Londres, 2 septembre 2007.



## Conclusion générale

L'encadrement juridique des activités des sociétés militaires et de sécurité privées fait l'objet d'une prise de conscience généralisée dans sa nécessité. Une telle prise de conscience se traduit dans les textes par l'adoption de la voie de l'encadrement et non celle de l'interdiction. Autrement dit, tout le cadre normatif spécifique actuel est construit autour du maintien des SMSP en encadrant leurs activités en vertu de deux modes principaux de réglementation que sont les normes contraignantes et les normes souples. Ce cadre normatif est cependant insuffisant en quantité et en qualité.

Au niveau quantitatif, ce qui est constaté est que tous les Etats n'ont pas réglementé ce secteur privé de l'industrie militaire et sécuritaire. Eu égard aux relations juridiques entre les Etats et les SMSP, l'encadrement gagnerait en efficacité si toutes les législations nationales contenaient des normes spécifiques. La généralisation de la réglementation empêche le « *Law Shopping* » et les délocalisations. Ces deux systèmes sont caractérisés par la recherche d'une législation moins stricte. Le *Law shopping* intervient lors de la création et il consiste à chercher à installer la société dans un pays ayant une législation plus souple. La délocalisation, quant à elle, consiste à transférer le siège d'une société déjà créée en vue de trouver des conditions réglementaires plus favorables.

C'est dire donc que l'Etat est au centre de la réglementation de la sécurité militaire privée. Il en a la compétence exclusive sur son territoire et constitue l'acteur principal dans la vie internationale. Il peut être le client des SMSP ou leur accorder sa nationalité ou même les accueillir sur son territoire. Les Etats sont les membres des organisations internationales et ces dernières sollicitent également les services des sociétés militaires et de sécurité privées. Les entreprises commerciales et les organisations non gouvernementales ne sauraient même disposer de services d'une sécurité privée tant que les Etats ne leur ont pas permis de le faire sur leur territoire. C'est dire que l'encadrement des activités des SMSP repose principalement sur les Etats.

Au niveau qualitatif, certaines législations sont formées de textes anciens et dans ce cadre, les interprétations peuvent avoir des répercussions néfastes sur leur application. C'est le cas par exemple de la législation américaine. L'*Alien Tort Claim Act*, une vieille loi votée en 1790 et tombée dans l'oubli jusqu'à une application dans les années 80, avait commencé à

être appliquée aux personnes morales de droit privé mêlées à des violations de droits de l'homme en dehors des frontières des Etats-Unis dont les victimes ne sont pas des nationaux américains. Mais des inquiétudes sont apparues ces derniers temps. Les récentes décisions de la justice américaine ont consacré l'inapplicabilité de l'*Alien Tort Claim Act* aux personnes morales, dans certaines conditions. Cela renforce ainsi la difficulté d'engager la responsabilité civile des SMSP. Toutefois, les dirigeants des sociétés peuvent toujours faire l'objet de poursuite.

Le défaut de qualité des textes peut être remarqué dans l'imprécision de la qualification des sociétés militaires et de sécurité. En 2000, par exemple, les Etats-Unis avaient fait réformer leur code de justice militaire pour introduire la compétence des juridictions nationales américaines à l'égard des civils qui accompagnent les forces armées dont les membres des SMSP. Jusque-là, ces personnes bénéficiaient d'une impunité. Ce texte s'applique aux membres des SMSP mais non à la société personne morale. L'Afrique du sud avait voté une loi en 2005 pour renforcer sa législation relative au mercenariat. L'expression société militaire n'y était pas mentionnée quand bien même la loi s'adresse à des personnes morales. La première loi de 1998 permettait la possibilité de passer outre une autorisation en déclarant travailler dans activités humanitaires. Les SMSP utilisaient cet alibi pour pouvoir exporter leur assistance militaire à l'étranger.

Au niveau international, la régulation des activités des SMSP est à ses balbutiements. Le Document de Montreux qui est adopté par un nombre restreint d'Etats, n'est pas contraignant. Ce texte fait dépendre son efficacité de la bonne volonté de ses destinataires de prendre conscience de leurs obligations et de leurs responsabilités au regard du droit international. Or, le droit international ne prévoit pas encore de règles spécifiques applicables à l'industrie militaire et sécuritaire. Le Projet de convention des Nations unies qui le prévoit n'est pas encore définitivement adopté pour être signé et ratifié par les Etats. Du reste, les obligations et les responsabilités auxquelles fait référence le Document de Montreux, sont celles prévues le droit international général. Ces règles n'encadrent qu'une partie de l'externalisation des activités militaires et sécuritaires.

Le cadre normatif international est confronté à des énigmes du droit international dont la plus complexe est le statut juridique des personnes morales de droit privé en droit

international<sup>1302</sup>. Aucune juridiction internationale n'est aujourd'hui compétente pour connaître d'une affaire intentée contre une personne morale de droit privé. Ce qui fait qu'une SMSP ne peut faire l'objet d'une poursuite au pénal devant une juridiction internationale comme la Cour pénale internationale. Une réforme du Statut de cette Cour pour y introduire la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé serait un pas important pour combler cette lacune du droit international. Mais puisqu'une tentative de prévoir la responsabilité des personnes morales en droit international avait échoué lors de la rédaction du Statut de la CPI, une telle réforme semble difficile à réaliser. Cela n'enlève en rien son importance dans le cadre de l'encadrement des activités des SMSP. Comme pour les individus, la responsabilité engagée au niveau étatique, n'est pas suffisante. En effet, des difficultés et des obstacles pour engager la responsabilité des SMSP peuvent se poser. Il en est ainsi notamment en cas d'immunité de juridiction au niveau national. Dans ces situations, la possibilité de saisir une juridiction internationale pourrait permettre de contourner cet obstacle dans la mesure où, les immunités ne lient pas la CPI<sup>1303</sup>. La résolution de cette question pourrait avoir un effet positif sur les activités des SMSP. D'abord, elle peut jouer le rôle de prévention en encourageant les comportements respectueux des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Quand bien même cette nouvelle obligation est importante, la reconnaissance d'un catalogue de droits spécifiques accordés aux personnes morales de droit privé au niveau international l'est tout aussi. Il ne s'agira pas de leur octroyer l'ensemble des droits reconnus à l'homme, car certains droits consacrés à la personne physique ne sont pas adaptés à leur situation en raison de leur nature particulière comme c'est le cas par exemple, du mariage. Les SMSP comme toutes les personnes morales privées doivent jouir du droit à un procès équitable, de la liberté de conscience, bref de tout droit nécessaire à leur protection. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme s'est orientée ces dernières années vers la protection de droits en faveur de personne morale. Cette protection devrait déboucher sur des garanties de la part des Etat de l'exécution des décisions judiciaires les condamnant à verser des dommages et intérêts aux personnes morales<sup>1304</sup>. Comme cela s'est produit lorsque la SMSP britannique *Sandline International* a obtenu la condamnation de l'Etat papouan-néo-guinéen. Il a fallu deux ans après la décision de la Cour suprême de l'Etat

---

<sup>1302</sup> ABDELGAWAD (Elisabeth Lambert), « *Les sociétés militaires privées : un déficit supplémentaire pour le droit international pénal* », op. cit, p. 168.

<sup>1303</sup> Article 37 du Statut de Rome : « *Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne* ». Consultable sur : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>. Dernière visite le 10 octobre 2013.

<sup>1304</sup> STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », op. cit, p. 92.

du Queensland en Australie à la faveur d'un nouveau Gouvernement pour que l'exécution de la décision puisse avoir lieu. La société n'avait, devant le refus de la Papouasie, aucun moyen de le contraindre.

Enfin, la question de statut des SMSP se pose au niveau de la responsabilité internationale des Etats et des organisations internationales qui les engagent. Ces règles de responsabilité n'ont pas été conçues pour tenir compte du cas où ces sujets de droit international signent des contrats avec des sociétés militaires pour l'exécution de certaines missions. Actuellement, c'est par le biais d'interprétations que les Projets d'articles sur les responsabilités internationales de l'Etat et des organisations internationales peuvent s'appliquer aux activités des SMSP. Ces interprétations ne sauraient permettre de régler toutes les questions juridiques liées à l'emploi de ces prestataires par les Etats et les organisations internationales jusqu'à rendre inutile la réforme nécessaire de ces textes. Ces derniers devraient être adaptés pour tenir compte de l'existence des SMSP. Les conditions dans lesquelles, les sociétés doivent être considérées comme des organes pourraient être déterminées. Si elles ne peuvent pas être considérées comme des organes, des qualificatifs précis devraient leur revenir. Ce statut faciliterait l'engagement des responsabilités internationales des Etats et des organisations internationales dans le cadre de l'externalisation. Les réformes statutaires renforcent incontestablement le cadre normatif applicable aux activités des SMSP.

De ce cadre normatif en construction, se dégage de plus en plus la spécificité des sociétés militaires et de sécurité privées. C'est dire que les confusions entre ces prestataires et les mercenaires commencent à s'estomper. Les mercenaires sont visés par le Premier Protocole additionnel de 1977 à la Convention de Genève de 1949. Mais sur le plan juridique, les SMSP sont différentes d'eux. Le Document de Montreux de 2008 et le Projet de convention des Nations unies sur les sociétés militaires et de sécurité se sont clairement positionnés sur une réglementation d'une activité qui n'a plus rien à voir avec celle des mercenaires traditionnels.

La spécificité des SMSP se manifeste également à l'intérieur des sociétés transnationales dans lesquelles elles sont classées de par leur nature juridique. Elles présentent quelques similitudes avec ces sociétés en général dans leur mode de création, leur fonctionnement mais la nature militaire et sécuritaire de leurs activités les différencient de leurs pairs civils.

En évoluant dans le domaine de la sécurité militaire, les sociétés militaires et de sécurité privées exercent des activités et plusieurs observations peuvent être faites.

Dans un premier temps, il convient de noter l'introduction d'une nouvelle formule de produire de la sécurité et de conduire les conflits armés. Désormais le maintien de l'ordre et la guerre ne se dérouleront plus sans le recours à ces prestataires privés. Depuis la guerre au Viet Nam (1959-1975), l'armée américaine ne peut plus se passer des services des SMSP lorsqu'elle s'engage dans un conflit armé. L'externalisation n'est pas une exclusivité américaine. Beaucoup d'Etats recourent aux prestataires privés. Les récentes interventions en Afghanistan et en Irak montrent que le soutien des SMSP est de plus en plus fort. La déliquescence de certains Etats pauvres (Sierra Leone, Angola dans les années 1990), confrontés à des problèmes de sécurité intérieure qu'ils n'arrivent pas à contrer, fait entrer les SMSP dans des conflits internes. La gestion de la sécurité et de la défense est en train de se réinventer avec comme conséquence la fin de l'exclusivité étatique. Mais l'externalisation opérée par les Etats ne signifie pas le transfert de tous les pouvoirs régaliens vers les sociétés privées. L'Etat exerce un contrôle sur la société qu'il engage pour assurer une tâche déterminée. Les activités externalisées restent sous la maîtrise de la puissance qui les confie aux SMSP. Elles sont exercées par le prestataire pour une durée limitée. Ainsi, le monopole de la violence légitime reste détenu par l'Etat. Les SMSP ne constituent pas des productrices de sécurité isolées mais des partenaires à part entière pour leurs clients en temps de paix comme en période de conflit armé. Elles sont devenues omniprésentes en intervenant dans tous les secteurs où leurs compétences peuvent être sollicitées.

Dans un second temps, la crainte de la violation des droits est souvent avancée au sujet des sociétés militaires et de sécurité privées<sup>1305</sup>. Le Document de Montreux et le Projet de convention des Nations<sup>1306</sup> prennent en compte le volet respect des droits de l'homme. Si des violations sont à craindre, cela doit être de même pour les armées nationales. Dans ce cadre, pour dissiper les craintes, il faut adopter des réglementations appropriées. L'encadrement juridique devra être le plus pertinent possible d'autant plus que l'utilisation des SMSP dans les zones de conflits n'est pas prêt à s'arrêter.

---

<sup>1305</sup> STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « *Le bel avenir de la privatisation* », op. cit, p. 92.

<sup>1306</sup> L'article 7 du Projet de convention des Nations unies sur les SMSP demande aux Etats de « *veiller à ce que les SMSP et leur personnel fassent preuve de la diligence voulue pour que leurs activités ne contribuent ni directement, ni indirectement à des violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire* ». En vertu des déclarations 4, 10, 15 et 19 du Document de Montreux, il est rappelé que « *Les Etats [...] sont responsables de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme* ».

Cependant, en perspective, les activités des SMSP dans les zones de conflits deviendront spécialement des sujets de réflexion dans la mesure où les règles actuelles ne pourront pas régler cette question. Le Projet de convention des Nations unies semble s'orienter vers l'interdiction d'utiliser les membres des SMSP dans des opérations de combat. Si cette mesure est unanimement acceptée, les SMSP et leurs membres seront définitivement considérés comme des civils. La difficulté qui va rester est la qualification de leurs actes. En effet, la guerre a changé de mode de conduite. Elle se déroule désormais à l'intérieur des villes avec des méthodes stratégiques qui prennent des formes nouvelles comme l'informatique et les drones dont les utilisateurs n'ont pas besoin d'être au cœur des combats. Pour qu'une telle mesure ait un sens, il faut que la notion de participation directe soit clairement définie en rapport avec les nouvelles méthodes de conduire la guerre. Or, tel n'est pas encore le cas, tant il est difficile de déterminer une liste d'actes pouvant être considérés comme une participation directe. Mais une définition conventionnelle de la notion de participation directe aux hostilités s'impose avec comme cadre la réforme du droit des conflits armés. Une telle réforme va se poser dans le but de prendre en compte les nouveaux acteurs que constituent les sociétés militaires et de privées. De la même manière que le droit de Genève a codifié la participation des médecins, des journalistes, des organisations non gouvernementales, les SMSP devront être intégrées dans ces textes en leur fixant un statut clair. La même question de statut s'était posée avec l'avènement des mercenaires individuels et il a fallu l'adoption du premier Protocole additionnel de 1977 des Conventions de Genève de 1949 pour apporter une réponse juridique de ces combattants particuliers. Ainsi, un nouveau Protocole pourrait porter la réforme du droit de Genève pour déterminer les droits et les obligations des SMSP dans le cadre des conflits armés. Ce texte devrait tenir compte également de l'évolution des conflits dans leur nature internationale et interne.

# **BIBLIOGRAPHIE**

## **I/ Ouvrages**

- AVANT (Deborah D.), *The Market for force: the consequences of privatising security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 328 p.
- ALEXANDRA (Andrew), et al, *Private military and security companies: ethics, policies and civil-military relations*, London, Routledge, 2008, 274 p.
- BAKER (Deane-Peter), *Just Warriors, Inc: the ethics of privatized force*, New York, Continuum, 2011, 226 p.
- BAKKER (Christine), Sossai (Mirko), *Multilevel Regulation of Military and security Contractors: The interplay between International, European and Domestic Norms*, (Studies in International Law), Hart Publishing, 664 p.
- CAMERON (Lindsey), *Privatizing War : Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge University Press, 7 mars 2013, 754 p.
- CARAFANO (James Jay), *Private sector, public wars: contractors in combat - Afghanistan, Iraq, and future conflicts*, Westport, Praeger Security International, 2008, 242 p.
- CARMOLA (Kateri), *Private Security Contractors and New Wars: Risk, Law and Ethics: Risk, Law and Ethics*, (Contemporary Security Studies), Routledge Edition, 30 novembre 2007, 208 p.
- CECILE (Jean-Jacques), *Les chiens de guerre de l'Amérique, enquête au cœur des sociétés militaires et de sécurité privées*, Paris, Nouveau Monde Editions, 2008, 297 p.
- CHAPLEAU (Philippe), *Vers la privatisation de la guerre ? Sociétés militaires privées. Enquête sur les Soldats sans armées*, Paris, éditions Le Rocher, 2005, 310 p.
- CHESTERMAN (Simon) & LEHNARDT (Chia), *From mercenaries to market: the rise and regulation of private military companies*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 287 p.
- COLAS (Alejandro) & MABEE (Bryan), *Mercenaries, pirates, bandits and empires: private violence in historical context*, London, Hurst, 2010, 244 p.
- DAGUZAN (Jean-François) et LOROT (Pascal) (Sous direction), *Guerre et économie*, Référence géopolitique, Bonchamp-lès-Laval, 2003, 221 p.
- DARIO (Azzelini) et BORIS (Kanzleiter), *Le business de la guerre*, Paris, Gatzuzain, 2006, 264 p.

- DAVID (Eric), *Mercenaires et volontaires en droit des gens*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1978, 459 p.
- DAVID (James R.), *Fortune's Warriors: private armies and the New World Order*, Douglas & McIntyre, 2002, 256 p.
- DONALD (Dominic), *After the bubble: British private security companies after Iraq*, London, RUSI, 2006, 76 p.
- DUNIGAN (Molly), *Victory for Hire: Private Security Companies' Impact on Military Effectiveness*, Stanford University Press, 15 mars 2011, 288 p.
- FRANCIONI (Francesco) (dir.), RONZITTI (Natalino) (dir.), *War by contract : Human rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, OUP Oxford, 2011, 576 p.
- GUY (Arnold), *Mercenaries. The Scourge of the Third World*. Basingstoke: Macmillan, 1999, 198 p.
- HUBAC (Olivier), *Mercenaires et polices privées, la privatisation de la violence armée*, Paris, Encyclopédie Universalis, Collection le tour du sujet, 2 septembre 2005, 192 p.
- ISEMBERG (David), *Shadow Forces, Private security contractors in Iraq*, Praeger Security, 2008, 245 p.
- JAGER (Thomas) & KUMMEL (Gerhard), *Private military and security companies: chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden, VS Verlag, 2007, 502 p.
- JOSEPH (S.), *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Coll. Human Rights Law in Perspective, n°4, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2004, 177 p.
- KINSEY (Christopher), *Private contractors and the reconstruction of Iraq: transforming military logistics*, London, Routledge, 2009, 191 p.
- KLEN (Michel), *L'odyssée des mercenaires*, Paris, Ellipses éditions, 2009, 335 p.
- KRAHMANN (Elke), *States, citizens and the privatisation of security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 305 p.
- MAKKI (Sami), *Nouveaux mercenaires et armées privées*, Paris, éditions Universalis, décembre 2005, 189 p.
- MAKKI (Sami), *Militarisation de l'humanitaire et privatisation du militaire*, CIRPES, 2005, (2<sup>ème</sup> édition), 300 p.
- MAKKI (Sami), *Processus et bilan de l'externalisation des armées britanniques, Les Documents du C2SD*, n°66, Paris, Ministère de la Défense, 2005, 131 p.
- MAKKI (Sami), *Processus d'externalisation au sein de la Défense britannique : enseignements pour la France*, Collection Travaux et Documents, Centre d'Etudes en Sciences Sociales de la Défense, mars 2005, 120 p.

- MANDEL (Robert), *Armies without States: the privatisation of Security*, Lynne Rienner Publisher Inc. 2002, 170 p.
- MARCHAL (Roland), et MESSIANT (Christine), *Les chemins de la guerre et de la paix. Fin de conflit en Afrique orientale et australe*, Paris, Kartala, 1997, 264 p.
- MILLS (Greg), STREMLAU (John) (ed.), *The privatisation of Security in Africa*, Johannesburg, SAIIA, 1999.
- MOCKLER (Anthony), *The New Mercenaries*, London, Sidwick & Jackson, 1985.
- MUSAH (Abdel-Fatau), KAYODE FAYEMI (J.), *Mercenaries, an African security dilemma*, London, Pluto Press, 1999.
- ORTIZ (Carlos), *Private armed forces and global security: a guide to the issues*, Santa Barbara, CA, Praeger, 2010, 250 p.
- OLSSON (Christian) (dir. Par), *Les entreprises para-privées de coercition : de nouveaux mercenaires ?*, Paris, édition l'Harmattan, juin 2004, 181 p.
- OSTENSEN (Ase Gilje), *Outsourcing Peace?: The United Nations' Use of Private Security and Military Companies*, DM Verlag Dr. Muller Aktiengesellschaft & Co. KG (19 mai 2009), 132 p.
- PHILIPON (A.), *Les activités mercenaires et le droit, Recherches et Documents*, n°24, janvier 2002, Fondation pour la Recherche Stratégique, Paris, 54 p.
- RENOUAR (Cécile), *La responsabilité éthique des multinationales*, Paris, PUF, 2007, 533 p.
- RENOUX (Xavier), *La privatisation de la violence. Mercenaires et sociétés militaires privées au service du marché*, Paris, éditions Agone, 21 janvier 2006, Collection Dossiers Noirs, 488 p.
- ROCHE (Jean-Jacques), *Insécurité publiques, sécurité privée ? Essai sur les nouveaux mercenaires*, Paris, Collection Défense, mai 2005, 420 p.
- ROSI (Jean-Didier), *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, Paris, l'Harmattan, 2009, 275 p.
- SCAHILL (Jeremy), *Blackwater: The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Avalon Edition, 2007, 550 p.
- SINGER (Peter Warren), *Corporate Warriors, The rise of the privatised military industry*, New York, Cornell University Press, 2003, 330 p.
- TOUGAS (Marie-Louise), *Droit international, sociétés militaires privées et conflits armés : entre incertitudes et responsabilités*, Bruxelles, Bruylant, octobre 2012, 674 p.

## II /Articles

### A. Doctrine

- ABDELGAWAD (Elisabeth Lambert), « Droit international pénal- Les sociétés militaires privées: un défi supplémentaire pour le droit international pénal », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 2007, Paris, Dalloz, p. 156-168.
- ALEXANDER (Kerry) and BOHM (Alexandra), « Regulating privatisation of «war»: the role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights », The *PRIV-WAR project* is supported within the *7th Framework Research Programme by the European Commission DG Research*, 28 May 2009, Report on the Sheffield Workshop. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- AVANT (Deborah), « Military Contractors & the American Way of War », *MIT Press*, 2011, pp. 88-99.
- AVANT (Deborah), « Selling Security: Trade-Offs in State Regulation of the Private Security Industry », in *Journal of Private Military and Security Companies*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007, pp. 419-442.
- AVANT (Deborah), « The privatisation of Security and Change in the Control of Force », in *International Studies Perspectives*, 2004, 5 (2), pp. 153-157.
- AVANT (Deborah), « Privatising Military Training », *Foreign Policy in Focus* », vol.7, n°6, May 2002, [http://www.fpif.org/briefs/vol7/v7n06miltrain\\_body.html](http://www.fpif.org/briefs/vol7/v7n06miltrain_body.html).
- AVANT (Deborah), « Privatising Military Training: A Challenge to US Army professionalism », in SNIDER (Don M.), WATKINS (Gayle L.) (éd.), in *The Future of the Army Profession*, Boston, McGraw-Hill, 2002, pp.179-196.
- AVANT (Deborah), « From Mercenary to Citizen Armies: Explaining Change in the Practice of war », in *International Organization*, vol.54, n°1, winter 2000, pp.41-47.
- BAILES (Alyson J.K) et HOLQVIST (Caroline), « Les affaires et la sécurité : quel rôle pour le secteur privé ? », in *Politique étrangère* 1/2006, pp. 119-128.
- BALMOND (Louis), « Observations sur le Document de Montreux relatif aux obligations juridiques internationales pertinentes et aux bonnes pratiques pour les Etats concernant les activités des sociétés militaires privées », in *Revue générale de droit international public*, Tome 113, n°1, mars 2009, pp. 113-124.
- BANEGAS (Richard), « De la privatisation de la guerre à la privatisation du peacekeeping ? » in « Le boom du mercenariat : définition ou fatalité ? » in *Les Documents Damoclès*, Lyon, juillet 2001, pp. 18-24
- BANEGAS (Richard), « De la guerre au maintien de la paix : le nouveau business mercenaire », in *Critique internationale*, n°1, automne 1998, p. 179-194.

- BESTER (Amelia), NTOUBANDI (Faustin Z.), « The regulatori context of private and security services in South Africa », in *National Reports Series, Priv-war Report South Africa*, November 15<sup>th</sup>, 2009. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- BIGO (Didier), « Les entreprises de coercion para privées : de nouveaux mercenaires ? », in *Cultures & conflits*, Editorial, n° 52 Paris, avril 2003, pp. 5-10.
- BIGO (Didier), (collectif), « Les entreprises para privées de coercion », in *Cultures & conflits*, Paris, l'Harmattan, hiver 2003, pp. 5-11.
- BILKOVA (Veronika), « Members of private military and security companies and/as unlawful combatants », in *EUI Working Papers, AEL 2009/15, Academy of European Law, Priv-War Project*. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- BOSH (Shannon), « Private security contractors and international humanitarian law – a skirmish for recognition in international armed conflicts », in *African Security Review*, Vol. 16, No. 4, 2007, pp. 34-52.
- BRAUER (Jurgen), « An Economic Perspective on Mercenaries, Military Companies and the Privatisation of Force », in *Cambridge Review of International Affairs*, Autumn 1999, vol. XIII, n°1, pp. 130-146.
- BRAYTON (Steven) « Outsourcing War: mercenaries and the Privatisation of Peacekeeping », in *Journal of International Affairs*\_55 (2), 2002 pp. 303-329.
- BRICET DES VALLONS (Georges-Henri), « Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose », in *Sécurité globale*, Dossier « Privatisation de la guerre », *Été 2009, La Documentation française*, pp. 35-54.
- CABRERA (Irene), PERRET (Antoine), « Colombia: Regulating Private Military and Security Companies in a «Territorial State» », in *Priv-war Regulating privatisation of «war»: the role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights*, in *National Reports Series*19/0915, November 2009. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- CAMERON (Lindsey), « Les entreprises militaires privées : leur statut en droit international humanitaire et l'influence de ce dernier sur leur réglementation », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, Genève, 2006, pp. 573-598.
- CAPDEVIELLE (V.), « The regulation of private and security services in France », 21 May 2009, in *National Reports Series* 11/09, Priv-war Report-France. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- CARBONNIER (Gilles), « Privatisation et sous-traitance des services publics : défis pour l'action humanitaire », in *Annuaire suisse de politique de développement*, pp. 116-125.
- CARMOLA (Kateri), « It's all contracts now: private military firms and a clash of legal culture », in *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. 13, No. 1, Fall/Winter 2006, pp. 161-173.
- CHALIAND (Gérard), « Les nouveaux mercenaires, les entreprises militaires d'aujourd'hui », in *Armée d'aujourd'hui* n° 230, mai 1998. <http://intelligence.ifrance.com/mercenaires.htm>.

- CHARLIER (Marie-Dominique), « Les sociétés militaires privées en Afghanistan : une coalition dans la coalition », in *Revue Défense Nationale et Sécurité Collective*, n° 723, Paris, octobre 2009, pp. 87-96.
- CHAPLEAU (Philippe), « Privatisation de la paix », in *Politique Internationale*, n°103, Spring 2004, pp. 28-38.
- CHAPLEAU (Philippe), « De Bob Denard aux Sociétés Militaires Privées à la Française » in *Cultures et Conflits*, n°52, Winter, 2003, pp.49-67.
- CICCHINI (Joël) et HERRERA (Rémy), « Sociétés militaires privées: la guerre par procuration? Le cas de la Guerre d'Irak », in *Recherches internationales*, n°82, avril-juin 2008, pp. 9-26.
- CILLIERS (Jakkie), DIETRICH (Christian), « Privatising Peace Enforcement », in *African Security Review*, Vol. 5, n°6, 1998, <http://www.iss.co.za/Pubs/ASR/5No6/Editorial.html>.
- CLAPHAM (Andrew), « Les obligations en matière de droit de l'homme incombant aux acteurs non étatiques dans les situations de conflits », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, Genève, 2006, pp. 491-523.
- CLEAVER (Gerry), « Subcontracting Military Power: the privatisation of Security in Contemporary Sub-Saharan Africa, Crime », *Law and Social Change* 33 (1-2), pp. 131-149.
- COCAINE (James), « La réorganisation de la violence légitime au niveau mondial : les entreprises militaires et la face privée de la violence légitime », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°863, 2006, pp. 459-490.
- COTTIER (Michaël), « Élément de réflexion pour le recrutement et la réglementation des entreprises militaires et de sécurité privée », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, Genève, 2006, pp. 637-663.
- CRAWFORD (Emily), « The Civil-Military Interface in 21<sup>st</sup> Century Armed Conflict – Private Military Contractor and Principle of Distinction », in *Sidney Law School Research Paper*, n°11/45, 2011.
- CRUZ (Adolfo Leon Atehortua), « Trafic de drogue et violence en Colombie », in *Culture & conflits*, n° 3, Saint Quen, 1991, pp. 141-156.
- DANET (Didier), « Guerre en Irak et partenariats public-privé : des partenariats public-privé controversés », in *Revue française d'administration publique*, n°130, 2009, pp. 249-262.
- DANIEL (Jean Philippe), « Les nouveaux mercenaires ou la privatisation du maintien de la paix », in *Géopolitique africaine*, n° 5, Paris, hiver 2002, pp. 223-235.
- DAVIDE (Eric), « Les mercenaires en Droit international », in *Revue belge de droit international*, Bruxelles Bruylant, 1977, pp. 197-237.

- DE NEVERS (Renee), « (Self) Regulating war? Voluntary regulation and the Private Security Industry », in *Security Studies*, Vol. 18, No. 3, July/September 2009, pp. 479-516.
- DEUTSCHER (Charles), « Privatizing Peacekeeping: The regulatory Preconditions for an International Legal Regim on the Use of Private Military Firms in United Nations Operations », in *Australian National University Law Reseach Paper*, June 2008.
- DIETRICH (Chris), « The Commericalisation of Military Deployment in Africa », in *African Security Review*, 2000, vol.9, n°1, <http://www.iss.co.za/Pubs/ASR/9No1/Commercialisati on.html>.
- DOPAGNE (Frédéric), « La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », in *Revue belge de droit international*, 2001/2, Bruxelles, Bruylant, p. 458-532.
- DÖRMANN (Knut), « La situation juridique des « combattants illégaux » », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 849, pp. 45-74.
- EDMONDS (Martin), « Defence Privatisation: From State Enterprise to Commercialism », in *Cambridge Review of International Affairs*, Autumn-Winter 1999, vol. XIII n°1, 144-129.
- ESPOSTI (Robert), « Les compagnies privées de sécurité en Afrique », in *Revue Défense nationale et Sécurité collective*, n°3, Paris, mars 2005, pp. 37-49.
- FALLAH (Katherine), « Les acteurs privés : le statut juridique des mercenaires dans un conflit armé », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, Genève, 2006, pp. 599- 612.
- FINAUD (Marc), « L'abus de la notion de combattant illégal : une atteinte au Droit international humanitaire », in *Revue générale de droit international public*, Paris, Pedone, 2007, p. 861.
- FORTEAU (Mathias), « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable », in *Revue générale de droit international public*, 2007, Paris Pedone, p. 737-770.
- FRANCIS (David), « Mercenary Intervention in Sierra Leone: Providing National Security or International Exploitation », in *Third World Quarterly*, vol. 20, n°2, April 1999, pp. 319-338.
- FRANCIONI (Francesco), « Private Military Contractors and International Law: An Introduction », in *European Journal of International Law*, pp. 561-564.
- FREDLAND (Eric), KENDRY (Adrian), « The Privatisation of Military Force: Economic Virtues, Vices and Government Responsibility », in *Cambridge Review of International Affairs*, Autumn-Winter1999, vol.13, n°1, pp. 147-164.
- FREDLAND (Eric), « Outsourcing Military Force: A transaction Cost Perspective on the Role of Private Military Companies », in *Defence and Peace Economics*, Vol. 15, n°3, June 2004, pp. 205-219.

- GARCIA (Thierry), « Le développement du mercenariat et la privatisation de la sécurité », in *Revue ARES*, n° 56, vol XXII, fascicule 1, décembre 2005.
- GARCIA (Thierry), « La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité mercenaire », in *Revue générale de droit international public*, volume 107, n° 3, octobre 2003, pp. 677-692.
- GASTON (E. L), « Mercenarism 2.0? The rise of the modern private security industry and its implications for international humanitarian law enforcement », in *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, No. 1, Winter 2008, pp. 221-248.
- GAUL (Matthew J), « Regulating the New Privateers: Private Military Service Contracting and the Modern Marque and Reprisal Clause », in *Loyola of Los Angeles Law Review*, juin 1998, pp. 1489-1522.
- GILLARD (Emmanuela-Chiara), « Le monde des affaires part en guerre : les entreprises militaires de sécurité et le droit international humanitaire », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, Genève, 2006, pp. 862-863.
- HARDING (Jeremy), « The Mercenary Business: « Executive Outcomes » », in *The Review of African Political Economy*, (71), 1997, pp. 87-97.
- HARLOW (James), « Soldiers at Sea: The Legality and Polity Implication of Using Military Security Teams to Combat piracy », in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21, n°3, 2012, pp. 561-602.
- HASHAM (Mariyam), « Regulating Private Military Companies », in *Royal Unites Services Institute for Defence Studies Newsbrief* 22, n°3 (March), pp. 1-4.
- HAUPAIS (Nicolas), « Les enjeux juridiques de la « privatisation de la guerre » », in *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, 2009, Paris, CNRS Editions, pp. 87-110.
- HEDAHL (Marcus), « Blood and Blackwater : a call to arms for the profession of arms », in *Journal of Military Ethics*, Vol. 8, No. 1, 2009, pp. 19-33.
- HENNEBEL (Ludovic), « Le forum shopping transnational et l'Alien Tort Statute », in *Le forum shopping en droit international des droits de l'homme*, J-F. Flauss, S. Touzé (dir), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 109-138.
- HERBERT (M.HOWE), « Private security forces and African stability: The case of Executive Outcomes », in *Journal of modern African studies*, vol. 34, n°2, 1998, pp. 307-331.
- HOLMQVIST (Caroline), « Private Security Companies: the case for Regulation », in *SIPRI Policy Paper* n°9, January 2005, pp. 1-59.
- HOPPE (Carsten), QUIRICO (Ottavio), « Codes of conduct for private military and security companies : The state of self-regulation of the industry », in *EUI Working Papers, AEL 2009/28, Academy of European Law, PRIV-WAR PROJECT*. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).

- HOPPE (Carsten), « Passing the buck: State responsibility for private military companies », in *Academy of European Law, EUI Working Papers, AEL* 2009/3, p. 5. [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11404/AEL\\_2009\\_03.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11404/AEL_2009_03.pdf?sequence=1).
- HOWE (Herbert M.) « Private Security Forces and African Stability: The Case of Executive Outcomes », in *The Journal of Modern African Studies* 36 (2), 1998, pp. 307-331.
- HOWE (Herbert M.), « Global Order and Security Privatisation », in *Strategic Forum*, n°140, May 1998, <http://www.ndu.edu/inss/strforum/SF140/forum140.html>.
- HUSKEY (Kristine A.), « The American way: Private military contractors & U.S. Law after 9/11 », in *Regulating privatisation of war: the role of the EU in assuring the compliance with international humanitarian law and human rights*, National Reports Series 03/10, An Update 2010, Priv-war Report. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- IDA (Ryuichi), « Formation des normes internationales dans un monde en mutation. Critique de la notion de Soft Law », in *Mélanges Michel Viraly*, Paris, Pedone 1991, pp. 333-340.
- JACQUIN (Hélène) (sous direction), « L'emploi des sociétés militaires privées en Afghanistan et en Irak », Etude réalisée sous la direction du bureau recherche de la division recherche et retour d'expérience (DREX), in *Cahier de la recherche doctrinale*, Ministère de la défense, Paris 21 juin 2010, pp. 9-105.
- KASSEBAUM (David), « A Question of Facts - The legal Use of Private Security Firms in Bosnia », in *Columbia Journal of Transnational Law*, 38(3), pp. 581-602.
- KINSEY (Christophe), « Le droit international et le contrôle des mercenaires », in *Cultures & Conflicts*, n°52, Paris, avril 2003, pp. 91-116.
- KRAHMANN (Elke), « Beck and Beyond: Selling Security in the World Risk Society », in *Review of International Studies*, vol.36, no.3, pp. 1-20
- KRAHMANN (Elke), « Private Firms and the New Security Governance », in *Paper presented for the 43th Annual Convention of the ISA*, New Orleans, March 2002, pp. 23-27.
- KRAHMANN (Elke), « Controlling Private Military Services in the UK and Germany: Between Partnership and Regulation », in *European Security*, Vol. 13, n°2, 2005, pp. 227-295.
- KRAHMANN (Elke), « Security Governance and the Private Military Industry in Europe and North America », in *Conflict, Security and Development*, vol.5, no.2, 2005, pp. 247-268.
- LAPOINTE (Marie-Eve), « Le droit international, à la merci des entreprises militaires et de sécurité privées ? », in *Revue québécoise de droit international*, 2011, (24.1), pp. 69-104.
- LEANDER (Anna), « The Commodification of Violence, Private Military Companies and African States », [www.copri.dk](http://www.copri.dk).
- LEANDER (Anna), « African States and the Market for Force: The Destabilizing Consequences of Private Military Companies », in *University of Southern University, Political Science Publication* n°6/2004, pp. 605-622.

- LEANDER (Anna), « The Power to Construct International Security: On the significance of Private Military Companies », in *Millennium Journal of International Studies*, vol. 33, n°3, June 2005, pp. 803-826.
- LEANDER (Anna), « Private agency and the definition of Public Security Concerns: The Role of Private Military Companies » in *Huysmans, Jef, Dobson, A., Prokhovnik, R., The Politics of Protection, Sites of Insecurity and Political Agency*, Routledge, 2006.
- LEHNARDT (Chia), « Individual liability of Personnel of Private military under International Criminal Law », in *European Journal on International Law*, 2008, Vol. pp. 1015-1034.
- LE PAUTREMAT (Pascal), « Mercenariat et volontaire de 1960 au début des années 1990 », in *Des conflits en mutation ? De la guerre froide aux nouveaux conflits*, sous la direction de Danielle Domergue-Cloarec et Antoine Coppolani, Bruxelles, éditions Complexe, 2003, pp. 195-215.
- LEVERCHY (Christiane), « Définir le mercenariat puis lutter contre le « mercenariat entrepreneurial » : un projet de gouvernement », in *Culture & conflits*, n° 52, 4/ 2003, pp. 67-90.
- LILLY (Damian), « La privatisation du maintien de la paix : perspective et réalités », in *Forum du désarmement de l'UNIDIR*, (2000), issue 3, pp. 57-67.
- LOCK (Peter), « Notiz Zur Rolle Privater Militärfirmen in Gewaltsamen Konflikten », [www.libertysecurity.org](http://www.libertysecurity.org).
- LOCK (Peter), « Ein Indikator für Globale Veränderungen: Privatisierung von Sicherheit - eine Herausforderung für Friedensforschung? », In *GRUNDMANN (Martin), HUMMEL (Hartwig) (éd.), Militär und Politik - Ende der Eindeutigkeiten, Zum Wandel institutionalisierter Gewalt*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp.178-201.
- LOCK (Peter), « Military downsizing and Growth in the Security Industry in Sub-Saharan Africa », in *Strategic Analysis*, Vol. XXII, n°9, December 1998, pp.1393-1426.
- LOCK (Peter), « Privatierung des Militärs oder der Sicherheit ? » In *Sozialismus*, Jg.31 Heft 9/2004, pp. 52-55.
- MAHIOU Ahmed, « Cours de droit international public », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2008, n°337, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 9-516.
- MAKKI (Sami), « Privatisation de la sécurité et transformation de la guerre », in *Politique étrangère*, hiver 2004, pp. 849-861.
- MAKKI (Sami), « Privatisation de la sécurité intérieure aux Etats-Unis : PMCs et marché de la Homeland Security », in *Revue de la Gendarmerie nationale*, n°209, décembre 2003, pp. 88-96.
- MALAN (Mark), CILLIERS (Jakkie), « Mercenaries and Mischief: the Regulation of Foreign Military Assistance Bill », in *Occasional Paper n°25, Institute of Security Studies*, 1997, South Africa, <http://www.iss.co.za/Pubs/PAPERS/25/Paper25.html>.

- MANCINI (Marina), « Private military and security company employees: are they the mercenaries of the twenty-first century ? », in *EUI Working Papers, AEL 2010/5, Academy of European Law, PRIV-WAR Project*, p7. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- MANDEL (Robert), « The Privatisation of Security », in *Conference Paper, ISA, 41th Annual Convention, LA, 2000 March*, <http://www.ciaonet.org/isa/mar01/>.
- MANDEL (Robert), « The privatisation of Security », in *Armed Forces and Society* 28, 1, pp. 129-151.
- MAGNON-PUJO (Cyril), « La souveraineté est-elle privatisable ? La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'Etat », in *Revue Politix*, 2011/3, n°95, pp. 129-153.
- MARCHAL (Roland), « La militarisation de l'humanitaire : l'exemple somalien », in *Culture & conflits*, n° 11, Saint Quen, 1993, pp. 77-92.
- MCINTYRE (Angela), « Private military firms in Africa. Rogue or regulated? », In *African Security Review*, 13(3), 2004, pp. 101-103.
- MC CORMACK (Tim), « Australian Report on national legislation and judicial Practice » in *National Reports Series* (2009) 10/09, p. 15. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- MEHLER (Andreas), « Les oligopoles de la violence en Afrique de l'ouest », in *Politique étrangère*, 2006, n°61, pp. 39-53.
- MENDELSON (Barak), « Foreign fighters - recent trends », in *Orbis*, Vol. 55, n° 2, March 2011, pp.189-202.
- MÖLLER (Bjorn), « Private Military Companies and Peace Operations in Africa », in *Paper presented at the seminar on Private Military Companies in Africa at the University of Pretoria*, 8 February 2002.
- MONGELARD (Eric), « Responsabilité civile des entreprises privées en cas de violations du droit international humanitaire », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°863, 2006, pp. 665-691.
- NOSSAL (Kim Richard), « Roland Goes Corporate : Mercenaries and Transnational Security Corporations in the Post-Cold War Era », in *Civil Wars*, summer 1998, pp.16-35
- O'BRIEN (Kevin A.), « PMCs, Myths and Mercenaries: the debate on private military companies », in *Royal United Service Institute Journal*, February 2000, <http://www.kcl.ac.uk/orgs/icsa/Old/pmcs.html>.
- O'BRIEN (Kevin A.) « Military-Advisory Groups and African Security : Privatised Peace-keeping », in *International Peacekeeping*, August 1998, pp.78-105.
- OCQUETEAU (Frédéric), « L'Etat face au commerce de la sécurité », in *L'année Sociologique*, (40), 1990, pp.97-124.

- OLOSSON (Christian), « Les relations houleuses entre SMP et tenants de la doctrine de contre-insurrection », in *Sécurité globale, Dossier Privatisation de la guerre*, (dir) Jean Louis ROTRUBIN, Paris, La Documentation française, juin 2009.
- OLSSON (Christian), « Vrai procès et faux débats : perspectives critiques sur les entreprises de coercition para-privées », in *Cultures et conflits*, n°52,2003, pp.11-49.
- ORTIZ (Carlos), « Regulating Private Military Companies: States and the Expanding Business of Commercial Security Provision » in *Global Regulations, Managing Crises after the Imperial Turn*, ASSASSI, D. WIGAN and K. VAN DER PIJL (Eds), 2004, pp.205-219.
- ORTIZ (Carlos), « Embryonic Multinational Corporations and Private Military Companies in the Expansion of the Early-Modern Overseas Charter System », in *Paper prepared for the 47th Annual ISA Convention, San Diego, 22-25 March 2006*. <http://www.privatemilitary.org/publications/ORTIZ-ISA2006-Embryonic%20PMCs.pdf>.
- PARODI (Florence), « Les Etats face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », in *Revue générale de droit international public*, 2010, Tome 114, n°3, p. 503.
- PATTISON (James) « Just War Theory and the privatization of military force », in *Ethics & International Affairs*, Vol. 22, No. 2, 2008, pp. 143-162.
- PERRIN (Benjamin), « Promouvoir le respect du droit international humanitaire par les entreprises militaires et de sécurité privées », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n°863, 2006, pp. 613-636.
- QUIRICO (Ottavio), « National regulatory models for PMSC's and implications for future national regulation », in *EUI Working Papers, Max Weber Programme*, 20009/25. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- QUIRICO (Ottavio), « National regulatory models for PMSCs and implications for international regulation », in *EUI Working Papers, Max Weber Program*, 2009/25. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- RACINE (Jean-Baptiste), « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », in *Revue juridique de l'environnement*, Strasbourg, 1996, pp. 409-424.
- RENO (William), « The new role for Private armies in inter-state 'peace-making' relations », in *International Politics*, 37, 1, pp.57-74.
- RIGAUD (Elodie), « Le mercenariat comme forme socio-historique de coercition privée », in *Culture & conflits*, N° 52, 4/ 2003, Saint Quen, pp. 139-154.
- ROSEMANN (Nils), « Code of Conduct: Tool for Self-Regulation for Private Military and Security Companies », in *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF) Occasional Paper*, n°15, 2008, p. 10.
- ROUSSEAU (Thierry), LE RAY (Bruno) et PACOREL (Patrick), « Les nouveaux mercenaires en France : la fin des tabous », in *Annuaire français des relations internationales*, 2008, pp. 263-279.

- RYNGAERT (Cedric), « Litigation Abuses Committed by Private Military Companies », in *EUI Working Papers, AEL 2009/5*, Academy of European Law, [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- SACHAROFF (A.K.), « Multinationals in Host Countries: Can They Be Held Liable Under the Alien Tort Claims Act for Human Rights Violations », in *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. XXIII, n°3, 1998, pp. 927-964.
- SCHOONER (Steven L.), SWAN (Collin D.), « Dead Contractors: The An-examined Effect of Surrogates on the Public's Casualty Sensitivity », in *Journal of National Security Law & Policy*, 2012, *GWU Law School Public Law Research Paper* n°55.
- SHESTERMANN (Simon), « We Can't Spy ... If We Can't Buy!: The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing 'Inherently Governmental Functions' », in *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n° 5, pp. 1055-1074.
- SINGER (Peter), « Humanitarian principles, private military agents: implications of the privatized military industry for the humanitarian community », in *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. 13, No. 1, Fall/Winter 2006, pp. 105-121.
- SOSSAI (Mirko), « Status of PMSC personnel in the laws of war: the question of direct participation in hostilities », in *EUI Working Papers, AEL 2009/6*, Academy of European Law, priv-war project. [www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu).
- SPEARIN (Christopher), « UN peacekeeping and the international private military and security industry », in *International Peacekeeping*, Vol. 17, No. 2, April 2011, pp. 196-209
- STURZAER (Damian), CAWOOD (Craig), « The Sandline affair: illegality and International law », in *Australian International Law Journal*, 1999, pp. 214-223.
- STRUYE DE SWIELANDE (Tanguy), « Le bel avenir de la privatisation », in Sécurité globale, Dossier « *La privatisation de la guerre* », (dir) Jean-Louis ROTRUBIN, Paris, La documentation française, 2009, pp. 85-96.
- TAULBEE (James Larry), « Mercenaries, Private Armies and Security Companies in Contemporary Policy », in *International Politics* 37(4), 2000 pp. 433-456.
- TEKFA (Yacine Hichem), « Le mercenariat moderne et la privatisation de la guerre », in *Revue stratégique*, n° 9, octobre 2005, pp. 155-170.
- TIEFER (Charles), « No more Nisour Squares: Legal control of Private Security Contractor in Iraq and after », in *Oregon Law Review*, vol. 88, n°3, pp. 745-775.
- TOUGAS (Marie-Louise) et DELAS (Olivier), « Quelques réflexions entourant la participation de compagnies militaires privées aux conflits armés », in *Revue québécoise de droit international*, n° hors série, 2007, pp. 49-62.
- WAITS (K. Elizabeth), « Avoiding the «legal bermuda triangle»: the military extraterritorial jurisdiction act's unprecedented expansion of U.S criminal jurisdiction over foreign nationals », in *Arizona Journal of international & comparative law*, Vol. 23, N° 2, 2006, p. 516.

WASINSKI (Christophe), « Créer une révolution dans les affaires militaires : mode d'emploi », in *Culture & conflits*, n° 64, Saint Quen, 2006, pp. 149-164.

WEIL (Prosper), « Vers une normativité relative en droit international ? », in *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 148-149.

WHITE (Nigel D.), MACLEOD (Sorcha), « EU Operations and Private Military Contractors: Issues of Corporate and Institutional Responsibility », in *European Journal of International Law* (EJIL), 2008, p. 970.

## **B. Presse**

AYAD (Christophe), « *Des mercenaires de l'Apartheid à Sao Tomé. Des anciens du Sinistre « Bataillon 32 » ont pris part au Putsch* », in *Libération*, Paris, 19 juillet 2003.

CANESA (Pierre), « *Modernes mercenaires de la sécurité* », in *Le Monde diplomatique*, Paris, avril 2003.

CHAPLEAU (Philippe), « *Le contrat Irakien de l'ancien commando de marine* », *Ouest-France*, 14 Novembre 2003.

CHAPLEAU (Philippe), « *Le boom de la sécurité privée en Irak* », *Ouest-France*, 2 Novembre, 2003.

CHARLIER (Thierry), « *Les mercenaires français au Zaïre* », in *Raids*, n° 132, mai 1997.

COLETTE (Elise), « *Les nouveaux mercenaires* », in *Jeune Afrique*, Paris, 15 février 2004.

CONESA (Pierre), « *Modernes mercenaires de la sécurité* », *Le Monde Diplomatique*, Avril 2003.

COURTEMANCHE (Gil), « *Danger ! Armées privées* », in *Le Devoir*, Montréal, n°10, vol 10, 27 juillet 2004.

DE LA GRANGE (Arnaud), « *Les mercenaires de Pretoria lorgnent le Centrafrique* », in *Le Figaro*, Paris, 13 février 1998.

DUCLOS (Denis), « *Terroristes ou citoyens, tous sous contrôle : ces industries florissantes de la peur permanente* », in *Le Monde diplomatique*, Août 2005, Paris, pp.16.17.

EUDES (Yves), « *La guerre en privé* », in *Le Monde*, Paris, 4 avril 2007.

FAINARU (Steve) and KLEIN (Alec), « *In Iraq, a Private Realm of Intelligence Gathering* », *Washington Post*, Washington, July 1, 2007.

FONTAINE (Sandra), « *Des chiens de guerre aux entreprises de guerre* », in *Jeune Afrique*, Paris, 13 avril 2003.

- HAZAN (Pierre), « *L'Afrique, terre des mercenaires- L'ONU dénonce leur rôle croissant* », in Libération, Paris, 23 mars 2001.
- HUGEUX (Vincent), « *Les nouveaux chiens de guerre* », l'Express, Paris, hebdomadaire, le 02 mai 1996.
- JACKMAN (Tom), « *US Contractor Fired on Iraqi Vehicles for Sport, Suit Alleges* », Washington Post, Quotidien, Washington, 17 novembre 2006.
- JACQUE (Philippe), « *L'ultralibéralisme appliqué à la guerre* », in Courrier international.com , 25 août 2003.
- LE PAUTREMAT (Pascal), « *Les nouveaux acteurs de la sûreté des entreprises* », Raids, Paris, n° 199, décembre 2002. Sur ce sujet, on lira également le dossier « *Mercenaires. Des chiens de guerre aux sociétés étatiques* », Raids, n° 196, septembre 2002.
- LEYMARIE (Philippe), « *En Afrique une nouvelle génération de chiens de guerre* », in Le Monde diplomatique, novembre 2004, Paris, pp.28.29.
- LESER (Eric), « *L'armée américaine fait de plus en plus appel au secteur privé* », in Le Monde, Paris, 10 avril 2003.
- MAKKI (Sami), « *Sociétés militaires privées dans le chaos irakien* », in Le Monde diplomatique, novembre 2005, Paris, pp. 22. 23.
- MARINER (Joanne), « *Private contractors who torture* », in Find Law, may, 10, 2004.
- MAZURE (Laurence), « *Lucrative reconversion des mercenaires sud africains* », in Le Monde diplomatique, Paris, octobre 1996.
- SCHRADER (Esther), « *Ces mercenaires qui sous traitent les missions du Pentagone* », Los Angeles Times, in Courrier international, Paris, mai 2002.
- SILVERTEIN (Ken), « *Privatizing war, how affairs of state are outsourced to cooperation's beyond public control* », in The Nation, April 1997.
- SINGER (Peter Warren), « *Un métier vieux comme le monde* », in Le Monde diplomatique, novembre 2004, Paris, pp.24.25.
- SINGER (Peter Warren), « *Irak : les nouveaux mercenaires* », in Le Monde, Paris, 26 mai 2004.
- STAP (Katherine), « *Iraq: business booming for soldiers of fortune* », in International Press service, July 30th, 2004.
- THOMPSON (Jim Fisher), « *Le rôle des entreprises militaires privées dans le maintien de la paix en Afrique* », in Washington File, 18 octobre 2004, article diffusé par le Bureau des Programmes d'information international du Département d'Etat.
- VIGNAUX (Barbara), « *Le mercenariat est hors la loi, vive le mercenariat* », in Le Monde diplomatique, Paris, novembre 2004.

VINCENT (Léonard), « *Vinnell Corp., l'autre cible des terroristes* », Le Monde, Quotidien, Paris, 10 novembre 2003.

### **III/ Textes et Documents officiels**

#### **A. Lois nationales**

**Loi française** n°2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenariat, Journal Officiel de la République française, n°89 du 15 avril 2003, p. 6636.

**Loi sud africaine** « *Regulation of foreign military assistance Act* », adopté le 14 mai 1998. <http://www.pmg.org.za/bills/0511b42-05.pdf>.

**Loi sud africaine** « *Prohibition of Mercenary Activities and Regulation of certain Activities in Areas of Armed Conflict Bill* », Loi n° 27-2006, publiée dans le *Republic of South Africa, Government Gazette No 30477, Government Notice N°1083*, 16 November 2007, Government Printers, Pretoria. <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=75729>.

**Loi américaine**, « *Military extraterritorial Jurisdiction Act* », (MEJA) de 2000. [http://www.dod.gov/dodgc/images/meja\\_3261.pdf](http://www.dod.gov/dodgc/images/meja_3261.pdf).

**Loi américaine** « *Foreign Corrupt Practices Act* » (FCPA) de 1977, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3588ih/pdf/BILLS-112hr3588ih.pdf>.

**Circulaire du Ministère américain de la défense**, « *DOD Law of war Program* », US Department of Defense Directive, N° 2311.01E, du 9 mai 2006. Consultable sur : [http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311\\_01e.pdf](http://www.fas.org/irp/doddir/dod/d2311_01e.pdf).

**Décret colombien**, Colombia, « *Decreto 356 de 1994 (Febrero 11)* », **Artículo 11°** « - *Licencia de funcionamiento. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, podrá expedir licencia de funcionamiento, de carácter nacional, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos por parte del solicitante* ». <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1341>.

#### **B. Textes et Documents internationaux**

##### **Organisation des Nations unies**

Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989. [http://treaties.un.org/doc/Treaties/1989/12/19891204%2008-54%20AM/Ch\\_XVIII\\_6p.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/1989/12/19891204%2008-54%20AM/Ch_XVIII_6p.pdf).

Assemblée Générale des Nations unies, Rapport du Groupe de travail sur « *l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination* », A/65/325, 25 août 2010.

Assemblée Générale des Nations unies, Rapport de Enrique B. Ballesteros sur « *la question de l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », Commission des Droits de l'Homme, 17 janvier 1996, référencé E/CN.4/1996/27.

Assemblée Générale des Nations unies, Rapport de Enrique B. Ballesteros sur « *la question de l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », Commission des Droits de l'Homme, 29 novembre 2002, référencé E/CN.4/2003/16.

Assemblée Générale des Nations unies, Rapport de Enrique B. Ballesteros sur « *la question de l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes* », Commission des Droits de l'Homme, 24 décembre 2003, référencé E/CN.4/2004/15.

Assemblée Générale des Nations unies, Rapport du Secrétaire Général sur « *les causes des conflits et la promotion d'une paix et d'un développement durable en Afrique* », Assemblée Générale, 20 août 2004, référencé A/59/286.

### **Autorité provisoire de la Coalition en Irak**

L'arrêté N°17 de l'Autorité provisoire de la Coalition en Irak.  
[http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627\\_CPAORD\\_17\\_Status\\_of\\_Coalition\\_Rev\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf).

### **Organisation de l'Unité Africaine (OUA)**

« *Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique* », CM/817 (XXIX), Annexe II, Rev.1, adoptée à Libreville le 3 juillet 1977. [http://www.africa-union.org/Official\\_documents/Treaties\\_Conventions\\_fr/Convention%20sur%20l%20elimination%20du%20mercernariat.pdf](http://www.africa-union.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/Convention%20sur%20l%20elimination%20du%20mercernariat.pdf).

### **Conseil de l'Europe**

Rapport adopté par la Commission de Venise (Conseil de l'Europe), lors de sa 79<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 juin 2009) sur la base des observations de M. Iain CAMERON (membre, Suède). [http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV\(2009\)002syn-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-PV(2009)002syn-f.asp).

## **IV : Jurisprudence**

### **A. Internationale**

#### **1. Cour internationale de justice**

##### **- Avis consultatifs**

*Les Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, avis du 28 mai 1951, Recueil, p. 23.

*Licéité de la menace ou de la l'emploi des armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil, p. 66.

*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil, p. 155.

## **- Arrêts**

*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RDC contre Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, Recueil, p. 1.

*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine contre Yougoslavie)*, exceptions préliminaires du 11 juillet 1996, Recueil, p. 622.

*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ordonnance en mesures conservatoires du 8 avril 1993, Recueil, p 595.

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre Etats Unis)*, arrêt du 27 juin 1986, Recueil, p. 14.

*Personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, Recueil, p. 3.

*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique contre Iran)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, Recueil, p. 7.

*Barcelona traction light and power*, arrêt du 5 février 1970, Recueil, p. 3

*Sud Ouest africain (Ethiopie contre Afrique du sud ; Libéria contre Afrique du sud)*, arrêt du 18 juillet 1966, Recueil, p. 6.

*Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, Recueil, p. 22.

## **2. TPIY**

Arrêt, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, Affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999. [www.icty.com](http://www.icty.com).

## **B. Jurisprudences nationales**

### **1- Affaires relatives aux actes reprochés aux SMSP**

*The Supreme Court of Queensland, Mr. Justice Ambrose, Papua New Guinea v. Sandline*, Affaire N° OSN°.10110of 1998, § 9. <http://archive.sclqld.org.au/qjudgment/1998/QSC98-298.pdf>.

*United States District Court, Southern District of Florida, Case No. 06-61760-CIV-DIMITROULEAS/SNOW, NESTOR ERMOGENES ARROYO QUINTEROS, et al., v. DYNCORP AEROSPACE OPERATIONS LLC*, 05/23/2007. Consultable sur: <http://www.hollingsworthllp.com/media/pnc/9/media.59.pdf>.

*United States Court of Appeal, Saleh v. Titan*, Case n°08-7008, 10 février 2009, <http://ccrjustice.org/>.

*United States District Court for the District of Maryland Greenbelt Division, Wissam Abdullateff Sa'Eed Alquraishi et Al., v. Abdel Nakhla et al.* Case 8:08-cv-01696-PJM, 29 juin 2010. <http://ccrjustice.org/files/7.29.10%20%20Decision%20denying%20motion%20to%20dismiss.pdf>.

*United States District Court For de the District of Columbia, International Trading and Industrial Investment Company vs. Dyncorp Aerospace Technology*, (Civil action), N° 09-791, January 21th, 2011. [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-dcd-1\\_09-cv-00791/pdf/USCOURTS-dcd-1\\_09-cv-00791-0.pdf](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-dcd-1_09-cv-00791/pdf/USCOURTS-dcd-1_09-cv-00791-0.pdf).

## **2- Les affaires concernant par ricochet les SMSP**

Supreme Court, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 734-37 (2004).  
<http://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-339.pdf>.

US Court of Appeal for the second Circuit ruled in *Filartiga v. Pen-Irala*.  
<http://ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>.

*Burma v. Unocal, Inc.* (Roe I) 176 F.R.D.329, 334 (C.D. Cal. 1997).  
<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F3/395/395.F3d.932.00-57195.00-56628.00-57197.00-56603.html>.

## **V/ Documents nationaux**

Institut des Hautes Etudes de la Défense Nationale (France), « *Les « Entreprises Militaires et de Sécurité privée »: outil indispensable ou abandon par l'Etat de ses prérogatives de souveraineté?* », Session Nationale N° 62, Comité 2, Rapport remis le 30 juin 2010.  
[http://pedagogie.ac-montpellier.fr/hist\\_geo/defense/pdf/cercle/IHEDN%20C2%20-%20EMSP%2017%20juin%202010.pdf](http://pedagogie.ac-montpellier.fr/hist_geo/defense/pdf/cercle/IHEDN%20C2%20-%20EMSP%2017%20juin%202010.pdf).

LEGG) Sir Thomas and (IBBS) Sir Robin « *Report on the Sierra Leon Arms Investigation* », Ordered by the House of Commons [British Parliament] to be printed 27th July 1998.  
<http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/files/kfile/report.pdf>.

ELSEA (Jennifer K.), SCHWARTZ (Moshe) and NAKAMURA (Kennon H.), « *Private Security Contractors in Iraq: Background, legal Status, and Other Issues* », CRS Report for Congress, Updated August 25, 2008. [www.crs.gov](http://www.crs.gov).

Rapport de l'Armée américaine du 06 février 1968 déclassifié en 1980, « *Distribution authorized to U.S Gov't agencies and their contractors: Administrative/ operational* ». <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=AD0827059>.

Government Accountability Office (GAO), « *Rebuilding Iraq: Actions Needed to Improve Use of Private Security Providers* », July 2005, p. 8. <http://www.gao.gov/new.items/d05737.pdf>.

SCHWARTZ (Moshe) and CHURCH (Jennifer), “Department of Defense’s Use of Contractors to Support Military Operations: Background, Analysis, and Issues for Congress”, May 17, 2013 CRS Report for Congress. [www.crs.gov](http://www.crs.gov).

SCHWARTZ (Moshe), «*The Department of Defense’s Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress*», February 21, 2011, Congressional Research Service. [www.crs.gov](http://www.crs.gov).

Rapport de la Chambre des Représentants du Congrès américain portant la dépendance de l’armée américaine à l’égard des SMSP : «*Iraqi Reconstruction : Reliance on Private Military Contractors and Status Report. Hearing before the Committee on Oversight and Government Reform, House of Representatives*», February 2007. <http://democrats.oversight.house.gov/images/stories/documents/20071113181443.pdf>.

Chambre des Représentants du Congrès des Etats-Unis, «*Statement of Erik D. Prince Chairman and CEO, Blackwater for the House Committee on oversight and Government reform* », October 2, 2007. <http://oversightarchive.waxman.house.gov/documents/20071003153621.pdf>.

WAXMAN (Henry A.), «*Private military contractors in Iraq. An examination of Blackwater’s action in Fallujah*», Rapport présenté pour la Chambre des Représentants du Congrès des Etats Unis, Septembre 2007. <http://democrats.oversight.house.gov/images/stories/documents/20070927104643.pdf>.

Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom, Green Paper, «*Private military companies: Option for regulation*», February 2002. <http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0102/hc05/0577/0577.pdf>.

MAMPAEY (Luc), MEKDOUR (Mehdi), «*La guerre en sous-traitance. L’urgence d’un cadre régulateur pour les sociétés militaires et de sécurité privées* », Rapport du Groupe de recherche et d’information sur la paix et la sécurité (GRIP), publié dans le cadre du programme «*cellule de veille sur la production et les transferts d’armes dans le monde* » subventionné par la Région en Belgique. <http://www.grip.org/fr/siteweb/images/RAPPORTS/2010/2010-2.pdf>.

Assemblée nationale française, Rapport d’information n° 3595 de Michel Dasseux sur «*l’externalisation de certaines tâches relevant du ministère de la Défense* » pour la Commission de la défense nationale et des forces armées de l’Assemblée nationale française (12 février 2002). <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i3595.asp>.

Suisse, «*Rapport de l’Office fédéral de la justice sur l’examen d’un système d’enregistrement obligatoire des entreprises de sécurité actives dans les zones de crise ou de conflit* », Suisse, 2007. <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen/ber-br-f.pdf>.

## **VI/ Exemples de contrats de SMSP :**

Contrat entre la SMSP britannique *Sandline International* et la République de Papouasie Nouvelle Guinée: «*Agreement for the provision of military assistance dated this 31 day of*

January 1997 between the Independent State of PAPUA NEW GUINEA and SANDLINE INTERNATIONAL «. <http://coombs.anu.edu.au/SpecialProj/PNG/htmls/Sandline.html>.

Contrat entre le *Regency Hotel & Hospital* une société koweïtienne et la SMSP américaine *Blackwater* signé en 2004. <http://oversightarchive.waxman.house.gov/documents/20061207151614-43671.pdf>.

## **VII / Thèses soutenues récemment sur la question des sociétés militaires et de sécurité privées**

PARODI (Florence), « *Les sociétés militaires et de sécurité en droit international et en droit comparé* », Thèse soutenue en décembre 2009 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, 483 p.

TOUGAS (Marie-Louise), « *La prise en compte normative internationale des activités des sociétés militaires privées dans les zones de conflits : entre incertitude et responsabilités* », Thèse soutenue en janvier 2011 à l'Université de Laval (Québec) au Canada, 410 p.

## **VIII/ Quelques sites internet utiles pour la recherche**

[www.priv-war.eu](http://www.priv-war.eu)

[www.privatemilitary.org](http://www.privatemilitary.org)

[www.ccrjustice.org](http://www.ccrjustice.org) (Center for constitutional rights (US))

<http://www.business-humanrights.org/Home>.

<http://www.ejil.org/>.

<http://www.defensebasecomp.com/decisions.html>



# Table des matières

<b>Introduction</b> .....	11
<b>Première partie : L'inefficacité des instruments existants</b> .....	45
Titre I : Le défaut de pertinence des textes dans leur champ d'application .....	47
Chapitre I : Des instruments internationaux adoptés sans égards aux activités des SMSP	
.....	49
Section I : Des conventions internationales relatives aux mercenaires inopérantes à l'égard des SMSP .....	49
§ I : Le caractère obsolète et inapproprié de la notion de mercenaire pour qualifier les SMSP et leurs membres .....	50
A/. Approches définitives de la notion de « <i>mercenaire</i> » axée sur l'individu.....	51
B/. Mercenaire et société militaire et de sécurité privée : deux notions juridiquement distinctes et aux contenus opposés.....	56
§ II : Des champs d'application limités.....	58
A/. La portée limitée du Protocole additionnel I de 1977 .....	59
a). Une régulation partielle de la violence privée.....	59
b). Le cadre restreint des conflits armés internationaux.....	60
B/. La portée limitée des conventions spécifiques relatives aux mercenaires.....	61
a). Celle de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique .....	61
b). Celle de la Convention des Nations unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires .....	63
Section II : Absence de statut des membres des SMSP en droit international humanitaire.....	64
§ I : L'inexistence d'obligations spécifiques pour les SMSP et leurs membres en tant que Partie au conflit.....	66
A/. Absence d'obligation d'appliquer de la règle du commandement responsable	66
B/. Absence d'obligation de diffusion du droit international humanitaire et de la formation du personnel.....	69
§ II : L'inexistence de droits spécifiques pour les SMSP et leurs membres en tant que combattants réguliers.....	71
A/. Une protection minimale non garantie au cours des conflits internationaux ...	72
a). En cas d'absence totale de participation aux hostilités .....	76
b). En cas de participation directe aux hostilités .....	79
B/. Une protection minimale non garantie au cours des conflits internes.....	80
a). La garantie de droits dépendant de la seule volonté des entités non étatiques d'être liées aux règles du droit international humanitaire .....	82
b). La garantie des droits dépendant de l'aléa de la qualification juridique du conflit opposant un Etat à une entité non étatique.....	83
Chapitre II : L'incomplétude des législations nationales relatives aux SMSP .....	87
Section I : La disparité des approches nationales.....	88
§ I : La réglementation de la catégorie des Etats d'origine et exportateurs .....	88
A/. L'instrumentalisation : les SMSP comme outils de la politique extérieure .....	88
a). Le modèle sud africain ou la réglementation des activités au détriment du statut des SMSP.....	89

b). Le modèle américain : un arsenal juridique rigoureux dans le contrôle du personnel civil mais laxiste dans celui des SMSP personnes morales .....	94
B/. L'encadrement aux contours flous .....	99
a). Le modèle français ou un encadrement juridique indirect et lacunaire.....	99
b). Le modèle du Royaume Uni : une faible volonté de légiférer .....	105
§ II : La réglementation des Etats hôtes .....	107
A/. La réglementation embryonnaire de l'Irak .....	108
B/. La réglementation insuffisante de la Sierra Léone .....	112
Section II : Les difficultés d'application des législations nationales .....	114
§ I : Les carences des législations nationales .....	114
A/. Les contours imprécis de la notion de « <i>société militaire et de sécurité privée</i> » .....	115
B/. La réglementation en veilleuse du recrutement et des conditions de travail des employés des SMSP .....	118
C/. La limite des législations sur les compétences extraterritoriales des juridictions nationales.....	122
§ II : La faiblesse du contrôle des Etats sur les SMSP .....	125
A/. Les difficultés du contrôle .....	125
a). L'insuffisance du contrôle administratif .....	126
b). La défaillance du contrôle parlementaire.....	128
B/. Les délocalisations.....	131
Titre II : Le défaut de pertinence des textes existants en matière de sanctions.....	135
Chapitre I : L'existence d'obligations juridiques applicables .....	137
Section I : Applicabilité des règles générales du droit international .....	138
§ I : Aux Etats évoluant dans l'externalisation .....	138
A/. Le respect des principes fondamentaux du droit international.....	139
a). La prohibition du recours unilatéral à la force .....	139
b). Le principe de non intervention dans les affaires intérieures des Etats ...	143
B/. Les traités du droit international humanitaire.....	145
a). Respecter et faire respecter le droit international humanitaire en temps de conflit .....	146
b). Faire respecter les règles du droit international humanitaire en temps de paix .....	149
C/. Les traités de droit international des droits de l'homme .....	155
a). L'obligation de prévenir les violations des droits de l'homme : <i>obligation de due diligence</i> .....	156
b). L'obligation de prévoir la répression et la réparation des dommages causés du fait des activités des SMSP : obligation de résultat dans l'adoption des normes .....	159
§ II : Aux membres des sociétés militaires et de sécurité privées.....	163
A/. L'interdiction de commettre des infractions internationales : Obligation de ne pas faire .....	164
a). Les infractions sans rapport forcé avec un conflit armé : génocide et crimes contre l'humanité.....	168
b). Les crimes de guerre .....	172
B/. Obligation de prendre des mesures pour empêcher ou réprimer les infractions des subordonnés .....	175
Section II : Application du droit national aux SMSP et à leurs membres.....	177
§ I : La législation de l'Etat d'origine .....	177
A/. Les règles du droit commun .....	179

B/. Les règles de droit propres aux activités des SMSP : les obligations spécifiques .....	183
§ II : La législation de l'Etat d'accueil .....	185
A/. Les règles du droit commun .....	186
B/. Les règles propres aux activités des SMSP .....	187
Section III : Les obligations contractuelles .....	188
§ I : Entre les Etats et les sociétés militaires et de sécurité privées.....	188
§ II : Entre les SMSP et d'autres personnes privées .....	191
Chapitre II : Une faible effectivité des sanctions encourues due à des obstacles .....	195
Section I : Les responsabilités pouvant être encourues .....	195
§ I : La responsabilité internationale des Etats pour le comportement des SMSP et de leurs membres.....	197
A/. L'appréciation de l'illicéité du fait.....	198
B/. Les conditions d'attribution de la responsabilité internationale à l'Etat .....	200
a). Cas de l'incorporation des membres des SMSP dans les forces publiques de l'Etat .....	200
b). Cas de non incorporation des membres des SMSP dans les forces publiques de l'Etat .....	201
C/. La réparation du préjudice causé .....	204
§ II : La responsabilité des SMSP et de leurs membres .....	207
A/. Les responsabilités pénale et civile des membres ordinaires .....	209
a). La responsabilité pénale .....	210
b). La responsabilité civile des membres des SMSP.....	212
B/. La responsabilité des cadres et dirigeants des SMSP .....	214
a). L'imputabilité.....	216
b). Des sanctions pénales plus lourdes que celles infligées aux subordonnés.....	222
C/. La responsabilité des SMSP en tant que personnes morales .....	224
a). Les poursuites pénales.....	224
b). Les poursuites civiles .....	229
Section II : Les obstacles susceptibles d'empêcher des sanctions .....	232
§ I : Les obstacles juridiques .....	233
A/. L'irresponsabilité des SMSP en tant que personne morale en droit international .....	233
a). Le défaut récurrent de personnalité juridique internationale des SMSP... ..	233
b). L'incompétence de la justice internationale à l'égard des SMSP .....	234
B/. Les immunités de poursuite .....	236
a). Les immunités pouvant être accordées aux employés des SMSP .....	236
b). Les immunités de juridiction des Etats ou les difficultés pour les particuliers de leur faire rendre des comptes.....	238
§ II : Les obstacles pratiques .....	240
A/. Le fonctionnement défectueux des institutions juridictionnelles .....	241
B/. Les difficultés pratiques de poursuivre les SMSP en tant que personne morale .....	242
<b>Deuxième partie : Les limites des évolutions normatives en cours en matière d'encadrement approprié.....</b>	<b>245</b>
Titre I : Les attentes en termes de normativité non encore atteintes .....	247
Chapitre I : Les initiatives de réglementations contraignantes .....	249
Section I : Le Projet de convention internationale des Nations unies sur les activités des SMSP .....	249

§ I : Une approche formelle axée sur des choix de régulation pertinents .....	251
A/. L'encadrement contraignant des activités des SMSP .....	252
B/. Un champ d'application suffisamment délimité.....	255
a). Les Etats et les organisations internationales comme seules parties admissibles à la convention .....	255
b). La prise en compte des périodes de paix et des situations de conflits armés...	258
§ II : Des règles d'encadrement d'une efficacité limitée .....	259
A/. Mise en place de règles de transparence plus incitatives que contraignantes ..	259
B/. Des règles de contrôle insuffisamment élaborées.....	262
a). Le respect des souverainetés des Etats et de l'autodétermination des peuples	263
b). Assurer et promouvoir le respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire sur le terrain.....	265
C/. La détermination non exhaustive du régime juridique du recours à la force par les membres des SMSP .....	269
D/. La mise en œuvre à l'échelon interne en butte avec le manque d'harmonisation réglementaire .....	274
E/. Des mécanismes de responsabilité inopérants pour éradiquer l'impunité.....	279
a). La responsabilité internationale de l'Etat partiellement règlementée .....	280
b). La détermination des règles de responsabilités des prestataires à la discrétion des Etats .....	282
1). La responsabilité des membres des SMSP.....	282
2). La responsabilité des SMSP personnes morales .....	284
Section II : Le dynamisme du Conseil de l'Europe vers l'adoption d'un traité réglementant les activités des SMSP.....	290
§ I : Le préalable des efforts pour l'harmonisation des législations nationales .....	290
§ II : Vers l'adoption d'un traité au niveau régional européen réglementant l'externalisation au niveau des clients.....	292
Chapitre II : Les initiatives de régulations non contraignantes .....	295
Section I : Le Document de Montreux relatif à l'encadrement des activités des SMSP .....	297
§ I : Un champ d'application restreint.....	298
§ II : Un instrument juridique interprétatif et exhortatoire.....	305
A/. L'applicabilité des obligations juridiques des acteurs en vertu du droit dur aux activités des SMSP .....	307
a). Les règles internationales pouvant s'appliquer .....	307
1). L'applicabilité des règles internationales aux Etats dans le cadre de l'externalisation .....	307
2). Les SMSP et leurs membres .....	322
- Les SMSP en tant que personnes morales .....	323
- Les membres des SMSP .....	325
b). Au sujet de l'application des législations nationales aux activités des SMSP .....	332
B/. L'applicabilité des règles de responsabilités des acteurs en vertu du droit dur par rapport aux activités des SMSP.....	334
a). Les possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'Etat en vertu des règles pertinentes du droit international.....	335
1). Attribution à l'Etat de la conduite des SMSP et de leurs membres .....	335
2). Responsabilité de l'Etat pour manquement à son devoir de diligence .	342
3). La réparation des préjudices subis par les victimes .....	344
b). La responsabilité des SMSP et de leurs membres .....	347

1). La responsabilité des SMSP personnes morales .....	347
2). La responsabilité pénale des membres des SMSP .....	350
C/. L'exhortation des Etats à mettre en place des règles d'encadrement .....	355
a). L'incitation à déterminer des services pouvant faire l'objet d'une externalisation .....	356
b). L'incitation à sélectionner et à contrôler les SMSP et leurs membres.....	357
1). La sélection .....	358
2). Le contrôle en vue de prévenir ou de réprimer des violations .....	360
Section II : Le projet de l'Union européenne en matière de réglementation des activités des SMSP .....	363
§ I : Un code de conduite pour encadrer les activités des SMSP au niveau externe de l'Union .....	365
§ II : Une directive pour harmoniser les législations nationales en vue d'encadrer les activités des SMSP au niveau interne .....	367
§ I : Les différents mécanismes d'autorégulations .....	370
A/. Les démarches individuelles : les règles éthiques personnelles des SMSP ....	370
a). L'engagement à respecter les législations nationales et les instruments internationaux pertinents .....	371
b). Les règles de comportement .....	373
B/. Les démarches associatives des SMSP : codes de conduites communs.....	374
a). Le Code de l'IPOA.....	374
1). Le comportement des membres dans les missions en situation de conflits et de post-conflits .....	375
2). La transparence et la kaléidoscopie .....	377
b). Le Code de conduite international des prestataires privés de service de sécurité adopté en Suisse en 2010 .....	379
1). Le comportement des membres des SMSP sur le théâtre d'opération..	379
2). La politique de comportement d'entreprise des SMSP signataires du code de bonne conduite international .....	383
§ II : La portée des mécanismes d'autorégulation.....	388
A/. La faible juridicité des mécanismes d'autorégulation.....	388
B/. L'efficacité tempérée des mécanismes d'autorégulation.....	390
Titre II : L'encadrement approprié envisageable .....	393
Chapitre I : Détermination d'un statut spécifique envisageable pour les SMSP et leurs membres .....	393
Section I : La reconnaissance de droits spécifiques aux SMSP .....	395
§ I : Le droit à l'existence régulière .....	396
A/. Réglementer le rattachement de la société au droit national .....	396
B/. La consécration de l'existence juridique de la personne morale privée en droit international.....	399
§ II : La jouissance de droits nécessaires pour l'exercice des missions .....	402
A/. Dans l'espace national.....	402
B/. Dans l'espace international.....	404
a). Le droit à la protection pour les SMSP personne morale.....	404
b). Le droit à la protection pour les membres des SMSP.....	406
1). En position de combattants .....	406
2). En position de civils.....	407
Section II : Détermination d'obligations spécifiques pour mieux encadrer les activités des SMSP .....	408

§ I : Adapter les textes de droit international humanitaire .....	408
A/. Consacrer des obligations internationales spécifiques aux SMSP .....	409
a). Obligations spécifiques pour les SMSP personne morale.....	409
b). Obligations spécifiques pour les membres des SMSP .....	411
1). En position de combattants .....	412
2). En position de civils.....	414
B/. Rendre la responsabilité internationale des SMSP plus effective .....	415
a). Responsabilité internationale directe des personnes morales de droit privé .....	416
1). Une responsabilité pénale .....	416
2). Une responsabilité civile.....	418
b). L'accès à un recours effectif pour les victimes.....	419
§ II : Adapter les législations nationales .....	422
A/. Réglementer la sous-traitance en cascade .....	423
B/. Consacrer l'unité juridique de la SMSP .....	424
a). Les SMSP achetant d'autres sociétés ou fondant des filiales dans d'autres pays.....	425
b). Les SMSP contrôlées par les sociétés commerciales civiles .....	426
C/. Responsabilités effectives des SMSP et de leurs membres avec ouverture de recours aux victimes.....	427
Chapitre II : Le régime juridique spécial envisageable pour la délégation des services aux SMSP.....	431
Section I : Les acteurs internationaux pouvant contracter avec les SMSP .....	432
§ I : Obligations et responsabilités particulières des Etats et OI.....	432
A/. Les obligations positives et les responsabilités des Etats.....	433
a). Les obligations positives et spéciales des Etats .....	433
1). L'Etat d'accueil.....	434
2). L'Etat d'origine.....	436
3). L'Etat contractant.....	437
b). La responsabilité des Etats pour des faits accomplis par une SMSP .....	438
1). Faciliter l'attribution de la responsabilité à l'Etat.....	438
2). Adopter la responsabilité de l'Etat pour manquement aux obligations de due diligence dans l'emploi des SMSP .....	440
B/. Les obligations spéciales des organisations internationales employant des SMSP.....	441
a). Les types d'obligations spéciales pouvant être imposées aux OI .....	442
b). La responsabilité spéciale des OI pour activités de SMSP .....	442
§ II : L'exclusion de certains acteurs de la possibilité de contracter avec des SMSP .....	444
A/. Les sociétés commerciales civiles et Les ONG .....	444
B/. Les particuliers .....	445
C/. Les Etats et les régimes politiques non respectueux des droits de l'homme... ..	446
Section II : Les domaines de compétences envisageables pour les SMSP .....	447
§ I : Les activités pouvant être interdites aux SMSP.....	447
A/. L'intervention militaire dans les opérations de maintien de la paix de l'ONU. ....	448
B/. Participation directe à un conflit armé et les actions concertées pour déstabiliser un Etat .....	452
§ II : Les activités pouvant être assurées légitimement par les SMSP.....	453

A/. Protection des agences et soutien aux opérations de paix des Nations unies..	454
B/. La formation de troupes nationales et le renseignement .....	457
C/. Protection des convois humanitaires .....	458
D/. La sécurité maritime .....	459
E/. La lutte contre les narcotrafiquants.....	464
F/. La sécurité intérieure des Etats et les catastrophes naturelles.....	465
<b>Conclusion générale</b> .....	469
<b>Bibliographie</b> .....	475
<b>Table des matières</b> .....	497
<b>Index</b> .....	505



# Index

## A

Absorption (SMSP), 241  
Academi (v. Blackwater), 11, 21, 22, 25, 37, 55, 68, 242, 422  
Accords d'immunité, 279  
AEGIS, 125, 430, 431  
Affaire « Arms to Africa », 20  
Agent local (Qatar), 191  
Agression armée, 304, 306  
Alien Tort Claims Act (US), 92, 95, 227, 228, 229, 424, 482  
Autorité provisoire de la Coalition (Irak), 25, 40, 106, 234, 318, 486

## B

Blackwater (v. Academi), 11, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 54, 55, 68, 81, 94, 106, 107, 125, 127, 178, 183, 235, 242, 243, 249, 283, 286, 339, 344, 376, 397, 419, 422, 450, 452, 456, 457, 463, 472, 477, 489, 490

## C

Certiorari (Cour suprême US), 96, 344, 424  
Chiffre d'affaires (SMSP), 239  
Classification théorique des sociétés privées, 10  
Combattants non privilégiés, 57  
Commandement responsable, 63, 64, 67, 220, 320, 331, 333, 408, 449, 492  
Complicité d'entreprise (notion), 413  
Condottieri (Italie), 31  
Conflit armé, 61, 118, 153, 154, 155, 157, 166, 172, 255, 299, 476  
Conflit armé non international, 81  
Contrats d'Etat, 186  
Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 341  
Crime contre l'humanité, 162, 165, 166, 170, 175, 210, 320, 324, 325, 327, 413

## D

Deborah Avant, 12  
Délocalisations, 128, 129, 464  
Démenti plausible (plausible deniability), 26, 38, 92  
Document de Montreux, 13, 14, 42, 54, 132, 201, 243, 244, 245, 288, 290, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 309, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 320, 321, 322, 325, 328, 330, 331, 332, 339, 340, 343, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 358, 362, 375, 380, 384, 387, 393, 395, 420, 428, 465, 467, 468, 473  
Doe I v. Unocal (affaire), 229

Droit de passage inoffensif, 457, 458  
Droit de transit, 458  
Droit dur, 293, 294, 302  
DynCorp, 34, 39, 156, 167, 181, 191, 240, 253, 256, 263, 318, 334, 339, 342, 377, 409, 410, 414, 422, 427, 460, 463

## E

Effet porte tournante (expression), 126  
Entreprise militaire et de sécurité privée, 14, 288, 296, 393  
Executive Outcomes, 7, 12, 16, 17, 18, 19, 60, 69, 71, 87, 88, 89, 110, 116, 138, 222, 239, 241, 253, 262, 267, 319, 339, 398, 403, 419, 446, 453, 477, 478  
Externalisation, 1, 23, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 42, 46, 57, 92, 98, 106, 125, 135, 136, 146, 193, 194, 243, 244, 245, 252, 262, 267, 269, 270, 278, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 297, 301, 303, 309, 315, 331, 351, 352, 389, 426, 429, 438, 443, 453, 454, 465, 467, 468, 471, 489

## F

Filartiga (affaire), 179, 229, 488  
Fonctions intrinsèquement étatiques, 254, 268, 269, 270  
Foreign Enlistment Act britannique de 1870, 113  
Forum shopping, 240, 249, 287, 477

## G

Génocide, 27, 146, 148, 158, 160, 162, 164, 165, 166, 169, 171, 209, 210, 221, 224, 299, 307, 310, 311, 320, 322, 324, 325, 326, 327, 335, 337, 350, 413, 436, 486, 487  
Groupe EHC-LLC, 364, 368, 369  
Groupe4Securitor, 36  
Gurkha Security Guard, 7, 18, 20, 188

## H

Historique de l'externalisation, 30

## I

Incorporation, 14, 176, 182, 198, 199, 392, 494  
Individualisation de la peine, 224  
Infractions internationales, 135, 152, 161, 162, 164, 165, 170, 178, 185, 208, 209, 314, 320, 322, 347, 412, 493  
International Peace Operation Association, 7, 370, 385  
International Trading, 191, 488

## K

KBR, 7, 23, 117, 118, 274, 419, 422

## L

Law shopping, 464  
Légitime défense, 140, 376  
Liens de subordination, 66

## M

Mercenaires, 14, 18, 23, 26, 30, 31, 32, 36, 38, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 68, 69, 70, 71, 81, 85, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 99, 100, 101, 102, 104, 106, 107, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 133, 139, 141, 142, 146, 157, 161, 167, 168, 182, 190, 201, 222, 227, 234, 239, 240, 241, 245, 247, 248, 251, 252, 254, 256, 257, 260, 266, 270, 272, 273, 274, 281, 286, 292, 305, 307, 312, 330, 343, 351, 364, 368, 371, 372, 374  
Military Extraterritorial Jurisdiction Act, 7, 94, 120, 183  
MPRI, 7, 21, 25, 26, 28, 34, 126, 168, 170, 173, 268, 326, 328, 339, 392, 419, 453, 460

## N

Nombre de smsp dans le monde, 15  
Northop grumman, 419, 461  
Notion d'externalisation, 28  
Notion de « code de conduite », 365  
Notion de « mercenariat », 57  
Notion de « population civile », 72  
Notion de « société militaire et de sécurité privée », 13  
Otion de complicité d'entreprise, 406

## O

Opérations de maintien de la paix, 444  
Opération Storm en Krajina, 27  
Organe de l'Etat, 198, 199, 200, 207, 271, 332, 333, 334, 435  
Ouragan Katrina, 36, 55, 463

## P

Participation directe aux hostilités, 71, 72, 74, 77, 266, 268, 270, 353, 403, 405, 411, 449, 469  
Partie au conflit, 61, 222, 319  
Peter Singer, 10  
Piraterie, 255, 300, 456, 457, 458, 459, 460  
Place Nisour, 24, 25, 39, 178, 183, 286, 415  
Plan Colombie, 253, 263, 264, 342, 410

Plaza 107, 17, 18, 19, 20, 241  
Prérogatives de la puissance publique, 199  
Présentation des quelques grandes sociétés militaires et de sécurité privées, 15  
Principe d'universalité, 151  
Principe de non refoulement, 358  
Principe de personnalité active, 152, 177  
Principe de personnalité passive, 152  
Principe de territorialité, 151  
Privatisation, 17, 29, 36, 44, 55, 66, 85, 87, 88, 92, 104, 117, 127, 130, 165, 167, 171, 178, 182, 184, 222, 249, 271, 293, 320, 322, 371, 394, 399, 411, 424, 436, 440, 441, 442, 445, 446, 451, 452, 456, 457, 462, 466, 468  
Prohibition du recours unilatéral à la force, 137, 353, 493  
Prohibition of mernary activities and regualtion of certain activities in areas of armed conflict bill, 91, 282, 284, 485  
Protection diplomatique, 75, 76, 177, 236, 309, 395, 401

## R

Regency hotel & hospital company, 29, 54  
Regulation of foreign military assistance act, 88, 356  
Responsabilité des personnes morales, 223, 224, 228, 279, 282, 423, 466  
Responsabilité par omission, 213

## S

Sandline International, 11, 12, 16, 19, 20, 37, 103, 104, 111, 129, 139, 187, 188, 198, 204, 222, 249, 257, 259, 267, 332, 336, 345, 346, 381, 390, 391, 401, 408, 419, 431, 435, 447, 466  
Secopex, 120, 367, 368  
Sécurité maritime, 455  
Siège social, 14, 96, 129, 176, 180, 295, 329, 345, 392, 393  
Sociétés off shore, 104  
Soft law, 293, 302, 383, 386  
Sous-traitance, 191, 419  
Sous-traitance en cascade, 418, 419, 433  
Status of Forces Agreement, 8, 108, 109  
Statut de combattant, 33, 48, 50, 58, 71, 78, 403, 449

## T

Théorie de la Pointe de lance, 12  
Tortures d'Abu Ghraïb, 318, 343, 415, 424, 425  
Triple Canopy, 56, 116, 117, 185, 242

## V

Vinnell Corporation, 34, 241, 419, 422, 450



## Résumé

Les sociétés militaires et de sécurité privées sont des personnes morales de droit privé employant des salariés pour exécuter les missions de sécurité et de défense que peuvent leur confier des Etats, des organisations internationales ou des entités non étatiques. Cette forme particulière de production de la sécurité n'est pas entièrement appréhendée par les conventions internationales et les législations internes des Etats. De cela résulte une absence de statut juridique international de ces acteurs qui sont de plus en plus présents dans la gestion des conflits armés et dans les opérations de maintien de l'ordre. Les obligations particulières de leurs clients ne sont pas non plus déterminées. Ce défaut d'encadrement spécifique avéré ne signifie pas qu'il y ait un vide juridique dans ce secteur d'activité. Certaines règles internationales et les droits nationaux peuvent effectivement s'appliquer aux activités des SMSP et aux contractants de ces dernières. Seulement, l'efficacité que devaient avoir de telles normes face à des situations qui n'ont pas été prises en compte lors de leurs adoptions, ne saurait être acquise. D'où un processus de régulation internationale et de réglementation nationale initié depuis quelques années par les Etats mais aussi par les organisations internationales. Les sociétés elles mêmes se sont senties concernées par la production de règles encadrant leurs activités et se sont lancées dans la mise en place de code de conduite. L'imperfection guette toutes ces nouvelles règles spécifiques destinées à corriger les lacunes des conventions internationales et des lois internes. Ce qui nécessite la proposition de solutions envisageables dans le but de mieux prendre en compte les intérêts des SMSP et la protection de ceux qui s'exposent aux risques que procurent les prestations privées de sécurité militaire.

Mots clefs : *Externalisation - Sociétés militaires et de sécurité privées – Encadrement juridique – Droit international humanitaire – Droit de l'homme – Droit national*

### Abstract

Private military and security companies are legal persons of private law with employees to perform security missions and defense that can give them some states, international organizations or non-state entities. This particular form of production safety is not fully understood by international conventions and domestic laws States. Result of this lack of legal status of these international actors is increasingly involved in the management of conflicts and peacekeeping operations order. Specific obligations of their clients are not determined. This lack of specific guidance proved does not mean that there is a legal vacuum in this sector. Certain international standards and national laws may actually apply to the activities of PMSCs and contractors thereof. Only efficiency that would have such standards in situations that have not been taken into account when adopting them cannot be acquired. Hence a process of international regulation and national regulation initiated in recent years by states but also by international organizations. The companies themselves have felt involved in the production of rules governing their activities and have engaged in the implementation of code of conduct. The imperfection watching all these new rules designed to correct specific deficiencies in international conventions and laws. This requires the proposal of possible solutions in order to better take into account the interests of PMSCs and the protection of those who are exposed to risks that provide private benefits of military security.

Keywords: *Outsourcing - Military Companies and Private Security - Legal Framework - International Humanitarian Law - Human Rights Law - National Law*

Unité de recherche/Research unit : CERAPS

Ecole doctorale/Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, [ecodoc.univ-lille2.fr](http://ecodoc.univ-lille2.fr), <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>

Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>