

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE
Centre d'Etudes Internationales et Européennes

THÈSE présentée par :

Chloé DUPONT

soutenue le **10 juin 2014**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit international public

**La participation de personnes privées à
des opérations militaires. Aspects
juridiques.**

THÈSE dirigée par :

M. KARAGIANNIS Syméon, Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

M. BALMOND Louis, Professeur, Université de Nice Sophia Antipolis

Mme TERCINET Josiane, Professeur émérite, Université Pierre Mendès-France de Grenoble

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. MAULIN Eric, Professeur, Université de Strasbourg

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

Centre d'Etudes Internationales et Européennes

THÈSE présentée par :

Chloé DUPONT

soutenue le **10 juin 2014**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit international public

La participation de personnes privées à des opérations militaires. Aspects juridiques.

THÈSE dirigée par :

M. KARAGIANNIS Syméon, Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

M. BALMOND Louis, Professeur, Université de Nice Sophia Antipolis

Mme TERCINET Josiane, Professeur émérite, Université Pierre Mendès-France de Grenoble

AUTRES MEMBRES DU JURY :

M. MAULIN Eric, Professeur, Université de Strasbourg

A Dimitri, à Lola et à son petit frère, pour leur soutien précieux et leur patience,

A Maman, présente dans mes pensées, et Papa, pour ses encouragements et son soutien permanents.

Liste des principaux sigles utilisés

ATCA : Alien Tort Claims Act

CDI : Commission du droit international

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CIA : Central Intelligence Agency

CICR : Comité international de la Croix-Rouge

CIJ : Cour internationale de Justice

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CPI : Cour pénale internationale

FNLA : Front National de Libération de l'Angola

GAO : General Account Office

IPOA : International Peace Operations Association

ITAR: International Traffic in Arms Regulation

MEJA: Military Extraterritorial Jurisdiction Act

MPLA : Mouvement Populaire de Libération de l'Angola

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement
Economiques

ODTC: Office of Defense Trade Control

OMI : Organisation maritime internationale

ONG : Organisation non gouvernementale

ONU : Organisation des Nations Unies

OTAN: Organisation du Traité de l'Atlantique Nord

OUA : Organisation de l'Unité Africaine

SMP : Société militaire privée

TPIR: Tribunal Pénal International pour le Rwanda

TPIY : Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

TVPA : Torture Victime Protection Act

UA : Union Africaine

UCMJ: Uniform Code of Military Justice

UNITA: Union Nationale pour l'Indépendance Totale de l'Angola

USC: United States Code

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE	9
PARTIE I : LE DROIT APPLICABLE AUX PERSONNES PRIVEES PARTICIPANT A DES OPERATIONS	
MILITAIRES.....	24
TITRE I : LE STATUT DES MERCENAIRES ET DES EMPLOYES DE SOCIETES MILITAIRES PRIVEES	26
<i>Chapitre 1 : Des réglementations internationales et nationales peu adéquates à la définition du statut des employés des sociétés militaires privées.</i>	<i>28</i>
<i>Chapitre 2 : La définition du statut des employés des sociétés militaires privées.</i>	<i>93</i>
TITRE II : LA RESPONSABILITE DES EMPLOYES DES SOCIETES MILITAIRES PRIVEES PARTICIPANT A DES OPERATIONS MILITAIRES.....	145
<i>Chapitre 1 : La possibilité de poursuivre les individus en droit international.</i>	<i>147</i>
<i>Chapitre 2 : Les possibilités de poursuites des employés des sociétés militaires privées offertes par les législations nationales actuelles.</i>	<i>164</i>
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	198
PARTIE II : L'IMPUTABILITE AUX PERSONNES MORALES DES ACTES DE PERSONNES PRIVEES PARTICIPANT A DES OPERATIONS MILITAIRES.....	
201	201
TITRE I : LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITE DES SOCIETES MILITAIRES PRIVEES, PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE.....	203
<i>Chapitre 1 : Le débat relatif à la responsabilité des entreprises privées.</i>	<i>205</i>
<i>Chapitre 2 : La responsabilité civile et pénale des entreprises privées.....</i>	<i>232</i>
TITRE II : LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT, PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC.	254
<i>Chapitre 1 : L'application d'un critère organique, relatif à la qualité d'agents de fait ou de droit de l'État.</i>	<i>255</i>
<i>Chapitre 2: Un critère matériel permettant de retenir la responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées participant à des opérations militaires.</i>	<i>316</i>
CONCLUSION GÉNÉRALE	375
ANNEXES.....	386
BIBLIOGRAPHIE.....	408

TABLES DE LA JURISPRUDENCE CITEE	425
INDEX.....	432
TABLE DES MATIERES	434

Introduction générale

Les personnes privées participaient déjà dans l'Antiquité à des opérations militaires, attirées essentiellement par l'appât du gain. Si à cette période les questions juridiques découlant de cette participation n'étaient pas primordiales, elles le sont devenues avec le temps, l'évolution du droit international et des droits de l'homme, la diminution des effectifs militaires et le recours croissant, relativement récent, aux services d'entreprises spécialisées dans ce domaine.

Depuis l'Antiquité des soldats de fortune ont été intégrés dans des armées, à une période de l'histoire où ce n'est pas la conscription qui était habituelle, mais le recours aux mercenaires. Les Phéniciens et les Perses, par exemple, avaient recours à des troupes composées d'étrangers, tout comme le pharaon Psammétique le 1^{er} qui chassa ainsi d'Égypte les Ethiopiens et les Assyriens.

Pour le Professeur Eric David², le recours massif aux mercenaires durant l'Antiquité s'explique par la répugnance des marchands pour la guerre et par la difficulté à constituer une armée nationale car les travaux agricoles et l'élevage employaient déjà de nombreux hommes. En outre, le mercenariat permettait aux habitants des régions pauvres de travailler ou d'échapper au servage. Ainsi, les « Dix Mille » de l'Anabase de Xénophon qui partirent combattre Artaxerxès en Mésopotamie³ étaient des Arcadiens, des

¹ Psammétique 1^{er} régna de 663 à 609 av. J-C.

² DAVID, Eric. *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*. Bruxelles : Editions de l'Université, 1978.

³ IV^e siècle av. J-C.

Achéens et des Péloponnésiens qui étaient frappés par la crise économique faisant suite à la guerre du Péloponnèse.

Sous la république de Carthage les mercenaires ont joué un rôle fondamental au cours de la première guerre punique, les carthaginois n'étant pas assez nombreux pour disposer d'une armée efficace. La démobilisation de ces mercenaires a été complexe et les carthaginois sont ensuite entrés en guerre contre les mercenaires eux-mêmes, ceux-ci refusant de quitter la cité car ils n'avaient pas été payés⁴. Ces mercenaires étaient d'origines multiples : Celtes, Gaulois, Grecs, Libyens, Doriens, Ibères,...

Rome utilisa aussi les mercenaires lors de la seconde guerre punique afin notamment de défendre les territoires nouvellement conquis.

Les mercenaires servirent également l'armée de l'Empire romain d'orient pendant près de mille ans.

Lorsque les campagnes s'achevaient ou s'ils n'étaient pas payés à temps, les mercenaires constituaient alors des bandes de brigands qui mettaient à mal les pays dans lesquels ils sévissaient. Ainsi, les Almugavares, mercenaires catalans, participèrent à la chute de l'Empire romain d'Orient.

Charles VII tenta de créer une armée nationale pour mettre fin à l'emploi des mercenaires mais il n'y parvint pas. Durant la guerre de Cent ans, on vit fleurir les Grandes Compagnies dont les mercenaires qui les constituaient changeaient de camp selon les soldes que leur offraient l'une ou l'autre partie.

⁴ Il s'agit de la guerre des mercenaires, dite aussi « guerre inexpiable » (241-238 av. J-C).

Pendant la Renaissance, on assista à une organisation nouvelle des mercenaires qui rendit les troupes plus efficaces et vit l'apparition de condottieri. « *Le condottiere est lié à l'Etat qui l'emploie par une condotta : ce contrat passé devant notaire stipule le montant de la prestanza, somme avancée au capitaine pour rémunérer et équiper ses hommes. Le condottiere, qui peut à son tour sous-traiter d'autres contrats, est à la tête d'une compagna, une compagnie au sens commercial du terme* »⁵. Les condottieri recrutèrent donc des hommes, les armaient, les dirigeaient lors des hostilités et les rémunéraient en échange. Ils louaient leurs services au plus offrant, et se sont rapidement aperçus que gagner la guerre n'était pas nécessaire pour qu'ils soient rémunérés⁶.

Dans *Le Prince*, Machiavel affirme sa désapprobation envers les mercenaires et estime que « *les armées mercenaires sont inutiles et dangereuses ; et si quelqu'un tient son Etat en le fondant sur les armées mercenaires, il ne sera ni affermi, ni sûr, car elles seront désunies, ambitieuses, sans discipline, infidèles, gaillardes parmi les amis, et, parmi les ennemis, lâches ; sans crainte de Dieu, sans foi envers les hommes* »⁷.

⁵ BOUCHERON, Patrick. *Machiavel et la fin des mercenaires*. L'Histoire, n°267, Juillet 2002, p.28-31.

⁶ DAVID, Eric. *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*. Bruxelles : Editions de l'Université, 1978 : « Comme les hommes coûtent cher, qu'ils constituent un capital précieux, et que la guerre comporte certains risques, les condottieres [...] évitent, par une sorte d'accord tacite, de se faire trop mal. Aussi a-t-on le spectacle rare de ces batailles qui durent une journée et où les morts sont plus accidentelles que volontaires : Zagonara (1423), trois morts ; Molinella (1467), et Costracaro, pas de mort ; Anghiari, un mort, suite à une mauvaise chute de cheval ! ».

⁷ MACHIAVEL, Nicolas. *Le Prince*. Paris : PUF, 2000, p.117.

Selon Machiavel, les armées doivent être constituées de nationaux de l'Etat et être permanentes pour être efficaces et dignes de confiance.

Au XVI^e siècle, le terrain de jeu des mercenaires s'étend aussi à la guerre sur mer par l'intermédiaire des corsaires. Ces derniers ont souvent leurs propres bateaux et recrutent des hommes afin de servir leur souverain qui leur délivre des lettres de course. Ils sont complémentaires des marines de guerre qui attaquent plutôt les cibles militaires. La guerre de course sera abolie suite à la guerre de Crimée, même si les corsaires, qui devaient épargner les navires et les marins et se concentrer sur les marchandises, étaient très efficaces et firent finalement peu de morts.

A partir du XVIII^e siècle, avec la Révolution française et l'émergence du concept de Patrie, le mercenariat devint une exception sur le territoire européen⁸. Sur les autres continents, le colonialisme se servit beaucoup des mercenaires. Les britanniques, par exemple, recoururent aux Ghurkas⁹, des régiments mis à la disposition du gouvernement britannique par le maharadjah du Népal, à plusieurs reprises notamment pour mettre fin à la révolte des cipayes en 1857¹⁰.

Toutes ces personnes privées qui ont participé à des opérations militaires ont un point commun, la motivation financière, même si elle est

⁸ La légion étrangère française créée en 1831 sur ordonnance du roi Louis-Philippe est effectivement une exception. En Suisse, dès 1848 le renouvellement des contrats des gardes suisses fut interdit, mis à part celui qui lie la Grade suisse au Vatican.

⁹ Les Gurkhas ont par exemple combattu lors de la guerre des Pindari (1817), des guerres anglo-sikhs (1845-1846 ; 1848-1849), de la troisième guerre afghane (1919) ou encore de la seconde guerre mondiale.

¹⁰ Suite à l'indépendance de l'Inde en 1948, il fut d'ailleurs prévu de mettre à disposition du Royaume-Uni huit des vingt régiments de gurkhas.

parfois accompagnée d'autres aspects. Comme le précise la définition du Larousse, un mercenaire est un soldat qui sert à prix d'argent un gouvernement étranger¹¹.

Dans les années 1960, dans le contexte favorable de la décolonisation, c'est au Katanga que réapparaît avec vigueur ce phénomène et une nouvelle génération de mercenaires¹². Quelques jours après son indépendance, le Congo connaît une mutinerie de ses soldats contre les officiers belges. Onze jours après cette indépendance, soit le 11 Juillet 1960, Moïse Tshombé prend comme prétexte cette mutinerie pour déclarer la sécession du Katanga.

Le Katanga craint que le pouvoir central congolais ne reprenne le pouvoir et décide, pour se défendre, d'engager des mercenaires, avec le soutien de Bruxelles. Le 21 Février 1961, le Conseil de sécurité de l'ONU demande à la Belgique de retirer ses officiers du Katanga¹³, ce qui entraîne un recrutement plus intense encore de mercenaires. Ces « affreux » sont au nombre de 655 en mai 1961¹⁴ et parmi eux se trouvent notamment le français Robert Denard ou encore le belge Jean Schramme.

¹¹ On peut aussi noter, comme l'indiquent Philippe Chapleau et François Misser (*Mercenaires S.A.* Paris : Desclée de Brouwer, 1998), que l'on retrouve l'idée de marchandises dans la racine latine du terme mercenaire, « mercis ».

¹² On peut citer le britannique David Sterling, le français Bob Denard, le sud-africain Mike Hoare, le belge Jean Schramme,...

¹³ Résolution 161 du Conseil de sécurité de l'ONU, 21 Février 1961.

¹⁴ WEBER, Guy. *Le Katanga de Moïse Tshombé ou le Drame de la loyauté*. Bruxelles : Editions Louis Musin, 1983.

En Janvier 1963, l'ONU parvient à mettre fin à la sécession du Katanga avec l'aide des Etats-Unis.

Comme le soulignent Philippe Chapleau et François Misser, même si cet épisode du Katanga se solde par un échec pour les mercenaires, il leur permet de tisser des liens qui leur seront ensuite très utiles pour l'avenir¹⁵, notamment au Yémen¹⁶, au Bukavu¹⁷ ou au Biafra¹⁸¹⁹.

Dans certaines opérations les mercenaires soutiennent les gouvernements existants, mais il leur arrive aussi d'être impliqués dans des coups d'Etats, dans des mouvements de sécession ou dans des opérations qui mènent à la confiscation de ressources naturelles. Les mercenaires connaissent des échecs dans nombre de ces affaires, et certains pensent alors que c'est la fin de ces « soldats de fortune ».

Cependant, au milieu des années 1970 éclate le scandale de l'Angola, qui révèle que les Etats-Unis ont eu recours directement aux mercenaires. En 1975, encore marqués par la guerre du Vietnam, les Etats-Unis interdisent l'envoi de soldats américains sur le territoire angolais, mais à cette période, la CIA finance encore le Front National de Libération de l'Angola (FNLA) contre le régime pro-soviétique qui est en place. Le Sénat américain décide alors d'interdire aussi le financement du FNLA. La CIA,

¹⁵ CHAPLEAU, Philippe, MISSER, François. *Mercenaires S.A.* Paris : Desclée de Brouwer, 1998.

¹⁶ En 1963.

¹⁷ En 1967.

¹⁸ En 1968.

¹⁹ Voir notamment MOCKLER, Anthony. *The New Mercenaries: The History of the Hired Soldier from the Congo to the Seychelles.* New-York : Editions Paragon House, 1987.

désireuse de poursuivre cependant son action, recrute des mercenaires pour les envoyer en Angola. L'affaire tourne mal car, le 10 Juillet 1976, treize mercenaires britanniques et américains qui défendent le FNLA sont capturés par le Mouvement Populaire de Libération de l'Angola et jugés. Quatre d'entre eux seront condamnés à mort et neuf à de lourdes peines d'emprisonnement. Cet échec, conjugué au comportement parfois douteux des mercenaires notamment en matière de droits de l'homme, conduira à l'adoption de la Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (aujourd'hui Unité Africaine) sur l'élimination du mercenariat en Afrique, le 3 Juillet 1977²⁰.

C'est dans ce contexte qu'est adopté en 1977 l'article 47 du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949²¹ qui définit le mercenaire comme étant une personne « *qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel, et à laquelle est effectivement promise, par une partie au conflit [...] 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* ». Cet article précise également que ne sont pas considérées comme des mercenaires les personnes « *envoyées par un Etat autre qu'une partie au conflit en mission officielle, en tant que membres des forces armées dudit Etat* ». Ce texte démontre la volonté des Etats de réagir face à ce

²⁰ Voir infra pour l'analyse de cette Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 Juillet 1977.

²¹ Article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 Août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 Juin 1977 (Protocole I).

phénomène mercenaire, même si le résultat auquel ils ont abouti comprend de nombreuses lacunes²².

Au début des années 1980, on constate une nouvelle évolution du mercenariat : les mercenaires cherchent à se professionnaliser et concluent des contrats avec des Etats. Ils cherchent ainsi à acquérir une certaine légitimité.

Ce phénomène ancien du mercenariat a entraîné des difficultés liées à la responsabilité de ces individus. La communauté internationale s'est saisie une nouvelle fois de la question et y a répondu avec l'adoption d'une convention sous l'égide de l'ONU dès 1989²³.

A la chute du mur de Berlin, la guerre froide prend fin, et les Etats occidentaux cherchent à effectuer des économies dans le domaine militaire²⁴. Cette situation, conjuguée à la progression de la technique qui permet d'envoyer moins d'hommes sur les champs de bataille, laisse sans emploi un nombre important d'anciens militaires.

En Afrique du Sud, l'arrivée de Nelson Mandela au pouvoir entraîne une démobilisation d'ampleur. La conscription est supprimée et les armées

²² Voir infra pour une étude plus précise de l'article 47 du premier Protocole additionnel.

²³ Voir infra pour une étude plus précise de la Convention de l'ONU contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 Décembre 1989.

²⁴ Entre 1987 et 1994, le nombre de militaires au niveau mondial serait passé de 28 320 000 à 23 500 000 (*World Military Expenditures and Arms Transfers 1995*. U.S. Arms Control and Disarmament Agency, 1996, p. 5; 53). Cette diminution des effectifs militaires se poursuit. En France, par exemple, on serait passé de 230 000 militaires dans l'armée de terre en 1997 à moins de 100 000 en 2012 (BURGER, Olivier. *Général Clément-Bollée, commandant à Lille des forces terrestres, face aux baisses d'effectif*. La Voix du Nord, 15 Septembre 2012.)

de réserve, les unités de lutte anti guérilla, les parachutistes, les mercenaires du 32^{ème} bataillon, notamment, sont démobilisés.

Dans le même temps, les besoins militaires de pays tels que l'ex-Yougoslavie, l'Angola, ou encore le Sierra-Leone augmentent, et ces individus laissés pour compte après cette baisse importante des effectifs militaires dans de nombreux pays sont employés par des sociétés mises sur pied par d'anciens responsables des forces armées supprimées. Ces sociétés bénéficient ainsi du savoir-faire de ces hommes entraînés. C'est ainsi que d'anciens cadres du 32^{ème} bataillon ont créé Executive Outcomes²⁵, société militaire privée sud-africaine majeure, aujourd'hui dissoute.

Après l'échec de Bob Denard en 1995 aux Comores²⁶, on pensait que les mercenaires avaient ralenti voir cessé toute activité. En réalité, le mercenariat ne s'exerce plus aujourd'hui comme autrefois, mais il demeure. En effet, depuis les années 1990, le phénomène des mercenaires dits « traditionnels » a évolué et a abouti à la création de sociétés militaires privées. Ces entreprises sont constituées de personnes, souvent d'anciens militaires mais pas uniquement, désireuses de participer à différents volets d'opérations militaires. La motivation des employés des sociétés militaires privées est uniquement pécuniaire. Si les mercenaires traditionnels pouvaient arguer de défendre certaines idéologies en agissant dans des pays étrangers en faveur, par exemple, d'un mouvement d'opposition, ce n'est pas le cas des employés de ces nouvelles entreprises qui sont simplement attirés par des rémunérations supérieures à ce que peuvent offrir les armées étatiques.

²⁵ SINGER, Peter. *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*. Ithaca, New-York : Editions Cornell University Press, 2008, p.102.

²⁶ *Bob Denard et les Comores*. Le Nouvel Observateur, 14 Octobre 2007.

Les dirigeants de sociétés militaires privées mettent en avant leur réactivité et leur efficacité, a contrario des mercenaires tels que Bob Denard qui étaient souvent recrutés de façon aléatoire, sans expérience, et avaient des moyens financiers limités.

Les mercenaires dits « traditionnels » étaient certes motivés essentiellement par l'argent, mais ils agissaient aussi par idéal ou encore par goût de l'aventure. Les sociétés militaires privées sont, quant à elles, mises sur pied dans le seul but de gagner de l'argent. Aucune place n'est laissée à l'idéal, le mercenariat est devenu très lucratif et bénéficie aujourd'hui de l'approbation d'Etats puissants qui recourent, très ouvertement ou au contraire très discrètement selon les circonstances, à leurs services.

La question de la responsabilité des sociétés militaires privées, de leurs employés et des entités qui contractent avec ces entreprises est fondamentale, surtout lorsque l'on constate que ces sociétés ont des moyens financiers et militaires supérieurs à ceux dont disposent certains Etats.

Selon le directeur d'Executive Outcomes, sa société devait être considérée comme un facteur de stabilisation du continent africain et ne concluait de contrats qu'avec des gouvernements légitimes. Cela ne l'a cependant pas empêchée de combattre des deux côtés dans la guerre civile en Angola²⁷ ou encore d'être soupçonnée par l'ONU d'exploiter des ressources naturelles de certains pays financièrement limités afin de se

²⁷ SINGER, Peter. *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*. Ithaca, New-York : Editions Cornell University Press, 2008, p.108.

rémunérer, et d'avoir des liens cachés avec des compagnies minières²⁸. Cet exemple démontre la nécessité de s'intéresser aux questions de responsabilité dans un milieu où les entreprises cherchent à tout prix à afficher leur respectabilité mais ne se soumettent pas toujours aux lois nationales ou internationales.

Les sociétés militaires privées se sont vu confier des tâches qui ne relèvent pas du « cœur de métier » des armées. Il s'agit par exemple de la restauration, de la logistique, du transport. Mais elles exercent aussi des activités qui sont en principe réservées à l'Etat et ses forces armées. Ainsi, il faut noter qu'environ 20% du chiffre d'affaires des sociétés militaires privées provient de prestations armées²⁹. Ces sociétés embauchent d'ailleurs souvent d'anciens membres des forces armées.

Les conflits en Irak et en Afghanistan ont contribué au développement massif du recours aux sociétés militaires privées. En Irak, on estime à 200 000 le nombre d'employés de ces sociétés, ce qui est supérieur au nombre de soldats. Parmi ces privés, environ 10 à 20 % ont participé à des opérations armées.

En Afghanistan les privés sont estimés entre 130 000 et 160 000 et sont donc là aussi plus nombreux que les soldats de la coalition.

²⁸ Rapport 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, U.N.Doc. E/CN.4/1999/11 (13 Janvier 1999), § 72, p. 24.

²⁹ MENARD, Christian, VIOLLET, Jean-Claude. *Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées*, rapport n° 4350, 14 Février 2012, p.9. Disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i4350.asp>

Les contrats s'enchainent, les sociétés militaires privées s'agrandissent, les missions se diversifient et les montants en jeu peuvent être considérables. En 2011, la société américaine Academi³⁰ a obtenu un contrat aux Emirats arabes unis afin de recruter et de former une force militaire composée uniquement d'étrangers. Ce contrat, dont le montant s'élève à plus de 500 millions de dollars américains, vise à recruter 800 personnes qui auront pour but de mener des opérations spéciales à l'intérieur et à l'extérieur du pays, de défendre les immeubles et les pipelines contre d'éventuelles attaques terroristes ou encore de réprimer des révoltes intérieures³¹.

Les Etats recourent aux services de ces sociétés privées, mais certaines agences internes également. On peut ainsi citer l'exemple de la CIA qui a contracté avec cette même société Academi, qui s'appelait alors Blackwater, pour pister et assassiner des dirigeants d'Al Quaïda³².

Le recours aux sociétés militaires privées a des avantages pour les Etats. En effet, lorsqu'un soldat meurt au combat, il entre alors dans des statistiques officielles, sa mort est annoncée publiquement, alors que la mort d'un privé peut parfaitement passer inaperçue. Cette situation permet aux Etats de minimiser le nombre d'hommes réellement engagés dans les conflits, mais également d'agir discrètement sur certains théâtres d'opérations.

³⁰ Il s'agit du nouveau nom de la société Blackwater, qui s'était ensuite appelée Xe Services, mais qui a toujours été dirigée par le même homme, Erick Prince.

³¹ MAZETTI, Mark, B. HAGER, Emily. *Secret Desert Force Set Up by Blackwater's Founder*. New York Times, 14 Mai 2011.

³² CHARLIER, Marie-Dominique. *Mercenaires d'Etat en Afghanistan*. Le Monde Diplomatique, Février 2010.

Certains Etats prétendent aussi que le recours à des sociétés privées est financièrement intéressant, mais aucune étude ne l'a pour l'instant prouvé et on a plutôt eu affaire à des scandales de surfacturations dont il n'est pas certain que les Etats soient sortis économiquement gagnants.

Enfin, les Etats arguent aussi de la réactivité des sociétés militaires privées qui seraient plus promptes à réagir et donc plus efficaces que les armées nationales, et de la disponibilité de leurs employés, a contrario des militaires dont le nombre est plus restreint.

Aujourd'hui, environ mille cinq cent sociétés militaires privées seraient actives. On estime leur chiffre d'affaires à un montant situé entre 100 et 200 milliards de dollars américains par an. De nombreuses difficultés inhérentes à l'emploi de ces sociétés existent et au vu de l'étendue de leurs activités, il est important d'y prêter attention.

Ces entreprises gagnent de l'argent par le biais de contrats les faisant intervenir dans des conflits et on peut alors se demander quel serait leur intérêt à mettre fin à ces conflits. Il serait plus avantageux pour elles de les faire durer.

On peut aussi craindre des affrontements entre armées privées, pour décrocher des contrats, mais aussi dans le cas où elles auraient été embauchées par deux parties au conflit. Le fait que l'argent suffise à embaucher ces entreprises pose aussi le problème de la nature de leurs clients. On peut se demander si toute personne ou entité solvable pourrait être client de ces sociétés. En l'absence de norme internationale, cela signifie donc que des groupes mafieux ou des rebelles pourraient par exemple bénéficier des services de ces armées privées.

Le fait que les sociétés militaires privées interviennent dans des Etats souvent faibles politiquement et économiquement pose aussi la question de

leur rémunération. Il est à craindre que ces entreprises se servent des ressources naturelles, minières ou pétrolières de ces Etats comme monnaie d'échange contre leurs prestations.

Lors des opérations sur le terrain de nombreux responsables militaires se sont également plaints du statut flou des employés des sociétés militaires privées et du fait qu'ils n'obéissaient pas toujours à leurs ordres. Ces employés sont effectivement des civils qui ne sont pas tenus de respecter la hiérarchie militaire et ne sont pas en principe soumis à la justice militaire ce qui peut poser difficultés.

Lorsque des personnes privées, mercenaires ou employés de sociétés militaires privées, participent à des opérations militaires, la question du droit qui leur est applicable est fondamentale (1^{ère} partie). En effet, si ces individus commettent des actes répréhensibles en droit interne ou en droit international, ou s'ils sont capturés, il est essentiel de pouvoir identifier leurs droits et leurs obligations. Il est également important d'envisager, en outre de la responsabilité de ces individus, la responsabilité des entreprises qui les emploient et celle des Etats (2^{ème} partie) qui peuvent les employer ou encore, par exemple, les accueillir sur leur territoire.

**Partie I : Le droit applicable aux personnes
privées participant à des opérations
militaires.**

Les mercenaires et les employés des sociétés militaires privées qui participent aux opérations militaires privées soulèvent de multiples difficultés. Le phénomène des mercenaires a déjà été appréhendé par le droit international et par certains droits nationaux, mais cela n'a cependant pas résolu toutes les questions juridiques engendrées par leurs activités. Les employés des sociétés militaires privées, quant à eux, sont l'objet de moins de normes qu'elles soient nationales ou internationales et le recours croissant à leurs services rend indispensable d'identifier les règles qui régissent leurs actions.

Pour pouvoir définir le droit qui est applicable à ces deux catégories de personnes privées, il est nécessaire de préciser leur statut (Titre I). En effet, c'est la définition du statut même des mercenaires et des employés de sociétés militaires privées qui permettra de déterminer les normes qui s'appliquent à eux, leurs droits et leurs obligations, le droit international humanitaire n'accordant pas les mêmes protections et n'imposant pas les mêmes contraintes pour les différentes catégories de personnes.

Dans un second temps, il apparaît indispensable d'étudier la question de la responsabilité des employés des sociétés militaires privées participant à des opérations militaires (Titre II). En effet, il est fondamental que les victimes d'actes de mercenaires ou d'employés de sociétés militaires privées puissent agir afin d'obtenir réparations des dommages qui ont pu leur être causés. Il faut donc déterminer également avec précision les hypothèses de responsabilité permettant la mise en œuvre, par ces victimes, de procédures judiciaires.

Titre I : Le statut des mercenaires et des employés de sociétés militaires privées

Le statut des mercenaires est bien défini en droit international. Il l'est notamment par l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977 (Protocole I).

Celui des employés des sociétés militaires privées est nettement moins certain. En effet, la doctrine a envisagé différents statuts dont ils pourraient relever : civils, combattants, mercenaires, combattants illégaux, civils accompagnant les forces armées, ...

Les activités de ces employés ne sont pas clairement définies, ce qui contribue à compliquer la détermination de leur statut puisque ce dernier est susceptible de varier selon qu'ils prennent une part directe aux hostilités ou non.

Le mercenariat s'étant grandement développé et accentué, surtout sur le continent africain, certains États ont décidé, à partir de la fin des années mille neuf cent soixante-dix, d'adopter des conventions et des législations relatives à ce phénomène.

Il existe aujourd'hui différents instruments juridiques visant à lutter contre le mercenariat, tant au niveau national, qu'international. Cependant, ils se révèlent, en pratique, peu adaptés tant aux mercenaires dit « traditionnels » qu'aux employés des sociétés militaires privées (Chapitre 1).

Ces textes permettent toutefois de délimiter le statut des mercenaires dits « traditionnels », mais non celui des employés des sociétés militaires privées, notamment parce que ces textes sont antérieurs au développement massif du recours à ces sociétés. Il demeure donc indispensable de définir

le statut de ces employés afin de pouvoir établir avec davantage de précision quels sont leurs droits (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Des réglementations internationales et nationales peu adéquates à la définition du statut des employés des sociétés militaires privées.

Le statut des employés des sociétés militaires privées soulève de grandes difficultés. En effet, les textes existant actuellement, tant au niveau national qu'au niveau international, ne permettent pas d'établir de façon univoque ce statut.

Certains auteurs se sont demandé si les employés des sociétés militaires privées pouvaient être considérés comme étant des mercenaires. Selon le « Dictionnaire de droit international public³³ », un mercenaire est « *un individu qui s' enrôle volontairement dans des forces armées combattantes d'un État belligérant dont il n'est pas le ressortissant afin d'obtenir un profit personnel, notamment d'ordre financier* ».

Un certain nombre de conventions (Section 1) et de lois nationales (Section 2) définissent et répriment le mercenariat, mais il est nécessaire d'analyser ces textes afin d'étudier s'ils s'appliquent uniquement aux mercenaires dits « à l'ancienne » ou s'ils peuvent également couvrir le cas des employés des sociétés militaires privées.

³³ SALMON, Jean (sous la direction de). *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles : Bruylant, 2001.

Section 1 : Les Conventions internationales relatives au mercenariat, une approche occultant les sociétés militaires privées.

Les Conventions de La Haye de 1907 représentent le premier effort international en vue de régler les activités mercenaires, mais ce n'est qu'en 1977 que sera adopté l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, qui marque une véritable évolution dans la prise en compte du mercenariat par le droit international (§1). Ce texte sera rapidement suivi par l'adoption de la Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977 (§2). En revanche, il faudra attendre le 4 décembre 1989 pour que l'ONU adopte enfin la Convention contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (§3).

§1 : De la Convention de La Haye de 1907 à l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977

La cinquième Convention de La Haye³⁴ ne donne pas de définition précise du mercenaire, mais aspire à « *mieux préciser les droits et les devoirs des Puissances neutres [envers les belligérants] en cas de guerre sur terre* »³⁵.

³⁴ Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907.

³⁵ Préambule de la Convention.

On peut déduire de l'article 4 de cette Convention³⁶ qu'un État neutre ne doit autoriser ni la formation de corps de mercenaires destinés à partir à l'étranger, ni le recrutement de mercenaires sur son territoire. A la lecture de l'article 6³⁷, cependant, il apparaît clairement que l'obligation de l'État est limitée car il n'existe aucun devoir pour l'État d'empêcher les personnes, qu'il s'agisse de ses citoyens ou des citoyens d'un autre État, de traverser ses frontières pour s'engager comme mercenaires auprès d'un belligérant. On peut ainsi déduire de cette cinquième Convention de La Haye, lorsqu'elle est appliquée aux mercenaires, qu'un État neutre doit empêcher le recrutement de mercenaires ou leur formation sur son territoire, mais on n'exige pas de sa part qu'il proscrive le mercenariat *per se*.

Au cours de la deuxième session (3 février- 18 avril 1975) de la Conférence diplomatique du Comité international de la Croix-Rouge sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, de nombreux États du tiers monde et socialistes se sont prononcés en faveur de la suppression du statut de prisonnier de guerre concernant les mercenaires combattant des mouvements de libération nationale. Pour ces États, ils devaient être traités comme des criminels de droit commun. La position de ces États était liée aux actions des mercenaires en Afrique depuis les années 1960. En effet, depuis cette période, les interventions des « chiens de guerre » se multiplient: dès 1960 et pendant trois années, dans l'ex-Congo belge, des mercenaires belges et français vont soutenir les rebelles de la province minière du Katanga qui a fait sécession ; le 17 avril 1961, ce sont bien des

³⁶ « Des corps de combattants ne peuvent être formés, ni des bureaux d'enrôlement ouverts, sur le territoire d'une Puissance neutre au profit des belligérants.»

³⁷ « La responsabilité d'une Puissance neutre n'est pas engagée par le fait que des individus passent isolément la frontière pour se mettre au service de l'un des belligérants.»

mercenaires recrutés par la CIA qui tenteront d'envahir Cuba lors de l'opération menée dans la baie des Cochons ; entre les années 1964 et 1967, plus de huit cents soldats de fortune constitueront le fer de lance de l'armée nationale congolaise (ANC) et, durant trois ans, entre 1967 et 1970, on retrouvera des « affreux » au Biafra, province séparatiste du Nigeria.

Le phénomène se poursuit dans les années soixante-dix comme le rappelle le Professeur Eric David : « *Après l'invasion de la Guinée, en novembre 1970, par des forces portugaises renforcées de mercenaires, le gouvernement de Conakry annonça en mai 1971 qu'« une nouvelle invasion de mercenaires » était redoutée, et il précisa : « Dès la première agression, nous liquiderons physiquement tous les mercenaires et leurs complices qui se trouveront dans nos prisons »*³⁸.

Lors du quatrième conflit israélo-arabe en octobre 1973, l'Égypte déclara qu'elle « *considérera[it] les volontaires étrangers, citoyens de pays non engagés dans la guerre, comme des mercenaires professionnels ne jouissant pas de la protection internationale prévue par les accords de Genève sur les prisonniers de guerre...* »³⁹ »⁴⁰.

Les États occidentaux, lors de cette deuxième session de la Conférence diplomatique, ne s'opposèrent alors pas à cette idée mais exprimèrent des attentes différentes. La Suède, par exemple, se prononça en faveur d'une définition de la notion de mercenaire⁴¹. La Norvège

³⁸ Le Soir, 5 Mai 1971, p. 3.

³⁹ Le Monde, 22-23 Octobre 1973.

⁴⁰ DAVID, Eric. *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*. Bruxelles : Editions de l'Université, 1978, p. 386-387.

⁴¹ Actes VI, CDDH/SR.35, p. 12.

approuva le fait que les mercenaires constituent une réelle menace pour la paix et la sécurité en Afrique, menace qu'il convenait d'éliminer au plus vite⁴², alors que l'Australie exigeait que des propositions claires soient formulées préliminairement⁴³. Mais, seul le Royaume-Uni s'opposa absolument à l'exclusion des mercenaires capturés du statut de prisonnier de guerre, car ce statut ne constituait pas, selon lui, un obstacle à l'engagement de poursuites pénales contre eux. En effet, les articles 82 à 108 de la troisième Convention de Genève de 1949 déterminent les poursuites possibles, pénalement et disciplinairement, contre les prisonniers de guerre.

L'année suivante, lors de la troisième session de la Conférence diplomatique du Comité international de la Croix-Rouge (21 avril - 11 juin 1976), le Nigeria proposa un projet de disposition qui stipulait : « *Le statut de combattant ou de prisonnier de guerre ne doit être accordé à aucun mercenaire qui prend part aux conflits armés visés par les Conventions et le prochain protocole.* »⁴⁴

De nombreux États se prononcèrent alors en faveur d'une disposition refusant le statut de prisonnier de guerre aux mercenaires, mais des désaccords subsistèrent notamment concernant le point de savoir si le refus d'accorder le statut de prisonnier de guerre était une obligation ou une faculté pour l'État détenteur.

⁴² Actes VI, CDDH/SR.36, p. 15-16.

⁴³ Actes VI, CDDH/SR.35, p. 20.

⁴⁴ Troisième Commission de la Conférence, interventions faites par le Nigeria, CDDH/III/SR.35, p. 23.

En outre, il n'existait pas d'accord entre les Etats quant à la façon de traiter les mercenaires : devaient-ils être traités simplement avec humanité et conformément au droit interne de la Puissance détentrice, ou devaient-ils pouvoir bénéficier de l'article 65 (devenu l'article 75) du Protocole I ? Cet article, dans son premier alinéa, stipule :

« 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. »

Ces interrogations n'ont pas été résolues lors de cette session de 1976 mais elles seront réexaminées en 1977.

Ce réexamen donnera lieu à l'adoption de l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977. L'article 47 a été adopté par consensus en séance plénière lors de la conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés.

Cet article dispose :

« 1. Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre.

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 État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État. »

Ainsi, alors que le premier paragraphe de l'article 47 du Protocole I fixe le statut du mercenaire, son second paragraphe définit ce qu'est un mercenaire.

La délégation nigériane représentée par M.Clark, affirmait alors :

« L'article 42 quater [47] répond entièrement aux exigences de la conscience publique telles qu'elles sont énoncées dans les résolutions des Nations Unies, y compris la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations et la coopération entre États conformément à la Charte des Nations Unies (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale), dans laquelle les États sont expressément invités à s'abstenir d'organiser des bandes de mercenaires ou d'en encourager l'organisation.

Le continent africain est la victime impuissante, depuis des années, de mercenaires dont certains ont été spécialement recrutés pour compromettre et détruire l'indépendance et la stabilité d'États africains. Mais il semble maintenant que même

les pays où ces criminels méprisables étaient normalement recrutés, formés et financés reconnaissent qu'il est temps de mettre un terme à ce genre d'activité. Les gouvernements africains espèrent que tous les gouvernements collaboreront désormais pour punir le recrutement et l'emploi de mercenaires. »⁴⁵.

Certains États ont formulé des critiques suite à l'adoption de cet article 47 du Protocole I. Les Pays-Bas ont souligné qu'ils auraient souhaité une approche différente et plus efficace du phénomène des mercenaires : « *L'examen de ce phénomène nous porte à penser qu'il est urgent d'attaquer le problème à sa source, qui est la pratique du recrutement des mercenaires. Il faudrait que des mesures juridiques efficaces soient prises pour empêcher les pratiques moralement les plus effroyables, partout où elles existent, et que leurs auteurs soient poursuivis. L'objet du présent article n'est pas d'attaquer le problème à sa racine, mais au point où le mercenaire est déjà sur son terrain d'opération, où il est extrêmement difficile de prendre des mesures efficaces contre lui* »⁴⁶.

De très nombreux États ont regretté l'absence de dispositions permettant de condamner également les États pour leur rôle dans le recrutement et le financement des mercenaires.

La délégation de Cuba a estimé « *que ces États sont également responsables et méritent le désaveu de la communauté internationale inscrit dans une disposition de droit international* »⁴⁷. Le Zaïre quant à lui a également regretté « *qu'il ne soit pas fait état des responsabilités des pays sur le territoire desquels des mercenaires sont recrutés. [II] estime que la*

⁴⁵ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 159.

⁴⁶ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 194-195.

⁴⁷ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 185.

communauté internationale aurait pu exprimer plus clairement sa réprobation par des dispositions plus vigoureuses interdisant ce vil métier et condamnant sans équivoque les États qui l'encouragent. »⁴⁸.

Quant à « la délégation de la Jamahiriya arabe libyenne [, elle,] avait espéré que ce texte contiendrait un autre paragraphe dans lequel un appel serait lancé aux États qui autorisent les activités de certaines institutions qui aident au recrutement de mercenaires et à leur envoi dans des zones de conflit pour réduire au silence toutes les voix qui réclament la liberté. Ce paragraphe comprendrait aussi une disposition selon laquelle ces États devraient, dans leur législation interne, interdire la mobilisation de leurs ressortissants dans les rangs des mercenaires. »⁴⁹.

« Le Sénégal aurait préféré un texte plus fort qui aurait fait obligation aux États d'interdire sur leur sol le recrutement, l'entraînement et le rassemblement des mercenaires. »⁵⁰.

Enfin, l'URSS, a affirmé que « [l'article 47] aurait été plus près de la perfection s'il avait porté aussi sur des aspects tels que l'établissement de la responsabilité des États qui autorisent ou encouragent le recrutement, l'entraînement ou l'emploi de mercenaires. »⁵¹

Il est dommage que ces remarques n'aient pas été alors prises en considération car il faudra attendre la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires

⁴⁸ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 162.

⁴⁹ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 189.

⁵⁰ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 201.

⁵¹ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 204.

adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1989⁵² pour que l'on tende à atteindre un tel objectif.

Certains États ont, quant à eux, ouvertement estimé que l'article 47 n'aurait pas dû figurer dans ce Protocole I. Pour M. Bindschedler, représentant de la Suisse lors de la conférence, « *la question de l'interdiction de l'emploi des mercenaires aurait dû faire l'objet d'un traité spécial interdisant le recrutement et l'engagement des mercenaires* »⁵³ et ne pas être traitée dans ce Protocole I qui a un caractère essentiellement humanitaire.

Les auteurs de l'article 47 ont privilégié la possibilité pour une Partie au Protocole de refuser à un mercenaire le statut de combattant et de prisonnier de guerre, sans que cela ne constitue une obligation pour l'État⁵⁴.

Les mercenaires peuvent revendiquer le droit au statut de prisonnier de guerre, mais il peut leur être refusé. Cependant, tant qu'un tribunal compétent n'aura pas tranché cette question, le mercenaire bénéficiera de la protection liée à ce statut.

Si un mercenaire se voit refuser le statut de combattant et de prisonnier de guerre lorsqu'il est capturé, il pourra être poursuivi pénalement, soit pour des actes qui seraient licites de la part d'un combattant, soit simplement pour le fait d'avoir participé directement aux hostilités.

⁵² A/RES/44/34 du 4 Décembre 1989.

⁵³ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 160.

⁵⁴ Dans ce sens, voir : *Conférence diplomatique - résumé des travaux de la 4^e session*, R.I.C.R., 1977, p. 387.

Un mercenaire ainsi privé du statut de combattant et de prisonnier de guerre pourrait être considéré comme un civil se voyant appliquer l'article 5 de la quatrième Convention de Genève, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Cette Convention prive d'un grand nombre de garanties toute personne soupçonnée de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État. Cet article 5 dispose dans son paragraphe premier :

« 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'État 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'État ».

Le Rapporteur avait précisé, lors des travaux préparatoires, que, « *bien que l'article nouveau proposé ne fasse pas référence aux garanties fondamentales prévues à l'article 65 [devenu l'article 75], le sentiment du Groupe de travail a été que les mercenaires seraient l'un des groupes ayant droit aux garanties de l'article 65 [devenu l'article 75]... »⁵⁵.*

Malgré cela, lors de l'adoption de l'article 47, le Nigeria, parmi d'autres États, a affirmé : « *Les lois ne sont pas conçues pour protéger les criminels, et la délégation nigériane considère qu'aucune disposition du paragraphe 2 ne peut être interprétée comme appuyant et encourageant les mercenaires en aucune circonstance. Tout en reconnaissant les garanties fondamentales prévues dans le nouvel article 65 du projet de Protocole I et sans contester que les mercenaires soient des hommes et appartiennent à la*

⁵⁵ Actes XV, CDDH/III/369, p. 533.

communauté humaine, elle ne pense pas que ces considérations puissent être invoquées pour leur attribuer, dans une situation quelconque de conflit armé, les droits de combattants ou de prisonniers de guerre. En adoptant l'article 42 quater [47], la Conférence a, une fois pour toutes, dénié ces droits à tous les mercenaires. »⁵⁶.

Dans la pratique, néanmoins, les États ont largement accordé le bénéfice de l'article 75 aux mercenaires captifs et certains d'entre eux ont regretté qu'il ne soit pas fait mention explicite de l'article 75 et des garanties minimales dans l'article 47⁵⁷.

L'article 47 a fait l'objet de nombreuses critiques. Il fait partie du Protocole I qui ne vise que les conflits armés internationaux, à l'exclusion des conflits armés à caractère non international. L'article 47 ne s'applique donc pas dans les cas de conflits non internationaux, or, c'est essentiellement dans ces conflits que la présence de mercenaires est signalée. Pour être réellement efficace, la définition devrait également comprendre les situations de guerre infra-étatique.

La définition contenue dans l'article 47 du Protocole I a conduit le Professeur Geoffrey Best à affirmer que « *a mercenary who cannot exclude himself from this definition deserves to be shot – and his lawyer with him* »⁵⁸. En effet, pour qu'un individu soit considéré comme un mercenaire, il doit remplir chacune des conditions posées par l'article.

⁵⁶ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 159.

⁵⁷ Interventions du Saint-Siège, de la Colombie, de l'Australie, du Vietnam, du Portugal, de la Suisse, du Canada, de la Suède, CDDH/III/SR.57, § 14, 24, 27, 29, 36, 40, 54, 56.

⁵⁸ BEST, Geoffrey. *Humanity in Warfare : the Modern History of International Law of Armed Conflicts*. Londres: Weidenfeld and Nicholson, 1980, p. 328.

L'alinéa c) de l'article 47 a fait l'objet de nombreuses critiques car il est loin d'être établi que les mercenaires sont essentiellement motivés par l'appât du gain. Il existe des motivations qui sont tout à fait étrangères à l'argent. De plus, selon cet alinéa, si le salaire perçu est le même que celui des forces régulières, la qualification de mercenaire sera exclue. Il est, en outre, très difficile de prouver leur rémunération et le montant de celle-ci, et l'article 47 alinéa c) fait ainsi peser sur la puissance détentrice des mercenaires faits prisonniers la charge d'une preuve très difficile à rapporter⁵⁹. Certains auteurs ont également affirmé qu'il s'agissait d'un critère hasardeux, car les « *mercenaires ne peuvent être définis qu'en référence à ce qu'ils font et non en référence à pourquoi ils le font* »⁶⁰. « *Il conduit à pénaliser celui qui sert une cause juste par intérêt personnel et à protéger celui qui mène un combat illégitime par idéal ; ce qui est pascalien, mais absurde.* »⁶¹

L'alinéa e) prévoit que les volontaires étrangers ne sont pas considérés comme des mercenaires lorsqu'ils font officiellement partie de l'armée d'un État. Cela permet d'éviter, par exemple, que les membres de la Légion étrangère française soient considérés comme des mercenaires. Cet alinéa a été accusé de rendre illusoire la définition de mercenaire car il

⁵⁹ Cette difficulté avait déjà été soulevée lors de l'adoption par consensus de l'article 42 quater (aujourd'hui article 47) par M.Mbaya, représentant de la République Unie du Cameroun. Actes VI, CDDH/SR.41, p. 158.

⁶⁰ KINSEY, Christopher. *Le droit international et le contrôle des mercenaires et des compagnies militaires privées*. Cultures et Conflits, n° 52, 2003, p. 104.

⁶¹ DAVID, Eric. *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*. Bruxelles : Editions de l'Université, 1978, p. 394.

suffirait que les États qui les emploient les enrôlent dans leurs forces armées pour qu'ils perdent leur qualité de mercenaire.

La définition de l'article 47 du Protocole I est l'une des plus restrictives qui existe car elle fait de la participation aux hostilités une condition sine qua non pour être qualifié de mercenaire, mais, pour M.Marguin⁶², elle n'est plus adaptée car elle pourrait s'appliquer à des unités régulières alors qu'elle exclut la plupart des nouvelles formes de mercenariat.

Cette définition de l'article 47 pourrait s'appliquer aux mercenaires dits traditionnels, mais l'exigence de six critères cumulatifs a rendu son application très difficile et rare.

Avec l'apparition du phénomène des sociétés militaires privées, de nombreux auteurs se sont demandé si l'article 47 du Protocole I était applicable aux employés de ces sociétés. Il est peu probable que ce soit le cas, et ce pour différentes raisons.

En premier lieu, l'article 47 2 a) exige que la personne soit spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé alors que les employés des sociétés militaires privées ont en général des tâches très variées qui n'englobent pas toujours le combat. De plus, ces employés ont des contrats qui ne sont pas conclus pour un conflit précis et ils ne peuvent donc pas être considérés comme étant « spécialement recrutés ».

⁶² MARGUIN, Jean. *La privatisation des forces armées : une évolution inéluctable ?* L'Armement, n° 69, Mars 2000, p. 145.

L'article 47 2 b)⁶³ soulève également un autre problème quant à la définition de la notion de participation directe aux hostilités. Selon l'interprétation faite par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), les techniciens, formateurs et conseillers des sociétés militaires privées ne peuvent pas être considérés comme des mercenaires. En effet, pour le CICR, cet alinéa signifie que « *Ne peut être qualifié de mercenaire, au sens du présent article, que celui qui est un combattant, et un combattant concrètement engagé dans les hostilités. Cette disposition exclut, par conséquent, les conseillers et techniciens militaires étrangers que l'on trouve aujourd'hui dans de très nombreux pays, même lorsque leur présence est motivée, en ce qui les concerne, par la recherche d'avantages financiers* »⁶⁴. Ainsi, une grande partie du personnel des sociétés militaires privées se voit exclue de la définition de l'article 47. Et les employés qui pourraient être qualifiés de mercenaires ne remplissent pas tous les critères exigés par l'article 47.

L'alinéa c), en posant la nécessité de la recherche par l'individu d'un « avantage personnel », met en place un critère très subjectif et difficile à prouver, et l'on retrouve alors la même difficulté pour le personnel des sociétés militaires privées que pour les mercenaires dits traditionnels.

Enfin, l'alinéa d) de l'article 47 exige que, pour être qualifié de mercenaire, l'individu ne soit pas ressortissant d'une partie au conflit. Or,

⁶³ « Le terme «mercenaire» s'entend de toute personne [...] qui en fait prend une part directe aux hostilités ».

⁶⁴ Commentaire de l'article 47 alinéa b. SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève: CICR; Dordrecht: Nijhoff, 1986, p.589, §1806.

en règle générale on constate que de nombreux États concluent leurs contrats avec des sociétés enregistrées sur leur territoire et ces entreprises embauchent majoritairement des nationaux. Cet alinéa a donc pour conséquence d'exclure une très grande partie des employés des sociétés militaires privées de la catégorie des mercenaires tels que définis par l'article 47 du Protocole I.

Il résulte de toutes ces imperfections de l'article 47 une inapplicabilité de la définition de mercenaire ainsi élaborée. Elle ne peut, dans la pratique, être appliquée ni aux mercenaires dits traditionnels, ni aux sociétés militaires privées. Pour M.Kinsey, « *cela est naturellement intentionnel. Les États africains, dans la construction juridique de la définition du mercenariat, ont été très attentifs à s'assurer que la définition soit suffisamment ouverte pour qu'elle soit sujette à désaccord, et qu'elle leur donne l'opportunité d'employer la force militaire qu'ils jugeront nécessaire pour se maintenir au pouvoir.* »⁶⁵

A l'heure actuelle, les Conventions de Genève ne permettent donc pas d'appréhender le phénomène mercenaire, dans sa forme traditionnelle ou moderne.

§2 : La Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977.

Suite aux multiples interventions de mercenaires sur le continent africain après la période de décolonisation, les chefs d'États et de

⁶⁵ KINSEY, Christopher. Le droit international et le contrôle des mercenaires et des compagnies militaires privées. *Cultures et Conflits*, 2003, n° 52, p. 110.

gouvernement de l'OUA⁶⁶ se sont réunis en 1971 à Addis Abeba. Ils dénonçaient alors « *l'agression des mercenaires en Afrique* » et lancèrent un appel « *aux pays du monde entier pour qu'ils appliquent des lois décrétant que le recrutement et l'entraînement [de mercenaires] sur leurs territoires sont des crimes punissables et pour qu'ils dissuadent leurs citoyens de s'enrôler comme mercenaires* ». ⁶⁷ Une commission fut alors mise en place et les premiers travaux en vue d'élaborer une convention pour éliminer le mercenariat en Afrique commencèrent.

Le 10 juillet 1976, treize mercenaires britanniques et américains recrutés par le FNLA (Front National de Libération de l'Angola) furent capturés par le MPLA (Mouvement Populaire de Libération de l'Angola) au pouvoir⁶⁸. Le gouvernement angolais décida alors de l'établissement d'une commission internationale d'enquête, encore appelée « Commission de Luanda », qui rédigea le projet de Convention de Luanda sur la prévention et la suppression des mercenaires. On désirait élaborer un traité qui soit plus radical que les travaux effectués par une première commission mise en place en 1971. Ce projet mettait en exergue la responsabilité individuelle des États qui devaient empêcher leurs ressortissants de prendre part à des activités mercenaires ou d'être eux-mêmes mercenaires.

Dans la version finale de la Convention sur l'élimination du mercenariat en Afrique se retrouvent essentiellement les travaux de la

⁶⁶ Organisation de l'Unité Africaine devenue Union Africaine depuis le 9 Juillet 2002.

⁶⁷ PELCHAT, Michel. *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat*, rapport n°142, annexé au procès-verbal de la séance du 23 Janvier 2003, p. 9.

⁶⁸ Cf. supra, Introduction.

Commission de Luanda, au détriment des travaux découlant de la proposition initiale qui était rédigée dans des termes plus mesurés. La Convention de 1977 se situe dans un registre beaucoup plus polémique et idéologique.⁶⁹.

La Convention de l'OUA a été adoptée à Libreville le 3 juillet 1977 mais n'est entrée en vigueur que le 22 avril 1985.

L'esprit qui domine la Convention apparaît dès le préambule. En effet les activités mercenaires y sont qualifiées de « *grave menace (...) pour l'indépendance, la souveraineté, la sécurité, l'intégrité territoriale et le développement harmonieux des États membres de l'OUA* »⁷⁰ et « *pour l'exercice légitime du droit des peuples africains sous domination coloniale et raciste, à la lutte pour leur indépendance et leur liberté.* »⁷¹.

L'article 1 de la Convention définit, à son alinéa premier, le mercenaire en ces termes :

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

⁶⁹ MILLIARD, Todd S. *Overcoming Post Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies*. *Military Law Review*, vol. 176, n° 2, Juin 2003, p. 52.

⁷⁰ Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, OUA Document CM/433/Rev.L., Annex 1 (1972), Préambule, § 2.

⁷¹ Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique, OUA Document CM/433/Rev.L., Annex 1 (1972), Préambule, § 3.

- e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit;
- f) qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État. »

Cette définition semble identique à celle adoptée par l'article 47 du Protocole I, mais cependant elle s'en écarte sur deux points : celui de la rémunération, qui n'a pas nécessairement besoin d'être nettement supérieure à celle des membres des forces régulières, et celui de la participation directe dans un conflit armé, qui est omis dans cet article premier.

De la quasi-similitude des définitions du mercenaire contenues dans l'article 47 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève et dans la Convention de l'OUA, découlent les mêmes difficultés d'application.

Cependant, même si les définitions du mercenaire figurant dans ces deux instruments juridiques internationaux peuvent être qualifiées de similaires, l'approche adoptée par ces deux textes est différente quant à de nombreux autres points.

Il est important de souligner que la Convention de l'OUA ne se contente pas seulement d'incriminer le mercenaire, elle incrimine également le mercenariat (article 1, § 2). C'est la première fois qu'un texte introduit une qualification pénale du mercenariat. En effet, dans le Protocole I, le mercenariat n'est pas considéré comme « infraction grave ». Dans le cadre de la Convention de l'OUA, le simple fait d'être un mercenaire est un crime contre la paix et la sécurité du continent africain.

Toute personne, physique ou morale, qui est mercenaire ou finance, organise ou soutient une telle activité se rend coupable de crime contre la paix et la sécurité en Afrique (article 1, § 3).

L'article 3 de la Convention de l'OUA interdit purement et simplement aux États signataires d'accorder les statuts de combattant et de prisonnier de guerre aux mercenaires capturés :

« Les mercenaires n'ont pas le statut de combattant et ne peuvent bénéficier du statut de prisonnier de guerre. »

L'article 5 de la Convention permet de poursuivre les représentants des États qui se seraient rendus coupables du crime de mercenariat et il permet aussi d'invoquer la Convention contre un État signataire qui n'aurait pas respecté ses engagements pour lutter contre le mercenariat.

C'est la Commission de Luanda qui avait prévu que les responsables gouvernementaux pourraient faire l'objet de poursuites pénales s'ils employaient, aidaient ou recrutaient des mercenaires.

Selon le sixième article de la Convention, les États sont tenus d'empêcher que des activités mercenaires soient organisées depuis leur territoire ou que certains de leurs ressortissants y prennent part. Ils doivent également « *empêcher l'entrée ou le passage sur [leur] territoire de tout mercenaire ou de tout équipement destiné à l'usage de celui-ci* ». On assiste donc bien à la mise en place d'une responsabilité individuelle de l'État et cela participe à la particularité de cette convention africaine.

Dans les articles 6 et 7, les États s'engagent à se doter d'une législation punissant de la peine la plus sévère, et il peut s'agir de la peine capitale, le crime de mercenariat.

En outre, les États, à l'article 9 de la Convention, s'obligent à poursuivre et à extradier toute personne s'étant rendue coupable d'une

infraction définie par la Convention. Pour Taulbee⁷², si un État s'abstenait de poursuivre une personne qui aurait entrepris de telles activités, cela créerait une « *responsabilité internationale de l'État fautif* ».

Cette Convention de 1977 a été importante à divers égards et elle a notamment influencé de nombreux travaux concernant la question des mercenaires, y compris la Convention de l'Organisation des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, de 1989. Son champ d'application géographique est cependant relativement restreint puisqu'il s'agit d'une convention régionale africaine limitée aux États membres de l'OUA.

En outre, il est nécessaire de souligner que la Convention de l'OUA connaît un défaut majeur qui lui ôte tout effet pratique dans un conflit actuel. En effet, l'article 1, § 2, dispose :

« Commet le crime de mercenariat l'individu, groupe ou association, le représentant de l'État ou l'État lui-même qui, dans le but d'opposer la violence armée à un processus d'autodétermination, à la stabilité ou à l'intégrité territoriale d'un autre État, pratique l'un des actes suivants (...) ».

On définit donc le mercenaire selon l'objectif pour lequel l'individu a été employé. Et, selon la Convention, seules les activités mercenaires qui auraient pour but de renverser un gouvernement établi ou de combattre un mouvement de libération nationale reconnu par l'OUA seraient prohibées. En revanche, les autres activités mercenaires ne sont pas concernées par la Convention et peuvent donc perdurer en toute légalité.

⁷² TAULBEE, James Larry. *Myths, Mercenaries and Contemporary International Law*. California Western International Law Journal, vol. 15, n° 2, 1985, p. 339-363.

Cette faille dans la Convention de l'OUA peut aisément s'expliquer car la Convention avait pour premier objectif de faire cesser les interventions des mercenaires européens qui combattaient aux côtés des gouvernements minoritaires de Rhodésie et d'Afrique du Sud.

Lors de l'adoption de l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, le Sénégal avait tout à la fois critiqué cet article et exprimé ses attentes relatives à la Convention de l'OUA qui était alors encore en projet :

« Nous avons, certes, réussi à définir la notion du mercenariat et nous sommes tombés d'accord pour ne pas octroyer le statut de combattant ou de prisonnier de guerre à ces mercenaires.

Cependant, le Sénégal aurait préféré un texte plus fort qui aurait fait obligation aux États d'interdire sur leur sol le recrutement, l'entraînement, et le rassemblement des mercenaires. Nous aurions aussi souhaité que les États mettent en place tout un dispositif législatif et réglementaire tendant à décourager ou à empêcher cette pratique du mercenariat réprouvée, à juste titre, par la communauté internationale.

Ces silences du texte actuel font que le Sénégal continue d'accorder une importance particulière au projet de convention régionale sur le mercenariat à l'étude au niveau de l'OUA. Ce projet, nous l'espérons, aura le mérite d'être plus complet et pourra ainsi répondre entièrement aux aspirations des peuples du continent africain, qui a le plus souffert et continue de souffrir de ce fléau »⁷³.

Les attentes du Sénégal concernant l'obligation faite aux États d'interdire sur leur sol le recrutement, l'entraînement et le rassemblement des mercenaires semblent bien avoir été comblées par le texte de la Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine de 1977. Cependant, ce

⁷³ Actes VI, CDDH/SR.41, p. 201-202.

texte est très difficilement applicable en pratique aux mercenaires. Les États voulaient se préserver une certaine marge de manœuvre leur permettant eux-mêmes de recourir aux mercenaires. Le Mouvement Populaire de Libération de l'Angola (MPLA), par exemple, utilisa cette possibilité en employant des mercenaires cubains afin de tenter de combattre les dissidents sur son territoire⁷⁴.

Dans les années qui ont suivi son entrée en vigueur, la Convention de l'OUA a eu un certain impact, mais aujourd'hui il faut se rendre à l'évidence : elle n'a eu que peu de conséquences sur les comportements des mercenaires en Afrique.

L'effet de la Convention de l'OUA a également été atténué en raison du temps qu'ont mis certains États africains à la ratifier. Encore aujourd'hui, sur cinquante-quatre États membres de l'UA, trente-deux États l'ont signée et seuls trente⁷⁵ États l'ont ratifiée. En outre, même parmi les États signataires, certains continuent à avoir recours aux mercenaires et l'UA elle-même fait parfois appel à des expertises privées en matière de sécurité.⁷⁶

⁷⁴ KINSEY, Christopher. Le droit international et le contrôle des mercenaires et des compagnies militaires privées. *Cultures et Conflits*, 2003, n° 52, p. 96.

⁷⁵ Algérie, Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, R.D.Congo, Congo, Egypte, Ethiopie, Gambie, Gabon, Ghana, Guinée équatoriale, Guinée, Jamahiriya arabe libyenne, Lesotho, Libéria, Madagascar, Mali, Nigéria, Niger, Rwanda, Sénégal, Seychelles, Soudan, Tanzanie, Togo, Tunisie, Zambie, Zimbabwe.

⁷⁶ « Le plus prestigieux conseiller privé extérieur au continent africain n'est autre que le général français Jeannou Lacaze, qui a reçu pour mission de mettre sur pied une commission africaine de sécurité. Avec le soutien du président togolais Gnassingbé Eyadéma, chargé du projet de création d'une force de paix interafricaine. », CHAPLEAU, Philippe, MISSER, François. *Mercenaires S.A.* Paris : Desclée de Brouwer, 1998, p. 186.

La Convention de l'OUA n'est pas applicable aux employés des sociétés militaires privés et cela peut s'expliquer simplement par le fait qu'en 1977 ce phénomène était inexistant, ou en tout cas très marginal.

§3 : La Convention internationale de l'Organisation des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, du 4 décembre 1989.

Pour lutter contre les méfaits des mercenaires, en particulier en Afrique, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies a adopté de nombreuses résolutions condamnant leurs actions et les qualifiant de criminelles. Ainsi, par exemple, la résolution 2645 (XXIII) du 20 décembre 1968 affirme que « *la pratique consistant à utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale et d'indépendance est un acte criminel (...) et les mercenaires eux-mêmes sont des criminels hors la loi* ». L'ONU est donc sensibilisée depuis longtemps aux problèmes posés par les mercenaires.

Cependant, pour qu'une convention internationale ayant pour objet la lutte contre les mercenaires soit élaborée, il faudra que de nombreux États africains en émettent la demande. En effet, après avoir adopté leur propre convention régionale, les États africains se sont maintes fois prononcés en faveur d'une convention internationale visant à lutter contre le mercenariat. Un comité spécial fut ainsi créé au sein des Nations Unies en 1981 grâce au

Même si cela ne constitue pas une activité forcément répréhensible, cela démontre le recours important au secteur privé, et ce même de la part d'acteurs officiellement soucieux de limiter le recours à des personnes privées pour des actions relevant du domaine de la sécurité.

Nigéria. Ce comité avait pour but d'élaborer une convention pour lutter contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires.

Les travaux préparatoires pour cette convention de 1989 se sont étendus sur une dizaine d'années, ce qui est révélateur des difficultés existantes. Le principal point qui faisait obstacle à l'élaboration d'une telle convention était le fait que les visions des États socialistes et du Tiers Monde, d'une part, et celles des États occidentaux, d'autre part, étaient totalement antagonistes. Les premiers se prononçaient en faveur d'une approche politique et d'une condamnation réelle du mercenariat, alors que les seconds entendaient privilégier une approche juridique n'ayant que des effets pratiques limités.

Les documents issus des travaux préparatoires « *montrent en outre les difficultés politiques et de technique juridique de l'entreprise : il s'agissait d'adopter le schéma des conventions de droit pénal international adoptées pour venir à l'encontre des préoccupations politiques surtout des États occidentaux, telles que celles sur les déroutements d'avions ou sur la prise d'otages, à un domaine où les préoccupations politiques de fond sont celles des États du Tiers Monde* »⁷⁷.

La Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, fut adoptée par consensus le 4 décembre 1989 par le biais de l'adoption de la résolution A/44/34.

Cette convention, adoptée peu de temps après l'assassinat du président comorien Ahmed Abdallah, le 26 novembre 1989, affaire dans laquelle les mercenaires de Bob Denard ont été mis en cause, puis

⁷⁷ TREVES, Tullio. *La convention de 1989 sur les mercenaires*. AFDI, vol. 26, 1990, p. 522.

acquittés, est aujourd'hui encore considérée comme l'effort international le plus significatif dans la lutte contre le mercenariat.

L'article premier de la Convention de 1989 définit le mercenaire :

« 1. 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 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;

c) Qui n'est ni ressortissante d'une partie au conflit, ni résidente du territoire contrôlé par une partie au conflit;

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

e) Qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État.

2. Le terme "mercenaire" s'entend également, dans toute autre situation, de toute personne:

a) Qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour prendre part à un acte concerté de violence visant à:

i) Renverser un gouvernement ou, de quelque autre manière, porter atteinte à l'ordre constitutionnel d'un État; ou

ii) Porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État;

b) Qui prend part à un tel acte essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel significatif et est poussée à

agir par la promesse ou par le paiement d'une rémunération matérielle;

c) Qui n'est ni ressortissante ni résidente de l'État contre lequel un tel acte est dirigé;

d) Qui n'a pas été envoyée par un État en mission officielle; et

e) Qui n'est pas membre des forces armées de l'État sur le territoire duquel l'acte a eu lieu. »

Le premier paragraphe de cet article reprend la définition de l'article 47 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève. Tous les États s'étaient prononcés en faveur de l'utilisation de l'article 47 comme base de travail pour définir le mercenaire, mais cet article ne correspondait pas aux attentes des pays du Tiers Monde puisqu'il ne prévoit pas l'hypothèse dans laquelle des personnes sont employées pour renverser un gouvernement. Les rédacteurs de la Convention de 1989 ont également été réticents à adopter exactement la même définition que l'article 47 car ils ont estimé qu'il n'est pas évident de déterminer si cette définition s'applique uniquement aux conflits armés internationaux ou également aux conflits armés internes. On a alors décidé de reprendre la définition de l'article 47 mais de lui adjoindre un autre alinéa en vue de la compléter.

Le premier paragraphe de l'article 1 ne précise pas que le mercenaire est celui qui « en fait prend une part directe aux hostilités ». Cette omission a pour conséquence de ne pas exclure clairement de la notion de mercenaire les personnes envoyées par un État, au profit de forces armées étrangères, au titre de l'assistance militaire technique.

Le deuxième paragraphe de l'article 1 de la Convention de l'ONU est inspiré de la Convention de l'OUA. La définition ainsi adoptée est innovante car elle précise les infractions qui peuvent être commises et elle permet à l'ONU d'élargir le champ d'application de sa convention à des activités

mercenaires qui auraient lieu en dehors d'un conflit armé, contrairement à ce que prévoit l'article 1, alinéa 1, § a).

Le Professeur Tullio Treves formule trois types de remarques à propos de la définition contenue dans le deuxième paragraphe⁷⁸. La première d'entre elles est relative au but poursuivi : celui de renverser un gouvernement. Cette mention a été acceptée rapidement par tous les États car elle correspondait aux attentes essentielles des États africains et des États du Tiers Monde en général.

Ces mêmes États étaient désireux d'introduire d'autres éléments dans la Convention. Par exemple, pour eux devaient entrer dans la définition le fait de « *mettre en danger la sécurité publique* », le fait d'« *intervenir dans les affaires intérieures d'un État* », ou le fait de « *provoquer une rupture de l'ordre public* »,...⁷⁹ Mais, au fur et à mesure des négociations, les États occidentaux sont parvenus à convaincre les autres États que ces mentions n'étaient pas utiles.

La deuxième remarque qui peut être faite à propos du deuxième volet de la définition est relative à la nationalité du mercenaire.

On s'est longtemps demandé s'il fallait retenir la condition selon laquelle pour qu'il s'agisse d'un mercenaire, il faut que l'individu ne soit pas ressortissant d'une partie au conflit ni résident du territoire contrôlé par une partie au conflit.

Les États socialistes s'opposaient au maintien d'une telle condition car cela aurait eu pour effet d'exclure de la définition de mercenaire les

⁷⁸ TREVES, Tullio. *La convention de 1989 sur les mercenaires*. AFDI, vol. 26, 1990, p. 525-528.

⁷⁹ Rapport du comité spécial, 1985, ch. V., art.1, § 2 (a).

contras qui étaient engagés dans des activités militaires contre le Nicaragua, et les Moudjahiddin qui combattaient le gouvernement afghan.

Les États occidentaux étaient, bien entendu pour des raisons politiques, favorables au maintien de cette condition. Leur argument principal était que cela empêcherait que les membres de l'opposition dans certains pays ne tombent sous le coup de la Convention de l'ONU. Ils avançaient aussi l'argument selon lequel la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique avait retenu ce critère.

Les États occidentaux avaient annoncé leur refus de se joindre au consensus sur la Convention dans le cas où la condition de « non-nationalité » serait éliminée. La situation prit une autre tournure en 1990 suite à l'effondrement de l'Union soviétique, car les États socialistes abandonnèrent leurs revendications sur ce sujet et les États du Tiers-Monde se dirent prêts à faire des concessions sur ce point en échange d'efforts des États occidentaux relativement à d'autres questions.

On aboutit donc finalement au maintien de ce critère de « non – nationalité » dans la Convention de l'ONU.

Une dernière remarque peut être formulée quant à la question de l'avantage personnel et de la rémunération du mercenaire. Le sens même du mot mercenaire est fondé sur ces notions, et c'est à ce propos que l'accord fut le plus difficile à trouver entre les États.

Pour les États occidentaux il fallait absolument conserver la formulation de l'article 47 qui dispose qu'est considérée comme un mercenaire toute personne « *qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise [...] 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 ». Les États du Tiers-Monde, au contraire, considéraient qu'une rémunération même modeste pouvait suffire pour recruter un mercenaire surtout si on lui promettait en sus des avantages en cas de réussite de sa mission.

En 1989, les États se mirent d'accord pour ne pas intégrer dans la Convention de l'ONU la comparaison entre les niveaux de salaire des mercenaires et les membres des forces armées.

Après avoir défini les individus qui peuvent être considérés comme des mercenaires, la Convention établit une série d'infractions pouvant être commises par des mercenaires de manière individuelle ou par des États (articles 2 à 5).

Parmi ces articles, l'article 3 de la Convention, qui concerne les infractions individuelles, a donné lieu à de nombreux débats. Pour les États du Tiers Monde, le fait d'être un mercenaire devait en soi être considéré comme une infraction, et il était nécessaire d'instaurer un crime de mercenariat. En revanche, pour les États occidentaux, cette position n'était pas concevable car l'infraction aurait alors résidé dans une qualité personnelle et non dans un comportement. Pour eux, pour que l'infraction soit constituée, il était nécessaire que le mercenaire effectue des actions spécifiques.

Il fut décidé de suivre la conception occidentale et on adopta l'article 3, §1 :

« Un mercenaire, au sens de l'article premier de la présente Convention, qui prend une part directe aux hostilités ou à un acte concerté de violence, selon le cas, commet une infraction au sens de la Convention ».

Les infractions individuelles furent également à l'origine d'un autre débat relatif à la question de savoir si les actes préparatoires devaient être

considérés comme des infractions. Il était trop difficile de trouver un accord pour savoir quels actes préparatoires devaient, ou non, être considérés comme des infractions et on décida alors de se référer à la notion de tentative. Cette dernière n'a pas été définie et il faut donc se reporter à la législation interne de chaque État.

Les États se voient également imposer un certain nombre d'obligations. Ils ne doivent pas avoir un comportement qui constituerait une infraction pour les individus :

« Les États parties s'engagent à ne pas recruter, utiliser, financer ou instruire des mercenaires et à interdire les activités de cette nature conformément aux dispositions de la présente Convention »⁸⁰.

En cas de violation de cette obligation par les États, aucune sanction spécifique n'est prévue, ce sont les règles de responsabilité existant en droit international pour les cas de violation d'une obligation découlant d'un traité qui s'appliqueront.

Un désaccord a longtemps persisté sur un élément : celui de réprimer la lutte des peuples contre la domination coloniale, l'occupation étrangère, les régimes racistes et les autres formes de domination coloniale⁸¹. Les États occidentaux entendaient assimiler les luttes des peuples pour l'autodétermination à des activités mercenaires tandis que les États du Tiers Monde voulaient que figure dans la Convention l'interdiction d'utiliser des mercenaires contre les mouvements de libération nationale. Finalement en 1989 les États ont adopté la solution préconisée par le deuxième groupe d'États. L'article 5, dans son premier paragraphe, interdit donc aux États

⁸⁰ Article 5, §1.

⁸¹ Rapport du comité spécial, 1988, ch.III. art.1, §2 (a).

d'utiliser, financer ou recruter des mercenaires, et précise, dans son second paragraphe, que cet engagement s'applique également lorsque les États voudraient recruter, financer, ou utiliser des mercenaires « *en vue de s'opposer à l'exercice légitime du droit inaliénable des peuples à l'autodétermination tel qu'il est reconnu par le droit international* ».

Par le troisième alinéa de l'article 5, les États s'engagent également à adopter une législation répressive afin de lutter contre le mercenariat.

La Convention de l'ONU affirme donc bien que le mercenariat est une infraction pénale, mais c'est à chaque État que revient le devoir de définir les sanctions qu'il veut appliquer.

Il est important de noter que l'article 11 et l'article 16, b, de la Convention rendent applicables à tous les mercenaires les garanties fondamentales contenues dans l'article 75 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève, en ce qui concerne les personnes se trouvant sous le pouvoir d'une partie à un conflit armé, et les garanties contenues dans l'article 4 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève, en ce qui concerne les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités.

En outre, les personnes accusées de mercenariat seront présumées être des combattants légitimes et des prisonniers de guerre jusqu'à ce qu'un tribunal compétent décide que ces personnes sont effectivement des mercenaires.

Cette Convention de l'ONU va plus loin que la Convention de l'OUA car c'est le seul traité international qui pose une interdiction absolue de recourir aux mercenaires (article 5, alinéa 1). Ce parti pris a eu pour effet de créer un paradoxe selon lequel les États africains qui avaient fait pression pour que l'ONU prenne position contre le phénomène du

mercenariat se sont finalement opposés à cette Convention. Seuls sept États sur les cinquante-trois États parties à la Convention de l'OUA ont ratifié la Convention de l'ONU. Globalement le texte de la Convention de l'ONU n'a recueilli l'assentiment que d'une minorité de pays car la Convention n'a été ratifiée que par trente-deux États dont trois seulement sont des membres de l'Union Européenne (la Belgique, Chypre et l'Italie).

La Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires n'est entrée en vigueur que le 20 Octobre 2001, lorsque les vingt-deux signatures nécessaires ont été réunies⁸², soit douze années après son adoption. Cet état de fait réduit fortement la portée juridique de cette Convention⁸³.

Comme le précise M.Philippon, « *un tel délai [entre l'adoption et l'entrée en vigueur] ne peut aller que dans le sens d'une « déconnexion » entre la règle de droit et les faits qu'elle est censée encadrer. Cet écart devient alors source d'inefficacité* »⁸⁴. Entre 1989 et aujourd'hui, de nombreux éléments sont venus bouleverser la situation internationale et on a vu

⁸² L'article 19 indique que « la présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date de dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingt-deuxième instrument de ratification ou d'adhésion. »

⁸³ Seuls les États l'ayant ratifiée se trouvent bien entendu liés par ces dispositions, en vertu de l'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 codifiant le droit des traités, qui précise qu' «un traité ne crée ni obligation ni droit pour un État tiers sans son consentement ».

⁸⁴ PHILIPPON, Aymeric. *Les idées libérales vont-elles transformer les doctrines militaires et les armées ?*, colloque, *Le mercenaire et le droit*, 2003, publié sur le site de la Fondation pour la Recherche Stratégique : <http://www.frstrategie.org/barreFRS/publications/colloques/20030130/20030130.php>

apparaître les sociétés militaires privées dont il n'est pas question dans cette Convention de 1989.

Pourquoi la Convention a-t-elle été si peu soutenue ? Cette absence de soutien est principalement liée à l'absence d'un critère de qualification faisant référence à la participation directe aux hostilités. En effet, la définition de l'article 1 ne permet pas d'exclure clairement de la notion de mercenaire des personnes qui sont envoyées par leur État au titre de l'assistance militaire technique (afin d'assurer des missions d'instruction et d'entraînement des forces armées étrangères en vertu d'accords particuliers de coopération) et qui pourraient se trouver en péril si elles venaient à tomber aux mains d'un État étranger en conflit avec celui auprès duquel elles ont été placées. Le ministre français de la Défense, Madame Michèle Alliot-Marie, avait affirmé, lors de la discussion concernant la loi française du 14 avril 2003⁸⁵, relative à la répression du mercenariat :

« Tout État a le droit de se défendre et le devoir de protéger ses citoyens. S'il ne dispose pas de moyens militaires suffisants, il doit être en mesure de recruter les personnels nécessaires. C'est en effet un usage pratiqué par toutes les grandes nations militaires, dont la France, de fournir aux pays alliés l'assistance qu'ils requièrent pour former, encadrer et assister leurs armées. Il n'est pas question de remettre en cause cet usage. Il convient, en revanche, de sanctionner les excès du mercenariat. Il y a certes la Convention internationale du 4 décembre 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, mais elle ne nous

⁸⁵ Loi n° 2003-340 relative à la répression du mercenariat, 14 Avril 2003, parue au Journal Officiel de la République Française du 15 Avril 2003.

paraît pas suffisamment équilibrée. C'est pourquoi la France ne l'a pas ratifiée. »⁸⁶.

De manière générale, la France a estimé que la définition et la répression du mercenariat étaient trop étendues.

D'autres explications sont également avancées pour justifier le peu de succès rencontré par cette Convention de 1989. Pour certains, le Royaume-Uni et la France n'ont pas ratifié la Convention de l'ONU parce que les militaires de la Légion étrangère française et les Gurkhas britanniques risqueraient d'être qualifiés de mercenaires.

En outre, les États craignent de devoir révéler des informations frappées par le secret défense, afin de prouver qu'une personne suspectée de mercenariat est bien envoyée en mission officielle, critère de disqualification posé par l'article 1, alinéa 2, d.

La Convention de l'ONU effectue une synthèse des définitions du mercenaire proposées par l'article 47 du Protocole I et par la Convention de l'OUA, mais ne permet pas non plus d'appréhender le phénomène des sociétés militaires privées.

Ces instruments ont été élaborés pour se débarrasser des mercenaires dits « traditionnels » afin de lutter contre les mouvements de déstabilisation ayant cours dans l'Afrique post-coloniale.

Les conventions internationales existantes en matière de mercenariat traditionnel ont connu un succès relativement modeste qui est lié à la

⁸⁶ Assemblée Nationale, compte-rendu analytique officiel de la première séance du jeudi 3 Avril 2003, p. 2. Disponible sur: <http://assemblee-nationale.fr/12/cra/2002-2003/185.asp>

définition même du mercenaire dans ces instruments juridiques. Les critères posés pour qualifier un individu de mercenaire sont tellement exigeants qu'une telle qualification devient extrêmement difficile.

Par ailleurs, ces conventions internationales ne prennent nullement en compte le phénomène, il est vrai relativement récent, des sociétés militaires privées et de leurs employés. Le droit international ne s'est pas encore saisi de ce domaine et aucune règle à cette échelle ne définit ces sociétés ni n'en régleme les activités.

Section 2 : Les lois nationales relatives au mercenariat et aux sociétés militaires privées, indicatrices de bonne volonté de la part des Etats mais inefficaces en pratique.

Les législations nationales expressément relatives au mercenariat sont assez rares. On peut cependant citer les législations des pays suivants : Australie, Canada, Danemark, Finlande, France, Grèce, Italie, Norvège, Pays Bas, Portugal, Russie, Suisse, et Ukraine. Sur le continent africain, seule l'Afrique du Sud a adopté une loi anti-mercenaires.

Mise à part la loi sud-africaine de 2006, ces législations ne permettent pas réellement d'appréhender ce nouveau phénomène des sociétés militaires privées. En outre, on ne peut déduire d'aucune d'entre elles que les employés des sociétés militaires privées sont des mercenaires.

L'Afrique du Sud a été le premier pays à adopter une législation qui avait pour but de lutter contre les sociétés militaires privées sur son territoire. Une première loi a été adoptée dès 1998, mais afin de remédier à ses défauts, le gouvernement sud-africain a adopté une nouvelle loi en 2006. Les États-Unis, pays qui emploie actuellement le plus grand nombre d'employés de sociétés militaires privées notamment en Irak, ont adopté, en

1998, la législation ITAR (International Traffic in Arms Regulation) qui s'applique, avec certaines limites, aux sociétés militaires privées (§1).

Quelques années plus tard, en 2003, la France a elle aussi adopté une loi relative à la répression de l'activité de mercenaire, alors que le Royaume-Uni, très concerné également par le phénomène des sociétés militaires privées n'a pas encore adopté de législation adéquate visant à les contrôler (§2).

§1 : Des législations sud-africaines et américaine applicables aux sociétés militaires privées.

De nombreuses sociétés militaires privées sont présentes en Afrique du Sud. L'une d'entre elles, Executive Outcomes, aujourd'hui dissoute, a même été la principale société militaire privée mondiale pendant de nombreuses années.

La lutte contre les mercenaires est l'une des priorités du gouvernement sud-africain parce que, d'une part, la société militaire privée Executive Outcomes a été accusée d'avoir violé l'embargo décrété par l'ONU et d'avoir fourni des armes aux rebelles angolais de l'UNITA, et, d'autre part, parce que le pays est un vivier de mercenaires, et ce pour des raisons historiques. En conséquence, l'Afrique du Sud s'est dotée d'une législation interdisant les mercenaires et l'assistance militaire à l'étranger dès 1998.

L'adoption de cette législation a transformé l'Afrique du Sud en pays précurseur en matière de lutte contre le mercenariat.

La loi de 1998 sur l'assistance militaire à l'étranger, Regulation of Foreign Military Assistance Act⁸⁷, concerne toutes les personnes physiques, de nationalité sud-africaine, et morales, enregistrées ou constituées en Afrique du Sud, ainsi que tout citoyen étranger qui contrevient aux dispositions de cette loi sur le territoire de l'Afrique du Sud (article 1, §3).

Cette loi distingue les activités mercenaires de l'assistance militaire à l'étranger. Elle pose en principe l'interdiction de toutes ces activités.

L'activité mercenaire est définie par l'article 4 de la loi comme « *la participation directe dans un conflit armé en tant que combattant, pour son profit personnel* ». Il est interdit, par l'article 2, de recruter, d'utiliser, d'entraîner, de financer des activités mercenaires ou de s'engager dans de telles activités, sur le territoire de la République d'Afrique du Sud ou à l'étranger.

Toute prestation de services de nature militaire est proscrite. L'article 1,§3, précise qu'est interdite toute assistance militaire à une partie à un conflit armé, par le biais du conseil ou de l'entraînement, du soutien logistique, financier, ou opérationnel, du recrutement de personnel, des services médicaux ou paramédicaux, ou de la fourniture d'équipements. Toute action visant à renverser un gouvernement ou à porter atteinte à l'ordre constitutionnel, la souveraineté ou l'intégrité territoriale d'un État est également prohibée. Enfin, l'article 1, §3, condamne toute action dans l'intérêt stratégique d'une partie au conflit. En revanche, sont autorisées les activités civiles ou humanitaires qui ont pour but de soulager la situation difficile des civils lors des conflits armés.

⁸⁷ South African Regulation of Foreign Military Assistance Act, Act n° 15 of 1998.

Consultable sur:

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Mercenaries/WG/Law/SouthAfrica6.pdf>

La loi sud-africaine, après avoir posé le principe de l'interdiction des activités mercenaires et d'assistance militaire à l'étranger, prévoit certaines exceptions à la prohibition de l'assistance militaire à l'étranger. Il est en effet possible d'obtenir une autorisation pour la fourniture de services d'assistance militaire. La procédure comprend deux étapes. Tout d'abord, la société qui veut fournir de tels services doit acquérir une habilitation du ministre de la Défense. Celui-ci se prononcera après consultation du Comité national de contrôle des armes conventionnelles (National Conventional Arms Control Committee). Ce Comité est composé de membres du gouvernement et est chargé de contrôler le commerce d'armes et de services militaires à destination ou en provenance d'Afrique du Sud.

Après avoir obtenu cette habilitation, la société privée devra soumettre chacun des contrats qu'elle désire passer avec des clients au ministre de la Défense. Ce dernier examinera pour chaque contrat de prestation de services militaires non seulement le contrat mais également le client. La décision du ministre de la Défense est souveraine et il pourra à tout moment retirer une autorisation qu'il aura préalablement accordée. Néanmoins, l'article 7 de la loi précise qu'aucune autorisation ne sera octroyée dans le cas où cela entraînerait le non-respect par la République d'Afrique du Sud de ses obligations en vertu du droit international, ou si cela aboutissait à une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le territoire de l'État où doit être exercée cette assistance militaire. Le même article énonce également que l'autorisation doit être refusée dans les hypothèses où elle pourrait mettre en danger la paix, renforcer l'instabilité régionale, encourager le terrorisme, contribuer à l'escalade des conflits régionaux ou porter préjudice aux intérêts, nationaux ou internationaux, de la République sud-africaine. Enfin, le ministre de la Défense peut également refuser de délivrer une autorisation, pour toute autre raison qui mènerait à une « *situation inacceptable* ».

Les personnes, physiques ou morales, qui contreviendraient à la loi de 1998 sont susceptibles de se voir appliquer des sanctions pénales allant jusqu'à un million de rands⁸⁸ et/ou dix ans d'emprisonnement.

Cette loi de 1998 qui avait fondé de nombreux espoirs s'est révélée peu appliquée en pratique. Plusieurs difficultés coexistent. En premier lieu, de nombreuses entreprises passent outre la procédure d'autorisation, et, en second lieu, les peines qui pourraient leur être infligées sont considérées comme négligeables au vu de l'argent engrangé par les sociétés privées lors de la conclusion de tels contrats. Enfin, il est très difficile de poursuivre en justice les employés des sociétés militaires privées, surtout lorsque celles-ci ne sont pas sud-africaines.

Cette loi de 1998 aurait pu être efficace si elle avait été accompagnée d'une certaine volonté politique de poursuivre les ressortissants Sud-africains qui s'engagent comme mercenaires. Cependant, des centaines de sud-africains ont rejoint l'Irak, la Côte d'Ivoire et d'autres pays pour servir en tant que soldats, pilotes,...et ce en toute impunité. Seules deux personnes ont été condamnées au titre de la loi de 1998 : un ancien officier sud-africain a été condamné à une amende de 20 000 rands pour sa participation à des activités mercenaires⁸⁹, et un Français, naturalisé sud-africain, a été condamné à 100 000 rands d'amende et cinq années de prison avec sursis pour avoir recruté des mercenaires à destination de la Côte d'Ivoire⁹⁰. Les peines prononcées sont dérisoires au regard des

⁸⁸ Un million de rands équivaut environ à 106 000 €.

⁸⁹ *Un ex-officier sud-africain condamné pour activités mercenaires*. AFP, 13 Février 2004.

⁹⁰ SAVARIAUD, Stéphanie. *L'Afrique du Sud tape sur les doigts d'un barbouze*. Libération, 2 Août 2003.

sommes gagnées dans l'exercice de leurs activités mercenaires, et sont donc peu dissuasives.

Le phénomène des mercenaires constitués en entreprises est aujourd'hui préoccupant et l'on retrouve nombre de mercenaires sud-africains employés par des sociétés militaires privées sur le théâtre des différentes opérations militaires actuelles.

Une nouvelle loi a été adoptée en 2006 par le parlement sud-africain, afin d'interdire les activités mercenaires et de « *donner effet aux valeurs contenues dans la constitution et aux obligations internationales de la République* »⁹¹.

C'est cette loi sur l'interdiction des activités mercenaires et sur l'interdiction et la réglementation de certaines activités en zone de conflit⁹², qui est entrée en vigueur le 12 novembre 2007, qui s'applique dorénavant aux mercenaires et aux sociétés militaires privées.

Cette loi apporte divers changements et, notamment, elle supprime de la définition de l'assistance militaire à l'étranger les actions « *visant à renverser un gouvernement ou à porter atteinte à l'ordre constitutionnel, la souveraineté ou l'intégrité territoriale d'un État* » pour les insérer dans l'article 9 qui est relatif aux activités mercenaires.

Une autre modification importante est contenue dans l'article 1, §2, qui ne permet pas l'assistance militaire dirigée contre « *des luttes menées par des populations dans l'exercice de leur droit légitime à la libération* »

⁹¹ C'est ainsi qu'était présenté le projet de loi sur le site internet de la South African National Assembly.

⁹² Prohibition of Mercenary Activities and Prohibition and Regulation of Certain Activities in Areas of Armed Conflict Act, Act n° 27 of 2006.

nationale, à l'autodétermination, à l'indépendance contre le colonialisme, ou à la résistance contre l'occupation, l'agression ou la domination par des forces étrangères ». L'article précise que ces luttes doivent être « *en accord avec le droit international et particulièrement le droit international humanitaire* ». La nouvelle loi sud-africaine pose donc de nouvelles restrictions quant aux prestations de services d'assistance militaire.

Une autre disposition de la loi pourrait engendrer des difficultés. En effet, l'article 5 dispose que les missions humanitaires en zone de conflit sont dorénavant, elles aussi, soumises à autorisation. La loi de 1998 excluait expressément ce type de missions de son champ d'application (article 1, §3). Les organisations humanitaires ont exprimé leurs craintes de voir leurs délais d'action se rallonger en raison des autorisations à obtenir, mais elles n'ont pas été entendues alors qu'il est vrai que de nombreux sud-africains travaillent à l'étranger dans des buts humanitaires.

Enfin, une dernière innovation importante a été apportée par cette loi sur l'interdiction des activités mercenaires et sur l'interdiction et la réglementation de certaines activités en zone de conflit. La loi de 1998 contenait déjà une clause d'application extra territoriale qui permettait de poursuivre les Sud-africains pour des actes de mercenariat même s'ils avaient été commis à l'étranger. Les non nationaux ayant commis des infractions en dehors du territoire sud-africain étaient alors expressément exclus du champ d'application de la loi (article 9). La nouvelle loi prévoit à son article 11, §2, que tout étranger qui s'est rendu coupable de mercenariat, même en dehors du territoire sud-africain, doit être poursuivi en Afrique du Sud s'il y est arrêté et que sa demande d'extradition est rejetée. Cette loi instaure donc une compétence universelle, ce qui pourrait, si les conditions sont remplies, permettre des poursuites à l'encontre de tous les employés de toutes les sociétés militaires privées.

La difficulté inhérente à cette compétence universelle est qu'une personne étrangère pourrait être poursuivie en Afrique du Sud pour des actes de mercenariat commis dans un autre pays, alors même que ces actes de mercenariat ne sont pas obligatoirement condamnés par sa loi nationale ni par la loi du pays où elle a accompli ces actes.

Après l'adoption de la loi de 1998, l'Afrique du Sud a été considérée comme le premier pays mettant en place des moyens concrets afin de lutter contre les mercenaires « traditionnels » et les sociétés militaires privées. La loi a été en partie efficace car elle a permis de contrôler les actions des sociétés militaires privées, mais elle a été également difficile à mettre en œuvre, notamment en ce qui concerne les poursuites judiciaires.

La loi de 2006 paraît plus efficace, mais il faudra attendre les premiers cas d'application pour pouvoir véritablement se prononcer sur son efficacité. La loi de 2006 n'est, en effet, pas encore entrée en vigueur, bien qu'elle ait été adoptée par le Parlement le 17 Novembre 2006 et signée par le Président le 12 Novembre 2001. En 2010, le gouvernement d'Afrique du Sud avait indiqué au groupe de travail du Conseil des droits de l'homme qu'avant l'entrée en vigueur de cette loi certains règlements relatifs aux formulaires de demande, aux droits à acquitter ou encore à la liste des pays visés par la loi, devaient être impérativement adoptés. Ces règlements n'ayant toujours pas été mis en place, la loi de 2006 reste pour l'instant sans aucun effet juridique.

Il importe également de préciser que le 30 Mai 2012, le Gouvernement sud-africain a approuvé un projet de loi « portant modification du secteur de la sécurité privée » qui doit être soumis au Parlement. Ce projet, qui n'a pas encore été adopté, prévoit d'amender une loi de 2001, la Private Security Industry Regulation Act, qui concerne les entreprises de sécurité opérant sur le territoire sud-africain. Ce projet prévoit que les entreprises

de sécurité devront obligatoirement s'enregistrer auprès d'un organisme et que seules les entreprises détenues à au moins 51% par des ressortissants sud-africains seraient autorisées à exercer leurs activités.

Ce projet prévoit également que les entreprises qui recruteraient ou formeraient du personnel, ou encore exerceraient leurs activités en dehors du territoire de l'Afrique du Sud, devront rendre compte tous les mois de ces activités au Directeur de l'autorité de réglementation du secteur de la sécurité privée.

Sur le continent américain, l'efficacité de certaines mesures a déjà pu être évaluée. Avant d'adapter les instruments législatifs aux sociétés militaires privées, la législation américaine était surtout axée sur les contrats que pouvaient passer ces sociétés.

Malgré l'existence de nombreuses sociétés militaires privées américaines, la législation américaine ne définit pas la notion de mercenaire. La loi sur la neutralité de 1937⁹³ interdit les recrutements et les engagements effectués sur le territoire des États-Unis, mais ne condamne pas le simple fait d'être mercenaire. Cette loi ne concerne pas la prestation de services militaires ou la vente de tels services.

Selon la loi de 1937, toute personne qui s'engage sur le territoire des États-Unis pour rejoindre une armée étrangère s'expose à des poursuites et à une peine d'amende ou d'emprisonnement, cette dernière pouvant aller jusqu'à trois ans.

⁹³ Neutrality Act of 1937, ch.146, 50 Stat. 3. Disponible sur: www.ushda.org/neut1937.html

Par ailleurs, les Américains qui possèdent une double nationalité ne peuvent pas s'engager dans l'autre État dont ils sont ressortissants pour combattre contre un État avec lequel les États-Unis sont en paix.

Enfin, si une personne est libre de quitter des États-Unis pour ensuite s'engager à l'étranger, il est interdit de transporter à l'étranger des groupes de personnes ayant l'intention de s'engager. Il est également prohibé d'engager une personne sur le territoire des États-Unis, et de la faire sortir du pays pour qu'elle serve dans une armée étrangère.

La loi de 1968 sur le contrôle des exportations d'armes⁹⁴ s'applique aux sociétés militaires privées. Cette loi attribue au Président des États-Unis le pouvoir de contrôler les exportations d'armes⁹⁵. Cependant, ce pouvoir a été délégué au Secrétaire d'État⁹⁶.

Les sociétés militaires privées sont contrôlées par le biais de cette loi car si à l'origine cette loi ne concernait que les exportations de matériel militaire, son domaine d'application a cependant été étendu à la vente de services militaires dès 1980. Néanmoins, on peut s'interroger sur la volonté du Secrétaire d'Etat de limiter les activités de ces sociétés dont les Etats-Unis ont besoin en tant qu'instrument de politique étrangère.

En 1998, les Etats-Unis ont adopté le Règlement sur le trafic international d'armes⁹⁷ (ITAR). Il est intégré au Code of Federal Regulations,

⁹⁴ Arms Export Control Act of 1968, 22 U.S.C. § 2571-2799. Disponible sur: <http://uscode.house.gov/search/criteria.shtml>

⁹⁵ 22 U.S.C. § 2778.

⁹⁶ Executive Order n° 11958, 42 F.R. 4311, 3 C.F.R., 1977.

⁹⁷ International Traffic in Arms Regulations. Disponible sur: <http://www.gpoaccess.gov/cfr/index.html>

titre 22, sections 120 à 130 et concerne les transferts de connaissances, de biens et de services, dont elle règlemente les conditions d'exportation.

Toute personne qui fabrique ou exporte des biens, ou qui fournit des services, dans le domaine de la défense, a l'obligation de se faire enregistrer par le Department of State's Office Of Defense Trade Control (ODTC). On considère que la prestation de service militaire est définie comme la « *prestation d'une assistance –incluant l'entraînement- de ressortissants étrangers, tant aux États-Unis qu'à l'étranger, pour la conception, le développement, la fabrication (...) ou l'utilisation d'articles de défense (...), l'entraînement militaire d'unités et de forces étrangères, régulières ou irrégulières* »⁹⁸. Si le contrat doit être exécuté à l'étranger, les sociétés devront obtenir l'autorisation de l'ODTC. Ce dernier consulte le ministère de la défense ainsi que la représentation américaine située dans le pays du potentiel client, avant de donner son accord.

Cet accord pourra être rejeté par le Congrès dans un délai de trente jours. Selon la Constitution, le Congrès a un droit de regard sur ces contrats puisqu'il a le pouvoir de « *réglementer le commerce avec les nations étrangères* » (article 1, section 8, alinéa 3). Cependant, il n'est obligatoire de lui notifier les contrats que lorsqu'ils sont d'une valeur supérieure ou égale à 14 millions de dollars en ce qui concerne les équipements de défense les plus importants, ou les contrats dont le montant est supérieur ou égal à 25 millions de dollars en ce qui concerne les contrats conclus avec les États membres de l'OTAN, le Japon, l'Australie, et la Nouvelle-Zélande.

La section 2776 du titre 22 de l'United States Code prévoit que pour les articles et services militaires, seuls les contrats d'un montant égal ou supérieur à 50 millions de dollars seront présentés au Congrès. Cela

⁹⁸ Code of Federal Regulations, titre 22, section 120-9.

signifie donc que tous les contrats d'un montant inférieur à 50 millions de dollars, ou qui auront été scindés en différents contrats afin de ne pas atteindre ce seuil, ne sont pas soumis au contrôle du Congrès.

Il est également important de noter que la législation ITAR est limitée aux seuls cas dans lesquels les contrats des sociétés militaires privées contiennent également des transferts d'armes. Dans tous les autres cas, la législation ITAR ne leur est donc pas applicable.

Ce contrôle a priori des activités des sociétés militaires privées, que ce soit par le biais de la loi de 1968 ou de la loi de 1998, semble avant tout avoir été instauré pour s'assurer que les activités de ces sociétés n'aillent pas à l'encontre des intérêts de la politique extérieure menée par les États-Unis. Le Département d'État a d'ailleurs approuvé certains contrats qui étaient contestables. En effet, il a notamment été révélé qu'une société américaine avait formé avant le 11 septembre des combattants appartenant à un groupe terroriste islamiste alors qu'elle pensait entraîner des militaires pakistanais⁹⁹.

Si le contrôle a priori peut aisément être contourné, le contrôle a posteriori sur ces contrats est quasiment inexistant. En effet, aucune administration spécialisée n'a été instituée pour veiller au bon déroulement de l'accomplissement de ces contrats sur le terrain, et ce malgré la longueur des missions confiées à ces sociétés militaires privées et leur importance. Un rapport de mai 2002¹⁰⁰ du General Account Office (GAO), l'équivalent américain de la Cour des comptes, a confirmé l'inexistence de contrôles a

⁹⁹ BARRE, Nicolas, MADELAINE, Nicolas. *La guerre privatisée*. Les Echos, 29 Juin 2004, p. 15.

¹⁰⁰ General Account Office, Need to Strengthen Guidance and Oversight of Contingency Operations Cost, GAO-02-450. Disponible sur: www.gao.gov/new.items/d02450.pdf

posteriori. Les rapporteurs ont été stupéfaits que personne au ministère de la Défense ne puisse leur indiquer avec précision combien de sociétés militaires privées étaient déployées aux Balkans pour le compte des États-Unis et quelles étaient leurs activités.

Ce rapport de mai 2002 fait également état d'autres abus liés à l'absence de contrôle a posteriori, notamment des problèmes de surfacturation ou d'ajout de dépenses indues. Le GAO cite l'exemple d'une opération estimée à 191,6 millions de dollars et approuvée pour un tel montant par le Congrès en février 1997, et qui deux ans plus tard a été facturée à 461,5 millions de dollars.

Ainsi, seul le fait de recruter un mercenaire ou d'être recruté comme tel sur le territoire des États-Unis est puni, mais le fait même d'être mercenaire n'est pas condamné. Quant aux contrôles des contrats conclus avec des sociétés militaires privées, ils sont relativement ténus, ce qui s'explique par le fait que ces sociétés représentent un véritable instrument de politique étrangère pour les États-Unis. C'est pourquoi ces sociétés ont pu, notamment, soutenir, et ce très discrètement, la politique étrangère américaine menée en Angola, en Colombie, en Croatie ou encore en Bosnie, et, plus ouvertement aujourd'hui, en Irak. Comme le précise le sénateur Michel Pelchat, « *c'est dans le cadre de ces sociétés autorisées et contrôlées par le gouvernement que d'anciens militaires américains peuvent louer leurs services à travers le monde en toute légalité* »¹⁰¹.

¹⁰¹ PELCHAT, Michel. *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat*, rapport n°142, annexé au procès-verbal de la séance du 23 Janvier 2003, p. 12.

On peut aussi citer l'exemple de la Suisse qui envisage actuellement d'interdire sur son territoire les entreprises qui pratiquent le mercenariat. Le Conseil fédéral veut en effet interdire ces entreprises et instaurer une obligation de déclarer les activités de sécurité qui sont exercées à l'étranger.

Le projet de loi¹⁰² concerne les entreprises qui fournissent des services de sécurité à l'étranger depuis la Suisse, mais également celles qui exercent en Suisse des activités en rapport avec ces services, ou qui sont établies en Suisse et contrôlent des entreprises de sécurité exerçant à l'étranger. Ce projet prévoit d'interdire à ces entreprises de prendre part directement aux hostilités dans le cadre d'un conflit armé à l'étranger, de recruter, de former et de mettre à disposition du personnel en Suisse et à l'étranger en vue d'une telle participation directe aux hostilités, et d'interdire aussi d'exercer des activités susceptibles de favoriser des violations graves des droits de l'homme. Ces entreprises devront respecter le Code de conduite international adopté en Novembre 2010¹⁰³.

Le projet prévoit que si les entreprises de sécurité basées en Suisse envisagent de fournir des prestations de sécurité à l'étranger, elles devront obligatoirement l'annoncer à l'autorité compétente. Cette autorité aura un délai de 14 jours pour annoncer à l'entreprise si elle souhaite ou non examiner plus précisément l'activité qui doit être exercée à l'étranger afin de vérifier qu'elle ne contrevient pas à la loi. Si, à l'issue de cet examen, l'activité est considérée comme contrevenant à la loi, elle sera interdite. Le projet de loi prévoit que cet autorité dispose de mesures de contrôle afin de

¹⁰² Consultable à cette adresse :

<http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen/bot-f.pdf>

¹⁰³ Cf. *Infra*.

contrôler que l'activité interdite ne soit pas tout de même exercée, notamment la possibilité de visiter sans préavis les locaux commerciaux de l'entreprise, ou encore de confisquer du matériel. Des peines de prison de trois ans maximum et des amendes pourront être prononcées.

Ce projet de loi prévoit également que les autorités fédérales suisses devront respecter certains principes lorsqu'elles auront recours aux prestations d'entreprises de sécurité privées exerçant à l'étranger. Ces autorités peuvent contracter avec de telles entreprises pour des tâches définies : la protection de personnes, la garde et la surveillance de biens et de fonds, la protection et le transfert de valeurs matérielles et immatérielles, la protection et le traitement de données.

Avant de passer un contrat avec ces entreprises, les autorités fédérales devront s'assurer qu'elles remplissent les conditions liées aux recrutements, à la formation et à la surveillance du personnel, qu'elles ne se sont jamais rendues coupables de violation des droits de l'homme, qu'elles disposent de mécanismes de contrôles internes garantissant le comportement de leur personnel et permettant des sanctions, et qu'elles ont formé leur personnel quant aux tâches à effectuer, aux législations nationales et internationales,...

Le projet de loi permet aux autorités fédérales de déroger à toutes ces conditions dans le cas où aucune entreprise ne les remplissant ne serait disponible et où la tâche ne pourrait être effectuée autrement. Le contrat ne pourrait alors pas dépasser une durée de six mois.

L'utilisation des armes est également encadrée par ce projet de loi et limitée à l'exécution de tâches de protection et aux situations de légitime défense ou d'état de nécessité. Lorsque ce sont les autorités fédérales qui contractent avec des entreprises de sécurité, le contrat doit prévoir expressément la possibilité d'utiliser des armes.

Il faudra attendre l'adoption de ce projet et sa mise en application pour pouvoir en étudier concrètement l'efficacité.

La France a adopté en 2003 une loi visant à réprimer l'activité de mercenaire. Cette loi, bien qu'étant un premier pas vers la répression de telles activités longtemps tolérées, ne s'est cependant pas intéressée au phénomène pourtant important des sociétés militaires privées. Les dispositions législatives britanniques, quant à elles, sont peu nombreuses et ne s'appliquent pas non plus à ces sociétés.

§2 : Des législations françaises et britanniques cantonnées aux mercenaires dits « traditionnels ».

La France est le premier pays européen à s'être doté, en 2003, d'une législation visant à lutter contre le mercenariat, mais celle-ci connaît des limites. Madame Michèle Alliot-Marie, ministre de la défense, avait d'ailleurs précisé lors des débats à l'Assemblée Nationale que cette loi ne visait pas à « *remettre en cause cet usage* » du mercenariat, mais à en « *sanctionner les excès* ». ¹⁰⁴

C'est en 1997, lors du changement de majorité au pouvoir, qu'est lancée, en France, la réflexion sur le mercenariat. On ne compte alors, dans le droit national français, que des dispositions qui concernent indirectement la question du mercenariat. L'article 23-8 du Code civil spécifie que

¹⁰⁴ ALLIOT-MARIE, Michèle. *Compte-rendu analytique officiel*, Assemblée Nationale, session ordinaire de 2002-2003, 1^{ère} séance du jeudi 3 Avril 2003, p. 2.

« perd la nationalité française le Français qui, occupant un emploi dans une armée ou un service public étranger ou dans une organisation internationale dont la France ne fait pas partie ou plus généralement leur apportant son concours, n'a pas résigné son emploi ou cessé son concours nonobstant l'injonction qui lui en aura été faite par le Gouvernement ».

L'article 25 du même Code civil ajoute que peut être déchu de la nationalité française tout individu qui s'est livré à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France. En outre, le Code Pénal réprime, à l'article 413-1, le fait d'inciter des militaires français à passer au service d'une puissance étrangère, et l'article 35 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires interdit aux militaires en activité d'exercer « *à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit* ». Enfin, le premier article du décret du 11 janvier 1996 précise que certaines catégories de militaires sont tenues d'informer leur administration de tutelle de la nature de leurs nouvelles activités privées et lucratives lorsqu'ils cessent leurs fonctions ou ont cessé celles-ci depuis moins de cinq années.

Ces dispositions ne permettaient pas d'entamer de réelles poursuites à l'encontre d'individus s'étant livrés à des activités mercenaires. Ainsi, M.Garcia cite l'exemple de mercenaires français qui étaient poursuivis pour avoir participé à un coup d'État aux Comores et qui n'ont été mis en examen que pour « association de malfaiteurs ».¹⁰⁵

Une commission interministérielle fut mise en place et débuta ses travaux en 1999. Ses travaux demeurèrent secrets jusqu'en 2001. Le 21 mars 2002, un avant-projet de loi fut déposé au Conseil d'État qui nota qu'aucune définition du mercenariat ne figurait dans le texte. En

¹⁰⁵ GARCIA, Thierry. *La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire*, RGDIP, vol.3, 2003, p. 677.

conséquence, le titre de la loi fut modifié pour faire référence non plus à la répression de l'activité de mercenariat, mais à la répression de l'activité de mercenaire. Le 3 avril 2002, cet avant-projet, ayant été avalisé par le Conseil d'État, fut présenté au Conseil de ministres, puis déposé au Sénat.

En mai 2002, M.Raffarin fut nommé au poste de premier ministre et délaissa ce projet de loi au profit de la loi de programmation militaire alors que deux affaires de mercenariat s'étaient déroulées en 2001 aux Comores et en 2002 à Madagascar. A la fin de l'année 2002, la situation en Côte d'Ivoire relança le processus législatif et la loi fut adoptée le 14 avril 2003. Cette loi n°2003-340 a été publiée au Journal officiel de la République Française du 15 avril 2003, suite à sa promulgation par le Président de la République.

La loi du 14 avril 2003 a été intégrée au Code pénal au sixième chapitre, qui contient les articles 436-1 à 436-5, dans le troisième Titre du Livre IV intitulé « *Des crimes et des délits contre la nation, l'État et la paix publique* ». L'article 436-1 dispose :

« Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende le fait :

1° Par toute personne, spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé et qui n'est ni ressortissante d'un État partie audit conflit armé, ni membre des forces armées de cet État, ni n'a été envoyée en mission par un État autre que l'un de ceux parties au conflit en tant que membre des forces armées dudit État, 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

État et qui n'est ni ressortissante de l'État contre lequel cet acte est dirigé, ni membre des forces armées dudit État, ni n'a été envoyée en mission par un État, de prendre ou de tenter de prendre part à un tel acte en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération importante. »

La définition du mercenariat adoptée par la loi française est très classique et l'on y retrouve différents éléments consacrés par l'article 47 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève et par la Convention de l'ONU de 1989. Mais, l'incrimination du mercenariat est importante car jusque-là seules les Conventions de l'OUA et de l'ONU relatives au mercenariat considéraient que l'activité mercenaire était constitutive d'une infraction. Or, la France n'est partie à aucune de ces deux conventions. En revanche, la France a ratifié le Statut de la Cour pénale internationale, mais ce dernier ne considère malheureusement pas le mercenariat comme une infraction pénale dont la Cour pourrait connaître.

L'article 436-1 punit de cinq ans de prison et de 75 000 Euros d'amende l'activité de mercenaire telle qu'elle est définie par cet article. Le fait d'être mercenaire ne suffit pas à constituer l'infraction, c'est l'activité de mercenaire qui est constitutive de l'infraction pénale. L'activité de mercenaire est considérée comme un délit, et non comme un crime, et il s'agit donc des peines maximales possibles selon le droit pénal.

Pour M.Joulaud, rapporteur pour ce projet de loi, cette définition de l'infraction « *n'appelle pas d'observation particulière. Elle s'insère dans la caractérisation habituelle des peines prévues pour l'action irrégulière des Français à l'étranger en matière militaire ou d'armement (...)* Il est logique que

ce qui apparaît comme l'exportation illégale de services militaires soit puni de peines comparables »¹⁰⁶.

L'article 436-1 du code pénal a trait à la fois à la participation du mercenaire à un conflit armé national et à sa participation à un conflit armé international.

Pour être qualifié de mercenaire au regard de la loi française, différents critères doivent être cumulativement remplis : être spécialement recruté pour combattre dans un conflit armé, prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités, en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération nettement supérieure à celle payée ou promise à des combattants ayant un rang et des fonctions analogues dans les forces armées de la partie pour laquelle il doit combattre, ne pas être ressortissant d'un État partie au conflit, ne pas être membre des forces armées de cet État et ne pas avoir été envoyé par un État autre que l'un de ceux des parties au conflit en tant que membre des forces armées de cet État.

Le critère de la rémunération se révèle problématique dans toutes les définitions du mercenaire, car il peut être un moyen pour les mercenaires de dissimuler leur véritable nature. Or, un mercenaire n'est pas toujours attiré de manière exclusive par l'appât du gain, il peut avoir d'autres motivations. Afin de résoudre cette difficulté, le législateur français s'est distingué des textes internationaux, dans la loi de 2003, en faisant

¹⁰⁶ JOULAUD, Marc. Rapport, *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées*, rapport n°671, 7 Mars 2003, p. 9. Disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0671.asp>

référence, non pas à une rémunération « matérielle », mais à une simple rémunération, ce qui permet d'englober davantage de personnes.

La loi de 2003 se distingue également de l'article 47 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 par le fait qu'elle ait supprimé la qualité de « *résident d'un territoire contrôlé par une partie au conflit* ». Le fait de détenir une telle qualité n'empêche donc pas, selon la loi française, d'être qualifié de mercenaire. Pour Monsieur Joulaud, « *cette omission est logique : outil de droit international, le protocole se devait de prévoir le cas des résidents d'un territoire contrôlé, ou occupé, par une partie à un conflit, et privés par celle-ci de nationalité. En revanche, le projet de loi ne concerne, par définition, que les activités à l'étranger des nationaux français. L'omission de cette qualité de « résident » a donc pour seul effet d'interdire à un Français d'exciper de sa résidence habituelle dans un État étranger pour prendre part, à titre personnel et sans engagement dans les forces, à des conflits, internes ou extérieurs, impliquant cet État* ». ¹⁰⁷

Le critère de la participation directe aux hostilités qui a été retenu permet, contrairement à celui de la participation indirecte aux hostilités, de ne pas qualifier de mercenaires des personnes qui seraient envoyées, à titre d'aide aux gouvernements étrangers, par la France en tant que, par exemple, experts militaires. C'est en partie parce que la Convention de l'ONU du 4 décembre 1989 contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires a retenu, au contraire, le critère de la participation indirecte aux hostilités, que la France n'a pas ratifié cette Convention, car cela a pour conséquence « *eu égard au*

¹⁰⁷ JOULAUD, Marc. Rapport, *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées*, rapport n°671, 7 mars 2003, p. 16.

caractère très large de la définition de la qualité de « mercenaire », que c'est l'ensemble des industriels de l'armement d'un pays, voire les plus hauts fonctionnaires de ses ministères de la défense ou des affaires étrangères, ainsi que les plus hautes autorités de l'État qui pourraient être poursuivis en application de la Convention »¹⁰⁸.

En retenant le critère de la participation directe dans sa loi de 2003, la France se réserve la possibilité d'envoyer à l'étranger, pour aider certains États amis, des conseillers militaires, sans que ceux-ci soient qualifiés de mercenaires. Cela permet à la France de conserver un instrument important de politique étrangère et également d'écartier toute hypothèse de mise en jeu de la responsabilité pénale des dirigeants étatiques, ce qui constitue une donnée non négligeable.

Le deuxième alinéa de l'article 436-1 du code pénal incrimine la participation à un acte concerté de violence. En effet, est visée toute personne qui participe à une action violente « *visant à renverser les institutions ou porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État* ». Dans le cadre de cet alinéa également, six conditions doivent être remplies pour que l'infraction soit constituée : être spécialement recruté en vue d'un acte concerté de violence, prendre ou tenter de prendre part à un tel acte, en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération importants, ne pas être ressortissant de l'État concerné, ne pas être membre de ses forces armées et ne pas être envoyé en mission par un État. La loi de 2003 s'est fortement inspirée de la Convention de l'ONU de 1989 pour cet alinéa. Au

¹⁰⁸JOULAUD, Marc. Rapport, *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées*, rapport n°671, 7 mars 2003, p. 12.

contraire, l'article 47 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ne vise pas cette situation. La loi française a cependant un champ d'application moins large que la Convention de 1989 car elle ne concerne que les mercenaires qui participent directement aux hostilités ou qui prennent part à un acte concerté de violence visant à renverser les institutions ou à porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État.

La loi d'avril 2003 met en place une répression *ratione personae* sévère qui s'exerce tant à l'encontre du mercenaire que du commanditaire.

L'influence de la Convention de l'ONU de 1989 se retrouve dans l'article 436-2 du code pénal. En effet, les articles 2 et 5 de la Convention répriment l'organisation de services visant le recrutement, le financement ou l'entraînement de mercenaires. L'article 436-2, quant à lui, stipule que :

« 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 Euros d'amende. »

Le commanditaire, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, peut être puni de sept années de prison et de 100 000 Euros d'amende. Il s'agit d'un délit qui relèvera d'un tribunal correctionnel, de la même manière que les infractions visées à l'article 436-1.

En permettant de poursuivre le commanditaire du mercenaire, la loi de 2003 s'adapte à l'évolution du mercenariat car il est aujourd'hui très rare qu'un mercenaire ne soit pas commandité par une personne physique ou morale.

Le législateur français n'a cependant pas été jusqu'à viser les sociétés militaires privées, qui sont pourtant elles aussi une évolution du mercenariat. Le rapport de la commission des Affaires étrangères, de la

défense et des forces armées démontre bien que les sociétés militaires privées ne sont pas concernées par la loi de 2003 :

« Si le débat sur l'intervention dans le domaine de la sécurité, voire du conseil et de l'assistance militaires, de sociétés privées spécialisées, ne semble pas aujourd'hui véritablement lancé en France, à la différence de ce que l'on constate au Royaume-Uni, il faut observer que le projet de loi ne préjuge en rien de l'attitude que pourraient adopter les pouvoirs publics. Il 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. Pour l'heure ce débat n'est pas d'actualité ». ¹⁰⁹

L'article 436-3 du code pénal est relatif à la compétence *ratione loci*. Il dispose :

« Lorsque les faits mentionnés au présent chapitre sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables. »

La loi de 2003 a donc mis en place une compétence *ratione loci* étendue qui entraîne une dérogation au principe de territorialité de la loi pénale.

En stipulant que « *les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables* » pour les infractions visées aux articles 436-1 et 436-2, l'article 436-3 permet de ne pas exiger de double incrimination

¹⁰⁹ JOULAUD, Marc. Rapport, *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées*, rapport n°671, 7 mars 2003, p. 19.

et d'engager des poursuites indépendamment de la législation du pays où le fait délictueux a été commis et des procédures qui y ont été engagées. Cela équivaut à la mise en place d'une compétence universelle, et permet de justifier le refus de la France d'une telle compétence contenue dans le texte de la Convention de l'ONU du 4 décembre 1989, car « *si la France refuse aux justices étrangères le droit de juger ses ressortissants pour mercenariat, elle se dote en contrepartie des instruments qui lui permettent de les poursuivre partout dans le monde* ». ¹¹⁰ Cependant M. Isler relativise l'efficacité de cet article 436-3 qui peut entrer en conflit avec les lois des différents territoires dans lesquels il peut être appliqué. La loi de 2003 n'ayant prévu aucune disposition relative au règlement des conflits de lois, ce sont les différents juges nationaux qui devront les trancher, ce qui ne se fera pas toujours en faveur de la loi française, la loi du for primant généralement en matière pénale ¹¹¹. Il est peu probable qu'un État renonce à exercer sa compétence en matière de justice au profit des juridictions françaises, d'autant plus que la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique de 1977 oblige tout État contractant à exercer une telle compétence.

L'article 436-4 prévoit que trois peines complémentaires peuvent être prononcées par le tribunal. Il s'agit de l'affichage ou de la diffusion de la condamnation, de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, et,

¹¹⁰ JOULAUD, Marc. Rapport, *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées*, rapport n°671, 7 mars 2003, p. 19.

¹¹¹ ISLER, Thierry. *La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire*, in Jean-Jacques ROCHE, *Insécurité publiques, sécurité privée ? Essai sur les nouveaux mercenaires*. Paris : Economica, 2005, p. 105.

enfin, de l'interdiction de séjour dans certains lieux indiqués dans le jugement.

L'article 436-5 prévoit lui aussi des peines complémentaires mais elles concernent les personnes morales impliquées dans les activités définies à l'article 436-2.

Le dossier Coulibaly a fourni la première occasion d'appliquer la loi du 14 avril 2003. En effet, le 23 août 2003, la DST a arrêté à Paris un groupe, mené par Ibrahim Coulibaly, sergent ivoirien, soupçonné de fomenter, depuis la France, un coup d'État afin de renverser le président ivoirien Laurent Gbagbo.

Les quatorze personnes composant ce groupe ont été mises en examen par Monsieur le Juge Jean-Louis Bruguière pour « appartenance à une association de malfaiteurs » et « recrutement spécial de mercenaires ».

Le gouvernement français, après s'être félicité de cette arrestation, a exprimé son souhait de voir les dispositions de la loi du 14 avril 2003 pleinement appliquées.

Ibrahim Coulibaly, après avoir été libéré sous caution et placé sous contrôle judiciaire pendant deux ans, a cependant pu quitter la France en 2005, tandis que les autres membres du groupe ont été progressivement tous libérés, jusqu'au dernier en août 2004.

Le 18 décembre 2007, la France a émis un mandat d'arrêt à l'encontre d'Ibrahim Coulibaly, qui reste aujourd'hui encore introuvable. En juin 2004¹¹², il a été condamné par contumace à quatre ans de réclusion après avoir été reconnu coupable de « direction ou organisation de

¹¹² Tribunal correctionnel de Paris, 4 juin 2008.

groupement ayant pour objet une activité mercenaire ». Sept autres personnes ont été condamnées à des peines allant de 10 mois de prison avec sursis à 30 mois de prison ferme pour avoir organisé le projet de coup d'Etat.

Cette première affaire est importante car elle démontre qu'une telle loi peut être appliquée dans les affaires impliquant des mercenaires « traditionnels ». Cependant, s'il faut reconnaître l'effort effectué par le législateur français pour combattre les mercenaires, on peut lui reprocher certaines lacunes et notamment l'absence totale de dispositions concernant les sociétés militaires privées, ce qui risque de rendre rapidement cette loi désuète.

Le Royaume-Uni, siège de nombreuses sociétés militaires privées, ne dispose pas, quant à lui, de lois qui leurs soient spécifiquement dédiées.

La seule législation britannique existant relativement au mercenariat date de 1870. Il s'agit du Foreign Entlistment Act. Cette loi ne contient aucune définition du mercenaire mais interdit le recrutement de mercenaires sur le territoire national et incrimine les actes des personnes qui s'engagent dans une action militaire contre un État en paix avec le Royaume-Uni sans l'autorisation du gouvernement britannique. Cette loi n'a jamais été utilisée et est actuellement dépassée.

Les sociétés militaires privées se sont donc développées au Royaume-Uni en dehors de tout cadre législatif.

Cependant, il faut tout de même signaler que certaines réglementations peuvent s'appliquer aux sociétés militaires privées même si elles ne leur sont pas spécifiquement dédiées. Ainsi, la loi sur le terrorisme, de 2000, peut s'appliquer aux sociétés militaires privées par le biais de sa

sixième partie qui est consacrée à la réglementation de l'initiation au combat et aux armes, à l'intérieur et à l'extérieur du territoire britannique. La loi sur les entreprises de sécurité privée, de 2001, peut également à certains égards leur être appliquée. Quant à la loi, de 2002, sur le contrôle des exportations, elle peut concerner les sociétés militaires privées par ses dispositions relatives aux transferts de technologie et à l'assistance militaire technique à l'étranger.

Enfin, des textes de valeur infra-législative imposent des obligations aux militaires vis à vis des sociétés militaires privées. Ainsi, deux circulaires du Foreign and Commonwealth Office¹¹³ imposent aux militaires qui sont en contact avec des sociétés militaires privées de remplir certaines obligations afin qu'ils rendent des comptes et aient des comportements précis.

Le débat sur la nécessité d'une législation concernant les sociétés militaires privées existe au Royaume-Uni et y est particulièrement vif depuis 1998, date à laquelle ont été révélées deux affaires sujettes à controverses.

En effet, la société militaire privée britannique Sandline a, tout d'abord, été vivement critiquée pour son intervention en Papouasie

¹¹³ Foreign and Commonwealth Office, *Dealing with private military companies in Iraq*, 7 Juillet 2004. Disponible sur:

<http://www.fco.gov.uk/Files/kfile/PMCs%20guidance%20Iraq%20and%20general%20-%20master%20version.doc>

Foreign and Commonwealth Office, *Guidance on contacts with private military and security companies*, 30 Avril 2004. Disponible sur:

<http://collections.europarchive.org/tna/20080205132101/fco.gov.uk/Files/kfile/20061018-r-Revised%20guidelines%20final,0.pdf>

Nouvelle-Guinée qui a entraîné une dégradation de la vie politique et a finalement mené à un coup d'État.

Dans un deuxième temps, cette même société militaire privée, Sandline, a été accusée de violer l'embargo décrété par l'ONU à l'encontre du Sierra-Léone, et d'y exporter des armes. Les investigations ont, ensuite, démontré que Sandline avait été soutenue dans ces exportations d'armes par le Foreign Office et le MI-6.

Ces deux scandales amenèrent le gouvernement britannique à réfléchir à une réglementation des sociétés militaires privées. Le résultat de ce travail, mené par une commission parlementaire, se présente sous la forme d'un « *Green Paper* », ou livre blanc, intitulé « *Private Military Companies: options for regulation* ».

Ce document semble indiquer que le Royaume-Uni s'oriente plutôt vers un système à l'américaine qui consiste à réguler et à légaliser les activités des sociétés militaires privées. Aucune sanction pénale n'est prévue par le livre blanc à l'encontre de ces sociétés. Ces dernières pourraient donc jouer un véritable rôle dans la politique étrangère britannique.

Suite à la parution de ce document en février 2002, le premier ministre britannique, Monsieur Tony Blair, avait indiqué qu'il prendrait en considération ce rapport. A l'heure actuelle aucune législation relative aux sociétés militaires privées n'a encore été adoptée au Royaume-Uni. Au mois d'avril 2009, le Foreign and Commonwealth Office a indiqué qu'il voulait mettre en place un code de conduite pour les sociétés militaires privées basées au Royaume-Uni. Il faudra attendre l'élaboration d'un texte précis pour pouvoir se prononcer sur son efficacité, mais bien souvent les codes de conduite se sont révélés peu efficaces car peu contraignants.

Au vu des conventions internationales et des législations nationales, il n'existe pas réellement de définition du mercenaire, car il est très difficile qu'une personne remplisse toutes les conditions posées par ces textes pour être qualifiée de mercenaire.

Ces législations sont donc dans leur grande majorité peu utiles à l'encontre des mercenaires, alors que leur but était louable.

Les employés des sociétés militaires privées ne peuvent pas non plus être qualifiés de mercenaires selon ces textes législatifs. La grande majorité de la doctrine s'accorde sur ce point. Et ils pourraient de toute façon aisément contourner ce statut. En effet, les employés des sociétés militaires privées peuvent être incorporés dans l'armée nationale (ce fut le cas pour les employés de la société Sandline lorsqu'ils intervinrent sur le territoire de la Papouasie Nouvelle-Guinée en 1997). L'autre solution, indiquée par M.Singer¹¹⁴, peut également consister pour la société militaire privée à obtenir une autorisation d'un gouvernement pour qu'elle puisse ainsi être considérée comme « *envoyée par un État autre qu'une partie au conflit en mission officielle* »¹¹⁵.

¹¹⁴ SINGER, Peter Warren. *War, Profits and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law*. Columbia Journal of Transnational Law, n° 42, 2004, p. 533.

¹¹⁵ Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, 4 Décembre 1989, article 1, §1.

Chapitre 2 : La définition du statut des employés des sociétés militaires privées.

Les réglementations internationales et nationales ne définissent pas assez précisément le statut des employés des sociétés militaires privées. En effet, la notion de mercenaire dit « traditionnel » est définie par le droit international, notamment par les Conventions de Genève, et même si l'on peut relever des imperfections dans la détermination de cette qualification de mercenaire, ses conséquences sont clairement établies. Le statut des employés des sociétés militaires privées, a contrario, n'est visé directement par aucun texte international et reste encore difficile à déterminer avec précision.

Un nombre important d'auteurs a étudié le statut qui pourrait être appliqué aux employés des sociétés militaires privées et diverses possibilités ont été envisagées (Section 1).

Définir ce statut est fondamental afin de pouvoir déterminer ensuite la protection à laquelle ils ont droit, les devoirs auxquels ils doivent se conformer et même les poursuites qui seront possibles à leur rencontre (Section 2).

Section 1 : Le statut envisageable pour les employés des sociétés militaires privées.

Les deux catégories principales envisagées par le droit international humanitaire sont celles de combattant et de civil. Il est important d'analyser

le statut des employés des sociétés militaires privées afin de savoir s'ils peuvent faire partie de l'une de ces catégories. Selon la réponse apportée à cette question, il sera possible aux forces faisant face à ces employés de savoir si ces derniers constituent des objectifs militaires légitimes qu'ils peuvent légalement prendre pour cible. Cela permettra aussi de définir si ces employés peuvent participer directement aux hostilités de façon légale ou s'ils peuvent être poursuivis pour cela.

Le statut de combattant est défini par les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I (§1), tout comme d'ailleurs le statut de civil (§2). Au-delà de ces deux catégories classiques, nous verrons qu'il est possible d'envisager l'appartenance des employés des sociétés militaires privées à d'autres catégories.

§1 : Les employés des sociétés militaires privées, combattants au sens du droit international ?

Il convient d'analyser si les employés des sociétés militaires privées pourraient appartenir à la catégorie des combattants telle que définie par le droit international.

Le statut de combattant est accordé aux membres des forces armées d'une partie au conflit¹¹⁶ ou aux membres des milices et des corps de

¹¹⁶ Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 4 A §1 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977, art. 43.

volontaires qui appartiennent à une partie au conflit et remplissent des conditions spécifiques¹¹⁷.

Le but de cette distinction fondamentale entre combattants et non combattants, c'est-à-dire civils, est d'assurer dans tous les cas que les conflits armés internationaux soient le fait seulement de combattants des parties belligérantes. Les combattants ainsi définis peuvent légalement attaquer les combattants ennemis ou les objectifs militaires, causant la mort, des blessures ou des dommages divers. A contrario, les civils ne sont pas autorisés à participer au combat, mais ils bénéficient de la protection générale contre les dangers provenant des opérations militaires.

Un civil peut bien entendu se transformer en combattant. Tout combattant est un ancien civil. Comme l'indique le Professeur Yoram Dinstein¹¹⁸, « *personne ne naît combattant* ». De même, un combattant peut se retirer et redevenir un civil. Mais personne ne peut être à la fois civil et combattant. Que ce soit sur terre, dans les airs ou sur les eaux, on ne peut pas à la fois combattre l'ennemi et demeurer civil. Cette norme générale est apparue pour la première fois en 1856 dans l'article premier de la Déclaration de Paris, qui concerne la guerre maritime : « *La course est et demeure abolie* ». Les corsaires visés par ce texte avaient des lettres de marque officielles du gouvernement qui les autorisaient à attaquer des navires marchands. De tels comportements ont ensuite été prohibés de la même façon dans les lois de la guerre sur terre.

¹¹⁷ Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, art. 4 A §2.

¹¹⁸ DINSTEIN, Yoram. *Unlawful Combatancy*. Israël Yearbook on Human Rights, n° 32, 2002, p. 247.

Pour que les employés des sociétés militaires privées puissent être considérés comme des combattants, ils doivent remplir les conditions posées par l'article 4 A 2 de la troisième Convention de Genève qui détermine qui a droit au statut de prisonnier de guerre. Cet article dispose qu'appartiennent à la catégorie des combattants :

« Les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes :

a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;

b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;

c) de porter ouvertement les armes ;

d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ».

Cet article vise les milices ou les corps de volontaires dans leur ensemble, donc il semble qu'il faille considérer chaque société comme une entité et examiner le cas de chaque société séparément. Cela risque d'entraîner des difficultés dans l'application même du droit. S'il devient difficile de distinguer les employés des sociétés militaires privées qui ont le statut de combattant, et qui peuvent donc être considérés comme des cibles légales, et les employés des autres sociétés militaires privées qui n'ont pas le statut de combattant et qui donc ne peuvent pas être pris pour cible sous peine de violer les Conventions de Genève, le droit international risque tout simplement de ne plus être pris en considération. Si le droit international

humanitaire devient trop abscons, il ne pourra plus être concrètement appliqué sur le champ de bataille.

Si l'on observe la centaine de sociétés militaires privées opérant en Irak, on peut voir que certaines font, par exemple, porter des uniformes à leurs employés, mais que ce n'est pas le cas de toutes.

Peu d'employés de sociétés militaires privées sont soumis à un commandement responsable et d'une manière générale peu d'entre eux répondent aux critères posés par l'article 4 A 2.

Certains employés pourraient donc être qualifiés de combattants, s'ils remplissaient toutes ces conditions, mais la majorité d'entre eux ne le peut pas.

C'est pour cette raison que certains auteurs¹¹⁹ ont avancé l'idée selon laquelle ces employés pourraient être qualifiés de combattants illégaux.

La notion de « combattant illégal » ne figure ni dans les Conventions de Genève ni dans aucun autre instrument de droit international. Elle a été adoptée afin de décrire les groupes de personnes qui combattent sans aucune autorité légale pendant les conflits armés.

L'expression « combattant illégal » est apparue dans la jurisprudence en 1942, dans l'arrêt *Ex Parte Quirin*¹²⁰, par lequel la Cour Suprême des États-Unis a jugé que des espions nazis détenus par les forces armées

¹¹⁹ Pour une description de leurs arguments voir DORMANN, Knut. *The legal situation of « unlawful/unprivileged combatants »*. Revue internationale de la Croix-Rouge, vol.85, n° 849, Mars 2003, p. 45.

¹²⁰ *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

américaines pouvaient être privés de leurs garanties constitutionnelles, même s'ils étaient citoyens américains :

« Le droit de la guerre établit une distinction entre (...) combattants légaux et illégaux. Les combattants légaux sont susceptibles d'être capturés et détenus en tant que prisonniers de guerre pour leur opposition aux forces armées. Les combattants illégaux sont de même sujets à la capture et à la détention, mais, en outre, ils peuvent subir un procès et une peine de la part des tribunaux militaires pour des actes qui rendent leur belligérance illégale.»

Il s'agissait alors de la première exception à la jurisprudence constante de la Cour Suprême américaine selon laquelle les tribunaux civils étaient compétents pour juger les citoyens américains détenus par les forces armées des États-Unis. Mais, récemment, ce sont les difficultés liées au statut des détenus de Guantanamo qui ont mis en exergue ce concept.

L'existence même de combattants illégaux fait l'objet de nombreuses controverses au sein de la doctrine en droit international. L'expression « combattant illégal » ne figurant dans aucun texte de droit international, de nombreux auteurs se sont essayés à la définir. M.Dörmann¹²¹ utilise le terme de « combattant illégal » pour décrire toute personne qui prend une part directe aux hostilités sans y être autorisée et qui ne peut, par conséquent, être considérée comme prisonnier de guerre quand elle tombe aux mains ennemies. Il inclut dans cette notion les civils qui prennent part directement aux hostilités, les membres des milices ou les corps de volontaires (y compris les mouvements de résistance organisée) qui ne sont pas intégrés à une force armée régulière mais qui appartiennent à une

¹²¹ DORMANN, Knut. *The legal situation of « unlawful/unprivileged combatants »*. Revue internationale de la Croix-Rouge, vol.85, n° 849, Mars 2003, p. 45.

partie au conflit, à condition qu'ils ne répondent pas aux conditions de l'article 4 A 2 de la troisième Convention de Genève.

On présume ainsi qu'il existe, au delà de la distinction classique entre civils et combattants, une troisième catégorie, qui ne serait pas visée par les Conventions de Genève, celle des combattants illégaux.

Pour une partie de la doctrine, les employés des sociétés militaires privées qui prennent part aux hostilités pourraient, à l'instar des détenus sur la base de Guantanamo, être qualifiés de combattants illégaux. En effet, ils ne correspondent pas à la définition de combattant légal puisque sont combattants, selon le droit international, les membres des forces armées¹²², les individus participant à une levée en masse¹²³, les résistants¹²⁴, les personnes autorisées par une partie au conflit à suivre les forces armées bien qu'elles n'en fassent pas directement partie (exemple: les fournisseurs,...)¹²⁵, les membres d'équipage de la marine marchande et de

¹²² Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre, La Haye, 18 Octobre 1907, art.1er; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 Août 1949, art.4 A §1.

¹²³ Projet de Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 Août 1874, art.10; Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre, La Haye, 18 Octobre 1907, art.2 ; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 Août 1949, art.4, A §6.

¹²⁴ Projet de Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, Bruxelles, 27 Août 1874, art.9; Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre, La Haye, 18 Octobre 1907, art.1; Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 Août 1949, art. 4 A §2.

¹²⁵ Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 Août 1949, art. 4 A §4.

l'aviation civile¹²⁶, et d'autres non-combattants dès lors qu'ils font partie des forces armées d'une Partie belligérante¹²⁷.

En outre, les employés des sociétés militaires privées ne répondent pas non plus aux caractéristiques des civils. En effet, l'article 50 du premier Protocole additionnel définit les civils comme des non combattants. Or, les employés des sociétés militaires privées dont le statut engendre des divergences sont ceux qui se livrent à des activités de combat.

Les employés des sociétés militaires privées sont donc des combattants illégaux, selon les auteurs qui défendent cette notion¹²⁸.

Même si une partie de la doctrine reconnaît l'existence de cette nouvelle catégorie de combattants illégaux, il est essentiel de noter que le droit international n'établit que deux catégories : les civils et les combattants. En effet, dans aucun des instruments de droit international humanitaire adoptés à La Haye ou à Genève n'apparaît l'expression « combattant illégal ». Si l'on consulte le « Manuel de droit des conflits

¹²⁶ Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 Août 1949, art. 4 A §5.

¹²⁷ Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre, La Haye, 18 Octobre 1907, art.3.

¹²⁸ SCHMITT, Michael, N. *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*. Chicago Journal of International Law, vol.5, n° 2, 2004, p. 514; QUÉGUINER, Jean-François. *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Program on humanitarian policy and conflict research at Harvard University, November 2003.

armés » du Ministère de la Défense français¹²⁹, l'on constate également que seules les définitions de combattants et de non combattants y figurent.

Depuis l'arrêt Ex Parte Quirin d'autres États ont eu recours à cette notion de « combattant illégal ». C'est notamment le cas du Parlement israélien qui a adopté, en mars 2002, un projet de loi gouvernemental habilitant le chef d'état-major des Forces armées israéliennes à placer en détention administrative pour une durée indéfinie toute « *personne qui participe, directement ou indirectement à une force engagée dans des activités hostiles envers Israël, ou appartient à une force engagée dans des activités hostiles envers l'État d'Israël* », et qui ne bénéficie pas de la protection des prisonniers de guerre au sens de la troisième Convention de Genève. Un tribunal doit ensuite statuer dans un délai de 14 jours après l'arrestation de la personne afin de déterminer s'il s'agit bien d'un combattant illégal. Cette loi avait alors pour objet de légaliser la pratique consistant à détenir administrativement, sans inculpation ni jugement, des combattants libanais du Hezbollah afin de les utiliser pour des échanges contre des prisonniers ou des dépouilles de soldats israéliens. Les protestations ont été nombreuses, notamment de la part d'ONG telles qu'Amnesty International, et le CICR a rappelé à Israël que cette loi ne devait pas servir de prétexte pour priver les détenus de la protection de la IVème Convention de Genève.¹³⁰

¹²⁹ Disponible sur :

http://www.defense.gouv.fr/sga/enjeux_defense/droit_et_defense/manuel_de_droit_des_conflits_armes

¹³⁰ FINAUD, Marc. *L'abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au droit international humanitaire*. RGDIP, vol.4, 2006, p.862.

Le 13 novembre 2001, le président américain George W. Bush a signé un Military Order¹³¹ relatif à la détention, au traitement et au jugement d'étrangers suspectés d'actes terroristes par des commissions militaires, et non pas par des juridictions civiles, en raison de leur statut de combattants illégaux. Ce Military Order constituait un amoindrissement des libertés constitutionnelles et avait donc préalablement dû être autorisé par la loi USA PATRIOT (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism) votée en octobre de la même année. En mars 2002, le président Bush avait signé une décision refusant collectivement aux membres d'Al-Quaïda capturés la protection des Conventions de Genève, et aux Taliban le statut de prisonnier de guerre. Cette décision affirmait aussi que les Conventions de Genève étaient applicables au conflit en Afghanistan, mais que le président pouvait décider de suspendre cette applicabilité.¹³²

Enfin, selon la loi américaine, du 17 octobre 2006, relative aux commissions militaires (Military Commissions Act), et qui remplaçait le Military Order de novembre 2001, un combattant illégal était défini comme étant « *une personne qui s'est engagée dans des hostilités ou qui a constamment et matériellement soutenu des hostilités contre les États-Unis ou ses co-belligérants et qui n'est pas un combattant ennemi légal; ou une personne qui, avant, pendant, ou après la promulgation du Military Commissions Act de 2006, a été désignée comme combattant ennemi illégal par un Tribunal d'examen du statut de combattant ou un autre tribunal*

¹³¹ Presidential Documents, vol.66, n° 222, p. 57831-57836. Disponible sur : <http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

¹³² FINAUD, Marc. *L'abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au droit international humanitaire*. RGDIP, vol.4, 2006, p.862.

*compétent établi sous l'autorité du Président ou du Secrétaire d'État à la Défense »*¹³³.

C'est dans ce contexte et sur cette base juridique que le président Bush décida que toutes les personnes capturées dans le cadre du conflit afghan seraient emprisonnées sur la base militaire de Guantanamo Bay, et que la CIA étendit de manière conséquente son programme de transfert de détenus pour des interrogatoires dans des pays étrangers, souvent peu respectueux des droits de l'homme et pratiquant la torture.

Sept cent juristes américains ainsi que de nombreuses ONG ont protesté de façon véhémement contre ce Military Order dans une lettre collective au président de la Commission judiciaire du Sénat, en dénonçant une violation de la séparation des pouvoirs et la faculté pour le pouvoir exécutif d'enfreindre les obligations internationales des États-Unis.

Selon M.Monbiot, journaliste et universitaire britannique, le seul fait d'avoir qualifié, de manière collective, tous les suspects détenus à Guantanamo de « combattants illégaux » était en soi une violation des articles 4 et 5 de la troisième Convention de Genève¹³⁴, puisque l'article 5 al. 2 dispose qu'en cas de doute sur l'appartenance à l'une des catégories de l'article 4, les individus doivent bénéficier de la protection de la Convention en attendant que leur statut soit déterminé par un tribunal compétent.

¹³³ Document n° S. 3930 disponible sur :

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?c109:4:./temp/~c1093F1x2j:e649>

¹³⁴ MONBIOT, George. *One Rule for Them*. The Guardian, 25 Mars 2003. (Cité par FINAUD, Marc. *L'abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au droit international humanitaire*. RGDIP, vol.4, 2006, p.865.)

En juin 2008, la Cour Suprême des Etats-Unis a déclaré que le Military Commissions Act était inconstitutionnel¹³⁵.

Le CICR s'oppose lui aussi à l'application du concept de « combattant illégal », notamment aux personnes détenues sur la base de Guantanamo. Certains conseillers juridiques du Comité l'ont clairement exprimé¹³⁶.

Il semble impossible juridiquement de qualifier les employés des sociétés militaires privées ou les détenus de la base de Guantanamo de « combattants illégaux ». Dans les Conventions de Genève on relève soit de la catégorie des civils soit de celles des combattants, mais il n'existe pas de troisième catégorie¹³⁷. La création d'une troisième catégorie, celle de combattants illégaux, engendrerait de nombreux risques. Cela pourrait faire craindre, comme le souligne Madame Lambert Abdelgawad, une certaine déresponsabilisation de l'Etat¹³⁸. En effet, la création d'une telle catégorie ne permettrait plus d'envisager la responsabilité de l'Etat en raison des

¹³⁵ Al Odah v. United States, 553 U.S. (2008).

¹³⁶ RONA, Gabor. *War doesn't justify Guantanamo*. Financial Times, 1^{er} Mars 2004.

¹³⁷ Pour Mme Bouchet-Saulnier, juriste auprès de Médecins sans frontières, depuis 1977 « le 1^{er} Protocole additionnel des Conventions de Genève a réintégré ceux qui ont commis un acte de belligérance dans le statut des prisonniers de guerre ». « Le problème des combattants illégaux est un faux débat en droit : on est soit combattant, soit civil ». BOUCHET-SAULNIER, Françoise. *Combattants illégaux, un faux débat*. Entretien. Le Monde, 30 Juin 2004, p. VIII.

¹³⁸ LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. *Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international pénal*. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 1, Janvier/Mars 2007, p. 160.

actes commis par les employés des sociétés militaires privées, considérés comme des combattants, organes de l'Etat¹³⁹.

Il n'existe donc réellement que deux catégories, les civils et les combattants, et il est impossible de décider de la création d'une troisième catégorie. Il est nécessaire de se servir de celles existantes.

Ainsi, cette catégorie de « combattants illégaux » ne semble pas pouvoir être juridiquement fondée en droit international, et si elle est très critiquée quant à l'application qui en a été faite par les Etats-Unis aux terroristes présumés pour leur nier grand nombre de leurs droits, il ne paraît pas pertinent non plus de qualifier de combattants illégaux les employés des sociétés militaires privées.

Les employés des sociétés militaires privées ne peuvent donc pas, de façon générale, être qualifiés de combattants car ils ne remplissent pas les conditions posées par les Conventions de Genève.

Pour certains auteurs¹⁴⁰, les employés des sociétés militaires privées pourraient être considérés comme des membres des forces armées. Selon l'article 43 du Protocole I :

« 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

¹³⁹ Article 4 du Projet de la Commission du droit international. Cf.infra.

¹⁴⁰ SCHMITT, Michael, N. *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*. Chicago Journal of International Law, vol.5, n° 2, 2004, p. 511.

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 ».

Pour certains experts réunis en 2005 sous l'égide du CICR, la définition de « forces armées » par le droit international humanitaire est essentiellement liée à la fonction exercée. Si les employés des sociétés militaires privées sont mandatés pour participer directement aux hostilités au nom d'un État, ils doivent être regardés comme des membres des forces armées et des combattants qui peuvent être pris pour cibles.

Mais, cependant, les employés des sociétés militaires privées ne sont généralement placés sous aucun commandement militaire. Les conditions de l'article 43 du Protocole I ne sont donc pas remplies. Aucun lien hiérarchique n'est établi entre ces civils sous contrats et les officiers des forces armées et cela fait d'ailleurs l'objet de vives critiques de la part des militaires puisque cela peut mener, sur le terrain, à des actions dangereuses car non coordonnées. Les membres des forces armées craignent également que les employés des sociétés militaires privées dénoncent leurs contrats lorsque la situation devient trop dangereuse.

Il semble donc difficile étant donné l'absence de « commandement responsable » de qualifier les employés des sociétés militaires privées de membres des forces armées. Pour que les employés des sociétés militaires privées puissent être indiscutablement des membres des forces armées, le CICR exige qu'ils soient formellement intégrés à celles-ci.

Le droit international humanitaire ne décrit pas précisément les mesures à prendre par un Etat pour considérer que des individus font partie de ses forces armées. Selon la Convention de Genève (III), article 4 A 1, et le Protocole additionnel I, article 43, cette question relève du droit interne. Toutefois, il semble bien qu'il soit nécessaire que l'incorporation

soit officielle, comme le démontre l'article 43 §3 du Protocole I qui impose aux Etats qui incorporent dans leurs forces armées une organisation paramilitaire, ou un service armé chargé de faire respecter l'ordre, l'obligation de le notifier aux autres Etats parties.

En pratique, il est cependant rare que les employés des sociétés militaires privées soient intégrés aux forces armées d'un pays.

Ainsi, les employés des sociétés militaires privées ne semblent pas pouvoir être considérés comme étant des combattants ou des membres des forces armées. Or, selon le droit international, les individus qui ne sont pas des combattants relèvent de l'autre catégorie définie par le droit international, la catégorie des civils.

§2 : La qualité de civils des employés des sociétés militaires privées.

Les employés des sociétés militaires privées n'étant pas des combattants, ils relèvent donc de la catégorie des civils conformément au droit international humanitaire.

Les employés qui ne participent pas aux hostilités peuvent faire partie des civils accompagnant les forces armées, mais, en revanche, pour ceux qui participent directement aux hostilités, la situation est bien différente.

Dans certaines situations, les employés des sociétés militaires privées peuvent être considérés comme étant des civils non combattants accompagnant les forces armées officielles de l'État. L'article 4 A 4 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre cite

en exemple les membres civils d'équipages d'avions militaires, les correspondants de guerre, les fournisseurs, et les membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées.

Ces personnes sont des civils protégés et bénéficient du statut de prisonnier de guerre sous certaines conditions. Ils ont le droit d'être armés mais dans le seul but d'assurer leur propre protection et s'ils prennent part au combat, ils peuvent faire l'objet de poursuites pénales et perdre leur statut de prisonnier de guerre.

Le statut de ces individus est donc parfaitement clair, mais la liste des personnes pouvant prétendre à ce statut l'est moins car elle est simplement indicative. Ni les travaux préparatoires, ni le Commentaire de la troisième Convention de Genève ne donnent d'indication quant aux activités qui peuvent être menées par ces personnes, mais la liste de l'article 4 A 4 semble indiquer qu'ils ne doivent pas participer directement aux hostilités.

Comme l'indique Mme Lambert Abdelgawad, « *accompagner les forces ne signifierait pas nécessairement une présence physique aux côtés des troupes, mais la simple condition de rendre des services aux forces armées* »¹⁴¹.

Le Département américain de la Défense a officiellement indiqué que les employés des sociétés militaires privées devaient, selon lui, avoir ce

¹⁴¹ LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. *Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international pénal*. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 1, Janvier/Mars 2007, p. 160.

statut de civils accompagnant les forces armées de l'État¹⁴². Il précise que ces civils doivent avoir été désignés comme tels par les forces qu'ils accompagnent et avoir une carte d'identité conformément aux prescriptions de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre¹⁴³. Selon le Département de la Défense, ils ne participent qu'indirectement aux opérations militaires et ont donc droit au statut de prisonnier de guerre lorsqu'ils sont détenus. Officiellement, le Département de la Défense ne prend donc pas en considération dans cette catégorie les employés des sociétés militaires privées qui prennent une part active dans les hostilités, dont le problème du statut demeure entier.

Lors de la réunion d'experts organisée par le CICR en 2005, il est apparu que les experts étaient d'accord pour qualifier les personnes qui aident les forces armées de « civils accompagnant les forces armées », au sens de l'article 4 A 4 de la troisième Convention de Genève. Ils rejoignaient donc sur ce point la position du Département américain de la Défense.

Des experts ont également confirmé que les civils au sens des articles 4, §4 et 4, §5 de la troisième Convention de Genève ne devaient pas être combattants ou avoir des fonctions de combattants, mais simplement accompagner les forces armées sans être membres de celles-ci et sans prendre une part directe aux hostilités.

La qualification de « civils accompagnant les forces armées » semble donc être parfaitement adaptée pour les employés de sociétés militaires privées qui ne participent pas directement au conflit.

¹⁴² Department of Defense, Instruction n°3020.41, 3 Oct.2005, Contractor Personnel Authorized to accompany the U.S. Armed Forces, § 6.1.1.

¹⁴³ Article 4 A 4) de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 Août 1949.

Les employés des sociétés militaires privées qui combattent ne peuvent pas, quant à eux, être qualifiés de « civils accompagnant les forces armées », en raison de la définition même de cette catégorie.

Cependant, ils conservent leur qualité de civil, mais participent aux hostilités directement sans en avoir le droit.

Ces employés entrent dans l'une des deux catégories décidées par le droit international et n'ont pas à être qualifiés de combattants illégaux, mais leur participation directe aux hostilités va engendrer diverses conséquences notamment quant à leur protection, et va soulever des difficultés, et particulièrement celle liée à la « revolving door » (cf infra).

Section 2: Les conséquences du statut des employés des sociétés militaires privées quant à leurs droits.

Le fait qu'une personne soit qualifiée de mercenaire engendre diverses conséquences quant à ses droits. En effet, l'article 47 du Protocole additionnel I stipule qu'« *un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre* ». L'expression « *n'a pas droit* » n'empêche cependant pas que l'Etat qui capture un mercenaire lui accorde le statut de prisonnier de guerre.

Le mercenaire bénéficie cependant de certains droits. En effet, l'article 75 du Protocole additionnel I prévoit des garanties fondamentales qui lui sont applicables, puisque la protection minimum du droit humanitaire s'applique à toute personne, fût-elle mercenaire.

La situation du mercenaire « traditionnel » ne soulève donc pas de difficulté particulière. En revanche, pour les employés des sociétés

militaires privées, il convient de distinguer les deux hypothèses suivantes : lorsqu'ils participent de manière directe aux hostilités et lorsqu'ils n'y participent pas de manière directe.

Lorsqu'ils ne participent pas aux hostilités et sont donc considérés comme des civils, « *personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie*», selon l'expression de l'article 4 A 4 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, les employés des sociétés militaires privées bénéficient de l'immunité contre les attaques directes et ne peuvent donc pas être pris pour cibles. En cas de capture, ils ont également droit au statut de prisonnier de guerre.

Les employés des sociétés militaires privées qui participent directement aux hostilités sont considérés comme des civils qui prendraient une part directe aux hostilités sans cependant y être autorisés par les Conventions de Genève. Mais quand peut-on dire qu'il y a une participation directe ? Il est essentiel de définir ce qui constitue une participation directe aux hostilités (§1), puis de s'intéresser aux difficultés liées à cette notion (§2).

§1 : La définition de la participation directe aux hostilités.

La notion de « participation directe » est très ambiguë, tant dans les conflits internationaux que dans les conflits non internationaux. Les articles 4 A 4 et 4 A 5 de la troisième Convention de Genève constituent la seule description qui fasse autorité des activités qui ne sont pas considérées comme relevant de la participation directe. On peut combiner ces articles avec l'article 50, §1 du Protocole I qui définit les civils en excluant ceux inclus dans les sous paragraphes 1-3 et 6 de l'article 4 A. Ainsi, les personnes, civiles, visées par les articles 4 A 4 et 5 sont :

« 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 forces armées, 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 ;

5) les membres des équipages, y compris les commandants, pilotes et apprentis, de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile des Parties au conflit qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu d'autres dispositions du droit international ».

L'expression « telles que » de l'article 4 A tend à démontrer que la liste n'est pas exhaustive, mais le commentaire officiel de la Convention n'apporte pas plus de précision et indique uniquement que « *le texte peut couvrir d'autres catégories de personnes ou de services qui peuvent être appelées, dans des conditions similaires, à suivre les forces armées durant un conflit à venir* »¹⁴⁴. Aucune des personnes citées par l'article 4 A 4 n'utilise directement la force. Le seul critère utilisé est qu'elles accompagnent les forces armées.

Le comité international de la Croix-Rouge a reconnu que la notion de participation directe était ambiguë et a ajouté que « *bien sûr, il y a ici une marge d'appréciation: restreindre ce concept au combat et aux opérations militaires actives serait trop étroit, alors que l'étendre à l'ensemble des*

¹⁴⁴ DE PREUX, Jean. *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*. Genève : CICR, 1958, p. 64.

activités de guerre serait trop large, comme si dans la guerre moderne, toute la population participait à l'effort de guerre, bien que indirectement. »¹⁴⁵.

Dans l'affaire Tadic, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie a indiqué qu'*«il est inutile de définir exactement la ligne qui sépare les personnes participant directement aux hostilités de celles qui n'y participent pas. Il suffit d'examiner les faits pertinents intéressant chaque victime et d'évaluer si, pour chaque circonstance particulière, cette personne participait directement aux hostilités au moment pertinent »¹⁴⁶*. Cependant, le Comité international de la Croix Rouge a tout de même mis en place, depuis 2003, une série de réunions d'experts afin de clarifier ce concept de participation directe. Cinq réunions ont eu lieu, à La Haye et à Genève, entre 2003 et 2008. Elles réunissaient une cinquantaine d'experts juridiques émanant des milieux gouvernementaux, académiques et militaires, d'organisations internationales, d'organisations non-gouvernementales. Ces cinq réunions ont abouti à l'adoption, en 2009, d'un document relatif à l'interprétation de la notion de participation directe dans

¹⁴⁵ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève: CICR; Dordrecht: Nijhoff, 1986, § 1679.

¹⁴⁶ Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule », chambre de première instance, affaire n° IT-94-1-T, §616, (TPIY 1997).

Disponible sur : <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/jugement/index.htm>.

les conflits selon le droit international humanitaire¹⁴⁷. Ce rapport fournit des indications quant à l'interprétation qui devrait être faite des termes de « participation directe » dans les conflits armés, au regard du droit international humanitaire. Ce document n'est pas juridiquement contraignant mais pourra constituer une base de réflexion intéressante pour les différents acteurs présents au cœur des conflits et permettra peut-être une meilleure protection des civils.

Dans son rapport consécutif à la troisième réunion d'experts en 2004¹⁴⁸, la Croix Rouge avait récapitulé les éléments constitutifs de la participation directe en faisant part également des avis divergents des différents experts présents. Dans le rapport du CICR de 2004, quatre éléments ont été analysés comme pouvant être constitutifs de la participation directe aux hostilités: l'intention coupable, les hostilités, la relation causale entre l'acte et le dommage, et le lien entre l'acte et un conflit armé.

Un expert a proposé que, dans les situations de doute, l'intention coupable soit un indicateur utile pour déterminer si quelqu'un était engagé

¹⁴⁷ Comité international de la Croix-Rouge. *Guide interprétatif sur la Notion de Participation directe aux Hostilités en Droit international humanitaire*. Genève: CICR, 2009. Format PDF.

Disponible (uniquement en anglais) sur:

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609>.

¹⁴⁸ *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Second expert meeting). La Haye, 25-26 Octobre 2004, CICR.

Disponible sur : <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/participation-hostilities-ihl-311205>

ou non dans une participation directe aux hostilités. Cependant, pour de nombreux experts, l'intention coupable fait partie d'un tout, elle ne peut pas être considérée isolément. L'intention doit être prise en compte essentiellement quand l'adversaire est confronté à des activités ou des moyens qui n'entraînent pas l'application directe de la violence, comme les attaques par ordinateur via internet, par exemple. Le CICR note que « l'intention coupable » dans le cadre de la participation directe aux hostilités n'est pas de la même nature que l'intention coupable en droit pénal.

Un expert a précisé que, durant les hostilités, il revient aux militaires d'interpréter un acte comme relevant d'une intention coupable, en fonction des blessures potentielles liées à cet acte.

Le CICR conclut, dans son rapport, que l'intention coupable n'est pas significative pour déterminer s'il s'agit d'une participation directe aux hostilités ou non, mais que cela devient un élément important plus tard, lorsque l'acte fait l'objet de poursuites pénales. Les experts ont, lors de leur réunion de 2005, confirmé cette position en rejetant de façon unanime le fait que l'intention coupable puisse être un élément de la notion de participation directe aux hostilités. Cet élément n'apparaît d'ailleurs pas dans le rapport du CICR de 2009.

Lors de la réunion d'experts de 2004, un expert a affirmé qu'il était plus important, pour comprendre la notion de participation directe aux hostilités, d'être d'accord quant à une définition des hostilités plutôt que de discuter de la notion d'intention coupable. En réponse, un autre expert a proposé de définir les hostilités comme des « *actes qui engendrent directement des conséquences nuisibles pour l'adversaire* ». Mais, le premier expert a affirmé que cette définition était trop restreinte et que le terme « hostilités » comprend d'autres mesures que les simples blessures ou

dommages. En ce sens, le terme « hostilités » n'est le synonyme ni de « conflit armé » ni d' « attaque ».

De nombreux débats ont opposé les experts quant à la notion d'hostilités, certains estimant même que définir cette notion n'était pas nécessaire. En outre, pour les uns, la notion d'hostilités devait être interprétée largement alors que pour d'autres une telle interprétation représentait un risque. En effet, dans ce cas, lors d'un conflit armé qui perdure, même s'il s'agit d'un conflit de très basse intensité, tout incident serait dans ce contexte considéré comme constitutif d'hostilités.

Lors de la troisième rencontre des experts sur la notion de participation directe aux hostilités, sous l'égide du CICR en 2005, les experts ont continué leur discussion notamment sur la notion même d' « hostilités ».

En préambule, les experts ont indiqué que la notion d' « hostilités » est utilisée en droit international humanitaire sans être réellement définie. Généralement ce terme est utilisé dans un sens plus étroit que « conflit armé » mais plus large que le concept d' « attaque » utilisé dans le Protocole I dans le sens d'acte de violence contre l'adversaire, que ce soit en attaque ou en défense. Les experts ont donc estimé que, pour clarifier la notion de « participation directe aux hostilités », il est tout d'abord nécessaire de distinguer « hostilités », « conflit armé », « attaque », « opérations militaires », « activités portant atteinte à la sûreté de l'État »,... Toutes ces notions utilisées en droit international humanitaire ne doivent pas être confondues avec la notion de participation directe.

Les experts ont, d'un commun accord, élaboré une hiérarchie entre les différents termes utilisés. Ils ont estimé qu'ils pouvaient être classés, du plus large au plus précis, dans l'ordre suivant: « conflit armé », « hostilités », « opérations militaires », « attaques ».

Une question s'est posée aux experts: la notion d'hostilités peut-elle être comprise étroitement comme se référant exclusivement aux situations de combat? Pour certains experts, la définition de la notion d'hostilités doit être aussi étroite que possible car la qualification d'un acte comme constituant une participation directe aux hostilités a pour conséquence, pour un civil, la perte de son immunité contre les attaques directes. La notion d'hostilités devrait donc comprendre essentiellement le combat, les opérations préparatoires au combat et les autres conduites impliquant une menace immédiate contre l'adversaire. Ces experts ont par ailleurs cité la Conférence Diplomatique de 1974-1977 dont il ressort l'intention d'interpréter la notion d'hostilités de l'article 51, §3 du Protocole I très étroitement, en vue de préserver autant que possible les civils.

Un certain nombre d'experts s'est cependant opposé à une définition trop étroite de la notion, car elle inclut également des activités logistiques ou de renseignement ainsi que toutes les activités d'un belligérant désireux de gagner la guerre. En outre, ils ont précisé que même si la protection maximum des civils était importante, ce n'était pas le seul objectif de la règle relative à la participation directe aux hostilités, puisqu'elle visait aussi à renforcer le principe de distinction en veillant à garder les civils éloignés du champ de bataille, objectif atteint par la privation du civil de sa protection contre les attaques directes s'il prend part aux activités menées pour nuire à l'adversaire.

Les experts ont appliqué leur réflexion au cas des personnes privées sous contrat qui participent à l'établissement ou au maintien d'une occupation belligérante. Ils ont estimé qu'elles participent directement aux hostilités uniquement si les activités militaires qui se déroulent peuvent être qualifiées d'hostilités.

A la fin de leur discussion, les experts sont parvenus à un accord selon lequel les hostilités ne comprennent pas les activités de simple soutien de guerre et qu'elles doivent être distinguées de l'effort général de guerre. Etant donné que tant les hostilités que l'effort de guerre général visent à affecter l'adversaire, un expert a proposé que la distinction s'effectue entre, d'une part, les activités intentées en vue de blesser et, d'autre part, les activités visant à augmenter cette capacité.

Les experts ont élaboré trois propositions d'interprétation de la notion d'hostilités. Pour l'auteur de la première proposition, les hostilités doivent comprendre « *tous les actes qui ont un effet négatif ou visent à avoir un effet négatif sur les objectifs de l'ennemi* ». Un expert a critiqué cette proposition car, selon lui, si elle est appropriée pour identifier les objectifs qui peuvent être attaqués légitimement, elle n'est pas appropriée pour définir les personnes qui peuvent l'être. La deuxième proposition interprète la notion d'hostilités comme « *toutes les activités militaires dirigées contre un ennemi dans un conflit armé* », mais il convient alors de définir ce qu'est une activité militaire. Cela soulèvera alors d'autres difficultés, car si, la production de munitions, par exemple, est bien une activité militaire, elle ne peut pas être qualifiée d'hostilités. On ne pourra alors parler d'hostilités que lorsque les munitions seront utilisées contre l'adversaire. Enfin, un troisième expert a émis une proposition complètement différente consistant à combiner une interprétation large des hostilités avec un élément géographique pour former une « zone d'hostilités ».

Suite aux discussions poursuivies en 2006 et 2008, les experts ont finalement adopté une approche différente, se rapprochant de la première proposition. Le texte retenu exige que « *the act must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed*

conflict or, alternatively, to inflict death, injury, or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm) »¹⁴⁹. Ainsi, pour qualifier un acte de participation directe aux hostilités celui-ci doit atteindre un certain seuil. Ce seuil est atteint lorsque l'acte entraîne ou pourrait entraîner la mort, des blessures, ou la destruction d'objets ou de personnes protégées des attaques directes. C'est également le cas quand l'action visée cause ou pourrait causer des dommages aux opérations ou à la capacité militaire d'une partie au conflit.

Lors de la deuxième réunion d'experts en 2004, deux experts au sein de la réunion ont argué du fait que la qualification d'un acte comme constituant une participation directe au conflit nécessitait une relation causale entre l'acte et le dommage provoqué. Un autre expert affirma qu'une relation causale directe n'était pas nécessaire pour que l'acte soit considéré comme une participation directe au conflit, mais qu'il fallait que sans l'acte en question, le dommage n'ait pas eu lieu. Cette exigence est donc moindre que le lien causal direct et pourrait inclure, par exemple, un service d'intelligence tactique qui peut être transmis directement au tireur. Enfin, un autre expert affirma que c'était le résultat attendu et non pas le

¹⁴⁹ Comité international de la Croix-Rouge. *Guide interprétatif sur la Notion de Participation directe aux Hostilités en Droit international humanitaire*. Genève: CICR, 2009, p. 46. Format PDF.

Disponible (uniquement en anglais) sur:

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609>.

dommage réellement causé qui était décisif pour qualifier l'acte de participation directe au conflit.

Lors de la deuxième réunion d'experts en 2004, les experts sont parvenus à un consensus général selon lequel un acte pouvant constituer une participation directe aux hostilités doit avoir un lien avec un conflit armé. Si l'acte n'est pas lié à un conflit armé, et quelle que soit sa gravité, il ne pourra pas entraîner la perte de la protection des civils contre une attaque directe. Mais, comme l'ont précisé les experts, on ne peut pas, inversement, qualifier automatiquement tout acte qui a un lien avec un conflit armé de participation directe aux hostilités.

Les experts en 2004 se sont longuement interrogés sur la notion même de « lien ». Il est apparu qu'il n'est pas possible d'interpréter cette notion en référence aux tribunaux internationaux ad hoc qui exigent qu'un acte ait un lien avec un conflit armé pour considérer qu'il s'agit d'un crime de guerre, notamment parce que les règles relatives à la participation directe aux hostilités ne s'appliquent qu'à la conduite des hostilités, alors qu'un « crime de guerre » peut aussi être commis en dehors des situations d'hostilités.

Lors de la réunion d'experts en 2005, différents experts ont reconnu que, théoriquement, le but poursuivi par un civil peut être déterminant pour décider si sa conduite constitue une participation directe aux hostilités. Cependant, en pratique, il est difficile de se baser sur l'intention subjective des civils, car il est ardu de la déterminer. Par conséquent, l'identification d'un lien suffisant entre la conduite d'un civil et les hostilités doit être faite selon des critères objectifs. Les experts n'ont pas trouvé d'accord quant à ces éléments objectifs: pour certains, il est absolument nécessaire de capturer le civil pour déterminer la motivation du civil, alors

que pour d'autres, le simple sentiment que, au vu de l'action du civil, ce dernier est hostile serait satisfaisant.

Pour de nombreux experts, l'exigence d'un lien visait surtout à permettre d'établir si la conduite spécifique d'un individu pouvait être considérée comme constituant une participation directe aux hostilités. Dans ce cas, il serait possible de qualifier la conduite elle-même de participation directe aux hostilités. Ils ont estimé, en 2005, que la conduite de civils lors d'un conflit peut être qualifiée de participation directe aux hostilités si elle constitue « une activité militaire dirigée contre l'ennemi » ou « une activité affectant l'adversaire ou visant à l'affecter dans sa poursuite d'un objectif ou d'un but militaire ».

Les experts sont d'accord sur le fait qu'il est nécessaire qu'un certain degré de causalité soit établi entre l'acte et le dommage consécutif à celui-ci causé à l'adversaire pour que cet acte soit qualifié de participation directe aux hostilités. Cependant, lors de la réunion d'experts de 2005, deux difficultés ont été soulevées. La première découle de l'impossibilité d'évaluer ex ante le degré de causalité entre l'acte et le dommage. En effet, il sera évalué ex post, or en général, il est difficile de reporter la réponse militaire à la participation directe d'un civil aux hostilités jusqu'à ce que le dommage soit effectif. Il est donc nécessaire que les experts déterminent si cette relation causale doit être évaluée par rapport à un dommage qui a été réellement causé ou par rapport au dommage qui peut objectivement découler d'un tel acte.

Pour certains experts, le fait que le lien causal entre l'acte et le dommage ne puisse être établi qu'ex post, empêche que ce résultat puisse être un critère décisif pour déterminer s'il s'agit ou non d'une participation directe aux hostilités. Pour d'autres, au contraire, cette relation causale est extrêmement importante et doit se référer au dommage qui peut

objectivement être attendu d'un tel acte. Deux experts ont ajouté que, selon eux, en se référant à « la nature et au but » de l'acte, le commentaire du Protocole I indique que le dommage attendu et le dommage qui a réellement été causé peuvent tous deux être pris en considération pour qualifier un acte de participation directe aux hostilités. En réalité, cependant, celui visé par la violence s'appuiera davantage sur la violence réellement subie que sur celle à laquelle il aurait pu être exposé en raison d'un tel acte.

Les experts doivent également résoudre une seconde difficulté qui est de déterminer le degré de causalité requis entre l'acte et le dommage permettant d'entraîner pour les civils la perte de leur immunité contre les attaques directes, car l'opinion dominante au sein des experts est que pour qualifier un acte de participation directe au conflit, cet acte ne doit pas simplement avoir un lien causal distant avec les conséquences dommageables.

Pour l'un des experts, la « participation directe » est le terme qui décrit le lien nécessaire entre un civil et les hostilités, et pour lui ce lien se doit d'être fort. Il estime que la participation directe aux hostilités implique un lien causal ininterrompu entre la conduite en question et le dommage causé, ce qui signifie qu'il ne doit pas y avoir d'intermédiaires entre la conduite du civil et l'acte qui a causé le dommage. Ce critère permet donc, à l'inverse de certains autres, de ne pas transformer, par exemple, un ouvrier d'une usine d'armement en cible légitime, puisqu'il est reconnu unanimement qu'il ne participe pas directement aux hostilités. Certains experts ont souligné le danger d'interpréter largement le lien causal ininterrompu et la nécessité d'identifier un « point de non retour » qui permettrait d'indiquer à partir de quel moment l'intégration d'un acte dans la conduite des hostilités est suffisant pour constituer une participation directe aux hostilités. Dans son document de 2009, le CICR n'a pas retenu la nécessité d'avoir un lien causal ininterrompu.

Le rapport établi par le CICR en 2009 indique en effet sur ce point que « *in order for the requirement of direct causation to be satisfied, there must be a direct causal link between a specific act and the harm likely to result either from the act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation)* »¹⁵⁰.

Il faut donc une relation causale forte entre l'acte et le dommage causé. Cependant, l'effort général de guerre, bien que nécessaire et permettant le combat, ne constitue pas une participation directe aux hostilités, afin d'éviter qu'une large partie de la population ne perde sa protection de civils.

Le lien de causalité direct existe donc si on peut raisonnablement s'attendre à ce que l'acte en question cause directement des dommages qui atteignent le seuil défini par la première condition. Cependant, pour qu'il y ait une participation directe aux hostilités, il faut qu'une troisième condition soit également remplie : le lien entre l'acte et les hostilités.

Le CICR indique dans son document de 2009 que « *the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in*

¹⁵⁰ Comité international de la Croix-Rouge. *Guide interprétatif sur la Notion de Participation directe aux Hostilités en Droit international humanitaire*. Genève: CICR, 2009, p. 46. Format PDF.

Disponible (uniquement en anglais) sur:

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609>.

support of a party to the conflict and to the detriment of another (belligerent nexus) »¹⁵¹.

Afin qu'il s'agisse d'une participation directe aux hostilités, un acte ne doit donc pas seulement être susceptible de causer des dommages tels que précisés par les deux premiers critères, mais il doit aussi avoir été commis spécifiquement pour causer des dommages dans le but d'aider une partie à un conflit et de désavantager l'autre partie.

Cette condition ne doit pas être confondue avec l'intention subjective ou l'intention hostile. Ces deux concepts sont relatifs à l'état d'esprit de la personne concernée, alors que le « belligerent nexus » est relatif au but objectif de l'acte. Cela signifie donc que même les civils qui sont obligés de prendre part directement aux hostilités ainsi que les enfants en dessous de l'âge légal de recrutement peuvent perdre leur protection contre les attaques.

Ce critère est très important car il permet d'apprécier avec plus de précision ce qui relève de la participation directe ou non aux hostilités, mais il peut être très difficile à mettre en œuvre. Dans des zones de conflit il peut être difficile de différencier certains crimes violents et les hostilités. Il faudra donc essayer de déterminer si la conduite des civils impliqués, au vu des circonstances dans lesquelles ont eu lieu l'acte, peut être considérée comme

¹⁵¹ Comité international de la Croix-Rouge. *Guide interprétatif sur la Notion de Participation directe aux Hostilités en Droit international humanitaire*. Genève: CICR, 2009, p. 46. Format PDF.

Disponible (uniquement en anglais) sur:

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609>.

un acte commis en vue d'aider une partie au conflit en causant à l'autre partie un dommage atteignant le seuil requis.

Le fait que ce critère soit difficile à mettre en œuvre est très gênant car si l'on considère qu'un acte constitue une participation directe aux hostilités, cela signifie que des civils vont perdre leur protection contre les attaques. Il conviendra donc de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'éviter de priver des civils de leur protection pour des raisons erronées. Cependant, un critère plus facile à mettre en œuvre aurait été plus protecteur des droits des civils.

Mais, s'il est vrai que si l'on interprète largement la participation directe en autorisant les civils à conserver leur immunité même s'ils sont impliqués dans la conduite d'hostilités, cela risque d'engendrer une perte de respect de la part des combattants, qui sont mis en danger par ces activités, envers le droit. Il ne faut pas oublier que si l'on adopte une interprétation étroite de la participation directe, la protection des civils sera améliorée mais cela semblerait contraire à l'esprit du droit humanitaire.

Ainsi, les personnes participent directement au conflit lorsque les trois conditions sont cumulativement remplies : un certain seuil de dommages atteint, un lien causal direct entre l'acte et le dommage, un acte destiné à commettre des dommages afin d'aider une partie au détriment de l'autre. La détermination de la participation directe étant relative au contexte nécessite donc une analyse au cas par cas.

Outre les activités qui peuvent constituer une participation directe aux hostilités, il faut également délimiter temporellement cette participation. L'article 51, §3 du Protocole I protège les personnes civiles contre les attaques « *sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation* ». Afin de déterminer avec précision

l'étendue de la protection, il faut délimiter dans le temps la participation requise.

§2 : Les difficultés inhérentes à la notion de participation directe aux hostilités.

La portée temporelle de la perte de la protection des civils contre les attaques directes lorsqu'ils ont participé directement aux hostilités est sujet à débat au sein de la doctrine. En effet, le droit international ne précise pas à partir de quand et pour combien de temps un civil peut être directement attaqué en raison de cette participation. Diverses approches ont été envisagées par les auteurs, et le débat continue. Certaines délégations ont affirmé lors des discussions relatives au premier Protocole additionnel qu'elles considéraient que la participation directe inclut « *la préparation pour le combat et le retour du combat* »¹⁵² et que dès qu'ils ont cessé d'y participer, les civils retrouvent leur protection. Certains auteurs¹⁵³ sont favorables à l'approche qui consiste à affirmer que le civil ne perd son immunité que pendant qu'il accomplit les actes spécifiques qui font de lui un participant direct aux hostilités. Ils estiment que c'est l'approche la plus

¹⁵² SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève: CICR; Dordrecht: Nijhoff, 1986, § 1943.

¹⁵³ EL-KOUHERE, Mohamed. *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*. Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1986. Voir aussi le commentaire de l'article 51, § 3 du Protocole I : "Ainsi, le civil qui prend part au combat, isolément ou en groupe, devient par là-même une cible licite, mais seulement pour le temps où il participe aux hostilités ». SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève: CICR; Dordrecht: Nijhoff, 1986, p.633, § 1942.

conforme au droit international humanitaire en matière de participation directe aux hostilités. Les opposants¹⁵⁴ à cette approche arguent du fait qu'elle est trop large et qu'elle permet aux civils d'abuser du phénomène de « revolving door » et d'être protégés tout en empêchant les forces armées adverses d'agir.

En effet, la clause de l'article 51, §3 du Protocole additionnel I a entraîné ce débat dit de la « revolving door », porte battante qui permet au civil d'effectuer des allers et retours entre deux statuts. Cet article immunise les civils contre toute attaque « sauf et aussi longtemps qu'ils prennent part directement aux hostilités ». Ce phénomène de « revolving door » est décrit par le CICR comme « *la situation légale d'un civil participant directement aux hostilités et qui perd sa protection contre les attaques pour la durée de l'opération militaire (y compris pour les temps de préparation et de retour de l'opération), mais qui retrouve sa protection entre les opérations militaires, sans considération du nombre de fois où il s'engage dans des participations directes au combat* »¹⁵⁵. Le phénomène de la « revolving door » pose un sérieux problème pratique pour l'adversaire qui doit être capable d'appliquer alternativement des régimes légaux différents dans sa relation avec une seule et même personne.

¹⁵⁴ BLUM, Gabriella. *The Dispensable Lives of Soldiers*. The Journal of Legal Analysis, vol.2, n°1, 2010. WATKIN, Kenneth. *Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*. 42 NYU, Journal of International Law and Politics, 641, 2010. BOOTHBY, Bill. *And for "Such Time As": The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*. 42 NYU, Journal of International Law and Politics, 741, 2010.

¹⁵⁵ *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Second expert meeting). La Haye, 25-26 Octobre 2004, CICR, p. 93.

Lors de leur réunion de 2004, les experts ont tenu à préciser que ce phénomène ne doit pas être mal compris car l'intention originelle n'était pas de couvrir des personnes qui étaient impliquées dans des conflits armés, mais de protéger ceux qui ne l'étaient pas. Un expert a prévenu que la solution consistant à éliminer la « revolving door » en étendant le temps de perte de la protection au delà de l'actuelle période de participation directe aux hostilités diminuerait la protection des civils et n'est donc pas envisageable.

Pour certains experts, les civils qui abusent de la protection dont ils bénéficient contre les attaques, en effectuant des allers-retours entre leurs deux statuts, doivent perdre cette protection afin de préserver le principe de distinction entre les civils et les combattants. Ils estiment également qu'un civil qui participe directement au conflit à une occasion seulement doit retrouver sa protection à la fin de cette participation, mais s'il y prend part régulièrement, il pourra alors être pris pour cible à tout moment.

Enfin, pour un autre expert, le problème causé par la « revolving door » n'est pas tant de savoir si quelqu'un peut ou non être pris pour cible, mais plutôt de déterminer si la personne continuera à représenter une menace à l'avenir. Quelle approche choisir lorsqu'il est impossible de prévoir si cette personne va recommencer ses activités hostiles ou si elle a définitivement arrêté de participer directement aux hostilités?

D'autres auteurs se prononcent en faveur de « l'affirmation de désengagement ». Bien que cette approche recueille un assentiment assez large, certains problèmes qui lui sont inhérents ont néanmoins été soulevés. Comment un individu peut-il en pratique déclarer son désengagement? Comment garder trace de ce désengagement lorsqu'il peut y avoir des centaines de civils engagés dans les hostilités? En outre, un civil qui désire se désengager peut être éventuellement poursuivi pénalement

pour avoir participé aux hostilités. Certains auteurs ont affirmé pour cette raison que cette affirmation de désengagement n'était pas réaliste.

La question de savoir si les civils peuvent être attaqués lorsqu'ils se déploient vers leur cible ou lorsqu'ils reviennent de leur participation au conflit est également sujette à débat. La réponse dépendra largement des circonstances de l'espèce. En ce qui concerne le déploiement, il sera nécessaire pour l'adversaire de déterminer le plan et les intentions des civils afin d'analyser la suite des événements. La situation pour les civils qui sont sur le chemin du retour est différente. Ils sont en règle générale considérés comme des cibles légitimes même pendant leur retrait car ils peuvent redémarrer leur offensive à tout moment et sont donc toujours une menace.

La réponse à la question de savoir si un civil peut être pris pour cible dépend de différents éléments: s'il était membre d'un groupe armé organisé, s'il participe directement aux hostilités, s'il s'est désengagé,... Bien que les auteurs soient très partagés sur cette question de l'étendue temporelle de la privation de la protection du civil contre les attaques directes, l'opinion dominante est cependant en faveur du fait que, s'il existe un doute raisonnable sur le point de savoir si un civil est une cible militaire légitime, cette personne doit être présumée protégée contre les attaques directes.

Le seul point d'accord relatif à l'aspect temporel de la participation directe concernait le fait qu'un civil qui participe aux hostilités demeure un objectif militaire valide jusqu'à ce qu'il choisisse sans ambiguïté entre la non-participation ou la participation.

La position finalement adoptée en 2009 par le Comité international de la Croix-Rouge est la suivante. Il a été décidé de considérer que les civils perdent leur protection contre les attaques directes pendant la durée de chaque acte particulier qui constitue une participation aux hostilités. Cela

inclut les préparations et les déploiements géographiques ou les retraits qui constituent une partie intégrante de l'acte.

La perte de protection est donc effective pendant la participation directe du civil aux hostilités.

Le CICR indique dans son rapport de 2009¹⁵⁶ que le phénomène de « revolving door » fait partie intégrante du droit international humanitaire et n'est pas un dysfonctionnement de celui-ci. La « revolving door » permet d'empêcher les attaques à l'encontre des civils qui ne constituent pas, à ce moment précis, une menace.

Le comportement des civils est très difficile à prévoir, et c'est pour cela que les civils ne perdent leur protection que lors de leur participation directe aux hostilités et la retrouvent dès que leur engagement prend fin.

Il est vrai que ce système de protection changeante selon le comportement des civils rend les choses plus difficiles pour les forces opposées quand elles veulent répondre à des civils qui participent directement aux hostilités, mais, selon le CICR, cela demeure indispensable pour protéger la population des attaques, et cela doit être accepté par les forces armées ou les groupes armés organisés tant que ces participations restent spontanées, non organisées et sporadiques.

Il est vrai que la protection des civils, qui dans leur grande majorité ne participent pas directement aux hostilités, demande quelques efforts de

¹⁵⁶ Comité international de la Croix-Rouge. *Guide interprétatif sur la Notion de Participation directe aux Hostilités en Droit international humanitaire*. Genève: CICR, 2009, p. 70. Format PDF.

Disponible (uniquement en anglais) sur:

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609>.

la part des forces armées, même si cela doit conduire à d'éventuels excès de la part de certains civils. Il ne faut cependant pas douter qu'en cas d'abus, les civils pourraient se voir continuellement privés de leur protection contre les attaques directes car l'on pourrait alors considérer que chaque acte est précédé d'une période de préparation, puis suivi d'un retrait, et qu'ensuite recommence une période de préparation,...

Le Professeur Schmitt soulève, en outre, une question expressément relative aux sociétés militaires privées: le simple fait d'être employé par une telle société peut-il constituer en soi une participation directe aux hostilités?¹⁵⁷ En règle générale, non, car même si cette entreprise engage une partie de son personnel pour des tâches qui relèvent uniquement de la participation directe aux hostilités, il y aura en son sein d'autres employés affectés à d'autres tâches (les cuisiniers, les managers,...) que la participation directe aux hostilités.

Divers auteurs ont dressé une liste d'activités et examiné chacune d'entre elles afin de déterminer si elles constituent ou non une participation directe aux hostilités.

Pour le Professeur Schmitt, une personne qui défend le personnel militaire ou des objectifs militaires contre une attaque participe directement aux hostilités. Les opérations mises en place pour secourir du personnel militaire constituent également une participation directe au conflit parce que le secours pendant une période de combat est considéré comme une activité de combat. Le Professeur Doswald-Beck ne partage pas l'opinion du Professeur Schmitt et estime au contraire qu'il ne faut pas considérer les

¹⁵⁷ SCHMITT, Michael, N. Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees. *Chicago Journal of International Law*, vol.5, n° 2, 2004, p. 536.

opérations de secours comme des activités de participation directe aux hostilités car l'article 18 de la première Convention de Genève encourage la population civile à apporter de l'aide au personnel militaire blessé.¹⁵⁸

En 2004, lors de la réunion d'experts organisée par le CICR, un expert a indiqué qu'il fallait prendre en considération les circonstances. En effet, selon lui, lors d'une guerre aérienne, les boucliers humains ne participent pas directement aux hostilités car ils ne sont pas un obstacle physique aux opérations militaires. En revanche, ils le sont lors d'une guerre terrestre et donc participent alors dans ce cas directement aux hostilités.

Actuellement, avec la croissance des nouvelles technologies, les attaques informatiques se développent de plus en plus. Les dégâts possibles sont nombreux, mais il est très difficile de déterminer ce qui peut relever ou non de la participation directe aux hostilités. Dans son rapport de 2009, le CICR a estimé que le fait de s'introduire dans des ordinateurs militaires puis de transmettre les plans tactiques d'une attaque constituait une participation directe aux hostilités.

Selon le Professeur Schmitt, la planification des différentes activités militaires peut s'opérer à des niveaux variés: stratégique, opérationnel et tactique. Les activités qui relèvent de l'organisation stratégique, telles que la stratégie de sécurité nationale ou la répartition des moyens nationaux, ne constituent pas une participation directe aux hostilités. Il en va de même

¹⁵⁸ *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Second expert meeting). La Haye, 25-26 Octobre 2004, CICR, p. 12.

pour l'organisation opérationnelle. En revanche, l'organisation tactique relève de la participation directe aux hostilités.

Lors de la seconde réunion d'experts en 2004, plusieurs experts ont proposé de différencier les niveaux de planification. L'un d'entre eux a proposé la même distinction que celle du Professeur Schmitt, mais un autre a suggéré de distinguer la planification abstraite et vague, qui ne relève pas de la participation directe aux hostilités, de la planification concrète et détaillée qui en relève.

Les civils qui participent aux activités de renseignement ne sont pas tous considérés comme prenant une part directe aux hostilités. Cela dépendra du type d'activité exercée. Il est communément admis que le recoupement, l'analyse et la diffusion des renseignements sont considérés comme de la participation directe aux hostilités parce que le lien entre le renseignement et la conduite immédiate des hostilités est important. Le Professeur Schmitt considère également que l'implication dans le lancement d'un satellite ou encore l'interrogation de détenus doivent être qualifiées de participation directe aux hostilités.

Les civils qui assurent des fonctions logistiques, comme le logement des troupes ou leur approvisionnement, ne prennent bien entendu pas part directement aux hostilités. En revanche, ceux qui participent à des fonctions logistiques qui sont directement liées à la bataille (par exemple, ceux qui fournissent des munitions sur le champ de bataille) sont regardés comme participant directement aux hostilités. L'article 4 A 4 de la troisième Convention de Genève vise explicitement certaines activités d'assistance aux forces armées qui ne sont pas considérées comme de la participation directe aux hostilités.

Un exemple donné par le CICR permet de bien comprendre l'importance de la différence entre la participation directe et indirecte et les

difficultés à l'établir : la livraison, par un camion conduit par un civil, de munitions à un endroit sur le front serait certainement considérée comme une participation directe aux hostilités. En revanche, le fait de transporter les munitions depuis l'entreprise qui les fabrique jusqu'à un port, en vue de les envoyer plus tard vers une zone de conflit, ne cause pas directement un dommage donc ne constitue pas une participation directe aux hostilités. Bien que le camion de munitions soit un objectif militaire qui puisse être attaqué, le chauffeur ne participe pas directement aux hostilités et ne perdra pas sa protection contre les attaques directes. Ainsi, toute attaque contre le camion devra prendre en considération l'éventuelle mort du chauffeur dans l'application du principe de proportionnalité¹⁵⁹.

La maintenance des armes par un civil peut relever ou non de la participation directe aux hostilités. Cela dépendra du contexte et il convient donc d'effectuer une analyse au cas par cas. Pour toute une partie de la doctrine¹⁶⁰, les « techniciens » prennent une part directe aux combats car ils permettent aux machines de fonctionner et donc de nuire à l'ennemi.

¹⁵⁹ Comité international de la Croix-Rouge. *Guide interprétatif sur la Notion de Participation directe aux Hostilités en Droit international humanitaire*. Genève: CICR, 2009, p. 56. Format PDF.

Disponible (uniquement en anglais) sur:

<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/direct-participation-ihl-article-020609>.

¹⁶⁰ SCHMITT, Michael, N. *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*. In FISCHER, H. et al, eds., *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*. Berlin: BWV, 2004, p.505-529. MCDONALD, Avril. *The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities*. Avril 2004. Article disponible sur: http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=9&level1=13337&level2=13379

En revanche, il est indéniable que les civils qui fournissent des entraînements et des conseils militaires participent de façon directe aux hostilités, car ces activités ont un impact immédiat sur les opérations militaires. Il faut toutefois préciser que s'il s'agit d'une formation militaire générale, et non pas d'un entraînement pour une opération spécifique, il s'agira d'une participation indirecte. Le critère qui est ici pertinent est celui de l'impact de la formation sur les opérations de combat.

Enfin, les civils participant aux opérations de reconstruction ne prennent pas une part directe aux hostilités si les bâtiments qui font l'objet de cette reconstruction sont destinés à la population civile ou à un double usage, civil et militaire. Au contraire, si la reconstruction concerne des bâtiments militaires et que cela aura un impact sur les opérations militaires, les civils seront considérés comme prenant part directement aux hostilités.

Les avis des auteurs sont souvent divergents quant à la qualification des activités comme relevant ou non de la participation directe aux hostilités. Cependant, il est essentiel de garder à l'esprit que la perte pour un civil de la protection liée à une participation directe aux hostilités est une exception à la règle générale de l'immunité contre les attaques directes. Il est donc nécessaire de prendre toutes les précautions possibles pour déterminer s'il s'agit d'une participation directe aux hostilités et, en cas de doute, ne pas retenir cette qualification.

Les membres du personnel des sociétés militaires privées qui commettent des actes relevant de la participation directe aux hostilités, perdent donc leur droit à la protection contre les attaques pendant les conflits internationaux, prévue par l'article 51, §3 du Protocole I, et ce durant toute la durée de leur participation. Ils peuvent être pris pour cible légalement.

De plus, ils n'auront pas droit, s'ils sont capturés, au statut de prisonnier de guerre, et ils pourront être pénalement poursuivis pour une telle participation en vertu de la loi interne de l'État qui les détient. La question est souvent posée de savoir si les poursuites criminelles internes peuvent être mises en œuvre du seul fait de participer directement aux hostilités ou si la participation directe doit contenir un acte interdit par la loi nationale. Le commentaire du Protocole I confirme qu'ils peuvent être poursuivis pour le simple fait d'avoir participé aux hostilités, même s'ils n'ont commis aucune violation du droit international humanitaire.

Il a aussi été suggéré que la compétence des États pour punir les civils pour leur participation aux hostilités devrait être limitée aux actes commis au cours de la même mission que celle qui a pris fin par sa capture par l'adversaire. Par conséquent, si l'ennemi le capture à une étape postérieure, il ne pourra le poursuivre pour ses méfaits du passé. On peut penser que cette règle, établie dans les Conventions de La Haye de 1907 concernant les espions, et reprise par le Protocole I pour les membres des forces armées qui ne se sont pas distinguées de la population civile comme demandé par l'article 44, §3¹⁶¹, peut, par analogie, être appliquée aux civils qui participent directement aux hostilités¹⁶².

¹⁶¹ Cet article dispose: « 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. Etant donné, toutefois, qu'il y a des situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile, il conserve son statut de combattant à condition que, dans de telles situations, il porte ses armes ouvertement :

a) pendant chaque engagement militaire ; et

Il est nécessaire d'étudier si la quatrième Convention de Genève est applicable à ces employés des sociétés militaires privées qui participent directement aux hostilités, car à défaut, de quelle protection pourraient-ils bénéficier lorsqu'ils seront aux mains ennemies?

Le champ d'application personnel de la quatrième Convention de Genève est défini dans les termes suivants: les personnes protégées sont celles qui à un moment donné et de quelque manière que ce soit se retrouvent dans le cas d'un conflit ou d'une occupation, dans les mains d'une partie au conflit ou de la puissance d'occupation dont ils ne sont pas les nationaux. Cette définition est relativement large: toute personne serait protégée si elle se trouve aux mains ennemies, sauf les nationaux de ces ennemis. Cet article inclut les civils et les membres des forces armées, mais il prévoit aussi certaines exceptions. En effet, sont exclus de la protection les nationaux d'un État qui n'est pas lié par la quatrième Convention de Genève, ce qui constitue une exception plutôt théorique étant donné la vocation universelle des Conventions. Sont également exclus de la protection les nationaux d'un État neutre qui sont sur le territoire d'un État belligérant et les nationaux d'un État co-belligérant, tant que l'État dont ils

b) pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire qui précède le lancement d'une attaque à laquelle il doit participer.

Les actes qui répondent aux conditions prévues par le présent paragraphe ne sont pas considérés comme perfides au sens de l'article 37, paragraphe 1 c.)»

¹⁶² Le commentaire de l'article 44, §5 du Protocole I indique qu' "Il faut pour que le paragraphe 4 [de l'article 44] soit applicable, que la violation ait été commise au moment de la capture ou immédiatement avant la capture ». SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno. *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Genève: CICR; Dordrecht: Nijhoff, 1986, § 1721, p.546.

sont ressortissants a une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent.

Cette deuxième exception est relativement confuse. Elle signifie qu'il convient de différencier différents cas. Tout d'abord, sur le territoire d'États belligérants, les nationaux d'un État neutre ou co-belligérant, aussi longtemps que l'État en question a une représentation diplomatique normale sur le territoire de l'État où ils sont, sont exclus. Ensuite, cette exception signifie également que les nationaux d'un État co-belligérant, aussi longtemps que l'État en question a une représentation diplomatique normale dans l'État occupé, sont exclus. Cependant, dans cette situation, les nationaux des États neutres sont des personnes protégées et la Convention leur est applicable. L'applicabilité de la Convention ne dépend pas dans ce cas de l'existence ou non d'une représentation diplomatique normale.

La quatrième Convention de Genève ne protège pas non plus les personnes protégées par la troisième Convention, ce qui ne soulève pas de difficulté ici puisque les civils prenant une part directe aux hostilités ne sont pas couverts par cette Convention.

Le fait qu'une personne participe directement aux hostilités sans y être autorisée, n'est pas un critère d'exclusion de la quatrième Convention.

Les employés des sociétés militaires privées qui prennent une part directe aux hostilités sont donc protégés par la quatrième Convention s'ils remplissent la condition de nationalité.

En examinant les travaux préparatoires des Conventions de Genève, on trouve la confirmation de cette protection. Dans le deuxième comité qui discutait de la troisième Convention de Genève, la vue prédominante semblait avoir été que les combattants irréguliers ne devaient pas bénéficier

de la même protection que les prisonniers de guerre ni de toutes les protections accordées aux civils, mais qu'ils devaient recevoir un traitement humain et ne pas être sommairement exécutés.

Le projet de la troisième Convention de Genève tel qu'approuvé à Stockholm et soumis à la conférence diplomatique de 1949 contenait le paragraphe suivant dans l'article 3 définissant les prisonniers de guerre : « *la présente convention doit également assurer un standard minimum de protection pour toutes les personnes qui sont capturées ou détenues comme le résultat d'un conflit armé, et dont la protection n'est pas prévue par une autre convention.* »

Le délégué du CICR, M. Wilhelm, expliquait ce paragraphe ainsi :

« Le CICR est incertain de la catégorie de personnes qu'il était ainsi question de couvrir. La présente conférence était engagée pour élaborer une convention pour protéger les membres des forces armées et des catégories de personnes similaires comme les membres de mouvements de résistance organisée, et une autre convention était prévue pour protéger les civils.

Bien que les deux conventions donnent l'impression de couvrir toutes les catégories concernées, en fait, les combattants irréguliers ne sont pas protégés. C'était une question ouverte de savoir s'il était désirable de protéger des personnes qui ne se conforment pas aux lois et coutumes de guerre. Il est apparu nécessaire de prévoir une clause générale de protection, similaire à celle contenue dans la Convention de La Haye de 1907. Néanmoins, il ne paraît pas convenable d'introduire cette conception dans un article, dont le principal objet est de définir clairement toutes les catégories de personnes qui peuvent être protégées par la présente convention. »

Cependant, les droits et privilèges définis dans la quatrième Convention ne sont pas absolus. L'article 5 prévoit des dérogations dans

des cas spécifiques qui pourraient s'appliquer aux personnes qui prennent une part directe aux hostilités sans y avoir été autorisées. En effet, il dispose :

« 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'État 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'État.

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'État ou de la Puissance occupante, suivant le cas. »

Cet article distingue donc deux situations : d'une part, sur le territoire d'une partie au conflit, certaines personnes ne peuvent pas prétendre aux droits et privilèges de la quatrième Convention de Genève si cela est préjudiciable à la sécurité de cet État, et d'autre part, dans un territoire occupé, certaines personnes sont, dans les cas où la sécurité militaire le requiert, privées des droits de communication qui leur sont reconnus par la quatrième Convention de Genève.

Pour bénéficier de la protection de la quatrième Convention de Genève, il faut donc remplir le critère de nationalité posé par l'article 4 et ne pas être concerné par les exclusions de l'article 5. La question demeure de savoir si les protections de cette Convention sont supplées par d'autres règles du droit international pour les individus qui ne peuvent pas être protégés par ce texte.

Les garanties minimales qui s'appliquent à toute personne aux mains d'une partie au conflit sont définies par l'article 75 du Protocole additionnel I. Son champ d'application est ainsi défini :

« 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. »

Les employés des sociétés militaires privées qui ne rempliraient pas les conditions pour bénéficier de la protection de la quatrième Convention de Genève pourraient donc bénéficier de la protection de l'article 75. Cette affirmation est corroborée par les Professeurs Bothe, Partsch et Solf dans leur commentaire du Protocole I :

« Le paragraphe 3 applique les protections et les sauvegardes de l'article 75 à toute personne qui a pris part aux hostilités, mais qui n'a pas le statut ni le traitement d'un prisonnier de guerre, et qui n'est pas éligible à un meilleur traitement sous la 4ème CG. Cette catégorie de personnes inclut : les membres des forces armées à qui on a retiré à la fois le titre et le traitement de prisonnier de guerre (exemple des

espions, ou ceux qui ne se sont pas distingués de la population civile), les nationaux d'un État qui ne sont pas couverts par la 4^{ème} convention, les nationaux d'une puissance détentrice, et les nationaux d'un État neutre ou co-belligérant avec lequel l'État détenteur a des relations diplomatiques normales (voir les exclusions prévues par l'article 4, 4^{ème} CG), les espions, et les mercenaires. Malgré les dérogations prévues par l'article 5 de la 4^{ème} CG, ce paragraphe rend également applicable l'article 75 (standard humanitaire minimum) aux civils protégés par la 4^{ème} convention qui participent directement aux hostilités sur le territoire d'une partie au conflit ou sur tout autre endroit qu'un territoire occupé. Dans un territoire occupé cela neutralise virtuellement les dérogations permises par l'article 5 de la 4^{ème} convention exception faite pour les espions.»¹⁶³.

Le statut des employés des sociétés militaires privées varie selon qu'ils participent ou non directement aux hostilités. Ils sont donc des cibles légales lorsqu'ils participent directement aux hostilités, mais au contraire doivent être protégés comme civils et ne pas être pris comme cibles lorsqu'ils ne prennent pas une part directe aux hostilités.

Le phénomène de « revolving door », même s'il apparaît nécessaire pour protéger les civils, n'est pas tout à fait satisfaisant car il entraîne une immunité contre les attaques pour les civils, y compris ceux qui sont tentés de profiter de cette situation pour en abuser. Cependant, comme l'affirme

¹⁶³ BOTHE, Michael, PARTSCH, Karl Josef, SOLF, Waldemar A. *News Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 261-262, § 2.4.

Mme Bouchet-Saulnier¹⁶⁴, il est nécessaire de qualifier ces employés de civils ou de combattants. Il n'est pas possible de créer de nouvelles catégories car cela aurait pour effet de porter atteinte à la force même du droit de la guerre.

Ces allers et retours entre ces deux positions de civil et de civil participant aux hostilités ne sont pas adaptés aux employés des sociétés militaires privées qui participent directement au conflit car cela défavoriserait les autres parties au conflit qui seraient dans la quasi impossibilité de les attaquer. A moins de prendre en compte de façon extensive les périodes de préparation, de déploiement et de retrait, il est impératif d'adopter des textes qui permettront de ne les faire dépendre que d'un seul statut, afin de clarifier leurs droits et leurs obligations, tant pour leur propre sécurité, que pour celle de leurs adversaires de combat.

Les lois nationales et les instruments juridiques internationaux s'avèrent peu efficaces pour les employés des sociétés militaires privées. Même si le phénomène date du milieu des années quatre-vingt-dix, une grande partie de la classe politique considère encore que légiférer trop précisément sur cette question les priverait d'une arme politique indispensable dans les conflits contemporains. Il peut s'avérer utile, selon la vision de certains dirigeants, de pouvoir utiliser certaines méthodes contestées sans avoir à en répondre devant la justice.

Le statut de ces employés de sociétés militaires privées n'est pas non plus prévu très clairement par le droit international humanitaire, mais il apparaît que ceux d'entre eux qui ne participent pas directement aux hostilités peuvent être considérés comme des civils et jouir de la protection

¹⁶⁴ BOUCHET-SAULNIER, Françoise. *Combattants illégaux, un faux débat*. Entretien. Le Monde, 30 Juin 2004, p. VIII.

réservée à cette catégorie contre les attaques directes, alors que ceux qui prennent une part directe aux hostilités peuvent être privés de cette protection, au moins temporairement.

Malgré le travail de réflexion intéressant mené par le Comité international de la Croix-Rouge, la définition de la participation directe aux hostilités doit encore être précisée. Il n'est pas évident en pratique d'opérer la distinction qui découle de cette définition, et il est fort probable que cela soit impossible pour les forces armées. Le risque est alors de se retrouver confronté à un certain nombre de civils qui combattent ou qui participent directement aux hostilités d'une autre façon, et peuvent changer le cours d'un conflit en avantageant l'une ou l'autre partie. Ces civils retrouveront leur protection une fois qu'ils auront fini leurs actions qualifiables de participation directe au conflit, ce qui peut, finalement, mener à des abus de la part des civils et à une certaine forme d'impunité.

Cependant, même si le droit international humanitaire accorde une large protection aux civils, ce qui est d'ailleurs nécessaire pour protéger cette catégorie, dont la majeure partie ne prend pas part directement aux hostilités, d'attaques injustifiées, la responsabilité de ceux-ci peut éventuellement être envisagée.

Titre II : La responsabilité des employés des sociétés militaires privées participant à des opérations militaires.

Au 19^{ème} siècle, le droit international s'adressait uniquement aux États : selon un point de vue traditionnel, seuls les États sont responsables en droit international. Cependant, la prolifération d'acteurs non étatiques sur la scène internationale qui exercent un grand pouvoir économique et social, a incité le droit international à élargir son champ d'application. La forte expansion des droits de l'homme dans les dernières décennies démontre que le but du droit international n'est pas seulement de réguler les relations entre les États, mais aussi entre les États et les individus.

L'évolution du droit pénal international et du droit international humanitaire depuis la deuxième guerre mondiale a démontré que le droit international s'applique non seulement aux États mais aux individus. Cette tendance a continué lors des vingt dernières années avec la création des Tribunaux Pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda par le Conseil de sécurité des Nations Unies, et l'adoption du Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale.

La définition du statut des employés des sociétés militaires privées permet de préciser la protection qui leur est accordée par le droit international humanitaire lors des conflits, mais il est également essentiel de réfléchir aux possibilités permettant de mettre en jeu leur responsabilité.

Les employés des sociétés militaires privées ont souvent été impliqués dans des actes répréhensibles se déroulant dans les zones de conflits actuels. L'affaire qui a soulevé le plus d'émoi au sein de l'opinion est celle de la torture des prisonniers d'Abu Ghraib en Irak. Cependant, d'autres affaires ont été moins médiatisées et les violations graves du droit

international humanitaire sont malheureusement trop fréquentes. Lorsque ces employés commettent des infractions, il est nécessaire que les victimes de ces actes répréhensibles aient la possibilité d'engager des poursuites à l'encontre de ces individus.

Les individus pourraient voir leur responsabilité engagée au niveau international (chapitre 1). On peut en effet envisager qu'il existe des possibilités de poursuites hors de tout cadre strictement national afin d'appréhender le phénomène de façon plus large.

Il est également intéressant de voir quelles sont les mesures prises par les Etats au niveau interne pour punir ces employés (chapitre 2). L'exemple américain est sans doute le plus intéressant à étudier car ce sont les Etats-Unis qui emploient le plus grand nombre de sociétés militaires privées dans les conflits actuels et ils ont développé un arsenal important de normes juridiques pour essayer de retenir la responsabilité de ces individus.

Chapitre 1 : La possibilité de poursuivre les individus en droit international.

Les employés des sociétés militaires privées ont souvent été impliqués dans des actes répréhensibles se déroulant dans les zones de conflits actuels. L'affaire qui a soulevé le plus d'émoi au sein de l'opinion est celle de la torture des prisonniers d'Abu Ghraib en Irak. Cependant, d'autres affaires ont été moins médiatisées et les violations graves du droit international humanitaire sont malheureusement trop fréquentes.

Il est important d'étudier si les employés de ces sociétés peuvent être reconnus responsables des abus qu'ils commettent.

En effet, bien que la place de l'individu en droit international demeure controversée, sa responsabilité peut être engagée en vertu de textes internationaux (section 1). La Cour pénale internationale peut, en particulier, avoir une certaine importance pour mettre en jeu la responsabilité des employés des sociétés militaires privées (section 2).

Section 1 : L'individu, responsable en droit international

La question de la place de l'individu en droit international public est fréquemment posée et prendre position sur le point de savoir si les individus peuvent être liés directement par le droit international humanitaire permettra de déterminer s'il est possible ou non de poursuivre les employés des sociétés militaires privées de façon individuelle lorsqu'ils contreviennent à ce droit.

Les militaires ne sont pas concernés par ces questions car, en tant que représentants de l'État, ces derniers sont considérés comme des agents étatiques et non comme des personnes privées.

Cette question n'est pas nouvelle en droit international. En effet, en 1946, le tribunal de Nuremberg avait déjà affirmé que le droit international pouvait avoir des effets directs pour les individus :

« ...il est surabondamment prouvé que la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la sanction s'impose, comme sanction du droit international »¹⁶⁵.

Messieurs les Juges Shi et Vereshchetin sont même allés plus loin dans leur déclaration commune relative à l'arrêt rendu dans l'affaire de l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹⁶⁶. Ils estimaient, que si la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide prévoyait la responsabilité individuelle, cela signifiait l'exclusion de la responsabilité de l'État. Ils écrivaient ainsi :

« La détermination de la communauté internationale à voir les individus auteurs d'actes de génocide traduits en justice, quelles que soient leur origine ethnique ou la position qu'ils occupent, montre la meilleure manière d'envisager la question. Nous partageons l'opinion ci-après, exprimée par le *Chief Prosecutor* britannique à Nuremberg, M.Hartley Shawcross, dans un article récent :

¹⁶⁵ Tribunal de Nuremberg, jugement des 30 Septembre et 1^{er} Octobre 1946, doc.off., vol. I, p. 235.

¹⁶⁶ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine contre Yougoslavie)*, exceptions préliminaires du 11 Juillet 1996, *Rec.*, p. 595.

« Il ne peut y avoir de réconciliation tant que la culpabilité individuelle pour les crimes horribles commis au cours des quelques dernières années ne remplacera pas la théorie pernicieuse de la responsabilité collective qui nourrit tant de haines raciales. » (*International Herald Tribune*, 23 mai 1996, p.8)

Donc, à notre avis, la Cour internationale de Justice n'est peut-être pas l'instance appropriée pour se prononcer sur les griefs formulés par la Partie requérante en la présente instance »¹⁶⁷.

Cette analyse est intéressante car il est vrai que lorsque la responsabilité d'un individu est retenue, il n'est pas toujours nécessaire de retenir en outre la responsabilité de l'État, ce qui permet d'épargner la partie innocente de la population, et d'éviter la responsabilité collective. Cependant, dans les faits, il est souvent indispensable de retenir aussi la responsabilité de l'État, notamment pour des raisons ayant trait à la solvabilité.

Il est tout à fait possible de retenir la responsabilité des particuliers. La seule condition est qu'une norme internationale, suffisamment précise, leur confère des droits et des obligations.

On cite souvent l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁸ qui est dotée d'un effet horizontal (ou théorie de la *Drittwirkung*). Celle-ci produit donc ses effets à l'égard des particuliers et des pouvoirs publics. Mais, s'il est vrai que l'application de cette Convention aux

¹⁶⁷ Déclaration commune du Juge Shi et du Juge Vereshchetin, *Rec.1996*, p. 631.

¹⁶⁸ L'article premier de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales dispose : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente Convention ».

particuliers, par le biais de la condamnation des Etats, ne soulève aujourd'hui plus de contestation, il n'en va pas toujours de même pour les autres normes du droit international humanitaire qui pourtant devraient être d'application directe pour les particuliers.

Les employés des sociétés militaires privées peuvent voir leur responsabilité pénale individuelle engagée au niveau international pour toute violation grave du droit international qu'ils ont commise.

Les sources de droit pénal international qui permettent de poursuivre les individus sont, d'une part, certains traités internationaux, tels que les Conventions de Genève, la Convention de l'ONU sur la torture de 1984,... et, d'autre part, le droit international coutumier qui s'est largement développé sur la base des lois nationales, de la jurisprudence nationale ou de juridictions internationales. Le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale s'appuie sur ce droit coutumier lorsqu'il énumère les crimes de droit international public.

Même si lors des débuts du Tribunal international pour le Rwanda en 1998 on avait pu craindre que les civils ne puissent être poursuivis pour crimes de guerre¹⁶⁹, il est bien aujourd'hui certain que les particuliers peuvent être jugés responsables individuellement et pénalement pour des violations du droit international.

¹⁶⁹ C'est ce qu'avait décidé le Tribunal dans l'affaire Akayesu, le 2 Septembre 1998 (TPIR, aff. ICTR-96-4-T, 2 Sept.1998, § 632s.), puis dans les affaires Kayishema/Ruzindana de Mai 1999 et Rutaganda de Décembre 1999 (TPIR, aff. ICTR-95-1-T, 21 Mai 1999, § 616-618 ; TPIR, aff. ICTR-96-3-T, 6 Déc.1999, § 96). Mais la Chambre d'Appel du Tribunal a infirmé ces décisions en indiquant dans sa décision du 1^{er} Juin 2001, que les civils étaient liés par les Conventions de Genève et le Protocole additionnel II (TPIR, aff. ICTR-96-4-A, Akayesu, 1^{er} Juin 2001, § 435s.)

Il est important de poursuivre les individus car le sentiment d'impunité et l'absence de poursuites judiciaires favorisent les violations du droit international humanitaire. Ce sentiment d'impunité est très fort en ce qui concerne le scandale d'Abu Ghraib puisque aucun des employés des sociétés militaires privées impliqués dans les tortures n'a été poursuivi alors même que les soldats américains liés à cette affaire ont été jugés coupables et sanctionnés.

Les poursuites pénales à l'encontre des employés des sociétés militaires privées ayant violé le droit international sont donc théoriquement possibles, mais en pratique elles demeurent très rares. En effet, nous verrons que la compétence de la Cour pénale internationale n'est pas évidente et l'utilisation de la compétence universelle contre eux pour des violations de cette nature est rare en pratique.

L'un des problèmes rencontrés, lorsque la volonté de poursuivre les employés des sociétés militaires privées existe, est la détermination du tribunal compétent pour connaître de la demande.

Les employés des sociétés militaires privées doivent pouvoir être poursuivis devant les tribunaux de différents États : ceux de l'État où la violation du droit a été commise (principe de territorialité), ceux de l'État de la nationalité de la victime (principe de la personnalité passive), ceux de l'État de la nationalité du coupable présumé (principe de la personnalité active) et ceux de l'État de la société qui les emploie. On peut aussi envisager des poursuites en vertu du principe d'universalité pour les violations graves du droit international, sans qu'il y ait besoin d'un quelconque rattachement à l'État du for. Certaines conventions prévoient cette obligation pour les États signataires de poursuivre pénalement, au niveau national, les graves violations des droits protégés par ces conventions. C'est le cas des Conventions de Genève, qui sont considérées

comme d'application universelle et qui donc concernent en principe tous les États, et de la Convention de l'ONU contre la torture.

Cependant, malgré ces diverses possibilités, de nombreux autres obstacles existent en pratique. Il est, tout d'abord, possible que les employés des sociétés militaires privées aient obtenu l'immunité de la part des tribunaux dans les pays dans lesquels ils opèrent. Cela a notamment été le cas en Irak, lorsque l'Autorité provisoire de la coalition a attribué aux sociétés militaires privées l'immunité contre les lois irakiennes et contre toute poursuite en Irak¹⁷⁰. C'est également le cas de l'« executive order » n°13303 du Président Bush, en date du 22 mai 2003, qui garantit aux employés des sociétés militaires privées l'immunité de la part des tribunaux américains pour des crimes commis dans des endroits dépendants de la juridiction américaine.

En outre, les tribunaux des pays dans lesquels opèrent les sociétés militaires privées ont souvent cessé de fonctionner en raison du conflit et ne sont donc pas en mesure de juger les violations graves commises par ces employés.

On peut également noter que les autres États (État dans lequel est enregistrée la société, État de nationalité des employés, État qui a loué les services de la société) peuvent être dans l'impossibilité de juger les employés des sociétés militaires privées sur la base de la juridiction

¹⁷⁰ L'Ordre 17 de l'Autorité provisoire de la coalition, en date du 27 Juin 2004, prévoit que «Unless provided otherwise herein, the MNF, the CPA, Foreign Liaison Missions, their Personnel, property, funds and assets, and all International Consultants shall be immune from Iraqi legal process ». Document disponible sur : http://www.cpa-iraq.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf Il a été mis fin à cette immunité au 1^{er} Janvier 2009.

universelle parce qu'aucune législation nationale adéquate n'existe dans ces pays.

Cependant, même dans les cas où la loi nationale prévoit la possibilité d'exercer une compétence extraterritoriale, les États peuvent se montrer réticents à entamer des poursuites pour des violations sérieuses du droit international humanitaire, et ce pour des raisons politiques ou pratiques. Les procédures de ce type sont extrêmement compliquées car les preuves et les témoins sont dans le pays où la violation a été commise.

Cette juridiction universelle existe en Espagne, mais elle est actuellement remise en cause suite aux critiques de plusieurs pays étrangers qui ont fait l'objet de procédures initiées par l'Audience nationale, la plus haute instance judiciaire espagnole, sur cette base¹⁷¹.

Un certain nombre d'États peut ainsi avoir compétence pour les violations graves du droit international humanitaire, mais ce n'est pas le cas pour les crimes ordinaires qui ne sont pas liés au conflit armé. Dans de tels cas, ce sont les tribunaux locaux, qui ne fonctionnent pas toujours de façon normale en période de conflit, qui ont compétence.

On peut se demander si les États ont réellement la volonté de poursuivre les employés des sociétés militaires privées qui commettent des violations graves du droit international humanitaire. En effet, on peut prendre l'exemple du Comité contre la torture, mis en place pour surveiller l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants par les États parties, qui peut

¹⁷¹ Le juge Baltasar Garzon a notamment utilisé ce principe de juridiction universelle pour ouvrir de nombreuses enquêtes ayant trait aux droits de l'homme (Augusto Pinochet, tortures à Guantanamo).

mener des investigations lorsqu'il y a des plaintes contre les puissances occupantes, mais qui ne peut s'intéresser que de façon indirecte aux actes commis par les employés des sociétés militaires privées. Cet oubli de la part des États ne reflète-t-il pas une volonté de protéger ces employés ?

La compétence de la Cour pénale internationale permettrait de faciliter les poursuites en les réunissant devant une seule juridiction, internationale qui plus est.

Section 2 : La compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des employés des sociétés militaires privées.

La Cour pénale internationale a été créée par le Statut de Rome, adopté le 17 juillet 1998, par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale.

Le Statut de Rome est entré en vigueur lorsque soixante États y sont devenus parties, c'est-à-dire le 1^{er} juillet 2002. A l'heure actuelle, 122 États y sont parties.

C'est en raison de la réticence d'un certain nombre d'États à remplir leurs obligations en matière de poursuites pénales de crimes relevant du droit international public que la communauté internationale a décidé de mettre en place des tribunaux ad hoc, puis la Cour pénale internationale.

Comme le disait très justement le Professeur Antonio Cassese, les tribunaux internationaux sont les instances les plus appropriées pour se prononcer sur les violations graves du droit international, car ils sont dans

une meilleure position pour comprendre et appliquer le droit international¹⁷².

La Cour pénale internationale a compétence à l'égard des crimes de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Elle n'a pas compétence en ce qui concerne les personnes morales, mais rien ne l'empêche de poursuivre des personnes privées, qui sont donc punissables directement et pénalement. Lorsque les États parties auront trouvé un accord quant à la définition à en donner, la Cour pourra également être compétente à l'égard des crimes d'agression.

Il est intéressant de noter qu'en 1974, dans la Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, on considérait que « *l'un quelconque des actes ci-après, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, réunit, sous réserve des dispositions de l'article 2, et en conformité avec elles, les conditions d'un acte d'agression : [...] g) l'envoi par un État ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre État (...)*¹⁷³ ». Cette résolution, si elle inspirait la Cour pénale internationale, pourrait faire de la Cour un lieu permettant explicitement la poursuite des mercenaires.

La Cour ne peut exercer sa compétence que dans trois hypothèses qu'il convient de rappeler brièvement. La Cour pénale internationale a compétence lorsque l'accusé est ressortissant d'un État partie au Statut de

¹⁷² « International courts are the most appropriate bodies to pronounce on [serious breaches of international law] [...] they are in a better position to understand and apply international law». CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2e ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 441.

¹⁷³ Rés.AG NU 3314 (XXIX), Doc.off.AG NU, 29^e sess., Doc.NU A/RES/3314 (1974) 149-150.

la Cour ou d'un État qui a autrement accepté la compétence de la Cour. La Cour a également compétence lorsque le crime a été commis sur le territoire d'un État partie ou d'un État qui a autrement accepté la compétence de la Cour. Enfin, la Cour est compétente lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU a déferé l'affaire au Procureur, et ce, quels que soient la nationalité de l'accusé ou le lieu où le crime a été commis.

La Cour ne sera cependant pas compétente si des poursuites sont déjà engagées devant les juridictions nationales d'un État. En conformité au principe de complémentarité, la Cour pénale internationale n'a compétence que lorsqu'il existe une carence au niveau national, c'est-à-dire quand les États n'ont pas la volonté ou la capacité de mener une enquête ou de poursuivre des individus coupables de crimes tels que définis dans le Statut de Rome.

Les avantages à la compétence de la Cour pénale internationale sont nombreux. En effet, la Cour est une juridiction qui est davantage préparée que les juridictions nationales à enquêter et à juger des crimes graves ; elle bénéficie de certaines facilités pour entendre les témoins de différents pays ou pour y relever les preuves. Les juges internationaux ne pourront pas être accusés de partialité puisqu'ils ne travaillent pas pour l'État pour le compte duquel les actions illégales ont été commises.

Le fait d'utiliser la compétence de la Cour pénale internationale a également un autre avantage lié au développement de précédents. En effet, les affaires jugées par la Cour permettront d'uniformiser le traitement des affaires liées aux employés des sociétés militaires privées, alors que le fait d'agir par le biais des cours nationales risque d'entraîner une certaine disparité tant dans l'interprétation que dans l'application des lois et des peines.

Une condamnation d'employés de sociétés militaires privées permettrait aussi de stigmatiser ces comportements en espérant les décourager, et de mettre en lumière les problèmes liés à l'utilisation de ces sociétés.

Bien que la compétence de la Cour pénale internationale semble acquise pour connaître des affaires liées à des employés de sociétés militaires privées coupables de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de crimes de génocide, l'obstruction constante et persistante des États-Unis à cette Cour réduit grandement son efficacité.

Au début des négociations concernant le Statut de Rome, la délégation de l'administration Clinton a coopéré et travaillé afin de conserver le droit des militaires américains d'enquêter et de poursuivre leur personnel selon des procédures existantes et afin de maintenir la légitimité du « Status of Forces agreements » qui avait été conclu avec certains gouvernements étrangers. Ce deuxième point figure d'ailleurs à l'article 98(2) du Statut qui prévoit que « *la Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise* ».

Cependant, en mai 2002, les États-Unis ont fait part de leur intention de ne plus devenir partie au Statut de Rome en indiquant que leur signature du 31 décembre 2000 n'emportait aucune obligation légale.

Les États-Unis ont invoqué deux raisons principales pour expliquer ce retrait. La première raison est un argument qui est partagé par d'autres États qui s'opposent à la Cour, notamment la Chine, la Russie, Israël et

l'Inde, et est lié à la crainte de poursuites politiques et d'un empiètement sur leur souveraineté.

La deuxième raison invoquée par les États-Unis est liée au fait que la Cour pénale internationale n'accorderait pas les mêmes garanties de protection que le système américain. En effet, le VI^e amendement de la Constitution des États-Unis prévoit que, dans toute poursuite criminelle, l'accusé aura le droit d'être jugé par un jury impartial. La Cour pénale internationale est, quant à elle, composée de dix-huit juges ayant la nationalité d'États qui ont ratifié le Statut de Rome et ce sont trois juges qui conduisent le procès. Les États-Unis estiment donc que ce système ne respecte pas les conditions posées par leur propre constitution car il se pourrait que trois juges issus de pays hostiles aux États-Unis connaissent d'une affaire concernant un ressortissant américain.

Cependant, sans même qu'il soit nécessaire de répondre à ces arguments, la Cour pénale internationale devrait être en mesure d'avoir compétence à l'égard de citoyens américains qui auraient commis des crimes sur le territoire d'États ayant ratifié le Statut de Rome. Ainsi, l'Afghanistan a ratifié le Statut de Rome, et la Cour devrait pouvoir poursuivre des ressortissants américains coupables, par exemple, de crimes contre l'humanité sur son territoire.

En réponse à cette compétence de la Cour, le Congrès des États-Unis a adopté le « American Service-members' Protection Act » en 2002¹⁷⁴. Cette loi interdit toute assistance militaire aux pays participant à la Cour pénale internationale. Le président des États-Unis peut lever cette interdiction si l'État étranger s'engage à ne pas autoriser la Cour pénale internationale à exercer sa compétence sur les citoyens américains et s'engage donc à ne

¹⁷⁴ 22 U.S.C. § 7421s.

pas les transférer à la Cour. Les États-Unis ont conclu des accords dans ce sens, dits « accords de l'article 98 », avec une centaine d'États (dont une quarantaine sont parties au Statut de Rome), y compris l'Afghanistan en septembre 2002.

Cette loi américaine de 2002 donne également un autre pouvoir très important au président des États-Unis en mettant en place « The Hague Invasion Act » qui lui permet d'utiliser tous les moyens nécessaires, donc y compris la force armée, pour libérer tout citoyen américain ou citoyen des pays alliés détenu à la demande de la Cour pénale internationale¹⁷⁵. Cette loi a été très critiquée au sein de la communauté internationale car elle bloque toute possibilité de coopération mondiale en vue de réprimer les crimes les plus graves, mais elle n'a pas, pour le moment, été remise en cause par l'administration Obama.

¹⁷⁵American Service-members' Protection Act of 2002: « SEC.2008. AUTHORITY TO FREE MEMBERS OF THE ARMED FORCES OF THE UNITED STATES AND CERTAIN OTHER PERSONS DETAINED OR IMPRISONED BY OR ON BEHALF OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.

1. AUTHORITY- The President is authorized to use all means necessary and appropriate to bring about the release of any person described in subsection (b) who is being detained or imprisoned by, on behalf of, or at the request of the International Criminal Court.

2. PERSONS AUTHORIZED TO BE FREED- The authority of subsection (a) shall extend to the following persons:

1. Covered United States persons.

2. Covered allied persons.

3. Individuals detained or imprisoned for official actions taken while the individual was a covered United States person or a covered allied person, and in the case of a covered allied person, upon the request of such government. »

Les États-Unis ont également obtenu un certain appui émanant des Nations Unies. En effet, par le biais des résolutions du Conseil de sécurité n°1422 de juillet 2002¹⁷⁶ et n°1487 de juin 2003¹⁷⁷, l'ONU a demandé à la Cour pénale internationale de ne procéder à aucune enquête ou poursuite contre des individus qui participent à des opérations de la paix ou à des missions autorisées, et qui sont ressortissants de pays qui n'ont pas ratifié le Statut de Rome. Les Etats-Unis ont en réalité fait pression sur les autres membres du Conseil de sécurité afin que ces résolutions soient adoptées.

En 2003, le Conseil de sécurité, une fois encore sous la pression des Etats-Unis, a adopté la résolution 1497¹⁷⁸. Cette résolution a permis le déploiement d'une force de stabilisation au Liberia, mais a également accordé « la juridiction exclusive » aux Etats qui fournissent des troupes mais qui ne sont pas parties à la Cour pénale internationale. Cela a pour effet d'empêcher toute poursuite par la Cour pénale internationale pour génocide, crime de guerre et crime contre l'humanité.

En principe, le Conseil de sécurité détient le pouvoir de suspendre les enquêtes et les poursuites, mais uniquement sur la base de l'article 16 du Statut de Rome¹⁷⁹. En adoptant les résolutions 1422, 1487 et 1497, le

¹⁷⁶ U.N.Doc. S/RES/1422 (2002) du 12 juillet 2002. Cette résolution accorde l'immunité aux membres du personnel des Etats qui ne sont pas partie à la Cour pénale internationale et qui participent aux missions établies ou autorisées par les Nations Unies pendant une durée renouvelable d'un an.

¹⁷⁷ U.N.Doc. S/RES/1487 (2003) du 12 Juin 2003. Cette résolution renouvelle la résolution 1422.

¹⁷⁸ U.N.Doc. S/RES/1497 (2003) du 1^{er} Août 2003.

¹⁷⁹ Article 16 du Statut de Rome : « aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une

Conseil de sécurité a considéré que la menace des Etats-Unis d'opposer leur veto aux opérations de maintien de la paix constituait en soi une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression. Cela paraît contestable et il semble incohérent que les Etats-Unis soient parvenus, à force de pression sur les autres Etats membres, à obtenir une immunité qui amoindrit considérablement la compétence de la Cour pénale internationale.

Le Conseil de sécurité, en adoptant ces résolutions, a été bien plus loin que ce que lui permet l'article 16 du Statut de Rome. En effet, ce sont des situations exceptionnelles qui doivent justifier le recours à cet article, et ce n'était pas le cas lorsque ces résolutions ont été adoptées. Ces résolutions semblent donc contraires au Statut de Rome, à la Charte de l'ONU et plus généralement au droit international.

Puisque la résolution 1483¹⁸⁰ du Conseil de sécurité a approuvé l'engagement des forces de la coalition en Irak, toutes les activités en Irak étaient couvertes par cette impunité générale jusqu'en juin 2004. La discussion sur la prolongation de cette immunité n'a pas abouti, notamment en raison du scandale d'Abu Ghraib qui avait particulièrement frappé les esprits. Dans cette affaire, si les soldats impliqués ont bien été jugés, il n'en a pas été de même pour les employés des sociétés militaires privées qui, dans le pire des cas, ont simplement vu leur contrat résilié. Ce scandale a démontré que ces employés pouvaient effectivement échapper aux poursuites criminelles et cette situation aura des conséquences sur la viabilité du droit des conflits armés.

résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions. ».

¹⁸⁰ U.N.Doc. S/RES/1483 (2003) du 22 Mai 2003.

Cependant, il ne faut pas oublier que si les employés américains des sociétés militaires privées ne peuvent être que difficilement poursuivis par la Cour pénale internationale pour le moment, en raison de l'absence de ratification du Statut de Rome par les États-Unis et de l'existence des accords bilatéraux conclus par les États-Unis avec de nombreux pays, les employés des sociétés militaires privées qui sont ressortissants d'États ayant ratifié le Statut de Rome peuvent être poursuivis.

Ainsi, les ressortissants d'Afrique du Sud peuvent tout à fait être poursuivis devant la Cour pénale internationale, ce pays étant partie au Statut de Rome et n'ayant pas signé d'accord bilatéral avec les États-Unis. Il est donc envisageable que l'Afrique du Sud remette à la Cour l'un de ses ressortissants accusé d'avoir commis des violations des droits de l'homme même s'il travaillait pour une société militaire privée sous contrat avec les États-Unis. Un Sud-africain qui a commis un crime sur le sol irakien pourrait donc être poursuivi.

Étant donné la multitude de nationalités impliquées dans les sociétés militaires privées, qu'il s'agisse des clients ou des employés, il faudra examiner chaque cas individuellement afin de déterminer si l'on peut retenir la compétence de la Cour pénale internationale.

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 a émis une proposition intéressante dans son rapport de janvier 2009 :

« En ce qui concerne les crimes imputés à des [sociétés militaires privées] et à leurs employés, le Groupe de travail se demande si une convention de droit pénal international ou un protocole additionnel au Statut de la Cour pénale internationale pourrait être efficace face à ces prestataires. Un tel instrument pourrait disposer que les prestataires et leurs employés, y compris les directeurs, sont des personnes morales

susceptibles de commettre des crimes internationaux et fixer dûment les peines encourues par le prestataire et ses employés. L'application de ce protocole ou de cette convention pourrait être surveillée par une commission internationale chargée de mener des enquêtes pénales en cas d'allégations de violations »¹⁸¹.

Si l'on suit cette proposition, il est fort probable que l'on rencontrera à nouveau la même opposition de la part des États-Unis. En effet, si ceux-ci ont refusé de ratifier le Statut de Rome et se sont efforcés de conclure le plus grand nombre d'accords bilatéraux possible, c'est sans doute par volonté de protéger les employés des sociétés militaires privées, sociétés qui leur sont aujourd'hui indispensables pour les différents conflits dans lesquels ils sont engagés, tant à titre de renfort que pour effectuer certaines tâches pour lesquelles les militaires ou agents de l'État pourraient voir leur responsabilité retenue.

Les législations nationales actuelles peuvent elles aussi permettre de poursuivre les employés des sociétés militaires privées. Bien entendu, les législations des pays dans lesquels la majorité des actes répréhensibles est commise par ces employés ne sont souvent pas pertinentes car les tribunaux fonctionnent difficilement en période de conflit. Les législations d'autres pays ayant un lien avec la situation (pays d'enregistrement de la société, pays dont la victime est ressortissante,...) ou les lois permettant une compétence universelle peuvent néanmoins permettre d'entamer des poursuites.

¹⁸¹ Conseil des droits de l'homme, A/HCR/10/14 du 21 Janvier 2009, p. 15.

Chapitre 2 : Les possibilités de poursuites des employés des sociétés militaires privées offertes par les législations nationales actuelles.

Le « Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés »¹⁸² indique que les employés des sociétés militaires privées « *ont l'obligation de respecter le droit national pertinent, en particulier le droit pénal, de l'état dans lequel ils opèrent, et pour autant qu'il soit applicable, le droit de l'état dont ils ont la nationalité* »¹⁸³.

Il est souvent difficile de faire respecter le droit de l'Etat dans lequel opèrent les sociétés militaires privées. On peut prendre pour exemple l'Irak. Après que les employés de Blackwater ont tué, sans raison valable apparente, dix-sept civils irakiens en septembre 2007, le gouvernement irakien avait indiqué son intention de supprimer l'immunité par rapport aux juridictions irakiennes des employés des sociétés militaires privées. Cette immunité avait été accordée par l'autorité provisoire de la coalition en 2004. Le gouvernement irakien voulait également traduire dorénavant les employés de ces sociétés devant les tribunaux nationaux.

¹⁸² Doc. A/63/467-S/2008/636. Ce Document de Montreux a été adopté le 17 Septembre 2008 par 17 Etats, suite à une initiative de la Suisse et du Comité international de la Croix-Rouge. Il compte actuellement 44 Etats signataires.

¹⁸³ Doc. A/63/467-S/2008/636, point 23.

Il existe deux projets de loi mais le Parlement irakien n'a pas encore concrètement mis fin à cette immunité. En outre, un accord a été signé entre les Etats-Unis et l'Irak¹⁸⁴. Cet accord prévoit:

*« Iraq has the primary right to exercise jurisdiction over private contractors which have contracts with the United States and their employees »*¹⁸⁵.

Cependant, cette loi, qui prévoyait également le retrait progressif des troupes américaines, n'a mené à aucune poursuite d'employés de sociétés militaires privées devant les tribunaux irakiens.

Les tribunaux d'autres pays que ceux en conflit seront donc davantage susceptibles de connaître de ce genre de poursuites. Les États-Unis, qui passent des contrats avec un grand nombre de sociétés militaires privées sont donc un exemple intéressant à étudier (section 1), d'autant qu'une grande partie des employés est de nationalité américaine.

Si la responsabilité des employés des sociétés militaires privées peut être retenue, on peut aussi envisager la mise en cause de la responsabilité d'une autre personne : le supérieur hiérarchique (section 2).

¹⁸⁴ Agreement between the Republic of Iraq and the United States of America regarding the Withdrawal of the American Forces from Iraq and Regulating their Activities During their Temporary Presence in it, signé le 18 Novembre 2008. Disponible sur:

http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/world/20081119_SOFA_FINAL_AGREED_TEXT.pdf

¹⁸⁵ Article 12 (3).

Section 1 : Les poursuites possibles devant les juridictions américaines

Les États-Unis ont dans leur arsenal juridique de nombreuses lois, anciennes ou récentes, qui peuvent permettre de poursuivre les employés des sociétés militaires privées tant civilement que pénalement.

Cependant, malgré l'abondance d'instruments juridiques, les poursuites contre ces employés peuvent soulever de nombreuses difficultés et souvent ne pas aboutir.

Les États-Unis sont dotés depuis 1789 d'une loi mettant en œuvre le principe d'universalité. Il s'agit de l'Alien Tort Claims Act¹⁸⁶ (voir infra, Partie II, Titre I, section 1, §1) qui permet les poursuites civiles.

La Cour Suprême a récemment précisé certains points relatifs à l'ATCA dans sa décision dans l'affaire *Sosa v. Alvarez Machain*¹⁸⁷. Dans *Sosa*, les deux parties étaient mexicaines. L'affaire impliquait le Dr Alvarez-Machain qui était accusé d'avoir participé au meurtre et à la torture d'un agent de la DEA (Drug Enforcement Administration). Lorsque Mexico a refusé de l'extrader, la DEA a engagé plusieurs ressortissants mexicains, dont Francisco Sosa pour remettre Alvarez-Machain aux États-Unis pour qu'un procès ait lieu. Alvarez-Machain a été acquitté suite au procès et a poursuivi Francisco Sosa sur le fondement de l'ATCA et du Federal Tort

¹⁸⁶ Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 1350, « 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.»

¹⁸⁷ *Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain*, 542 US 692, 29 Juin 2004.

Claims Act pour les dommages qu'il a subi après que Sosa l'a enlevé et remis à la DEA américaine au Texas. La question était de savoir si la capture et la détention illégales d'Alvarez Machain constituaient une « violation de la loi des nations ou d'un traité des États Unis ». La Cour Suprême a indiqué que les faits de capture et de brève détention n'atteignaient pas un tel niveau et a renversé la décision de la Cour d'appel. Pour la Cour Suprême, le kidnapping ne viole donc aucune loi internationale.

Par une majorité de 6-3, la Cour Suprême a indiqué que les tribunaux américains ont une certaine marge de manœuvre dans l'utilisation de l'ATCA. Elle permet aux cours fédérales d'examiner et de statuer sur des violations du droit des nations dans toutes les poursuites intentées sur la base de l'ATCA. La Cour a cependant noté que de telles violations de droit international doivent être universellement condamnées et interdites par le droit pénal. La torture entre dans ces critères. Ainsi, pour les victimes de torture à Abu Ghraib, les poursuites actuelles et à venir contre les employés de sociétés militaires privées impliqués dans ces violations devraient être possibles sur le fondement de l'ATCA.

Cette affaire était fondamentale pour la survie de l'ATCA, car elle intervenait alors que cette loi était très critiquée par le gouvernement Bush qui l'accusait de porter atteinte à sa politique étrangère et même de ralentir la guerre contre le terrorisme.

Les affaires qui ont suivi *Sosa v. Alvarez-Machain* ont réitéré ces critères. Par exemple, dans *Jama v. Esmor*¹⁸⁸, les plaignants étaient des demandeurs d'asile politique originaires d'Afrique et d'Asie qui disaient

¹⁸⁸ *Jama et al. V. Esmor Correctional Services, Inc.*, 2007 US Dist. LEXIS 45706, (D.N.J., 25 Juin 2007).

avoir été victimes d'abus physiques et psychologiques alors qu'ils étaient dans un centre de détention en attendant que leurs demandes d'asile soient examinées. Ces abus avaient été commis par des employés d'une société privée en charge de la gestion du centre.

La Cour a refusé de rendre un jugement en référé, ce que demandait l'entreprise défenderesse qui avait conclu un contrat avec le service américain d'immigration et de naturalisation pour fournir des services de prison pour ses détenus. Se basant sur l'arrêt *Sosa v. Alvarez-Machain*, la Cour a indiqué qu'étant donné que le comportement allégué de l'employé était prohibé internationalement, la preuve de l'abus par le demandeur soulevait une question matérielle suffisante pour qu'il y ait un procès.

Comme l'affaire *Jama* le démontre, l'ATCA est donc un outil important pour toutes les poursuites civiles entamées par des étrangers contre des personnes et entités responsables de torture. En effet, dans certaines circonstances impliquant des violations graves de normes internationales largement acceptées, l'ATCA est une base juridique possible pour poursuivre les employés des sociétés militaires privées.

Cependant, l'utilisation de l'ATCA soulève tout de même certaines difficultés. En effet, il est intéressant de noter qu'après avoir accepté de connaître de l'affaire *Jama v. Esmor*, la Cour a finalement rejeté la requête des demandeurs car ceux-ci ne pouvaient pas identifier quels gardes précisément avaient commis les abus allégués¹⁸⁹, même si elle a reconnu coupable l'entreprise et quatre responsables pour négligence dans le recrutement, la formation et la supervision des gardes.

¹⁸⁹ 22 F. Supp. 2d, § 365.

Il ne sera pas facile pour les victimes d'actes de torture commis par les employés des sociétés militaires privées d'entamer des poursuites en se fondant sur l'ATCA, car il peut être très difficile, voire impossible, d'identifier avec exactitude les coupables de tels actes, qui de plus auront pu être déplacés dans d'autres endroits par des employeurs soucieux de ne pas entacher leur image et de ne pas être poursuivis.

En 1992, le Congrès américain avait adopté le Torture Victim Protection Act¹⁹⁰ (TVPA) qui permet également de poursuivre civilement des personnes, agissant au nom d'un État étranger, qui se sont rendues coupables de torture ou ont exécuté une personne sans jugement préalable.

De nombreux recours ont été effectués sur la base du TVPA, mais les plaintes ne sont possibles qu'à l'encontre de certains États accusés de soutenir le terrorisme¹⁹¹.

Cette loi ne permet donc pas de poursuivre les employés des sociétés militaires privées américaines ou britanniques, qui demeurent les plus nombreuses sur le marché et les plus présentes dans les différents conflits actuels.

Les législations pouvant servir de base pour poursuivre pénalement les employés des sociétés militaires privées sont multiples. On peut notamment s'intéresser au Federal Torture Statute, au War Crimes Act, au Military Extraterritorial Jurisdiction Act, à l'US Patriot Act et à l'Uniform Code of Military Justice. L'étude de chacun de ces textes permet de juger s'ils peuvent être utilisés avec efficacité dans un tel contexte.

¹⁹⁰ Torture Victim Protection Act, 106 Stat. 73 (1992).

¹⁹¹ Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA), 28 U.S.C. § 1605(a)(7).

Le Federal Torture Statute¹⁹² a été adopté en 1994 par les États-Unis pour se conformer à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Selon ce statut, constitue un crime le fait, pour tout Américain, de commettre ou d'essayer de commettre un acte de torture. Il faut cependant, pour qu'il s'applique, que la torture ait eu lieu hors du territoire des États-Unis.

Dans cette loi, la torture est définie comme un acte « *specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering...upon another person within custody or physical control...* »¹⁹³.

Bien que de nombreuses personnes aient pu être concernées par l'application de ce texte depuis une dizaine d'années, aucune action n'a encore été engagée sur ce fondement. Les employés américains des sociétés militaires privées impliqués dans le scandale d'Abu Ghraib auraient pu avoir à répondre de leurs actes sur la base de cette loi.

Cependant, il est important de noter que le « General Counsel » du Département de la Justice a indiqué que le Torture Statute n'était pas applicable à tous les interrogatoires ordonnés par le Président Bush¹⁹⁴.

¹⁹² 18 U.S.C. § 2340 (1994).

¹⁹³ § 2340(1).

¹⁹⁴ United States, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism : Assessment of Legal, Historical, Policy and Operational considerations 21 (Apr.4, 2003) : « In order to respect the President's inherent constitutional authority to manage a military campaign, 18 U.S.C. § 2340 A (...) must be construed as inapplicable to interrogations pursuant to his Commander-in-Chief authority ».

En 2002, le Département de la Justice avait également conclu dans un mémorandum qu'il n'y avait torture que lorsqu'il y avait souffrance physique accompagnée de mort ou de défaillance d'un organe¹⁹⁵. Ce mémorandum ayant fait scandale a finalement été désavoué par l'administration Bush¹⁹⁶.

Le War Crimes Act de 1996¹⁹⁷ est une loi qui permet d'étendre la compétence des tribunaux américains lorsque des crimes de guerre sont commis à l'intérieur ou à l'extérieur des États-Unis, par ou contre des citoyens américains ou des membres des forces armées. Si l'un des crimes de guerre a entraîné le décès d'une victime, le War Crimes Act prévoit la peine de mort.

¹⁹⁵ Memorandum from Assistant Attorney General Jay S. Bybee to Alberto R. Gonzales, Counsel to President, Regarding the Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. § 2340-2340, A 46 (Aug. 1, 2002).

¹⁹⁶ L'administration Bush a finalement désavoué ce mémorandum en Juin 2004.

¹⁹⁷ 18 U.S.C. § 2441 :

« (a) OFFENSE- Whoever, whether inside or outside the United States, commits a grave breach of the Geneva Conventions, in any of the circumstances described in subsection (b), shall be fined under this title or imprisoned for life or any term of years, or both, and if death results to the victim, shall also be subject to the penalty of death.

(b) CIRCUMSTANCES- The circumstances referred to in subsection (a) are that the person committing such breach or the victim of such breach is a member of the armed forces of the United States or a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act).

(c) DEFINITIONS- As used in this section, the term 'grave breach of the Geneva Conventions' means conduct defined as a grave breach in any of the international conventions relating to the laws of warfare signed at Geneva 12 August 1949 or any protocol to any such convention, to which the United States is a party.'

Lorsque les infractions des employés américains des sociétés militaires privées atteignent le niveau de crimes de guerre, ils peuvent donc éventuellement être poursuivis sur la base de cette loi, à condition qu'ils soient de nationalité américaine.

Selon le War Crimes Act, constitue un crime de guerre toute conduite définie comme étant une violation grave dans les Conventions de Genève de 1949 et dans leurs protocoles additionnels auxquels les États-Unis sont parties.

L'enquête de l'armée américaine sur les abus commis dans la prison d'Abu Ghraib a conclu que les responsables des tortures commises avaient commis des crimes de guerre. Ainsi, il aurait dû être possible de poursuivre non seulement les membres des forces armées, mais également les employés des sociétés militaires privées en se basant sur le War Crimes Act.

L'administration Bush a cependant sérieusement limité les possibilités d'utilisation du War Crimes Act. La décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Hamdan v. Rumsfeld*¹⁹⁸, du 26 juin 2006, a rejeté l'argument de l'administration selon lequel l'article 3 commun aux Conventions de Genève ne s'applique pas dans le conflit avec Al-Quaïda, et a affirmé de manière claire que les techniques d'interrogatoires abusives utilisées par la CIA violent les obligations américaines à l'égard du droit international. Elle a ajouté que les personnes opérant pour la CIA peuvent être tenues pénalement responsables pour de telles pratiques.

¹⁹⁸ 548 U.S. 557 (2006).

Afin de répondre rapidement à l'arrêt Hamdan et de clarifier le War Crimes Act, l'administration décida d'adopter le Military Commissions Act de 2006¹⁹⁹. Cette loi amende en partie le War Crimes Act.

En plus d'établir des procédures concernant les tribunaux militaires pour les étrangers suspectés d'être terroristes, le Military Commissions Act contient aussi différentes dispositions pouvant avoir un impact sur la responsabilité des employés de sociétés militaires privées et des officiels américains ayant dirigé leurs actions. Cette loi dresse une liste des infractions qui peuvent être poursuivies sur la base du War Crimes Act. Seuls les traitements cruels ou inhumains et les blessures graves causées intentionnellement peuvent donner lieu à des sanctions pénales. En revanche, les traitements ou punitions dégradants sont interdits mais ne sont pas pénalement sanctionnés.

En redéfinissant les crimes de guerre en une série d'infractions spécifiques et en interdisant uniquement certaines sortes de violations graves, l'administration Bush a limité l'application du War Crimes Act.

En outre, les traitements cruels ou inhumains sont circonscrits aux actes « *intended to inflict severe or serious physical or mental pain or suffering* ».

Les « *serious physical pain or suffering* » ainsi visées sont limitées aux blessures entraînant un risque de mort, de douleur physique extrême, de défiguration physique de nature sérieuse (autres que des coupures, écorchures et contusions), ou une perte ou une détérioration sérieuse d'une fonction d'un organe, membre du corps ou d'une faculté mentale.

¹⁹⁹ Public Law 109-366, 120 Stat. 2600 (Oct. 17, 2006).

Les « *serious mental pain or suffering* » sont quant à elles limitées à l'administration de substances psychotropes, à la menace d'infliger de sérieuses souffrances physiques, à la menace d'une mort imminente, et à la menace d'infliger ces mêmes traitements à une autre personne²⁰⁰.

Bien que les militaires du Département de la Défense et le personnel civil soient tenus de respecter les Conventions de Genève dans leur intégralité en accord avec les directives contenues dans le Field Manual²⁰¹, le Military Commissions Act rend plus difficile les poursuites des techniques et pratiques douteuses non définies explicitement comme constituant des violations graves. Cela peut donc permettre aux employés de sociétés militaires privées de continuer à torturer mais en restant hors du champ d'application du War Crimes Act.

En effet, on peut se demander si les dispositions du Military Commissions Act vont s'appliquer au « waterboarding »²⁰² qui ne cause pas de blessures permanentes, à l'exposition alternative à des températures glacées et brûlantes, à la privation de nourriture, d'eau ou de traitement médicaux qui n'entraînent pas forcément d'affaiblissements sérieux des fonctions vitales.

Le Military Commissions Act n'a donc pas permis de clarifier le War Crimes Act, mais il a largement limité les actes pouvant être punis de sanctions pénales.

²⁰⁰ 18 U.S.C. § 2441, 6(d); 18 U.S.C. § 2340 (2); 18 U.S.C. § 113 (b); 18 U.S.C. § 1365 (h).

²⁰¹ US Department of the Army, "Human Intelligence Collector Operations", Field Manual 34-52, September 2005. Voir l'Appendix M, "Humane Treatment", M-15 and M-16.

²⁰² Le « waterboarding » est une technique d'interrogatoire qui vise à simuler la noyade de la personne interrogée.

Cette loi introduit, en outre, une immunité, rétroactive jusqu'en 1997, pour les employés du gouvernement et les civils, tels que ceux travaillant pour le compte de la CIA ou les employés des sociétés militaires privées, ou ceux qui ont pu autoriser, organiser ou participer à des interrogatoires de détenus sous une forme assimilable à la torture ou à des abus.

A l'heure actuelle, aucun employé d'aucune société militaire privée n'a été poursuivi sur le fondement du War Crimes Act et le Military Commissions Act ayant encore limité les possibilités de poursuites, on peut douter que de telles poursuites soient entamées un jour.

Le Military Extraterritorial Jurisdiction Act²⁰³ (ci-après MEJA) a été adopté en 2000 pour mettre fin au problème de l'impunité des civils ayant commis des crimes à l'étranger alors qu'ils accompagnaient les forces armées. Auparavant, il était difficile de les poursuivre aux États-Unis, et les pays dans lesquels les infractions avaient été commises ne les poursuivaient pas.

Le MEJA permet d'étendre la compétence des cours fédérales américaines aux actes de tout individu employé par ou accompagnant les forces armées pour des déploiements à l'étranger et qui a eu une conduite qui aux États-Unis aurait constitué un crime passible d'un an de prison ou plus²⁰⁴.

Le MEJA donne pouvoir au Secrétaire de la Défense d'autoriser la police militaire à arrêter l'individu et à le remettre aux autorités civiles américaines afin de l'envoyer aux États-Unis pour entamer les procédures judiciaires.

²⁰³ 18 U.S.C. § 3261-3267.

²⁰⁴ 18 U.S.C. § 3261.

Les poursuites ne sont pas permises sur le fondement du MEJA si un gouvernement étranger a poursuivi ou poursuit l'individu pour ces mêmes actes.

Concernant l'applicabilité du MEJA aux employés des sociétés militaires civiles, il est à noter que son champ d'application était, à l'origine, limité aux employés civils du Département de la Défense et aux sous-traitants de sociétés privées liées contractuellement au Département de la Défense. Cette lacune n'était pas liée au hasard car elle permettait, notamment à la CIA, d'utiliser des civils pour toutes sortes de missions sans avoir à en assumer les conséquences. Suite à un certain nombre de critiques (les employés privés impliqués dans le scandale d'Abu Ghraib, par exemple, ne pouvaient pas être poursuivis sur la base du MEJA car ils étaient formellement employés par le ministère de l'intérieur, de même que David Passaro qui était employé par la CIA), cette législation a été amendée par la loi de finances de 2005²⁰⁵ afin d'être élargie à toute personne employée par les forces armées en dehors des États-Unis ayant la qualité de contractant du Département de la Défense ou de toute autre agence fédérale ou autorité provisoire dans la mesure où cet emploi concerne l'aide à la mission du Département de la Défense à l'étranger. Il a été décidé que cette disposition n'aurait pas d'effet rétroactif.

Ce changement de 2005 laisse encore en suspens quelques interrogations. En effet, comment doit-on interpréter ce terme de « mission » du Département de la Défense? De façon étroite, afin d'englober seulement des missions telles que « Iraqi Freedom » ou de façon plus large, afin d'englober toutes les opérations du Département de la Défense ? Il est

²⁰⁵ Department of Defense Authorization Act for Fiscal Year 2005: Public Law 108-375, 108th Congress (2nd session), H.R.4200, section 1088.

également difficile de déterminer à quel point les activités d'une agence constituent une aide à la mission du Département de la Défense. On pourrait imaginer que des civils travaillent pour la CIA afin de recueillir des informations dans certains domaines. Cette activité peut être complètement indépendante des missions du Département de la Défense à l'étranger et, dans un tel cas, le MEJA ne leur serait pas applicable, même s'ils utilisent des méthodes controversées dans le cadre de leurs activités.

Puisque le MEJA ne s'applique qu'aux crimes punis au minimum d'un an de prison aux États-Unis, il existe un doute sur les infractions réellement couvertes par le MEJA. En effet, on ne sait pas bien, par exemple, si des actes tels que l'humiliation des détenus tombe sous le coup du MEJA ou non.

Il faut également noter que le MEJA ne peut pas s'appliquer aux nationaux ou aux résidents de l'État hôte. Ainsi, il ne pourrait pas servir contre des Irakiens employés comme contractuels en Irak par le Département américain de la Défense.

Le MEJA ne peut pas concerner non plus les civils employés par le Département de la Défense qui ne sont pas déployés hors des États-Unis, mais basés aux États-Unis, même s'ils peuvent être impliqués dans les opérations de guerre à l'étranger. Il peut par exemple s'agir des civils qui maintiennent ou font fonctionner les systèmes d'armement qui impliquent l'usage de la force à distance, comme les drones.

Si malgré tous ces obstacles, des civils américains peuvent être poursuivis sur le fondement du MEJA, la loi reste difficile à mettre en œuvre. En effet, quand le MEJA a été adopté, on pensait que les procureurs allaient décider de ce qui constituait un comportement approprié ou non pendant un conflit, puis iraient chercher des preuves, recueillir des dépositions dans les zones de guerre, et auraient la volonté et la capacité de

poursuivre ces civils aux États-Unis. Dans la réalité, les procureurs américains ont des budgets limités et refusent de les dépenser pour des affaires se déroulant loin des États-Unis.

La seule affaire dans laquelle le MEJA a été utilisé concernait l'épouse d'un soldat américain qui avait poignardé son mari lors d'une dispute conjugale sur une base américaine en Turquie.

Aucun employé des sociétés militaires privées présentes en Irak n'a été poursuivi sur la base du MEJA, ce qui peut surprendre étant donné le nombre d'incidents liés à ces sociétés et relatés dans la presse²⁰⁶. Le MEJA a donc été un échec, malgré l'amendement de 2005.

L'US Patriot Act²⁰⁷ a été adopté suite aux événements du 11 septembre 2001, essentiellement pour lutter contre le terrorisme.

Cette loi étend la compétence des cours fédérales américaines aux crimes commis par ou contre tout citoyen américain sur les territoires ou équipements servant au gouvernement américain, y compris les équipements militaires ou diplomatiques, partout dans le monde²⁰⁸. Cette

²⁰⁶ Pour démontrer le peu d'impact qu'a cette loi à l'égard des employés des sociétés militaires privées on peut citer la lettre, de 2007, dans laquelle le Pentagone affirmait que les employés de Blackwater n'étaient pas soumis au MEJA. *Pentagon Letter Complicates Blackwater Case*. Associated Press. The Washington Post, 3 Février 2009, p. A07. Disponible sur :

<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/02/02/AR2009020203525.html?hpid=sec-nation>.

²⁰⁷ Public Law 105-56, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT), October 26, 2001.

²⁰⁸ L'US Patriot Act étend the « special maritime and territorial jurisdiction of the United States » pour inclure « the premises of United States diplomatic, consular, military or other

formulation large englobe la plupart des centres de détention à l'étranger et, donc, bien qu'elle ait été initialement prévue pour des actes de terrorisme, elle donne aux procureurs la compétence nécessaire pour connaître des affaires d'abus sur les détenus.

David Passaro, un employé d'une société privée, a été condamné en 2007 à huit ans et quatre mois de prison pour l'agression d'un prisonnier afghan, Abdul Wali, qui est mort quatre jours après son interrogatoire sur une base militaire afghane en 2003²⁰⁹. C'est le premier employé d'une société militaire privée à avoir été poursuivi sur le fondement de l'US Patriot Act.

Si cette affaire est importante parce qu'elle a permis de renforcer la responsabilité de ces employés, il est dommage que les poursuites et la condamnation de David Passaro aient été basées sur la qualification d'agression plutôt sur celle de torture et d'homicide.

On peut cependant songer à la pratique des « disparitions forcées » au cours desquelles des étrangers sont enlevés par des agents des États-Unis afin d'être transférés dans des pays peu soucieux de la torture. La torture est alors souvent « confiée » à des étrangers, ce qui évite toute compétence des cours américaines sur le fondement de l'US Patriot Act.

Suite à cette affaire Passaro, qui a débuté en 2004, les États-Unis ont voulu affirmer clairement qu'ils étaient opposés à cette pratique de la

United States Government mission or entities in foreign States, including the buildings, parts of buildings, and land appurtenant or ancillary thereto or used for purposes of those missions or entities », 18 U.S.C.A, § 7(9)(A).

²⁰⁹ US District Court for the Eastern District of North Carolina Western Division; No.5:04-CR-211-BO (1): United States of America v. David A. Passaro, Government's Sentencing Memorandum, 12 Février 2007.

torture des prisonniers et ils ont adopté le Detainee Treatment Act en 2005²¹⁰.

La volonté du gouvernement Bush était alors de combler les lacunes du droit pénal international et de démontrer au monde que les États-Unis étaient résolus à résoudre les problèmes liés à la torture des détenus.

Cette loi était notamment soutenue par le sénateur McCain. Elle contient quatre dispositions principales.

Premièrement, elle établit le « US Army Field Manual » comme une base pour l'interrogation des détenus et prévoit qu'aucun détenu ne doit être sujet à un traitement ou à une technique d'interrogatoire qui ne soit pas autorisé par ce manuel. Cette disposition limite les techniques d'interrogatoire permises et écarte clairement celles qui sont critiquables. Ce point a été contesté par le Pentagone qui estimait que le fait de limiter les techniques à ce qui était prévu par le manuel permettrait plus facilement aux terroristes capturés d'anticiper et de résister aux interrogatoires.

En second lieu, cette loi s'applique peu importe l'endroit où est commise la torture et que la torture ait été commise pour le compte d'une autorité étatique ou non. Elle indique qu'aucun individu sous le contrôle physique des États-Unis, quelle que soit sa nationalité ou le lieu où il se trouve, ne doit être sujet à un traitement ou à une punition cruels, inhumains ou dégradants. Cette disposition est fondamentale, mais il existe aujourd'hui un débat sur ce qui est considéré comme constituant un traitement cruel, inhumain et dégradant.

²¹⁰ Public Law 109-148, div. A, tit. X, § 1001-1006, 119 Stat. 2680, 2739-44 (2005).

Troisièmement, cette loi prévoit qu'il est possible pour le personnel américain accusé de torture, y compris les employés des sociétés militaires privées, d'indiquer, pour leur défense, qu'ils ne savaient pas que les pratiques employées étaient illégales et qu'une personne « raisonnable » n'aurait pas pu le savoir.

Enfin, et c'est sans doute le point le plus controversé de cette loi, un amendement, proposé par le sénateur républicain Graham a été retenu. Il indique qu'aucune cour n'a compétence pour entendre ou étudier une demande en habeas corpus (demande consistant à demander aux cours de statuer sur la légalité de leur détention) émanant d'un détenu de Guantanamo. Cette position est contraire à l'arrêt *Rasul v. Bush*²¹¹, pourtant antérieur à l'adoption du *Detainee Treatment Act*, ainsi qu'à l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld*²¹², postérieur à cette loi.

Il est regrettable que le jour même de la signature du *Detainee Treatment Act*, le Président Bush ait signé également un « signing statement », qui est un document officiel dans lequel il indique son interprétation d'une nouvelle loi. Le Président Bush a déclaré qu'il pourrait, selon les circonstances, interpréter les limites posées aux interrogatoires en prenant en compte le contexte plus large de la sécurité nationale. Cela signifie donc que le président a la possibilité de contourner les limites légales posées pour les interrogatoires, en sa qualité de commandant en chef des armées²¹³.

²¹¹ *Rasul v. Bush*, 542 U.S 466 (2004).

²¹² *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S 557 (2006).

²¹³ SAVAGE, Charlie. *Bush Could Bypass New Torture Ban*. Boston Globe, 4 Janvier 2006, A1.

Le Detainee Treatment Act peut tout à fait servir à poursuivre les employés des sociétés militaires privées qui commettent des abus notamment à l'encontre des prisonniers, si une définition des traitements « cruels, inhumains et dégradants » assez protectrice des droits de l'homme est retenue et que le Président ne contourne pas cette loi.

L'Uniform Code of Military Justice²¹⁴ (ci-après UCMJ) est la base juridique du droit militaire aux États-Unis. Il a été voté par le Congrès le 5 mai 1950 et est entré en vigueur le 31 mai 1951.

Avant 2007, l'UCMJ s'appliquait en tout temps aux membres des forces armées américaines, mais ne s'appliquait aux personnes servant ou accompagnant les forces armées qu'en temps de guerre²¹⁵. L'UCMJ prévoit la possibilité de traduire ces individus en cour martiale.

Dans l'affaire Averette²¹⁶, la Court of Military Appeals avait jugé que l'expression « en temps de guerre », utilisée à l'article 2 de l'UCJM, ne visait que les situations dans lesquelles la guerre avait été formellement déclarée par le Congrès. Cela a été confirmé par l'U.S Field Manual n°3-100.21²¹⁷ qui indique que la référence à la guerre, faite par l'UCJM, couvre uniquement les cas de guerres déclarées par le Congrès.

²¹⁴ 10 U.S.C. § 801-946.

²¹⁵ UCJM, article 2(a)(10), dans sa version datant d'avant 2007: « The following persons are subject to this chapter : (...) In time of war, persons serving or accompanying an armed force in the field».

²¹⁶ United States v. Averette, 19 U.S.C.M.A. 363.

²¹⁷ F.M. 3-100.21, Contractors on the Battlefield, 3 Janvier 2003, p. 1-7.

En outre, dans l'affaire *Reid v. Covert*²¹⁸, la Cour Suprême des États-Unis a, sans se prononcer directement sur ce point précis, implicitement affirmé que la traduction de civils en cour martiale ne serait possible qu'en cas de guerre formellement déclarée.

Or, les États-Unis n'ont pas déclaré formellement la guerre depuis la seconde guerre mondiale, et la guerre ne sera certainement pas déclarée pour les opérations menées actuellement dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

Ainsi, en l'absence de déclaration de guerre formelle, les civils sous contrats avec l'armée américaine relevaient des juridictions de droit commun et étaient soumis au droit commun.

Dans les affaires où des employés des sociétés militaires privées avaient des conduites répréhensibles, les officiers militaires n'avaient donc d'autre possibilité que d'en informer les autorités civiles (mais l'on sait que dans les pays dans lesquels ces sociétés sont envoyées, le système judiciaire est bien souvent défaillant) et de demander à la société de déplacer ou de renvoyer cet employé. Cette situation menait à une impunité de fait des employés des sociétés militaires privées.

A la fin de l'année 2006, une clause a été ajoutée à la loi de finances de 2007²¹⁹ afin de modifier l'UCJM pour mettre fin à cette impunité des employés de sociétés militaires privées. L'UCJM concerne donc maintenant les personnes servant ou accompagnant les forces armées en temps de guerre et durant les « contingency operations ». Ces quelques mots ont complètement changé le contenu de la loi.

²¹⁸ *Reid v. Covert*, U.S. 1 (1957).

²¹⁹ Warner National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2007, 109 P.L. 364 (2006).

Le 10 mars 2008, le Secrétaire américain à la Défense a publié un Mémorandum²²⁰ afin de fournir certaines explications quant à l'application de l'UCJM aux civils. Ce document affirme qu'il existe « *a particular need for clarity regarding the legal framework that should govern a command response to any illegal activities by Department of Defense civilian employees and DoD contractor personnel overseas with our Armed Forces* ». A l'annexe 3 de ce Mémorandum, il est prévu que c'est le Département de la Justice qui décidera de l'opportunité des poursuites à l'encontre de ces civils dans un délai de quatorze jours suivant la notification des faits par le Département de la Défense.

Les employés des sociétés militaires privées peuvent maintenant être poursuivis par le système de justice militaire. Ils peuvent donc être poursuivis devant des cours martiales, habituées à ce type d'enquêtes et qui peuvent comprendre les spécificités de la vie et du travail dans une zone de combat, pour des actes répréhensibles perpétrés pendant une guerre ou pendant des opérations telles que celles menées actuellement en Irak.

Les officiers sur le terrain ont donc à leur disposition un nouvel instrument et peuvent à présent réellement agir contre les civils qui ont des comportements répréhensibles. On constate donc que le statut des employés des sociétés militaires privées se rapproche de celui des membres des forces armées de l'État.

²²⁰ Secretary of Defense, Memorandum for Secretaries of the Military Departments, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Under Secretaries of Defense, Commanders of the Combatant Commands, OSD 02927-08, March 2008.

Comme le note Monsieur Singer²²¹, cette loi est claire. Si une personne privée veut voyager dans une zone de guerre et exercer des tâches militaires pour le profit, au nom du gouvernement des États-Unis, cet individu doit alors accepter d'être soumis aux mêmes lois que les soldats américains qui travaillent dans les mêmes zones de combat, effectuent les mêmes tâches, et avec lesquels ils vivent et travaillent. Si un employé des sociétés militaires privées n'est pas d'accord avec ces règles, il a la liberté de ne pas passer de contrat. Contrairement aux militaires, ils demeurent des civils qui n'ont pas l'obligation de servir.

Certains juristes ont affirmé, en se fondant sur l'arrêt *Reid v. Covert*, que cette loi était inconstitutionnelle. La première affaire dans laquelle un civil était poursuivi sur le fondement de l'UCMJ dans sa nouvelle version était donc capitale en raison de cette question. On se demandait si le Congrès n'avait pas étendu trop largement le pouvoir des militaires en permettant de faire juger les civils par des membres des forces militaires et non pas par un jury composés de leurs pairs.

En juin 2008, Alaa Mohammad Ali, citoyen irakien et canadien, a été le premier civil jugé par une cour martiale sur la base de l'UCMJ²²². Il a été condamné à cinq mois de prison par une cour martiale. En 2011, l'Army Court of Criminal Appeals a confirmé la constitutionnalité de l'UCMJ en indiquant notamment :

²²¹ SINGER, Peter Warren. *The Law Catches Up to Private Militaries, Embeds*. DefenseTech.org [en ligne]. 3 Janvier 2007. Disponible sur :

<http://www.defensetech.org/archives/003123.html>.

²²² En raison de sa nationalité irakienne, il ne pouvait pas être poursuivi sur la base du MEJA. En effet, le MEJA ne peut pas s'appliquer aux nationaux ou aux résidents de l'Etat hôte, ici l'Irak.

«As noted in *Reid v. Covert*, “the extraordinary circumstances present in an area of actual fighting have been considered sufficient to permit punishment of some civilians in that area by military courts under military rules.” *Covert*, 354 U.S. at 33. “In the face of an actively hostile enemy, military commanders necessarily have broad power over persons on the battlefield.” *Id.* This recognition by the Supreme Court of the historical use of military courts to try civilians in areas of actual fighting, coupled with the recognition of the broad authority of military commanders on the battlefield would seem to authorize, or at least not prohibit, the exercise of military jurisdiction over appellant by the commander of the United States forces in Iraq. »²²³

Alaa Mohammad Ali travaillait pour l’armée américaine en tant que traducteur et était accusé d’avoir blessé un autre civil sous contrat sur une base militaire américaine en Irak. Il plaida coupable. Bien que les crimes dont il avait été accusé fussent graves, ils n’étaient en rien comparables à certains crimes horribles pratiqués par d’autres employés des sociétés militaires privées, donc cette affaire, même si elle était importante, ne constituait pas réellement un test pour cette loi.

Il existe quelques difficultés dans l’application de cette nouvelle version de l’UCMJ. En effet, s’il semble clair que tout civil qui travaille directement ou indirectement pour les militaires américains est soumis à cette loi, on ne sait pas bien ce qu’il en est pour ceux qui exercent les mêmes fonctions dans la même zone de conflit mais pour le compte d’autres agences du gouvernement. Il se pose alors le même problème que celui qui

²²³*United States v. Alaa Mohammad Ali*, N°20080559, Slip op. (A.Ct.Crim.App. Jul 18, 2011). En 2012, la constitutionnalité de l’application de l’UCMJ à un civil a également été confirmée par la Court of Appeals for the Armed Force, bien que les opinions en son sein aient été très variées. *United States v. Ali*, 70 M.J. 514, 515–17 (C.A.A.F. 2011), *aff’d* on other grounds, 71 M.J. 256 (C.A.A.F. 2012). VLADECK, Stephen I. The civilianization of Military Jurisdiction. American University WCL Research, 2012-42.

concernait le MEJA avant sa modification et les possibilités de poursuites des employés des sociétés militaires privées sont sérieusement limitées.

De plus, en vertu de l'annexe 3 du Mémorandum du Secrétaire de la Défense, ce sont le Pentagone et le Département de la Justice qui décident quand et où ils désirent utiliser cette nouvelle loi. Ils n'ont aucune obligation de le faire et prendront leur décision suite à l'analyse du cas particulier. Si l'on pense aux différents efforts qui ont été faits pour éviter que les employés des sociétés militaires privées ne soient liés par les lois antérieures, cette situation n'est pas rassurante pour les partisans de la fin de l'impunité. Une affaire récente confirme d'ailleurs ces craintes. Un civil, M.Price, qui servait en Irak aux côtés de l'armée américaine aurait pu être le premier citoyen américain à être poursuivi devant une cour martiale en application de la nouvelle version de l'UCMJ. Il était soupçonné d'avoir participé à un incendie. Cependant, le Département de la Défense a finalement décidé de ne pas le poursuivre²²⁴.

On peut imaginer que seules les violations les plus graves donneront lieu à poursuite sur la base de l'UCMJ, comme cela est le cas pour le MEJA. L'UCMJ et le MEJA peuvent d'ailleurs être utilisés de manière concomitante dans les poursuites contre les civils.

Aucun civil n'a été poursuivi sur le fondement de l'UCMJ pour des actes ayant des répercussions sur les populations des pays dans lesquels les forces armées américaines interviennent. Il faudra attendre avant de pouvoir effectuer un bilan de l'utilisation de cette nouvelle loi.

²²⁴ ROGERS, Keith. *No court-martial for man suspected in spy plane fire*. Las Vegas Review-Journal, 23 Janvier 2009.

Il pourrait également être possible d'intenter des poursuites contre un autre individu pour les violations graves commises par les employés des sociétés militaires privées : le supérieur hiérarchique.

Section 2 : Les poursuites possibles à l'encontre du supérieur hiérarchique

Les infractions commises par les employés des sociétés militaires privées peuvent éventuellement entraîner la responsabilité du supérieur hiérarchique. Cependant, cela ne permettra toutefois pas à ces employés d'échapper à leur propre responsabilité pénale.

Le « Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés »²²⁵ a été adopté le 17 septembre 2008 par 17 États. Ce n'est pas un document juridiquement contraignant, mais un instrument qui décrit les obligations juridiques internationales qui s'appliquent aux entreprises militaires et de sécurité privées et qui met en place un code de bonne conduite. Ce Document, signé par quarante-quatre États, indique, à son point 27 :

« Les supérieurs hiérarchiques des membres des personnels des SMP, tels que

²²⁵ Doc. A/63/467-S/2008/636. Disponible sur :

[http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0058.File.tmp/Montreux%20Document%20\(f\).pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0058.File.tmp/Montreux%20Document%20(f).pdf)

a) les fonctionnaires gouvernementaux, qu'ils soient chefs militaires ou supérieurs hiérarchiques civils, ou

b) les directeurs et les gérants de la SMP, peuvent être tenus responsables des crimes de droit international commis par les membres du personnel de la SMP sous leur autorité et leur contrôle effectifs, lorsqu'ils n'ont pas exercé sur eux le contrôle qui convenait, conformément aux règles du droit international. La responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas engagée uniquement en vertu d'un contrat. »

Le supérieur hiérarchique est celui qui est défini comme tel par le droit national, mais également celui qui, sans étiquetage particulier, a exercé dans les faits un rôle effectif de supérieur hiérarchique²²⁶.

Hiérarchie vient du mot grec « hierarkhia », composé de « hieros », qui signifie « sacré » et de « arkhein » signifiant « commander ». Le supérieur hiérarchique est donc celui qui, au sein d'une structure hiérarchique, exerce un rôle de commandement vis-à-vis d'un ou de plusieurs subordonnés. Il leur donne des ordres et peut éventuellement lui-même en recevoir de la part de son propre supérieur.

La pratique des États établit en tant que droit coutumier applicable aux conflits armés nationaux et internationaux la règle selon laquelle les commandants et autres supérieurs hiérarchiques sont pénalement responsables pour les crimes de guerre commis sur leur ordre.

La notion de responsabilité des supérieurs hiérarchiques est très ancienne. Elle était déjà évoquée par Sun Tzu dans « L'art de la guerre » (Vè s. av.J-C.) et a été reprise par Grotius, dans « De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres », en 1625.

²²⁶ DE ANDRADE, Aurélie. Les supérieurs hiérarchiques. In Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET, *Droit international pénal*. Paris : A.Pedone, 2002, p. 202-203.

Les Chartes des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et d'Extrême-Orient reconnaissent également la responsabilité directe des supérieurs hiérarchiques. De nombreuses affaires devant ces tribunaux ont abordé la question. Cependant, jusqu'à la seconde guerre mondiale, il s'agissait essentiellement de la responsabilité des supérieurs pour délivrance d'ordres illégaux exécutés par leurs subordonnés. La Charte de Nuremberg, par exemple, ne mentionnait pas la responsabilité pour omission. C'est lors de l'affaire Yamashita qu'il a été question pour la première fois de la responsabilité des supérieurs hiérarchique par omission, puis on a retrouvé cette question lors de l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran²²⁷.

On retrouve également cette règle dans les Conventions de Genève²²⁸ et dans la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et son deuxième protocole²²⁹, qui demandent à ce que les États poursuivent non seulement les personnes qui ont commis de graves violations mais également les personnes ayant ordonné ces violations.

Ce n'est qu'en 1977 que la responsabilité des supérieurs a été formellement codifiée dans le Protocole I additionnel aux Conventions de

²²⁷ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, *Rec.*, p.3.

²²⁸ Première Convention de Genève, Article 49 ; Deuxième Convention de Genève, article 50 ; Troisième Convention de Genève, article 129 ; Quatrième Convention de Genève, article 146.

²²⁹ Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954, article 28 ; Deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 26 mars 1999, article 15.

Genève aux articles 86 et 87. L'article 87 du Protocole I pose plusieurs exigences à l'égard des supérieurs hiérarchiques. Ceux-ci doivent s'assurer que les personnes sous leur responsabilité connaissent les règles des Conventions de Genève et du Protocole I. Ils doivent également prévenir et faire cesser les actes contraires aux Conventions de Genève et au Protocole I, et transmettre les informations sur des infractions graves commises par leurs subordonnés aux autorités compétentes. Enfin, ils doivent également initier les procédures administratives ou judiciaires, selon les cas, lorsque leurs subordonnés ou d'autres personnes sous leur autorité ont commis ou sont sur le point de commettre des violations des Conventions de Genève ou du Protocole I.

Les statuts de la Cour pénale internationale²³⁰, des tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie²³¹ et pour le Rwanda²³² contiennent également cette même règle. Le Conseil de sécurité de l'ONU et l'Assemblée générale de l'ONU ont eux aussi rappelé ce principe de responsabilité du supérieur hiérarchique dans plusieurs résolutions²³³, de même que des jugements du Tribunal Pénal International pour le Rwanda et de celui pour l'ex Yougoslavie²³⁴ l'ont fait dans plusieurs arrêts.

²³⁰ Statut de Rome, article 25(3).

²³¹ Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, article 7(1).

²³² Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda, article 6(1).

²³³ Résolutions du Conseil de sécurité n°670, 771, 780, 794, 808, 820, 935, 1193. Résolution de l'Assemblée générale n°50/193.

²³⁴ Akayesu, TPIR, aff. ICTR-96-4-A, 1^{er} Juin 2001 ; Delalic, TPIR, aff. IT-96-21-T, 16 Novembre 1998.

Le supérieur hiérarchique peut commettre deux types d'infraction : la violation d'une interdiction de faire et le manquement à une obligation de faire.

La violation d'une interdiction de faire n'est pas une violation qui peut être commise exclusivement par un supérieur hiérarchique, mais il est vrai que cette position peut faciliter la commission d'une telle infraction²³⁵. La qualité de supérieur hiérarchique ne joue dans ce cas que pour définir la sanction.

Le supérieur hiérarchique peut également commettre une infraction en manquant à une obligation de faire. Dans ce cas, seul le supérieur hiérarchique peut commettre ce type d'infraction, car lui seul est tenu par une obligation de faire.

Le supérieur n'est alors pas reconnu coupable ou co-auteur du crime international commis par ses subordonnés ; il s'agit de deux infractions connexes. Pour que le supérieur hiérarchique soit reconnu coupable, il faudra au préalable que son subordonné ait commis une infraction. Le subordonné pourra toujours être poursuivi pour cette infraction, la responsabilité de son supérieur n'excluant pas la sienne.

Le supérieur hiérarchique a des obligations de faire. Il peut empêcher le subordonné de commettre l'infraction ou bien il peut également décider de saisir les autorités compétentes.

Le supérieur doit tenter d'éviter l'infraction mais également prévenir les infractions futures en exerçant sur ses subordonnés un contrôle effectif. On peut s'interroger sur la définition même d'un contrôle effectif. Dans

²³⁵ Martić, TPIY, aff. IT-95-11-R61, 6 Mars 1996 : certaines personnes « (...) du fait de leur position d'autorité politique ou militaire, ont pu ordonner la commission de crimes (...) ».

l'affaire Pohl, le Tribunal militaire de Nuremberg a affirmé que « *les lois de la guerre imposent à un officier militaire dans sa position de prendre des mesures en son pouvoir et appropriées aux circonstances pour contrôler les subordonnés sous son commandement afin de prévenir les actes qui seraient des violations de lois de la guerre* »²³⁶.

Le supérieur a un devoir de surveillance, mais celui-ci ne pourra être accompli que si le supérieur avait connaissance de l'intention de ses subordonnés. Le supérieur a donc également un devoir d'information. Le droit pénal international condamne aujourd'hui non plus seulement le supérieur qui avait connaissance des faits, mais également celui qui aurait dû en avoir connaissance. Ce critère de celui qui « aurait dû savoir » avait été appliqué dans l'affaire Yamashita (voir infra), puis écarté lors des procès de Nuremberg et de Tokyo, avant de réapparaître, notamment dans le Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (article 6).

C'est à l'accusation de prouver que le supérieur savait ou aurait dû savoir ce que faisaient ses subordonnés et il est important de noter que la seule présence du supérieur sur les lieux n'est pas suffisante pour apporter cette preuve²³⁷.

C'est l'affaire Yamashita qui sert de référence en ce qui concerne le devoir d'information du supérieur hiérarchique. Le général Yamashita, commandant en chef des forces japonaises aux Philippines et gouverneur des îles à la fin de la seconde guerre mondiale, a été accusé d'avoir eu connaissance des crimes de guerre commis par ses subordonnés.

²³⁶ Tribunal militaire de Nuremberg, 3 Novembre 1947, Pohl et autres, I.L.R., vol.14, n° 127, p. 290 s.

²³⁷ Dusko Tadic, TPIY, aff. IT-94-1-T, 7 Mai 1997, § 689, § 691.

On ne lui reprochait pas d'avoir délivré des ordres illégaux, mais de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour empêcher la commission de tels crimes ou pour punir les responsables. La commission militaire américaine qui l'a déclaré coupable a estimé que « *les crimes commis étaient si considérables et étendus, aussi bien d'un point de vue temporel que spatial, qu'ils ont dû être délibérément autorisés par l'accusé, ou secrètement ordonnés par lui* ». La Cour suprême des États-Unis a confirmé cette décision et a jugé que « *la loi de la guerre présuppose que sa violation doit être empêchée par les commandants qui contrôlent les opérations de guerre, qui sont dans une certaine mesure responsables pour leurs subordonnés*»²³⁸.

Le devoir de se tenir informé a, quant à lui, été affirmé lors de l'affaire du List et autres jugée par le Tribunal de Nuremberg²³⁹. L'accusé était le commandant d'un territoire occupé qui invoquait son absence de connaissance des infractions commises pour se dégager de sa responsabilité. Le Tribunal a estimé que si un commandant « *néglige de demander et d'obtenir des informations complètes, le manquement à ses obligations repose sur lui et il n'est pas en position de plaider son propre manquement comme défense (...)* La non connaissance de la teneur de rapports qui lui sont faits n'est pas un élément à décharge. Les rapports transmis aux officiers généraux leur sont spécialement destinés. Tout défaut de se mettre au courant du contenu de tels rapports, ou toute carence à demander des rapports complémentaires lorsque les premiers paraissent insuffisants, constitue un manquement à son devoir qu'il ne peut invoquer pour sa défense ».

²³⁸ Cour Suprême des États-Unis, 4 Février 1946, I.L.R., vol.13, n° 115, p. 269s.

²³⁹ Tribunal militaire de Nuremberg, 19 Février 1949, List et autres, I.L.R., vol.15, p. 652.

Comme l'indiquent les Statuts du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie²⁴⁰ et du Tribunal Pénal International pour le Rwanda²⁴¹, ainsi que celui de la Cour pénale internationale²⁴², le devoir d'empêcher consiste en la prise de mesures « nécessaires et raisonnables ». Ce critère demeure flou et on s'est posé la question de savoir s'il existait une obligation de punir dans le cadre de ces mesures nécessaires et raisonnables. Dans l'affaire Blaskic, le procureur avait indiqué, en réponse à une question préjudicielle, que l'obligation de punir faisait bien partie intégrante de la doctrine internationale de responsabilité des commandants²⁴³.

La Cour pénale internationale a mis fin à cette incertitude, car l'article 28 de son Statut prévoit que le supérieur hiérarchique doit « empêcher » ou « réprimer » l'exécution de l'infraction. Ces deux termes semblent donc utilisés comme des synonymes dans le Statut, ce qui signifie que le fait, pour le supérieur hiérarchique, de prendre des sanctions lui permet à la fois de réprimer des infractions commises et d'éviter des infractions futures.

Il est intéressant, pour retenir la responsabilité des supérieurs hiérarchiques au sein des sociétés militaires privées, d'étudier l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale. On constate que c'est la

²⁴⁰ Statut du TPIY, article 7§3.

²⁴¹ Statut du TPIR, article 7§3.

²⁴² Statut de la CPI, article 28.

²⁴³ Réponse du Procureur à l'exception préjudicielle posée par la défense, Blaskic, TPIY, IT-95-14-T, 20 Janvier 1997.

fonction effective de supérieur hiérarchique qui importe, que la personne soit civile ou militaire²⁴⁴.

L'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale est divisé en deux parties. L'article 28(a) s'applique au supérieur hiérarchique militaire et l'article 28(b) au supérieur hiérarchique civil. Il existe une réelle différence de traitement entre ces deux types de supérieurs.

L'article 28 est, en effet, plus exigeant à l'égard des supérieurs militaires car ceux-ci doivent agir lorsqu'ils ont connaissance d'une infraction, mais ils ont également une obligation de connaissance, car ils sont pénalement responsables des infractions dont ils « *aurai[en]t dû avoir connaissance* ». Les supérieurs hiérarchiques civils, quant à eux, sont responsables lorsqu'ils avaient connaissance des faits ou lorsqu'ils ont « *délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* », et que « *ces crimes étaient liés à des activités relevant de [leur] responsabilité et de [leur] contrôle effectifs* ». L'accusation devra donc prouver que la négligence a été délibérée et que le civil était concrètement un supérieur hiérarchique.

L'article 28 est bien plus précis en ce qui concerne la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique civil, ce qui aboutit à une incrimination moins large pour les civils que pour les militaires. Plusieurs conditions

²⁴⁴ Le Tribunal militaire de Nuremberg avait déjà condamné en 1947 des civils qui, en tant que supérieurs hiérarchiques, avaient des obligations de faire. Tribunal militaire de Nuremberg, 22 Décembre 1947, Flick et autres, I.L.R., vol.14, n° 122, p.266s ; Tribunal militaire de Nuremberg, 4 Décembre 1947, Altstotter et autres, I.L.R., vol.14, n° 126, p.278s.

doivent être remplies pour que l'on puisse retenir la responsabilité d'un civil en tant que supérieur²⁴⁵.

Cependant, même si la responsabilité des supérieurs hiérarchiques civils semble plus difficile à retenir que celle des supérieurs militaires, cela demeure possible et il est donc tout à fait envisageable de retenir la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, managers ou directeurs, au sein des sociétés militaires privées.

²⁴⁵ Article 28(b), Statut de Rome :

« b) 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 ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :

i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique 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. »

Conclusion de la Partie I

Certains États semblent prêts à adopter des législations pour encadrer les mercenaires et les sociétés militaires privées, mais les efforts accomplis jusqu'à présent ont abouti essentiellement à des textes plutôt inefficaces, en retard sur le développement des pratiques modernes. En effet, certains textes actuels conviendraient pour lutter contre le phénomène du mercenariat « à l'ancienne » mais ne prennent pas en considération les sociétés militaires privées dont l'essor est grandissant. Cependant, même les textes nationaux relatifs au mercenariat traditionnel connaissent un certain nombre de lacunes qui les rendent pratiquement inopérants.

C'est sans doute au niveau international que les avancées normatives seront les plus efficaces. Même si certains États sont réticents à la réglementation des activités militaires exercées par des personnes privées, certains organismes internationaux sont déterminés à imposer un cadre précis à ces actions et on peut espérer qu'au fil du temps ils parviennent à faire adopter des réglementations pertinentes.

Toute loi ou convention, quel que soit son degré d'efficacité, est importante car elle permet, par le biais des débats que suscite son adoption, de faire prendre conscience de l'importance de la question des sociétés militaires privées et des mercenaires, mais il ne faut cependant pas que cela fasse croire à des progrès en la matière qui ne soient en réalité que des illusions.

La détermination du statut des employés des sociétés militaires privées est centrale, car celui-ci permet de déterminer leurs droits mais aussi leurs obligations. Bien que les pistes soient brouillées par certains

États désireux d'accorder une protection, voire une immunité, aux actions de ces personnes privées, l'élément décisif pour déterminer ce statut est celui de la participation directe aux hostilités. Les employés des sociétés militaires privées, lorsqu'ils ne prennent pas part directement aux hostilités, sont des civils. Leur statut peut être davantage contesté lorsqu'ils participent directement aux hostilités mais la qualification de combattants illégaux n'est cependant pas conforme au droit international humanitaire. Ce sont des civils qui ne respectent pas le droit en prenant une telle part aux hostilités. Lorsqu'ils combattent ils perdent la protection prévue à l'égard des civils. Cela peut mener à des situations délicates, mais cela semble être la solution la plus adaptée aux employés des sociétés militaires privées, dans le respect des catégories établies par le droit international humanitaire.

La responsabilité des employés peut être retenue même si cela peut s'avérer compliqué en pratique. Une fois encore, ce sont les États qui pourront faciliter les poursuites ou les entraver s'ils désirent protéger ce secteur de l'économie.

Il est intéressant d'étudier les possibilités permettant les poursuites pénales et civiles à l'encontre des sociétés militaires privées elles-mêmes afin d'ouvrir aux victimes des actes de leurs employés d'autres voies judiciaires.

La responsabilité des États pour les actes des personnes privées, quant à elle, est essentielle et doit également pouvoir être retenue. En effet, un État ne peut pas échapper à l'imputabilité de ces actes. Néanmoins, il est nécessaire de définir précisément les critères permettant de retenir la responsabilité de l'État dans ces hypothèses.

En droit international général, il est courant de retenir la responsabilité des États pour les actes des personnes privées, notamment

en appliquant les notions d'agents de droit ou d'agents de fait de l'État, mais il est nécessaire d'étudier les moyens disponibles pour retenir la responsabilité des États plus particulièrement pour les actes des employés des sociétés militaires privées.

Partie II : L'imputabilité aux personnes morales des actes de personnes privées participant à des opérations militaires.

Puisqu'il peut être compliqué, voire impossible en pratique, de retenir la responsabilité des personnes privées ayant commis des violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme, il est nécessaire d'envisager les possibilités permettant l'imputation des actes de ces personnes privées aux sociétés militaires privées (Titre I) ainsi qu'à l'État (Titre II).

Le fait de retenir la responsabilité des sociétés militaires privées pourrait s'avérer important pour les victimes d'abus exercés par les employés de ces sociétés car elles bénéficient de ressources leur permettant de verser des réparations financières. Une telle responsabilité permettrait également d'accentuer le contrôle des sociétés militaires privées sur leurs employés et de réduire ainsi significativement le nombre d'infractions commises.

La responsabilité de l'État permettrait également aux victimes d'actes commis par des personnes privées participant à des opérations militaires d'agir en justice et d'obtenir des réparations pour les dommages causés.

La mise en cause de la responsabilité de l'État est ancienne et a donné lieu à de nombreuses discussions. Les débats sur la question de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite se sont déroulés entre 1960 et 2001 au sein de la Commission du droit international. Déjà en 1927, le Comité d'experts, constitué par la Société des Nations, avait décidé d'inscrire ce sujet à l'ordre du jour de la Conférence de codification de 1930 mais cela fut un échec.

Titre I : La mise en cause de la responsabilité des sociétés militaires privées, personnes morales de droit privé.

La mise en cause de la responsabilité des entreprises en droit international permettrait aux victimes d'actes commis par leurs employés d'obtenir réparation auprès de la justice. Un examen de la Déclaration universelle des droits de l'homme, semble indiquer que le droit international confère des devoirs aux acteurs non étatiques. L'utilisation de l'expression « *tout individu ou tout organe de la société* » dans son préambule est interprétée par certains²⁴⁶ comme la preuve que les auteurs voulaient que les dispositions de la Déclaration soient applicables à tous les acteurs non étatiques et également les entreprises.

De la même façon, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui sont des traités contraignants, contiennent dans le paragraphe 1 de leur article 5 commun des termes qui placent clairement des « groupes » dans la catégorie de ceux qui ont l'obligation de ne pas « *se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus* » dans les Pactes.

²⁴⁶ Rapport du Représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie. Conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31 (21 Mars 2011), §12, p. 16. *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*. Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 Août 2003).

La question centrale en matière de responsabilité des sociétés militaires privées est de savoir si les entreprises peuvent être directement responsables des faits de leurs employés.

Il est intéressant d'examiner la problématique générale de la responsabilité des entreprises en droit international (Chapitre 1). Afin de définir s'il est possible de retenir la responsabilité des sociétés militaires privées, il convient de s'intéresser à la définition des entreprises et d'étudier les possibilités générales qui existent en droit international pour mettre en jeu la responsabilité des entreprises.

Dans un second temps, il est convient d'étudier les possibilités qui peuvent s'appliquer plus particulièrement aux sociétés militaires privées elles-mêmes, et ce en vue d'essayer de retenir leur responsabilité civile et leur responsabilité pénale (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le débat relatif à la responsabilité des entreprises privées.

Les entreprises privées occupent une place particulière en droit international, comme tous les autres sujets de droit non étatiques. Leur place sur la scène internationale demeure discutée et controversée.

La possible mise en jeu de la responsabilité des entreprises privées, de façon générale, exige donc l'analyse de la prise en considération des entreprises privées en droit international (section 1).

Le droit international a également réfléchi aux possibilités de retenir la responsabilité de ces entreprises privées et a mis en place, à une époque relativement récente, certains textes qui permettent d'envisager cette possibilité, au moins sur un plan théorique (section 2).

Section 1: La prise en considération des entreprises privées en droit international.

L'étude de la prise en considération des entreprises privées par le droit international exige une définition préalable de la notion même d'entreprise (§1) avant de pouvoir étudier la place accordée par le droit international public à l'entreprise (§2).

§1 : La définition des entreprises

La définition des personnes morales de droit privé, contrairement à celle des personnes physiques, soulève des difficultés. On envisage deux

types de personnes morales de droit privé : les organisations non gouvernementales et les entreprises.

Selon les Professeurs Richard A.Higgott, Geoffrey Underhill et Andreas Bieler, on peut opérer une distinction entre les entreprises multinationales, qui exercent leurs activités dans différents pays dans le but premier de dépasser les barrières commerciales existantes, et les entreprises transnationales, qui sont des entreprises qui opèrent une division internationale de leur travail dans différents pays²⁴⁷.

Cependant, les auteurs ont tendance à utiliser de façon indistincte les différentes terminologies suivantes : entreprises transnationales, sociétés internationales, firmes multinationales,... Les organisations internationales qui travaillent sur des sujets relatifs à ces entreprises internationales utilisent elles aussi différents vocabulaires. Ainsi l'ONU, l'OIT, l'OCDE et l'Union européenne ont leurs propres préférences et, en pratique, il n'existe pas de différence significative.

L'Institut de Droit International a défini dès 1977 les entreprises multinationales:

«Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activités, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérés comme constituant en droit des entreprises multinationales »,²⁴⁸

²⁴⁷ HIGOTT Richard A., UNDERHILL Geoffrey R.D, BIELER Andreas. *Non-State Actors and Authority in the Global System*. Londres: Routledge, 2000, p. 1.

²⁴⁸ Résolution du 7 Septembre 1977 adoptée par l'Institut de Droit International lors de sa session d'Oslo, sur « Les entreprises multinationales ». Disponible sur http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1977_oslo_02_fr.pdf

Le « Groupe des personnalités du Secrétaire général chargé d'examiner les liens entre l'ONU et la société civile » a également adopté une définition des entreprises multinationales dans son rapport. Il indique que « *les sociétés multinationales sont des entreprises qui sont propriétaires d'installations de production ou de services ou les contrôlent en dehors du pays dans lesquels elles sont basées. De telles entreprises ne sont pas toujours des sociétés anonymes ou des sociétés privées, il peut s'agir aussi de coopératives ou d'entités appartenant à l'État que le G.A.T.T. de 1994 désigne par l'appellation « entreprises commerciales d'État ».* »²⁴⁹

Les Professeurs Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet indiquent quant à eux qu'en l'absence de consensus sur les critères de transnationalité, donc sur le champ d'application d'un régime juridique spécifique, « *mieux vaut s'en tenir à une description empirique : une société transnationale est une société qui cherche à optimiser ses profits par des opérations avec ou à l'étranger, et qui est soumise à des influences nationales diverses. Si l'on veut mettre l'accent sur les effets des activités de telles sociétés et sur le paradoxe de leur situation, on peut dire qu'il s'agit d'entreprises qui, par la diversité de leurs intérêts internationaux, peuvent tirer le meilleur profit de la division du monde en États souverains* ».²⁵⁰

En droit national, les entreprises internationales sont en général soumises au droit commun qui régit les entreprises industrielles et commerciales. Cependant, pour les sociétés militaires privées, il est très difficile de se contenter de ce cadre national qui ne permet pas

²⁴⁹ Rapport du Groupe de personnalités du Secrétaire général chargé d'examiner les liens entre l'ONU et la société civile, U.N.Doc. A/58/817 (2004), p. 13.

²⁵⁰ QUOC DINH Nguyen (†), DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain. *Droit international public*. 8^e ed. Paris : LGDJ, 2009, p. 676.

d'appréhender efficacement les activités diverses des entreprises relevant de multiples législations nationales.

Les limites territoriales inhérentes aux droits nationaux sont un obstacle qui ne pourrait être levé que par la mise en place d'un corps de règles internationales prévoyant les droits et les obligations des personnes morales de droit privé que sont les entreprises internationales.

§2 : La place des entreprises en droit international

La question de savoir si les entreprises sont des sujets de droit international a donné lieu à des débats académiques passionnés²⁵¹.

Le fait d'octroyer aux entreprises internationales la qualité de sujet de droit international dérivé ne soulève pas réellement d'obstacle au sein de la doctrine. Les seules objections soulevées sont relatives au fait qu'il ne faudrait pas leur accorder un régime trop favorable qui pourrait contribuer à placer les sociétés au même niveau que les États. Cependant, dans le cas où on leur attribuerait une qualité de sujet dérivé du droit international, cette difficulté disparaîtrait puisque ce sont les États et les organisations internationales qui accorderaient et contrôleraient ce statut.

²⁵¹ Voir par exemple VAN GENUGTEN, Willem J.M. *The status of transnational corporations in international public law : With special reference to the case of Shell*. In Asbjorn EIDE, Helge OLE BERGESEN, Rudolfson GOYER, *Human rights and the oil industry*. Anvers : Intersentia, 2000; CLAPHAM, Andrew. *The question of jurisdiction under international criminal law over legal persons: lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*. In Menno T. KAMMINGA, Saman ZIA-ZARIFI. *Liability of multinational corporations under international law*. La Haye: Kluwer, 2000, p. 189.

Il est vrai qu'un certain nombre de règles en droit international concerne les entreprises internationales, mais, cependant, il est fréquent que l'État fasse « écran » entre elles et le droit international²⁵². Les entreprises ne peuvent presque jamais agir directement pour faire prévaloir leurs droits. Il existe des cas où cet écran n'est pas totalement opaque et où les entreprises ont la possibilité d'agir en leur nom propre (voir infra), ce qui laisse à penser qu'on leur reconnaît une certaine capacité juridique internationale.

Dans les cas où les États ont décidé de conférer des droits et obligations aux entreprises²⁵³ (c'est notamment le cas en droit de l'Union européenne avec les règles d'effet immédiat et direct des règlements et d'invocabilité partielle directe des directives), il s'agit bien d'une personnalité dérivée qui est accordée et qui peut être modifiée par les sujets primaires de droit international.

En revanche, lorsque le droit international établit directement des droits et obligations, même si les États ont donné leur consentement à ceux-ci à l'origine, leur consentement n'étant plus nécessaire ensuite pour l'invocabilité et l'opposabilité de ces normes aux entreprises, il ne s'agit plus de sujets dérivés du droit international. Cette hypothèse se rencontre le plus fréquemment en matière de droits de l'homme.

²⁵² QUOC DINH Nguyen (†), DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain. *Droit international public*. 8^e ed. Paris : LGDJ, 2009, p. 676.

²⁵³ Ici ce sont les entreprises qui nous intéressent, mais cette règle n'est pas propre à ces dernières.

En effet, dans le domaine des droits de l'homme, il est maintenant évident que les standards internationaux en la matière peuvent s'appliquer aux comportements des entreprises même si certains juristes préféreraient que « *[w]hen non-State actors do not comply with human rights norms, they should be criticized for « abusing » the rights of individuals rather than committing « violations »* »²⁵⁴. Mais les raisons qui sont avancées pour opérer une telle distinction sont bien davantage tactiques et politiques que fondées juridiquement. En effet, selon le Professeur Weissbrodt, « *The term « human rights violations » should be limited to misconduct by governments, so as to avoid giving greater recognition and undue status to non-State entities* »²⁵⁵.

L'entreprise est parfois assimilée juridiquement à d'autres entités non étatiques, comme les groupes rebelles et les terroristes, ce qui fournit un argument supplémentaire à ceux qui refusent d'envisager sur le même plan les acteurs non étatiques et les États.

La question est essentiellement doctrinale et les doutes des auteurs n'ont pas empêché les Cours d'appliquer le droit international aux comportements des entreprises.

Il est actuellement établi sans aucun doute que les individus ont des devoirs en droit international. Ils ne doivent notamment pas se rendre

²⁵⁴ WEISSBRODT, David. *Non-State entities and human rights within the context of the nation-state in the 21st century*. In Monique CASTERMANS-HOLLEMAN, Fried VAN HOOFF, Jacqueline SMITH, *The role of the nation-state in the 21st century*. Dordrecht: Kluwer, 1998, p. 194.

²⁵⁵ WEISSBRODT, David. *Non-State entities and human rights within the context of the nation-state in the 21st century*. In Monique CASTERMANS-HOLLEMAN, Fried VAN HOOFF, Jacqueline SMITH, *The role of the nation-state in the 21st century*. Dordrecht: Kluwer, 1998, p. 195.

coupables de crimes internationaux.²⁵⁶ Les entreprises devraient avoir les mêmes devoirs en droit pénal. Mais, que l'on décide ou non que les entreprises sont des sujets de droit international, il est incontestable que dans certains cas les entreprises peuvent agir sur le plan du droit international. Elles peuvent déposer plainte devant la Cour européenne des droits de l'homme, elles peuvent soumettre des différends au Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement, et elles ont également la possibilité de devenir partie à des différends devant le Tribunal international du droit de la mer. Les plaintes déposées devant des juridictions nationales contre différentes entreprises prouvent, quant à elles, l'effet direct du droit international humanitaire pour les personnes morales²⁵⁷.

Aujourd'hui les entreprises peuvent tout à fait être considérées comme des sujets du droit international et elles peuvent donc avoir des droits mais aussi répondre de leurs actes en étant responsables au niveau international.

²⁵⁶ On peut rappeler le jugement et la sentence du Tribunal militaire international de Nuremberg du 30 Septembre et du 1^{er} Octobre 1946, qui indiquaient : « *Many other authorities could be cited, but enough has been said to show that individuals can be punished for violations of international law. Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing the individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced* », Cmd 6964, 41.

²⁵⁷ Plaintes déposées contre Total Fina Elf aux Etats-Unis, en Belgique, en Mai 2002, et en France, en Septembre 2002, pour complicité en matière de crimes contre l'humanité au Myanmar.

Section 2: La responsabilité des entreprises en droit international.

La responsabilité des entreprises peut être retenue en droit international grâce à différents instruments juridiques (§1) qui ont été mis en place suite à de nombreuses discussions. Bien que ces textes applicables aux entreprises soient intéressants et constituent une grande avancée dans ce domaine, des difficultés et des limites persistent dans leur application pratique (§2).

§1 : Les instruments permettant de retenir la responsabilité des entreprises en droit international.

Les entreprises internationales ne sont pas hors de tout cadre en droit international. Elles savent invoquer la protection que leur confère le droit international lorsqu'elles y trouvent un intérêt.

Différentes théories existent afin de retenir la responsabilité des entreprises. La première est basée sur le principe de l' « agency » dans lequel la compagnie est responsable pour les actes de tous ses employés. La loi fédérale des États-Unis utilise un principe de ce type (respondeat superior) pour toutes les infractions, alors que la loi anglaise limite son application à certaines infractions. Il s'agit de la théorie de la responsabilité indirecte.

L'autre théorie, que le Royaume-Uni utilise pour toutes les autres infractions, est celle de l'identification. Elle a été développée durant les soixante dernières années pour les infractions graves telles que la fraude, le vol ou l'homicide involontaire. L'une des objections au fait de retenir la responsabilité des entreprises pour de telles infractions était qu'il fallait prouver un élément « psychologique » d'intention, de négligence ou d'imprudence. Selon cette théorie, certaines personnes sont réputées agir

en tant qu'entreprises (plutôt qu'au nom de l'entreprise, comme c'est le cas dans la responsabilité indirecte). Cela signifie que les employés de l'entreprise peuvent être séparés en deux groupes : ceux qui agissent comme les « mains » et ceux qui représentent le « cerveau » de la compagnie²⁵⁸. La responsabilité de l'entreprise ne peut être engagée que consécutivement aux actes d'employés représentant son « cerveau »²⁵⁹.

²⁵⁸ *Tesco v. Natrass* [1972] AC 153, HL.

²⁵⁹ Une troisième théorie, beaucoup moins répandue peut également être signalée. Elle recherche la responsabilité des entreprises dans les procédures, les systèmes opérationnels ou la culture d'une compagnie. La « company culture theory » est utilisée dans l'Australian Criminal Code Act de 1995 (S.12.) et est proposée en relation avec l'infraction d'homicide par l'entreprise au Royaume-Uni. Extrait :

“12.1 General principles

(1) This Code applies to bodies corporate in the same way as it applies to individuals. It so applies with such modifications as are set out in this Part, and with such other modifications as are made necessary by the fact that criminal liability is being imposed on bodies corporate rather than individuals.

(2) A body corporate may be found guilty of any offence, including one punishable by imprisonment.

12.2 Physical elements

If a physical element of an offence is committed by an employee, agent or officer of a body corporate acting within the actual or apparent scope of his or her employment, or within his or her actual or apparent authority, the physical element must also be attributed to the body corporate.

12.3 Fault elements other than negligence

(1) If intention, knowledge or recklessness is a fault element in relation to a physical element of an offence, that fault element must be attributed to a body corporate that expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence.

(2) The means by which such an authorisation or permission may be established include:

(a) proving that the body corporate's board of directors intentionally, knowingly or recklessly carried out the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence; or

(b) proving that a high managerial agent of the body corporate intentionally, knowingly or recklessly engaged in the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence; or

(c) proving that a corporate culture existed within the body corporate that directed, encouraged, tolerated or led to non-compliance with the relevant provision; or

(d) proving that the body corporate failed to create and maintain a corporate culture that required compliance with the relevant provision.

(3) Paragraph (2)(b) does not apply if the body corporate proves that it exercised due diligence to prevent the conduct, or the authorisation or permission.

(4) Factors relevant to the application of paragraph (2)(c) or (d) include:

(a) whether authority to commit an offence of the same or a similar character had been given by a high managerial agent of the body corporate; and

(b) whether the employee, agent or officer of the body corporate who committed the offence believed on reasonable grounds, or entertained a reasonable expectation, that a high managerial agent of the body corporate would have authorised or permitted the commission of the offence.

(5) If recklessness is not a fault element in relation to a physical element of an offence, subsection (2) does not enable the fault element to be proved by proving that the board of directors, or a high managerial agent, of the body corporate recklessly engaged in the conduct or recklessly authorised or permitted the commission of the offence.

(6) In this section:

"board of directors" means the body (by whatever name called) exercising the executive authority of the body corporate.

L'émergence de la responsabilité des entreprises comme sujet de débat reflète la prise de conscience à l'égard de la sécurité des travailleurs et du public en général et a mené à douter du bien fondé des deux théories de la responsabilité des entreprises précédemment reconnues par les systèmes juridiques.

La responsabilité indirecte est indéterminée dans son champ d'application. Elle a rarement été appliquée aux infractions sérieuses telles que l'homicide involontaire (les juridictions fédérales aux États-Unis n'incluent pas les infractions d'homicide). La responsabilité basée sur la théorie de l'identification ne concerne que les transgressions d'un nombre limité de personnes dans l'entreprise qui sont considérées comme déterminantes dans l'attribution de la responsabilité à la compagnie elle-même.

Dans ces deux théories, l'employé peut être lui-même poursuivi et la compagnie ne sera responsable que si une faute peut être trouvée dans le comportement d'un employé.

"corporate culture" means an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place.

"high managerial agent" means an employee, agent or officer of the body corporate with duties of such responsibility that his or her conduct may fairly be assumed to represent the body corporate's policy."

Une autre théorie existe : la théorie de l'agrégation de connaissances. Actuellement, vue la spécialisation de chacun au sein de l'entreprise, il arrive bien souvent qu'un directeur d'un secteur n'ait pas toutes les informations nécessaires pour que son comportement puisse être qualifié de négligent. Les Cours fédérales américaines ont reconnu qu'une agrégation de connaissances²⁶⁰ d'un certain nombre d'employés pouvait être imputée à l'entreprise²⁶¹. Mais c'est une solution incomplète. Un système de responsabilité des entreprises doit prendre en compte la structure même de l'entreprise plutôt que les individus qui la composent (que ce soit individuellement ou agrégés).

De nombreux auteurs affirment que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme s'applique pareillement aux États, organisations et individus. Selon son préambule, « *tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives (...)* »²⁶².

L'expression « *tous les individus et tous les organes de la société* » semble bien inclure les personnes morales²⁶³, qui sont donc liées par la Déclaration de 1948.

²⁶⁰ Cette théorie est aussi appelée "Doctrine of Collective Knowledge".

²⁶¹ United States v. Bank of New England (1987) 821 F2d 844 (1st Cir.).

²⁶² Déclaration universelle des Droits de l'Homme, 1948, A.G, Rés. 217 A (III).

²⁶³ « *Every individual includes juridical persons. Every individual and every organ of society excludes no one, no company, no cyberspace* ». HENKIN, Louis. *The Universal Declaration at*

En 1970, l'ONU commença la rédaction d'une convention internationale sur les entreprises multinationales, mais fut contrainte d'abandonner le projet en raison du manque de volonté politique dans ce domaine. Quelques années plus tard, en 1976, l'OCDE adopta les « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales »²⁶⁴. Il s'agissait alors du premier engagement politique concernant la responsabilité des entreprises. Ces principes directeurs sont un ensemble de recommandations non contraignantes faites aux entreprises multinationales dans les domaines des droits de l'homme, de l'environnement, de la fiscalité, de la lutte contre la corruption, de la concurrence,... Parmi les principes généraux énoncés par ce document, il est indiqué que :

« Les entreprises devraient (...) respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du pays d'accueil »²⁶⁵.

Les commentaires annexés à ces principes généraux précisent :

« (...) s'il est vrai que c'est aux gouvernements qu'il incombe au premier chef de promouvoir et de faire respecter les droits de l'homme, les entreprises jouent effectivement un rôle lorsque leur comportement et les droits de l'homme se recoupent ; aussi les entreprises multinationales sont-elles encouragées à respecter les droits de l'homme, non seulement

50 and the Challenge of Global Markets. Brooklyn Journal of International Law, vol.1, n° 25, 1999, p. 25.

²⁶⁴ Ce document a été révisé en 2000 et est disponible sur :

<http://www.oecd.org/dataoecd/56/39/1922470.pdf>.

²⁶⁵ Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OCDE, p. 18.

dans les rapports avec leurs salariés, mais également à l'égard des autres personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et engagements internationaux des gouvernements des pays d'accueil. A cet égard, la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que les autres obligations en matière de droits de l'homme du gouvernement concerné entrent tout particulièrement en ligne de compte »²⁶⁶.

L'OCDE a mis en place un réseau de « points de contact nationaux » qui sont constitués de hauts fonctionnaires ou de membres de services gouvernementaux des pays participants et qui sont chargés de la « *résolution des questions soulevées par la mise en œuvre des Principes directeurs dans des circonstances spécifiques* ». Ces « points de contact » examinent des plaintes qui peuvent être déposées par toute personne ou organisme le souhaitant. Ce mécanisme peut être très utile pour régler les problèmes générés par les entreprises en matière de droits de l'homme car il concerne non seulement les pays d'origine mais aussi les pays d'accueil. Cependant, les résultats obtenus par ces « points de contact » sont très inégaux en matière de droits de l'homme et leur impact demeure très modeste.

Une initiative intergouvernementale peut également être signalée. Il s'agit du Pacte Mondial, initiative lancée par l'ancien secrétaire général des Nations Unies, M.Kofi Annan, le 26 juillet 2000, avec l'intention de créer un partenariat entre l'ONU et le secteur privé. L'idée de ce projet était que, sans une participation active du secteur privé, l'application des principes universels était en danger.

Le Pacte Mondial a établi dix principes universellement acceptés dans les domaines des droits de l'homme, des normes du travail, de

²⁶⁶ Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OCDE, p. 46.

l'environnement et de la lutte contre la corruption. Les entreprises en adhérant au Pacte Mondial s'engagent à respecter ces dix principes afin de promouvoir la « *légitimité citoyenne des entreprises et des marchés* ». « *Adhérer au Pacte Mondial, c'est partager la conviction que des pratiques commerciales fondées sur un certain nombre de principes universellement reconnus contribueront à l'émergence d'un marché mondial plus stable, plus équitable et plus ouvert et de sociétés prospères et dynamiques* »²⁶⁷.

Il est important de préciser que ce Pacte Mondial a un caractère facultatif pour les entreprises et n'a aucun caractère juridiquement contraignant.

Les dix principes du Pacte Mondial sont tirés de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Déclaration de l'Organisation internationale du Travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail, de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Les deux premiers principes sont les plus pertinents pour les sociétés militaires privées.

Le premier de ces principes demande aux entreprises, en général, de soutenir et de respecter la protection des droits de l'homme internationalement proclamés, dans leur sphère d'influence. Ce principe suggère donc que les compagnies elles mêmes ne doivent pas seulement s'abstenir des actes qui portent atteinte aux droits de l'homme, mais qu'elles ont également des obligations positives visant à promouvoir les droits de l'homme.

²⁶⁷ Citation extraite du site officiel du Pacte Mondial, consultable sur <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>

Le second principe demande aux entreprises de s'assurer que leurs propres filiales ne sont pas complices de violations de droits de l'homme. En introduisant cette notion de complicité, le Pacte Mondial élargit les responsabilités des compagnies dans le domaine de l'autorisation, de la tolérance ou de l'ignorance volontaire des violations des droits de l'homme commises par une entité qui leur est associée. En pratique, ce principe devrait avoir pour conséquence que les sociétés militaires privées ne vendent leurs services à aucun État et à aucune entité privée qui serait impliqué dans des violations des droits de l'homme.

Les critiques à l'égard du Pacte Mondial sont nombreuses. On lui reproche notamment de ne dégager que des principes qui sont peu précis. Le fait qu'il ne soit pas obligatoire et qu'il ne contienne pas de mécanisme d'application ou de contrôle a également été vivement critiqué. En effet, ce Pacte Mondial ne prévoit aucune sanction ni amende, car il s'agit simplement d'un mécanisme élaboré en vue d'un dialogue constructif et non d'un instrument juridiquement contraignant.

L'impact du Pacte Mondial est, dans les faits, très limité, mais on ne peut tout de même nier qu'il a contribué à accroître l'attention sur le rôle des entreprises dans le respect des droits de l'homme, ce qui est positif.

Cependant, le fait que l'ONU permette à des entreprises souffrant d'une mauvaise réputation quant à leur respect des droits de l'homme d'adhérer à ce Pacte Mondial a réellement porté atteinte à sa crédibilité.

Le Pacte Mondial est donc un premier pas pour sensibiliser les entreprises à leurs obligations en matière de droits de l'homme, mais puisqu'il n'est pas parvenu à attirer des sociétés militaires privées importantes, en tant que signataires, son rôle pour assurer le respect des droits de l'homme par ces entreprises n'est pas significatif.

La question de la responsabilité des entreprises a également été posée au sein de la Commission des droits de l'homme de l'ONU et les « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises »²⁶⁸ ont été adoptées par la sous-commission des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme en Août 2003. Cette commission est un *think tank* de l'ONU, composé d'experts indépendants, dont le mandat, selon la Charte des Nations Unies, est de formuler des recommandations ou d'identifier certaines zones pour favoriser davantage le développement du droit international pour une meilleure protection des droits de l'homme.

Le texte de ces Normes dispose :

« 19. (...) Constatant que, même si les États ont la responsabilité première de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme et de veiller à leur réalisation, les sociétés transnationales et autres entreprises, en tant qu'organes de la société, ont, elles aussi, la responsabilité de promouvoir et de garantir les droits de l'homme énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme,

Sachant que les sociétés transnationales et autres entreprises, leurs cadres et les personnes travaillant pour elles sont aussi tenus de respecter les principes et normes faisant l'objet d'une reconnaissance générale énoncés dans de nombreuses conventions des Nations Unies et autres instruments internationaux (...),

Réaffirmant que les sociétés transnationales et autres entreprises, leurs cadres — gestionnaires, membres du conseil d'administration ou directeurs et autres — et les personnes travaillant pour elles ont, entre autres, des obligations et des responsabilités dans le domaine des droits de l'homme et que les présentes normes contribueront à la création et au

²⁶⁸ E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

développement d'un droit international concernant ces responsabilités et obligations,

Proclame solennellement les présentes normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, en demandant instamment qu'aucun effort ne soit ménagé pour les faire largement connaître et respecter. (...)

Dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, y compris les droits et intérêts des populations autochtones et autres groupes vulnérables, et de veiller à leur réalisation.(...)»

On peut se demander si ces Normes s'appliquent à toutes les entreprises ou uniquement aux entreprises transnationales. Selon le Professeur Weissbrodt²⁶⁹, on peut certes considérer que les entreprises transnationales ont la mobilité et la puissance nécessaires pour s'évader des lois nationales et de leur application parce qu'elles peuvent se délocaliser ou utiliser leurs poids politique et économique pour faire pression sur les gouvernements afin que ceux-ci ignorent les abus de la compagnie, mais cependant, si on applique ces standards en droits de l'homme uniquement aux entreprises transnationales, cette différence de traitement pourrait être considérée comme discriminatoire. De plus, toujours selon l'auteur, il n'est pas aisé de définir ce qu'est une entreprise transnationale et il existe un risque que des avocats soient capables de restructurer des entreprises transnationales de manière telle que

²⁶⁹ WEISSBRODT, David. *UN Human Rights Norms for Business*. International Law Forum, vol.7, n° 4, 2005, p. 294.

l'application des normes internationales puisse leur être évitée. Ainsi, selon le Professeur Weissbrodt, ces Normes s'appliquent non seulement aux entreprises transnationales, mais aussi aux entreprises nationales et régionales.

Les propos du Professeur Weissbrodt peuvent cependant être nuancés. En effet, les Normes contiennent des définitions des entreprises à qui elles s'appliquent. La première définition est relative à l'expression « société transnationale » qui « *désigne une entité économique opérant dans plus d'un pays ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays – quelle que soit leur forme juridique, que ce soit dans le pays du siège ou le pays d'activité et que les entités en question soient considérées individuellement ou collectivement.* » Le texte continue ainsi :

« L'expression « autre entreprise » désigne toute entité industrielle ou commerciale –société transnationale, entrepreneur, sous-traitant, fournisseur, titulaire de licence ou distributeur-, quelles que soient la nature, internationale ou nationale, de ses activités, sa forme juridique – société de capitaux, société de personnes ou autre- et la répartition de son capital social. Les présentes Normes sont présumées applicables en pratique si l'entreprise entretient des relations d'affaires avec une société transnationale, si l'impact de ses activités n'est pas uniquement local ou si ses activités entraînent des violations du droit à la sécurité (...) ».

Ainsi, on ne peut pas affirmer que toutes les entreprises sont visées par les Normes car des conditions sont tout de même posées pour les entreprises qui ne sont pas à dimension transnationale.

Un autre aspect très positif de ces Normes est qu'elles ont une approche très large et très complète des droits de l'homme. En effet, ce document contient vingt-trois paragraphes dont des « Dispositions générales visant la mise en œuvre » qui détaillent précisément la façon dont

ces dispositions devront s'appliquer aux entreprises. Il s'agit sans aucun doute du travail le plus abouti en la matière. Il concerne de nombreux domaines (égalité des chances et traitement non discriminatoire, droit à la sécurité de la personne, droits des travailleurs, respect de la souveraineté nationale et des droits de l'homme, protection du consommateur, protection de l'environnement) dans lequel il met en place de réelles obligations que les entreprises doivent assumer. Pour chaque domaine, ces Normes se réfèrent à des normes internationales existantes, ce qui renforce encore davantage la légitimité de ce document.

En 2006, le groupe de travail de la Commission des droits de l'homme de l'ONU a indiqué que les sociétés militaires privées devraient appliquer ces Normes. La disposition dans ces Normes qui a le plus de pertinence pour les sociétés militaires privées est celle qui concerne le droit à la sécurité de la personne. Le texte des Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises mentionne lui-même explicitement les entreprises qui produisent ou fournissent des services et produits militaires, de sécurité ou de police. La disposition C, « Droit à la sécurité de la personne », dit que *« les sociétés transnationales et autres entreprises ne participent pas à des crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocides, actes de torture, disparitions forcées, pratiques de travail forcé ou obligatoire, prises d'otage, exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, autres violations du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux contre la personne tels que définis par le droit international, en particulier le droit humanitaire et le droit relatif aux droits de l'homme, ni n'en tirent profit. »*. Ainsi, ce texte indique très clairement que les entreprises, et donc les sociétés militaires privées également, ne doivent pas s'engager dans des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire.

Il faut cependant ajouter que bien que ces Normes s'appliquent à toutes les entreprises internationales, elles ne sont pas aussi contraignantes que s'il s'agissait d'un traité. En effet, ces « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises » ont une valeur similaire à celle d'autres déclarations et recommandations émanant de l'ONU qui interprètent et résument la pratique internationale.

Certes, ces Normes représentent un changement dans la conception traditionnelle selon laquelle seuls les États ont des obligations en droit international. Mais le contenu de ces Normes n'est pas assez précis pour qu'elles puissent être mises en œuvre, et le système de surveillance et de mise en application proposé dans ce texte partage d'une façon confuse cette charge entre les États, les entreprises et les entités internationales

Selon le Professeur Weissbrodt, on peut qualifier ces normes de « soft law » et il est envisageable qu'elles servent de base à un projet de traité relatif à la responsabilité des entreprises relativement aux droits de l'homme. En effet, malgré les critiques que l'on peut formuler à l'égard de ces Normes, elles représentent cependant l'initiative la plus complète et la plus claire sur les obligations des entreprises en matière de droits de l'homme. Elles prennent explicitement en considération le phénomène de la privatisation de la sécurité, et tentent de contrer les effets négatifs qu'une telle évolution peut entraîner sur les droits de l'homme.

Dans sa résolution 2005/69, la Commission des droits de l'homme a demandé au Secrétaire général de désigner un représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Ce représentant a procédé depuis lors à de nombreuses analyses des instruments juridiques existants et à de multiples consultations des différents acteurs impliqués.

Il est très critique à l'égard des Normes. Dans son rapport intermédiaire de 2006²⁷⁰, le représentant spécial a affirmé qu'« *il y a un certain flottement en ce qui concerne l'applicabilité des principes juridiques internationaux aux actes des sociétés* ». Il a également émis deux critiques sévères à l'égard des Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, en indiquant, d'une part, qu'elles n'ont aucune valeur contraignante à l'égard des États, et que, d'autre part, elles sont très imprécises en ce qui concerne la répartition des responsabilités entre les États et les sociétés dans les domaines des droits de l'homme.

En raison de ces lacunes, « *le Représentant spécial conclut que les défauts des Normes font qu'elles ne constituent pas une bonne base pour l'exécution de son mandat, bien au contraire. Il considère que les dissensions qu'elles suscitent occultent au lieu de mettre en lumière des domaines prometteurs de consensus et de coopération entre les entreprises, la société civile, les gouvernements et institutions internationales dans le domaine des droits de l'homme* »²⁷¹.

Si le Représentant spécial continue actuellement ses consultations (en les axant notamment sur l'obligation de l'État en matière de protection, l'obligation des entreprises de respecter les droits de l'homme, même dans les zones de conflit, et l'accès aux voies de recours²⁷²), il n'a pour le moment proposé aucune solution concrète et aucun projet de texte international contraignant à l'encontre des entreprises multinationales.

²⁷⁰ E/CN.4/2006/97, p. 17, § 64.

²⁷¹ E/CN.4/2006/97, p. 19, § 69.

²⁷² A/63/270.

L'Union européenne et le Conseil de l'Europe ont également adopté des textes concernant la protection des droits de l'homme en cas de violations par des entreprises multinationales.

Le Parlement européen a adopté en 1999 une résolution sur les « Normes communautaires applicables aux entreprises opérant dans les pays en développement : vers un code de conduite »²⁷³. Cette résolution plaide en faveur de la mise en place d'un code de conduite européen, de l'intégration dans le droit des sociétés de normes sur les droits de l'homme, et de la création d'un Observatoire européen. Elle se prononce également pour l'existence de procédures de plaintes et de mesures coercitives.

En mars 2006, la Commission a aussi défini la notion de responsabilité sociale des entreprises et a ajouté que « *les entreprises ont un comportement socialement responsable lorsqu'elles vont au-delà des exigences légales minimales et des obligations imposées par les conventions collectives pour répondre à des besoins sociétaux* »²⁷⁴.

Ces initiatives, bien qu'intéressantes, n'ont aucun caractère contraignant. En revanche, la directive 2004/18/EC impose aux États membres de l'Union européenne l'intégration, dans les passations de marchés à l'étranger, de clauses environnementales, sociales et éthiques²⁷⁵. Cela pourrait constituer un premier pas vers la responsabilité des sociétés internationales dans le domaine des droits de l'homme.

²⁷³ Rés. A4-0508/98, (1999), J.O. C 104/180.

²⁷⁴ Communication de la Commission des Communautés européennes, E.U.Com. (06) 136 final, 22 mars 2006.

²⁷⁵ Directive 2004/18/EC du Parlement et du Conseil Européen, § 43, 46, art. 26-27.

On peut également signaler que trois traités du Conseil de l'Europe, relatifs à la corruption, aux crimes environnementaux et au cyber-crime, incluent la responsabilité pénale des entreprises. Chacun recommande l'introduction de la responsabilité pénale des entreprises, mais laisse cependant aux États signataires le choix d'imposer des peines pénales ou d'autres mesures effectives contre les personnes morales²⁷⁶.

Bien que des initiatives encourageantes aient été prises par différents organes, internationaux ou régionaux, les règles existantes ne sont pas contraignantes à l'égard des entreprises multinationales et des limites demeurent quant à l'application du droit international aux entreprises multinationales.

§2 : Les limites à l'application du droit international aux entreprises.

Malgré le mouvement prônant la responsabilité des entreprises multinationales pour les violations en matière de droits de l'homme, il existe tout de même des limites à cette responsabilité.

Tout d'abord, son statut n'autorise pas la Cour pénale internationale à connaître des violations du droit commises par les personnes morales²⁷⁷, conformément aux désirs des États-Unis et du Royaume-Uni. Cette limite à sa compétence est regrettable, car la Cour pénale internationale aurait permis d'entamer des poursuites sérieuses à l'encontre des entreprises en

²⁷⁶ Convention pénale sur la corruption, STE n° 173 (entrée en vigueur le 1^{er} Juillet 2002); Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal, STE n° 172 (non en vigueur) ; Convention sur la criminalité, STE n° 185 (entrée en vigueur le 1^{er} Juillet 2004).

²⁷⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 Juillet 1998, article 25(1).

s'aidant du savoir faire inhérent aux juridictions internationales et sans tenir compte des éventuelles répercussions politiques de telles poursuites.

En outre, il arrive souvent que les violations des droits de l'homme commises par les entreprises internationales le soient avec la complicité de l'État hôte ou avec la « bienveillance » de ce dernier. Ainsi, alors que la réponse juridique la plus rapide à ces violations serait une action pénale ou civile devant les tribunaux du pays où a été commise la violation, il est difficilement envisageable qu'un État hôte qui commet lui-même des abus en matière de droits de l'homme donne suite à une telle action en justice. C'est cette situation qui a amené à prévoir la possibilité d'entamer des poursuites dans le pays d'origine des entreprises coupables de violations en matière de droits de l'homme.

Une question s'est alors posée : les tribunaux de l'État d'origine de l'entreprise ont-ils compétence pour connaître d'une telle action qui concerne des faits qui n'ont pas été commis sur son territoire ? L'action menée par des employés contre les sociétés Cape Plc²⁷⁸ et Thor Chemicals²⁷⁹ peuvent fournir des éléments de réponse. Ces sociétés étaient domiciliées au Royaume-Uni, mais opéraient en Afrique du Sud. La question principale était relative à la compétence du tribunal devant lequel les demandeurs avaient agi. La société Cape Plc était accusée d'avoir exposé un grand nombre de ses employés et certains résidents locaux à l'amiante.

²⁷⁸ *Lubbe v. Cape Plc* [1999] International Litigation Procedure 113 (CA) (Compétence des tribunaux britanniques); *Afrika et al. v. Cape* 139 (CA) (compétence des tribunaux sud africains); *Lubbe et al. v. Cape* [2000] 1 WRL 1545 (reconnaissance définitive de la compétence des tribunaux britanniques).

²⁷⁹ *Ngobo et al. v. Thor Chemicals Holdings* [1995] TLR 579; *Sithole et al. v. Thor Chemicals Holdings* [1999] TLR 110.

La société Thor Chemicals avait quant à elle exposé ses employés à des produits chimiques hautement toxiques.

Les tribunaux britanniques ont affirmé qu'ils avaient compétence dans ces deux affaires. On a ainsi accepté le principe selon lequel une compagnie basée au Royaume-Uni pouvait y être poursuivie pour des actes d'une filiale située à l'étranger s'il était démontré que le pays étranger était dans l'incapacité, ou n'avait pas la volonté, d'assurer que la justice serait rendue sur place.

On peut donc affirmer qu'effectivement, les tribunaux de l'État d'origine peuvent avoir compétence. La seule limite pouvant exister est liée à l'éventuel manque de volonté de l'État d'origine de l'entreprise qui peut être réticent à entamer de telles poursuites.

Enfin, même si certains textes internationaux récents se réfèrent explicitement au devoir de réparation, aucun mécanisme coercitif n'est mis en place pour obliger les entreprises à réparer les dommages causés par les violations de certains droits.

Les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises se contentent de stipuler que les entreprises transnationales doivent réparer ce qui a été affecté par le manquement des entreprises qui ne se sont pas soumises aux normes en question. Les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire²⁸⁰ confirment quant à eux l'hypothèse selon

²⁸⁰ Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, A/RES/60/147.

laquelle, en droit international, les entités non étatiques sont obligées de réparer les dommages résultant de la violation du droit international. Selon ce document, les États sont obligés de fournir aux victimes un accès effectif à la justice, indépendamment de la question de savoir qui sera responsable au final de la violation, et de mettre en application les jugements de réparation contre les individus ou les entités responsables, donc les entreprises, pour le dommage subi.

Ainsi, alors qu'il est possible de conclure que les entreprises ont un devoir en droit international de réparer les dommages découlant de la violation de leurs obligations internationales, il est plus difficile de soutenir que ce devoir est mis en place par un mécanisme établi par le droit international. L'effectivité d'une telle réparation dépendra de la volonté des États.

De tout cela on peut conclure que le droit international peut établir par traité des règles qui gouvernent l'activité des entreprises, qui leur imposent certaines obligations, mais ce sont les États qui devront légiférer pour que les entreprises se conforment dans les faits à leurs obligations.

Même si de façon générale la responsabilité des entreprises au niveau international est encore difficile à mettre en œuvre, notamment en raison de l'absence de mécanismes contraignants, les entités non étatiques qui violent leurs obligations en matière de droits de l'homme ou de droit humanitaire doivent être poursuivies au niveau national tant pénalement que civilement.

Chapitre 2 : La responsabilité civile et pénale des entreprises privées.

Les sociétés militaires privées doivent pouvoir être reconnues responsables pour les actes de leurs employés quand ceux-ci commettent des infractions graves.

Différentes procédures existent afin de mettre effectivement en œuvre cette responsabilité, que cela soit au niveau civil (section 1) ou pénal (section 2). Ces procédures soulèvent de nombreuses difficultés et, une fois encore, si théoriquement elles sont possibles, elles s'avèrent très rares en pratique.

Section 1 : La responsabilité civile des entreprises

La responsabilité civile des entreprises existe mais elle est très difficile à mettre en œuvre en pratique. Les Etats-Unis ont développé une législation très intéressante afin de poursuivre civilement les entreprises, et donc les sociétés militaires privées, par le biais de l'Alien Tort Claims Act (§1). Cependant, alors que cette législation aurait pu être un instrument juridique très intéressant, de nombreuses difficultés subsistent et les résultats de cette législation s'avèrent finalement plutôt décevants (§2).

§1 : Les poursuites civiles sur le fondement de l'Alien Tort Claims Act

La responsabilité civile des sociétés est généralement acceptée si elles commettent des violations du droit international humanitaire. Il faut cependant noter qu'en principe les entreprises ne sont pas liées elles-

mêmes par le droit international humanitaire mais qu'il existe des exceptions à cette position générale. L'une d'elles concerne le cas où une société militaire privée pourrait, dans le cadre d'un conflit armé non international, être considérée elle-même comme une partie au conflit au sens de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ou comme « groupe armé organisé » au sens de l'article 1(1) du Protocole additionnel II. Dans de tels cas, l'entreprise aurait exactement les mêmes obligations que toute autre partie non étatique à un conflit armé non international.

Cependant, bien que cela ne soit pas impossible, cette hypothèse est peu probable en pratique, notamment parce que cela demanderait à ce que la société militaire privée soit elle-même une partie au conflit et ne combatte pas sous la responsabilité d'une partie.

Néanmoins, les sociétés militaires privées peuvent être liées par le droit international humanitaire par un autre biais. En effet, les sociétés militaires privées sont liées par le droit national de l'État dans lequel elles opèrent. Ce droit s'applique dans les domaines du droit pénal, fiscal, du travail, ... Les sociétés sont également soumises aux lois de leur État d'origine. Ces droits nationaux peuvent poser des obligations en matière de droit international humanitaire et celui-ci devient alors obligatoire pour les sociétés militaires privées en tant que faisant partie du droit national.

En outre, certaines violations du droit international humanitaire peuvent également être considérées comme des délits en droit national. La torture pourrait être qualifiée d'attaque et de voie de fait en droit interne et être poursuivie et punie comme telle.

Les poursuites civiles sont parfois les seules possibles dans certains États. Les actions civiles présentent de nombreux avantages pour les requérants : les procédures vont être intentées par les victimes elles mêmes et non par un Procureur ; les exigences concernant les preuves que doivent

fournir les victimes sont moins élevées que pour les poursuites pénales ; les victimes peuvent obtenir une compensation directe de la part des entreprises si l'action aboutit.

Néanmoins, il peut être difficile d'intenter un procès devant les tribunaux des États où les entreprises sont enregistrées. En effet, les violations présumées peuvent avoir été commises dans d'autres pays, et la plupart des tribunaux ont une compétence extraterritoriale limitée. Les tribunaux du lieu où la violation présumée a été commise, quant à eux, ne sont souvent pas complètement opérationnels, se situant dans des zones de conflit ou de post conflit. Un juge de la Cour suprême irakienne avait ainsi indiqué en septembre 2007 après que des civils ont été tués par des employés de Blackwater, que cette société devait être jugée par des tribunaux irakiens, mais cette annonce n'a pas été suivie d'effet.

D'autres difficultés entravent également les poursuites contre les sociétés militaires privées. En effet, l'organisation même de ces sociétés leur permet d'échapper facilement à leurs responsabilités car elles peuvent se transformer, se dissoudre, quitter le pays dans lequel elles sont menacées de poursuites,...

Dans la pratique il a donc été difficile, de façon générale, d'établir et de retenir la responsabilité civile des compagnies pour des violations graves du droit international humanitaire. Cependant, selon le droit interne des États-Unis, il est possible d'engager la responsabilité internationale des sociétés militaires privées pour leurs actes commis à l'étranger sur le fondement de l'Alien Tort Claims Act (ci-après ATCA), de 1789²⁸¹.

²⁸¹ Cette loi permet aux victimes de violations graves des droits de l'homme de demander des réparations devant les tribunaux des États-Unis et ce quelle que soit leur nationalité et quel que soit le lieu où l'infraction a été commise. « The districts courts shall have original

L'origine de cet ATCA est quelque peu mystérieuse et sujette à de nombreuses conjectures de la part de la doctrine et des juges eux-mêmes. Si l'on en croit Monsieur le Juge Souter²⁸², juge à la Cour Suprême des États-Unis, au lendemain de l'indépendance des États-Unis, le Congrès Continental était préoccupé par son incapacité à sanctionner les violations des traités ou du droit des gens. Il demanda alors en 1781 aux États membres de l'Union d'adopter des mesures législatives « *to provide expeditious, exemplary, and adequate punishment for the violation of safe conducts or passports, (...) of hostility against such as are in amity, (...) with the United States, (...) infractions of the immunities of ambassadors and other public ministers (...) [and] infractions of treaties and conventions to which the United States are a party* ». La Résolution du Congrès demandait aux États d'autoriser « *suits (...) for damages by the party injured, and for compensation to the United States for damage sustained by them from an injury done to a foreign power by a citizen* ». Cette compétence sera ensuite renforcée par le Judiciary Act qui fonde le système juridictionnel américain et contient l'Alien Torts Claim Act.

L'ATCA permet donc aux citoyens étrangers d'entamer des poursuites civiles devant les cours américaines pour des atteintes au droit international ou à des traités auxquels les États-Unis sont partie.

Aujourd'hui les effets de l'ATCA sont réels et les entreprises se trouvent impliquées dans des poursuites mettant en jeu des sommes considérables.

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», 28 U.S.C. § 1350.

²⁸² *Sosa v. Alvarez Machain*, 542 U.S. 692.

Un certain nombre de plaintes sont notamment actuellement pendantes ou en appel en relation avec des compagnies pétrolières qui sont accusées, entre autres choses, de travail forcé, de torture et de viol. D'autres plaintes²⁸³ sont en cours pour les infractions commises à Abu Ghraib notamment. Ces actions concernent les sociétés Titan, Caci international et plusieurs de leurs employés. Elles se fondent sur l'ACTA mais également sur le Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act²⁸⁴ et le Torture Victims Protection Act²⁸⁵.

Ces affaires portées devant les tribunaux des États-Unis et concernant des « violations flagrantes » extrêmement graves des droits de l'Homme donnent à penser que, dans les cas les plus extrêmes de persécution, la possibilité pour les victimes de faire valoir leurs droits n'est pas limitée par les frontières du pays en cause.

C'est deux cents ans après l'adoption de l'ATCA que les tribunaux des États-Unis ont eu à connaître d'une affaire qui a ouvert la voie à de multiples actions civiles fondées sur de graves violations des droits de

²⁸³ *Al Rawi v. Titan Corporation* est une action collective devant la U.S District Court of the Southern District of California et c'est la première plainte civile concernant des violations de droit international humanitaire commises par une société militaire privée. Elle est relative au scandale d'Abu Ghraib (La prison d'Abu Ghraib est située en Irak et a été un lieu de torture de prisonniers irakiens par des soldats américains. Ces tortures ont été révélées en 2004 lorsque des photographies de ces actes ont été rendues publiques). D'autres actions ont ensuite été intentées et jointes sous le nom *Ibrahim v. Titan Corporation*. Le dernier arrêt rendu date de 2007 (556 F.Supp.2d1 (D.D.C, 2007) November 06, 2007) mais ne clôt pas encore l'affaire. D'autres affaires peuvent également être citées : *Saleh v. Titan Corporation* ; *Ibrahim v. Titan Corporation*; ...

²⁸⁴ 18 USC § 1961.

²⁸⁵ 28 USC § 1350.

l'homme commises à l'étranger, notamment contre des multinationales. Il s'agit de l'affaire *Filartiga v. Pena-Irala*²⁸⁶. Dolly et Joel Filartiga ont mis en cause, sur le fondement de l'ATCA, la responsabilité civile d'un inspecteur général de la police paraguayenne pour avoir torturé et tué un membre de leur famille. Les faits s'étaient déroulés au Paraguay et la victime comme l'accusé étaient de nationalité paraguayenne. Les tribunaux des États-Unis ont été déclarés compétents pour connaître de ces infractions au « droit des gens ». Guidée par l'analogie avec la piraterie, la Cour d'appel a déclaré que la « torture officielle » violait le « droit des gens » et que, par conséquent, les poursuites pouvaient être intentées n'importe où : « *Aux fins de la responsabilité civile, le tortionnaire est devenu – comme le pirate et le trafiquant d'esclaves avant lui – hostis humani generis, un ennemi du genre humain* »²⁸⁷.

La jurisprudence fondée sur l'ATCA repose sur la fiction selon laquelle la responsabilité civile suit l'auteur individuel de l'infraction.

Au fil des arrêts rendus, les tribunaux des États-Unis ont peaufiné et approfondi leur position. Dans le procès de Radovan Karadzic, le principal dirigeant politique des Serbes de Bosnie a été reconnu responsable, sur la base de l'ATCA, des atrocités commises dans le cadre de la politique de persécution ethnique qu'il promouvait dans les Balkans²⁸⁸. Ce faisant, la Cour a étendu au domaine civil des principes de responsabilité des supérieurs hiérarchiques qui sont généralement associés à la justice pénale.

²⁸⁶ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F2d 876 (2d cir. 1980).

²⁸⁷ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F2d 876 (2d cir. 1980) § 54.

²⁸⁸ *Kadic v. Karadzic*, 70F.3d232 (2nd Cir., 1995), p. 243-244.

Dans cette affaire la Cour a également indiqué que, si le viol, la torture, ou des exécutions sommaires sont commis de façon isolée, ces crimes « *are actionable under the ATCA, without regard to state action, to the extent they were committed in pursuit of genocide or war crimes* ». Cela a confirmé à nouveau qu'un étranger peut donc entamer des poursuites devant les cours fédérales américaines sur le fondement de l'ATCA pour n'importe quel de ces crimes internationaux puisque la responsabilité civile suit l'auteur du délit par-delà les frontières de l'État.

Les tribunaux des États-Unis sont saisis dans les cas où les juridictions internes sont dans l'impossibilité de l'être, comme s'il s'agissait d'exercer une juridiction complémentaire. Cette idée, datant de 1789, est tout à fait en accord avec la règle figurant dans le premier article du Statut de la CPI.

A l'origine, cette loi partait de l'idée que l'attribution d'une telle compétence aux tribunaux fédéraux des États-Unis était nécessaire pour offrir un for aux actions en responsabilité civile mettant en cause des diplomates ou les auteurs d'actes de piraterie. Puis, au fil du temps, une autre étape a été franchie et l'on constate aujourd'hui une sorte de privatisation des affaires judiciaires relatives aux droits de l'homme, car ni le demandeur ni le défendeur n'ont plus forcément de liens avec l'État et ils agissent devant des tribunaux civils contre des entreprises privées.

Traditionnellement, dans les actions en responsabilité civile fondées sur l'alien tort, la catégorie de personnes pouvant être poursuivies civilement était limitée car il devait s'agir de personnes liées au pouvoir officiel, pour que l'on puisse considérer que leurs crimes avaient été commis sous l'autorité de l'État ; mais il ne fallait cependant pas que les différentes immunités prévues dans la loi sur les immunités des souverains étrangers

puissent être invoquées²⁸⁹. Ainsi, dans l'affaire *Tel Oren*, le tribunal fédéral du District of Columbia n'a pas autorisé les poursuites contre l'OLP, en raison du caractère privé des défendeurs, déclarant que toute modification de ce principe exigerait une loi du Congrès. Six procès ont également été intentés à un ancien ministre de la Défense d'El Salvador pour le meurtre de six religieuses américaines, au président Mugabe du Zimbabwe pour les mesures d'intimidation et de répression prises contre les opposants au régime, aux Forces armées chiliennes pour leurs agissements lors du coup d'État qui avait eu lieu dans le pays en 1973,...

Cependant, dans les actions plus récentes, le défendeur est de plus en plus fréquemment une société privée internationale. Tel a été le cas dans l'affaire *In re South African Apartheid Litigation*²⁹⁰ ainsi que dans l'affaire *Doe v. Unocal*²⁹¹, où une multinationale californienne était poursuivie à cause de l'assistance qu'elle avait apportée à la commission de violations des droits de l'homme en Birmanie. De même, la société Coca-Cola a été poursuivie pour des violations des droits de l'homme en Colombie (les violations alléguées comprenant l'enlèvement et le meurtre), Chevron-Texaco pour rejet de déchets toxiques dans les forêts tropicales équatoriennes, et la société pétrolière canadienne Talisman pour avoir prêté main-forte aux forces armées soudanaises pendant la guerre civile au Soudan.

²⁸⁹ Foreign Sovereign Immunities Act, 28 USC 1330.

²⁹⁰ *In re South African Apartheid Litigation*, 346 F.Supp.2d 538 (S.D.N.Y. 2004).

²⁹¹ *Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F.Supp.880, 883 (C.D.Cal.1997).

Le lien étatique n'est donc plus exigé. Ainsi, dans les affaires *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*²⁹² et *Doe I. v. Unocal Corporation*²⁹³, les juridictions ont déterminé que le génocide, le commerce d'esclaves, l'esclavage, le travail forcé et les crimes de guerre sont invocables même en l'absence de lien avec une action étatique.

Les acteurs privés sont donc de plus en plus appelés à rendre des comptes pour des violations qui auparavant étaient considérées comme relevant de la sphère d'action de l'État et du droit public. Aujourd'hui ce sont des particuliers qui agissent contre des entités privées devant des tribunaux étrangers pour des violations en matière de droits de l'homme.

Dans une affaire qui concernait des violations de droits de l'homme au Soudan par une entreprise, un juge américain, le juge Schwartz, a confirmé cette tendance :

« [S]ubstantial international and United States precedent indicates that corporations may also be liable under international law, at least for gross human rights violations. Extensive Second Circuit precedent further indicates that actions under the ATCA against corporate defendants for such substantial violations of international law, including jus cogens violations, are the norm rather than the exception. »²⁹⁴

Même si l'ATCA est utilisé contre les entreprises privées aujourd'hui et que cela semble être une excellente solution pour qu'elles soient

²⁹² *Wiwa v. Royal Dutch Shell Petroleum* (Shell), US District Court for the Southern District of New York (28 February 2002), p. 39.

²⁹³ *Doe I v. Unocal Corporation* (18 September 2002), § 3ff.

²⁹⁴ *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc, Republic of Sudan* Action 01 CV 9882 (AGS), US District Court for the Southern District of New York, p. 47 of the order of 19 March 2003.

reconnues responsables de leurs actes, et notamment des violations des droits de l'homme qu'elles commettent, il existe de nombreux obstacles qu'il faut franchir si l'on veut mener à bien ces poursuites. En effet, un certain nombre d'exceptions d'incompétence peuvent être soulevées.

§2 : Les limites de l'Alien Tort Claims Act

L'exception du « forum non conveniens » est importante pour les actions intentées sur le fondement de l'ATCA. Le « forum non conveniens » peut justifier une exception d'incompétence du juge américain s'il estime qu'un autre for est plus compétent pour connaître de l'action. Le juge américain a tendance à attacher beaucoup d'importance au choix du demandeur. Ainsi, si ce dernier réside aux États-Unis, il est peu probable que cette exception aboutisse. Pour qu'elle soit retenue, il sera nécessaire de démontrer qu'un autre for adéquat existe et qu'il va de l'intérêt général des États-Unis, celui-ci l'emportant sur les intérêts privés, de retenir l'exception. Le juge américain n'évalue pas les chances de succès de l'action devant cet autre for, mais simplement sa compétence et sa capacité à offrir une réparation adéquate au demandeur. Dans les affaires *Talisman*²⁹⁵ et *Bridgeway Corp. v. Citibank*²⁹⁶, les juges américains se sont fondés sur les rapports évaluant la situation des droits de l'homme au Soudan et au Libéria pour déterminer que le for alternatif était trop corrompu pour être choisi.

²⁹⁵ *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc, Republic of Sudan*, 244 F Supp. 2d289 (SDNY 2003).

²⁹⁶ *Bridgeway Corp. v. Citibank*, 201 F 3d 134 (2d Cir 2000).

Cette exception de « forum non conveniens » a été à l'origine d'exceptions d'incompétence pour plusieurs actions fondées sur l'ATCA et dirigées contre des multinationales (Union Carbide, Texaco, Dow Chemicals,...) mais la jurisprudence récente semble montrer qu'il devient de plus en plus difficile d'obtenir du juge qu'il retienne cette exception.

Si l'exception de « due process » est soulevée, le demandeur doit démontrer que le juge américain est compétent pour connaître de l'action intentée contre un défendeur qui n'est pas un résident des États-Unis. La Cour de District saisie doit notamment examiner si l'exercice de sa compétence ne portera pas atteinte au principe de « due process » visé par le cinquième amendement de la constitution.

Lorsque l'exception de compétence personnelle est soulevée, il faudra démontrer que le défendeur non résident a des contacts avec le for, et également que l'exercice de la compétence personnelle est raisonnable.

En pratique, les juges américains connaissent des actions engagées contre des multinationales étrangères dès lors qu'elles exercent des activités commerciales aux États-Unis. La plupart de ces sociétés ont au moins un bureau ou un agent aux États-Unis et cela suffit à faire échec à toute exception d'incompétence *rationae personae*.

Le défendeur peut également soulever une exception de compétence *ratione materiae*. En effet, l'ATCA permet aux étrangers d'agir devant les juridictions américaines pour des cas de violation du droit des gens ou d'un traité ratifié par les États-Unis. Le droit des gens comprend à la fois la coutume et les normes de *jus cogens*, mais, cependant, la jurisprudence n'est pas toujours constante quant à l'interprétation de ces notions. Afin d'identifier les droits de l'homme qui sont consacrés par la coutume internationale, les juges se réfèrent au Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States qui nomme les violations suivantes :

génocide, esclavage, meurtre, disparition, torture ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, détention arbitraire prolongée, discrimination raciale systématique et graves violations d'autres droits internationalement reconnus. Jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence a accepté de prendre en considération des actions fondées sur la prohibition de la torture, les exécutions sommaires, le génocide, les crimes de guerre, les agressions sexuelles, le travail forcé, l'esclavage, les disparitions, les traitements cruels, inhumains ou dégradants (y compris les expériences médicales forcées), l'exil forcé, les déplacements forcés, la détention arbitraire, les crimes contre l'humanité, la discrimination raciale, le détournement d'avion, la pollution en violation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la liberté d'association, le droit à la liberté et sécurité de la personne, et la liberté d'opinion ainsi que la liberté d'opinion publique. En revanche, ont été exclus le droit à la vie, le droit à la santé, le développement durable, l'interdiction de discrimination per se, la liberté d'expression, le génocide culturel, les atteintes à l'environnement au sein d'un État, l'enlèvement international, les actes de fraude, de négligence,...²⁹⁷. Cependant, la jurisprudence américaine n'est pas uniforme en la matière.

L'application de l'ATCA aux activités de sociétés multinationales à l'étranger est critiquée. Elle est vue comme un chemin parsemé d'obstacles pour les éventuels demandeurs et comme dangereuse pour les États-Unis eux-mêmes qui ne désirent pas donner à cette loi une interprétation trop extensive qui mènerait à un trop grand nombre d'actions fondées sur l'ATCA. D'ailleurs, les États-Unis et d'autres gouvernements ont intenté des objections devant les cours fédérales pour s'opposer à l'application de

²⁹⁷ JOSEPH, Sarah. *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 26s; p. 33.

l'ATCA aux entreprises internationales (notamment dans le cadre de l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, où les gouvernements des États-Unis, de l'Australie, de la Suisse et du Royaume-Uni ont soumis des *amici briefs* à la Cour Suprême en faveur d'une interprétation étroite de l'ATCA).

Dans les quelques cas où les poursuites civiles à l'encontre de sociétés militaires privées ont abouti, la seule sanction prononcée a bien souvent été la dissolution de la société, ce qui ne l'a pas empêchée de renaître plus tard sous un autre nom (on peut notamment citer le cas d'*Executive Outcomes* et de *Sandline*). Par ailleurs, l'exemple de la société CACI illustre le manque de volonté de condamner ces sociétés : cette compagnie, pourtant gravement mise en cause dans le scandale d'Abu Ghraib, a vu ses contrats renouvelés en Irak par le gouvernement américain. En revanche, et on pouvait espérer que ce soit le début d'une évolution positive, la société Blackwater, impliquée notamment dans une fusillade qui a entraîné la mort de dix-sept civils irakiens, a vu interrompre ses contrats à la fin du mois de septembre 2009. Cependant, la société Xe Services, qui a été créée par les fondateurs de Blackwater, a pris la relève²⁹⁸.

Ces dernières années, plusieurs affaires ont été porteuses d'espoir pour les personnes qui militent pour la fin de l'immunité de fait des sociétés militaires privées, mais n'ont pas abouti. On peut citer la plainte déposée par l'*American Civil Liberties Union* contre la société *Jeppesen Dataplan*, une société ayant fourni des services de logistique à la CIA, facilitant la disparition, la torture, et les traitements inhumains à l'encontre de trois personnes suspectées d'être des militants d'Al-Quaïda. Jusqu'à présent, ces

²⁹⁸ Xe Services a à son tour changé de nom pour devenir à présent la société *Academi*, toujours dirigée par Erick Prince.

agissements ont été couverts successivement par l'administration Bush et l'administration Obama qui ont invoqué le secret défense dans cette affaire. Cependant, la cour d'appel du neuvième circuit a indiqué le 28 avril 2009 que c'est à un juge d'évaluer si l'affaire relève du secret défense. Cette affaire pourrait aboutir à la mise en cause de la responsabilité d'une entreprise.

Cependant, d'autres affaires qui auraient pu mener à retenir la responsabilité des entreprises se sont avérées très décevantes. Ainsi, dans l'affaire *Wiwa v. Royal Dutch Shell*, l'entreprise était accusée de complicité pour violation des droits de l'homme et le meurtre d'un militant nigérian, Ken Saro-Wixa, et d'autres personnes qui dénonçaient un projet pétrolier de la société. On pensait que cette affaire permettrait d'ouvrir la voie à la reconnaissance de la responsabilité d'une multinationale pour ses activités en dehors du territoire des États-Unis. Cependant, cette affaire s'est achevée par un accord à l'amiable entre les parties le 8 juin 2009. On peut imaginer que les familles des victimes ont été largement indemnisées financièrement pour renoncer à leurs poursuites.

Une plainte avait également été déposée par la famille des employés de la société Blackwater qui avaient été tués à Fallujah en 2004. En mars 2007, un juge fédéral a ordonné que l'affaire soit envoyée en arbitrage. La procédure est secrète, le verdict final, obligatoire et sans appel possible. Le verdict demeure en outre confidentiel. Les contrats qui lient les employés de Blackwater à leur employeur contiennent tous une clause qui prévoit que les litiges devront être réglés par ce biais.

Certains États, à défaut de poursuivre les sociétés militaires privées, ont mis en place des systèmes d'amendes. L'Irak, par exemple, demande à ces sociétés de lui verser une caution de 25 000\$ U.S. qui ne leur sera pas rendue si elles violent la loi. Cette idée est intéressante et permettrait de

garantir un dédommagement minimum aux victimes des agissements des sociétés militaires privées mais le montant demandé à ces sociétés est insuffisant et absolument dérisoire face aux montants faramineux des contrats qu'elles signent. Une autre possibilité peut être de mettre en place des poursuites pénales à l'encontre des sociétés militaires privées.

Section 2 : La responsabilité pénale des sociétés militaires privées.

En principe, il devrait être possible de retenir la responsabilité pénale des sociétés militaires privées. On peut distinguer deux cas de responsabilité pénale des entreprises. En effet, l'entreprise peut être responsable de ses propres actes (§1) mais également des actes commis par autrui (§2).

§1 : La responsabilité des entreprises pour leurs propres actes.

A première vue, il est difficile d'imaginer comment une entreprise, entité abstraite et non physique, peut violer le droit international humanitaire directement, par ses propres actes. Dans la majorité des cas, les violations du droit international humanitaire sont attribuables à une partie au conflit ou conjointement à un individu et à une partie au conflit. On peut consulter les jugements des tribunaux militaires de Nuremberg afin de déterminer quels sont les actes directement attribuables à l'entreprise.

La loi n°10 du Conseil de contrôle allié donnait le pouvoir à chaque puissance occupante de poursuivre toute personne suspectée de crimes, y compris les crimes de guerre, dans leurs zones d'occupation respectives. Les Tribunaux ne pouvaient cependant pas punir les entreprises pour les

crimes qu'elles pouvaient avoir commis, mais, en vue de pouvoir condamner les responsables des entreprises, le Tribunal devait examiner les actions des entreprises. Trois cas concernant des industriels allemands ont été entendus par un Tribunal militaire américain. Deux d'entre eux sont d'un intérêt particulier ici car ils constituent des précédents dans lesquels on a retenu la responsabilité des entreprises pour violation du droit international humanitaire.

Dans le premier cas, deux hauts responsables du conglomérat industriel allemand Krupp étaient accusés, entre autres, de crimes de guerre pour la spoliation et le pillage de biens privés et publics dans le territoire occupé, et de crimes de guerre et crimes contre l'humanité pour avoir employé dans des conditions inhumaines des prisonniers de guerre, des civils étrangers et des détenus de camps de concentration dans des entreprises d'armement. A plusieurs occasions, le Tribunal a examiné les actes de l'entreprise elle-même afin de pouvoir déterminer la responsabilité criminelle des individus qui avaient commis ces actes. Le Tribunal examina d'abord la question de l'acquisition par l'entreprise des biens en France et aux Pays-Bas. Dans ce jugement, le Tribunal se réfère plusieurs fois aux actions de la compagnie en contraste avec la conduite individuelle d'un employé ou d'un responsable.

Par rapport à l'acquisition d'une entreprise française, le Tribunal a semblé attribuer une intention particulière à Krupp comme personne morale : « *La correspondance entre la firme Krupp et le bureau de Paris montre l'avidité de la firme à acquérir l'entreprise d'Austin et la propriété de Paris* ».

La conclusion du Tribunal sur l'acquisition de cette entreprise démontre que la société Krupp avait la capacité d'agir en tant que telle et ainsi de prendre part à un crime :

« Nous concluons de la preuve crédible apportée devant nous que la confiscation de l'installation d'Austin basée sur les lois allemandes d'inspiration anti-juifs et sa subséquente détention par l'entreprise Krupp constitue une violation de l'article 48 du Règlement de La Haye qui requiert que le droit en vigueur dans un pays occupé doit être respecté ; c'est aussi une violation de l'article 46 du Règlement de La Haye qui dispose que la propriété privée doit être respectée ; que la firme Krupp (...) a volontairement et sans y être contrainte participé à ces violations (...) et qu'il n'y avait aucune justification à de telles actions ».

Enfin, en examinant la preuve relative aux actes de pillage commis aux Pays-Bas, le Tribunal s'est à nouveau référé aux actes de l'entreprise :

« Nous concluons qu'il a été clairement établi par une preuve crédible que depuis 1942 des actes illégaux de spoliation et de pillage étaient commis par et sous couvert de la société Krupp aux Pays-Bas à grande échelle, et qu'en particulier entre septembre 1944 et le printemps 1945, certaines industries des Pays-Bas ont été exploitées et pillées pour l'effort de guerre allemand, d'une façon impitoyable, sans considération de l'économie locale, et en conséquence d'une intention et d'une politique délibérées » .

Ces passages du jugement suggèrent que le Tribunal a reconnu que l'entreprise Krupp avait elle-même commis ces pillages.

En ce qui concerne la troisième charge (utilisation par l'entreprise Krupp dans ses entreprises du travail de prisonniers de guerre, travailleurs étrangers et civils détenus dans des camps de concentration), le Tribunal s'est référé à la fois à leur traitement par l'entreprise et ses employés et à leur utilisation dans les usines d'armement.

Sur ce point, le Tribunal conclut que l'entreprise Krupp avait un ardent désir d'utiliser le travail forcé. En arrivant à cette conclusion, il est évident que le Tribunal cherchait à imputer l'intention à la personne morale de la firme afin de démontrer que cela émanait des hauts responsables de celle-ci. Le fait que le Tribunal indique que l'entreprise Krupp avait planifié

et décidé d'utiliser des prisonniers de guerre pour travailler dans ses usines d'armement, en violation des lois et coutumes de guerre déjà en vigueur à cette époque, montre qu'une entreprise peut être tenue pour responsable de violations du droit international humanitaire.

Dans le cas I.G. Farben, 23 membres du conseil d'administration de l'entreprise chimique et pharmaceutique allemande furent accusés, entre autres de crimes de guerre, du pillage et de la spoliation de biens publics et privés en territoire occupé, et de crimes de guerre et crimes contre l'humanité pour avoir eu recours au travail forcé.

Le Tribunal dit qu'il est prouvé que Farben a commis des actes portant atteinte à la propriété. De plus, le Tribunal tient l'entreprise pour responsable pour la violation de l'article 47 du Règlement de La Haye qui interdit les pillages.

Le Tribunal considère qu'une personne morale a la capacité de violer les lois et coutumes de guerre et ipso facto que le droit international humanitaire est applicable à une entreprise.

On peut donc déduire du jugement des Tribunaux militaires américains que le crime de guerre de pillage pouvait être directement imputé à IG Farben en tant qu'entreprise, bien que le Tribunal n'ait pas compétence pour les personnes morales.

Ces deux jugements montrent que des sociétés, militaires privées également, peuvent être tenues responsables pour des violations du droit international humanitaire, particulièrement des crimes de guerre, comme par exemple dans ce cas pour pillage et travaux forcés. Il serait également important de pouvoir retenir leur responsabilité pour les actes commis par leurs employés.

§2 : La responsabilité des entreprises pour le fait d'autrui

Une personne morale peut être tenue pour responsable de la violation du droit international humanitaire en raison de ses propres actes, mais aussi, dans certains cas, en raison d'actes de ses employés ou d'autres entités, compagnies, ou groupes armés. Pour qu'une entreprise soit tenue pour responsable, même partiellement, certaines conditions doivent être réunies.

Cet aspect sera régi par les droits nationaux.

Au Québec, par exemple, on peut trouver le principe pertinent à l'article 1463 du code civil québécois :

« Le commettant est tenu de réparer le préjudice causé par la faute de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions ; il conserve néanmoins ses recours contre eux ».

Cet article crée une présomption de responsabilité de la part du commettant, l'entreprise, dans notre cas, pour les actes des autres ; aucune faute du commettant n'est nécessaire pour établir une telle responsabilité.

La common law connaît aussi ce principe appelé « respondeat superior ». Pour retenir la responsabilité, trois conditions doivent être réunies : un acte fautif de la part de l'employé, une relation de subordination, et l'existence d'un dommage causé par l'agent dans l'exercice de ses fonctions. A première vue, ces conditions sont claires, mais la deuxième et la troisième méritent d'être examinées. Le lien contractuel n'est pas particulièrement important pour déterminer l'existence d'une relation de subordination. Il faut plutôt établir l'autorité du commettant sur l'agent et son travail. Le commettant doit avoir le pouvoir de supervision, l'autorité et le contrôle sur la façon dont l'agent effectue son travail.

La relation de subordination entre une entreprise et son sous-contractant peut être plus difficile à établir. L'indépendance du sous-

contractant est souvent incompatible avec le degré de contrôle requis pour que la présomption de responsabilité du commettant s'applique. Mais si la preuve du contrôle est apportée, alors le commettant sera responsable.

La notion de contrôle sur la façon dont l'agent effectue le travail est aussi source de difficultés. Si l'acte fautif a été effectué dans l'intérêt de l'agent et du commettant ou seulement dans l'intérêt du commettant, on présumera qu'il a été commis dans le cadre du travail de l'agent. Mais s'il a été accompli seulement au bénéfice de l'agent, cela ne sera pas présumé. Ainsi, il sera possible pour les entreprises de se dégager de leur responsabilité en indiquant que l'acte fautif a été commis par l'agent, sans que cela ne le soit dans l'intérêt du commettant.

Ces clarifications sont particulièrement importantes quand il faut établir la responsabilité d'une entreprise pour violation du droit international humanitaire, ces violations étant souvent des crimes. Une entreprise opérant en zone de conflit doit bien indiquer à ses employés de se conformer aux droits de l'homme et au droit humanitaire, mais le fait de donner de telles instructions ne suffira pas pour que l'entreprise échappe à la responsabilité du fait de ses agents, alors que cet acte est accompli pour servir les intérêts de l'entreprise et qu'elle a bénéficié de cet acte.

Il est intéressant de noter que même si les pays européens, excepté ceux du Nord, avaient traditionnellement des objections quant à l'existence d'une responsabilité pénale des entreprises, ces réticences disparaissent peu à peu. Le code pénal français a été amendé en 1992 pour retirer le principe général y figurant qui stipulait que la responsabilité ne pouvait pas

concerner les personnes morales²⁹⁹. Le Portugal³⁰⁰ a, dès 1983, suivi cette voie tout comme l'Italie³⁰¹ le fit en 2001. Même en Allemagne, où l'opposition à la responsabilité pénale des entreprises est encore forte, quelques théoriciens se prononcent maintenant en sa faveur.

Les instruments internationaux disposent parfois que les entreprises sont responsables pénalement de leurs actes³⁰², mais pour les lois nationales sont plus précises et permettent mieux de retenir la responsabilité pénale des employés de sociétés militaires privées. Il est tout à fait possible de retenir la responsabilité des sociétés militaires privées devant les tribunaux des Etats qui prévoient la responsabilité des personnes morales.

Il est cependant dommage qu'il n'existe pas de régime international en la matière car il peut être très difficile de poursuivre une entreprise devant les tribunaux du lieu où l'infraction a été commise. De plus, dans les pays dans lesquels sont enregistrées ces sociétés, il est tout à fait probable que les poursuites ne soient pas suivies d'effet notamment parce qu'il peut être difficile de réunir des preuves suffisantes.

²⁹⁹ L'article 121-2 du Code pénal français indique : « 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. »

³⁰⁰ Article 12 du Code pénal portugais.

³⁰¹ Décret-loi 231 du 8 juin 2001.

³⁰² On peut citer la Directive européenne relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme du 26 mai 2005, ou encore la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative à la lutte contre la traite des êtres humains, du 19 juillet 2002.

Même si parfois des poursuites, civiles ou pénales, peuvent être intentées à l'encontre des sociétés militaires privées, dans les faits il y a peu de cas dans lesquels de telles entreprises ont été inquiétées. Les sanctions prononcées sont, en outre, insuffisantes pour décourager ces sociétés qui, même si elles sont dissoutes, renaîtront plus tard sous une autre forme.

Même dans les quelques cas dans lesquels les sociétés militaires privées auraient pu être poursuivies, un arrangement financier a bien souvent été conclu pour que la plainte soit retirée. D'autres sociétés militaires privées ont pour leur part inclus dans leurs contrats des clauses interdisant les poursuites devant les tribunaux et privilégiant l'arbitrage. Ce dernier a l'intérêt d'être tenu secret, sans que ne filtre aucune information quant aux arrangements finalement conclus.

S'il est difficile de retenir la responsabilité des sociétés militaires privées, il est nécessaire d'étudier la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour les actes commis par les employés des sociétés militaires privés.

Titre II : La mise en cause de la responsabilité de l'Etat, personne morale de droit public.

Afin de retenir la responsabilité étatique pour les actes des employés des sociétés militaires privées il est nécessaire de définir des critères précis. Un critère organique, relatif à la qualité d'agents de fait ou de droit de l'Etat, peut permettre d'imputer les actes de ces personnes privées à l'Etat (Chapitre 1). On peut également envisager d'élaborer un critère matériel qui permettrait de retenir cette responsabilité (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'application d'un critère organique, relatif à la qualité d'agents de fait ou de droit de l'État.

On peut chercher à déterminer un critère organique, de façon générale, pour retenir la responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées. Cela a été longuement débattu au sein de la Commission du droit international.

En 1947, l'Assemblée générale des Nations Unies³⁰³ a créé la Commission du droit international afin de favoriser le développement progressif et la codification du droit international et c'est dès 1955 qu'elle a décidé de travailler sur ce thème, mais ce n'est qu'en 1963, avec le Professeur Roberto Ago comme Rapporteur spécial, que les travaux de la Commission ont réellement débuté. En 1979, le Professeur Ago a fait adopter un ensemble de trente-cinq articles, intitulé « Origine de la responsabilité internationale », qui dressait la liste des différents faits pouvant être envisagés comme étant internationalement illicites.

Ce n'est cependant que bien plus tard, en 1996, que fut enfin adopté un projet de soixante articles relatifs au contenu même de la responsabilité, suite aux travaux importants des deux Rapporteurs spéciaux, les Professeurs Willem Riphagen et Gaetano Arangio-Ruiz.

En raison d'un certain nombre de critiques de la part des États et de l'absence d'articulation entre les différentes parties du projet, le dernier Rapporteur spécial, le Professeur James Crawford, retravailla le projet. Il

³⁰³ U.N.Doc. A/RES/174(II) (1947) du 17 Novembre 1947.

aboutit à l'adoption en seconde lecture, en 2001³⁰⁴, d'un texte totalement remanié et très éloigné sur certains points des idées originelles du Professeur Ago. Suite à cela, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution³⁰⁵ dans laquelle elle a affirmé « *prendre note* » des articles et les a recommandés à l'attention des États.

En plus du critère organique qui permettrait de retenir la responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées (section 1), il est nécessaire ensuite de chercher à retenir la responsabilité de l'État plus particulièrement pour les violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme commises par les employés des sociétés militaires privées (section 2).

Section 1 : La responsabilité internationale de l'État pour des faits commis par des personnes privées

Le projet de la Commission du droit international se concentre essentiellement sur les règles secondaires de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, c'est-à-dire les conditions nécessaires pour retenir la responsabilité de l'État en cas d'actes ou d'omissions illicites et leurs conséquences juridiques. Il ne définit donc pas le contenu des règles

³⁰⁴ Projet adopté lors de la 53^{ème} session de la Commission en 2001. CRAWFORD, James. *Les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État*, Paris : Pedone, 2001.

³⁰⁵ U.N.Doc. A/RES/56/83 (2001) du 12 Décembre 2001.

primaires, les obligations dont la violation entraîne la responsabilité de l'État³⁰⁶.

La Commission a défini explicitement ce qui constitue les règles secondaires de la responsabilité de l'État³⁰⁷.

³⁰⁶ Pour Roberto Ago, les articles du Projet devaient définir « les principes qui régissent la responsabilité des États pour faits illicites internationaux, en maintenant une distinction rigoureuse entre cette tâche et celle qui consiste à définir les règles mettant à la charge des États les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité... Définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre ». *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 327, § 66 c.

³⁰⁷ « a) Le rôle que joue le droit international, indépendamment du droit interne de l'État considéré, dans la qualification du comportement comme illicite;

b) Les circonstances dans lesquelles un comportement est attribuable à l'État en tant que sujet de droit international;

c) La détermination du moment et de la durée de la violation par un État d'une obligation internationale;

d) Les circonstances dans lesquelles un État peut être responsable du comportement d'un autre État, incompatible avec une obligation internationale de celui-ci;

e) Les circonstances dans lesquelles l'illicéité du comportement en droit international peut être exclue;

f) Le contenu de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire les relations juridiques nouvelles qui résultent de la commission par un État d'un fait internationalement illicite, en ce qui concerne la cessation du fait illicite et la réparation des éventuels préjudices;

g) Les conditions préalables, de procédure ou de fond, qui doivent être réunies pour qu'un État puisse invoquer la responsabilité d'un autre État, et les circonstances dans lesquelles le droit d'invoquer la responsabilité peut disparaître;

La Commission a organisé son projet en quatre parties : le fait internationalement illicite de l'État, le contenu de la responsabilité internationale de l'État, la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État, et une partie contenant des dispositions générales. C'est la première partie, relative aux conditions permettant d'engager la responsabilité internationale de l'État, qui nous intéressera davantage ici.

Certains États voudraient que les travaux de la Commission du droit international aboutissent à l'adoption d'un instrument juridique contraignant en matière de responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et estiment que dans le cas contraire les travaux de la Commission seraient un échec. Cependant, les avis divergent au sein de la société internationale et aucune décision n'a été prise pour le moment en la matière.

Les travaux de la Commission du droit international reflètent le droit coutumier, mais on ne peut leur accorder davantage de valeur.

Selon le droit coutumier, il est aujourd'hui bien établi qu'un État ne peut être responsable pour un acte internationalement illicite que si cette conduite, qui consiste en une action ou une omission, est attribuable à l'État en vertu du droit international et constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

h) Les conditions dans lesquelles un État peut avoir le droit de réagir à une violation d'une obligation internationale en prenant des contre-mesures pour obtenir l'exécution des obligations qui incombent à l'État responsable en vertu des présents articles.

Annuaire...2001, vol. II (2), p. 61-62. La Commission indique également ce qui est exclu du contenu des règles secondaires aux pages 62 à 64.

Ce principe est clairement rappelé par l'article 2 du projet de la Commission du droit international³⁰⁸ et a été affirmé à plusieurs reprises par la Cour permanente de Justice internationale³⁰⁹ et par la Cour internationale de Justice³¹⁰.

La responsabilité de l'État peut être envisagée pour les actes de ses agents de droit et pour les actes des personnes ou entités exerçant des prérogatives de puissance publique (§1), mais également pour les actes des agents de fait (§2).

Pour que la responsabilité de l'État soit retenue, il faut tout d'abord que l'acte soit attribuable à l'État³¹¹, mais il faut également que l'acte constitue une atteinte à une obligation de l'État.

³⁰⁸ Article 2 : « Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et
- b) Constitue une violation du droit international de l'État.»

³⁰⁹ *Phosphates du Maroc (Italie c. France)*, arrêt du 14 Juin 1938, série A/B, n°74, p. 28.

³¹⁰ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 Mai 1980, *Rec.*, p. 29 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, *Rec.*, p. 116-117 ; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 Septembre 1997, *Rec.*, p. 54.

³¹¹ «Pour attribuer un fait à l'État, il est nécessaire d'identifier avec une certitude raisonnable les acteurs et leur relation avec l'État », *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 101-102.

La Commission du droit international a adopté huit règles d'attribution qui permettent de retenir la responsabilité de l'État. Seules certaines, les plus pertinentes, seront envisagées ici.

§1 : La responsabilité de l'État pour les actes de ses agents de droit et pour les actes des personnes ou entités privées exerçant des prérogatives de puissance publique.

La responsabilité de l'État peut être retenue, sans conteste, pour les actes de ses agents de droit (A). La Commission du droit international a également retenu une autre hypothèse permettant de retenir la responsabilité de l'État : les actes des personnes privées exerçant des prérogatives de puissance publique (B).

A) La responsabilité de l'État pour les actes de ses agents de droit.

L'article 4 attribue la conduite des organes de l'État à l'État lui-même. Cette règle de base indique que les actes des personnes qui font partie du système interne de l'État, c'est-à-dire qui sont des organes de l'État selon son droit interne, doivent être considérés comme des actes de l'État en droit international. Il existe, en effet, une présomption d'attribution à l'État des actes de ses organes de jure car celui-ci a lui-même admis une telle relation.

Cette règle de base n'a pas été contestée lors des travaux de la Commission du droit international et était déjà affirmée en 1871, par la Commission mixte des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique, dans l'affaire Moses :

« Un fonctionnaire ou une personne investie d'une autorité représente *pro tanto* son gouvernement qui, internationalement considéré, est l'ensemble de tous les

fonctionnaires et de toutes les personnes investies d'une autorité »³¹².

Cette règle incarne le principe de l'unité de l'État en disposant que les actes et les omissions de tous ses organes doivent être considérés comme les actes de l'État, et ce indépendamment du niveau où se situe l'organe, national ou local, que cela soit dans la branche législative, judiciaire, ou exécutive, que l'acte émane d'un supérieur hiérarchique ou d'un subordonné... Tous les organes de l'État sont considérés comme pouvant commettre un acte internationalement illicite.

La Commission des droits de l'homme a confirmé l'application de ce principe dans le domaine des droits de l'homme dans *Ireland v. United Kingdom* :

« The responsibility of a State under the Convention may arise for acts of all its organs, agents and servants. As in connection with responsibility under international law generally, their rank is immaterial in the sense that in any case their acts are imputed to the State »³¹³.

La Cour internationale de Justice a même affirmé que « *selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle (...) revêt un caractère coutumier (...)* »³¹⁴.

³¹² MOORE, John Basset. *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*. Washington: Government Printing Office, 1871, vol. III, p. 3129.

³¹³ Commission européenne des droits de l'homme. *Irlande c. Royaume-Uni*, rapport du 25 Janvier 1978, Appl.n°5310/71, B23-I, p.393-394. Disponible en anglais uniquement.

³¹⁴ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, avis consultatif du 29 Avril 1999, *Rec.*, p. 87, § 62.

On peut noter que si la responsabilité de l'État ne soulève aucune difficulté en ce qui concerne les actes du pouvoir législatif ou exécutif, celle liée au pouvoir judiciaire peut soulever des interrogations. En effet, le pouvoir judiciaire est, en principe dans les États démocratiques, indépendant. Retenir la responsabilité du pouvoir judiciaire pour ses décisions ou pour ses interprétations du droit international peut sembler étrange. Néanmoins, il est vrai qu'un État tiers doit pouvoir contester l'interprétation d'une règle de droit international effectuée par les tribunaux d'un État, et que la responsabilité de l'État doit donc pouvoir être retenue pour les actes du pouvoir judiciaire.

C'est cette position qui a été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme qui a indiqué que « *les gouvernements répondent au regard de [la Convention européenne des droits de l'homme] des actes de ces autorités [le procureur général et la Cour Suprême], comme de tout autre organe étatique* »³¹⁵.

L'article 4 du projet de la Commission du droit international évoque le comportement de « *tout organe de l'État* », ce qui inclut également les démembrements étatiques tels que les collectivités territoriales, afin d'éviter que l'État n'échappe trop facilement à sa responsabilité en évoquant un acte attribuable à l'un de ses démembrements. Les actes des entités fédérées au sein des États fédéraux sont également concernés par l'article 4, comme en atteste le commentaire de la Commission du droit international³¹⁶.

³¹⁵ *Loukanov c. Bulgarie*, arrêt du 20 Mars 1997, *Rec.*, 1997-II, p. 529.

³¹⁶ Commentaire du projet de la Commission du droit international, article 4, § 9-10.

Pour étudier si la responsabilité de l'État peut être retenue, il faut voir si l'organe a bien agi en cette qualité. En effet, s'il a agi à titre purement privé, la responsabilité de l'État ne sera pas retenue. En revanche, quand un organe agit, dans le cadre de sa fonction, en excédant sa compétence ou en violant certaines règles, l'État sera considéré comme responsable³¹⁷.

Comme l'affirmait déjà la Commission franco-mexicaine en 1929, l'État n'est pas responsable « *dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte de particulier* »³¹⁸.

L'État, en vertu de l'article 4 du projet de la Commission du droit international, sera donc responsable des actes de ses forces armées. Ce principe était en réalité déjà présent dans la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de guerre sur terre qui indiquait qu'une partie belligérante devait être responsable de tous les actes commis par des personnes faisant partie de ses forces armées.

Certains faits d'individus ou d'entités qui ne sont pas des organes de l'État peuvent entraîner la responsabilité de l'État, comme en attestent d'autres articles du projet de la Commission du droit international.

En effet, le comportement de certaines personnes privées peut engager la responsabilité de l'État. Diverses situations sont envisagées dans le projet de la Commission du droit international pour ces organes de fait. Déjà dans le cadre de l'affaire Youmans, en 1926, la Commission générale

³¹⁷ L'article 7 du projet de la Commission du droit international est consacré à la responsabilité de l'État pour les actes ultra-vires de ses organes.

³¹⁸ *Estate of Jean-Baptiste Caire v. United Mexican States*, 7 Juin 1929, R.S.A., V, p. 531. Cette position a été confirmée depuis dans l'affaire *Yeager (Yeager v. Islamic Republic of Iran)*, (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 111).

des réclamations États Unis-Mexique indiquait que « *même la conduite d'une personne privée est attribuable à l'État quand cette personne a agi au nom de l'État sans avoir acquis le statut d'organe de l'État ou d'autres entités habilitées à exercer l'autorité gouvernementale* »³¹⁹.

La Commission du droit international a également envisagé de retenir la responsabilité de l'État liée à l'exercice par des personnes privées de prérogatives de puissance publique.

B) La responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées exerçant des prérogatives de puissance publique.

L'article 5 du projet de la Commission du droit international prévoit que les actes d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au sens de l'article 4 et qui n'est pas sous son contrôle mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique sont attribuables à l'État, et ce, comme le précise l'article 7, même dans les cas où cette personne ou cette entité agirait en outrepassant ses compétences ou en contrevenant aux instructions de l'État.

L'émergence de la privatisation de certaines tâches traditionnellement réservées à l'État n'a pas échappé à la Commission du droit international qui a prévu dans son projet que de nouvelles entités prenaient part à ces fonctions publiques.

³¹⁹ *Thomas H. Youmans v. United Mexican States*, 23 Novembre 1926, R.S.A., vol. IV, p. 110.

L'article 5 permet de préserver l'égalité entre les États en évitant que des États échappent à leur responsabilité en confiant des prérogatives qui relèvent normalement de la puissance publique à des entités privées.

Les entités qui sont visées par l'article 5 peuvent comprendre les entreprises ou agences publiques, les entités semi-publiques, et même les entreprises privées dans certains cas³²⁰. Le commentaire de la Commission du droit international se réfère aux sociétés de sécurité privées qui peuvent exercer les fonctions de gardiens de prison et qui exercent donc là des prérogatives de puissance publique³²¹.

L'article 5 pose deux conditions pour que la responsabilité de l'État puisse être engagée : d'une part, les entités doivent être autorisées à exercer des prérogatives de puissance publique, et, d'autre part, la conduite de ces entités, qui est contraire au droit international, doit être relative à l'exercice de ces prérogatives³²².

Cependant, en pratique il n'est pas évident d'appliquer cet article car il n'existe pas de consensus international sur le point de savoir ce qui constitue une prérogative de puissance publique. Selon le Professeur James Crawford, ce qui relève de l'autorité gouvernementale dépend de la société, de son histoire et de ses traditions, et il n'est donc pas possible d'établir une liste des fonctions gouvernementales. En 1971, le Rapporteur spécial le Professeur Ago se référerait aux personnes privées conduisant des véhicules

³²⁰ Le commentaire (§ 2 et § 5) de l'article 5 cite à titre d'exemple des entreprises de sécurité privées chargées de fonctions de gardiens de prison ayant des pouvoirs disciplinaires, des compagnies aériennes privées chargées des contrôles à l'immigration ou à la mise en quarantaine,...

³²¹ Commentaire du projet de la Commission du droit international, article 5, § 2.

³²² Commentaire du projet de la Commission du droit international, article 5, § 3.

pour amener les troupes sur le front, aux communications postales, aux fonctions militaires et aux volontaires aidant les mouvements insurrectionnels dans un pays voisin³²³.

Selon la Commission du droit international, il faut prendre en compte plusieurs facteurs pour déterminer ce qui constitue une prérogative de puissance publique : le contenu des prérogatives déléguées, la façon dont elles sont déléguées, le niveau de la responsabilité de l'entité devant l'État dans l'exercice de ces prérogatives, et le but dans lequel ces prérogatives sont exercées³²⁴.

Le premier critère, celui du contenu de la compétence en question, est difficile à mettre en application car trop peu précis. De même on ne sait pas comment le second critère, celui de la façon dont le pouvoir est confié à l'entité privée, peut donner un indice quant à la classification du pouvoir comme prérogative gouvernementale ou non. Est-ce que le fait que le pouvoir soit accordé par le biais d'un contrat, d'une ordonnance, d'un statut particulier, va avoir un impact sur la classification de ce pouvoir ?

En outre, le fait de prendre en considération l'étendue de la responsabilité de l'entité privée devant l'État risque d'entraîner des conséquences indésirables. En effet, si une société est en charge de l'interrogation de prisonniers mais n'est pas responsable devant le gouvernement pour ces activités, cela signifierait que la mauvaise conduite de la société ne serait pas attribuée à l'État qui ne serait donc pas

³²³ A/CN.4/426. *Annuaire...1971*, vol. II, §. 189-190.

³²⁴ Commentaire du projet de la Commission du droit international, article 5, § 6.

responsable. Ainsi, il n'y aurait plus aucun intérêt pour l'État à ce que la société soit responsable devant lui.

Le critère des fins auxquelles vont être exercées les prérogatives peut sembler plus pertinent. On peut ainsi considérer qu'une activité n'est une prérogative de puissance publique que si elle est si intimement liée à l'intérêt public qu'elle doit être exercée par l'État lui-même³²⁵. Cependant, en examinant les responsabilités liées aux opérations militaires, on voit qu'elles sont aujourd'hui exercées par des entreprises privées alors qu'elles étaient auparavant considérées comme le cœur même des fonctions étatiques. Cela démontre la difficulté à déterminer le degré d'intérêt public d'une activité.

Le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a affirmé que la détention et l'expulsion sont des prérogatives de puissance publique³²⁶. Certaines autres activités sont généralement admises comme constituant le cœur des prérogatives de puissance publique : battre la monnaie, faire appliquer la loi, faire la guerre, détenir et interroger des particuliers, exproprier, contrôler les frontières et l'immigration,...Ainsi les conduites des SMP contraires au droit international dans ces domaines sont à attribuer aux États qui emploient ces sociétés. Cependant, en pratique il n'est pas facile de retenir la responsabilité de l'État. En Irak, par exemple, tout a été fait par les États-Unis notamment pour que les sociétés privées n'aient pas

³²⁵ C'est la position adoptée par le Government Accountability Office aux États-Unis.

³²⁶ Ce Tribunal a eu à se prononcer sur la question de l'attribution de la conduite des forces para-étatiques, telles que les Komitehs et les gardes islamistes révolutionnaires, avant qu'ils ne soient formellement reconnus par la République islamique d'Iran. *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 101-102; *Rankin v. Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 135, p. 142.

l'air d'être engagées dans les combats. La coalition affirmait que ces sociétés ne fournissaient que des services de défense et ces affirmations sont difficiles à vérifier.

La participation des sociétés privées à des fonctions régaliennes est facilitée par le fait que les contrats soient peu précis, ce qui permet une interprétation libre de leurs clauses, et par le fait que les contrôles soient difficiles à effectuer.

Outre ces cas dans lesquels ce sont des agents de droit ou des personnes privées exerçant des prérogatives de puissance publique qui entraînent la responsabilité de l'État, il faut également envisager l'hypothèse des agents de fait de l'État. Ils peuvent être plus difficiles à déterminer avec précision.

§2 : La responsabilité de l'État pour les actes des agents de fait

Lorsque la conduite qui est contestée ne relève pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou lorsqu'il n'existe aucune autorisation délivrée par l'État, la conduite privée peut néanmoins être attribuée à l'État³²⁷.

La jurisprudence et la doctrine concernant la responsabilité de l'État pour les actes des organes de facto sont abondantes. C'est l'article 8 du projet de la Commission du droit international qui reprend ce principe en ces termes :

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit

³²⁷ Article 8 du projet de la Commission du droit international.

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 État. »

Il est nécessaire de dégager un critère d'imputation à l'État de faits commis par des individus qui ne sont pas des organes de droit.

En étudiant la jurisprudence pertinente, de la Cour internationale de Justice (B) et d'autres juridictions internationales (B), on constatera que le critère d'imputation à l'État d'actes de particuliers varie selon deux axes principaux qui sont le contrôle effectif et le contrôle global.

A) Le critère du contrôle effectif défendu par la Cour internationale de Justice

Dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, la Cour internationale de Justice a eu à se prononcer sur la responsabilité de l'Iran du fait des particuliers. Elle a considéré que les faits de l'affaire constituaient deux phases distinctes. La première phase comprend l'attaque de l'ambassade américaine, organisée par les militants, le 4 Novembre 1979, la prise d'otage, la saisie des biens et des archives de l'ambassade, et l'attaque de différents consulats américains en Iran. La deuxième phase, quant à elle, débute avec l'approbation officielle, le 17 Novembre 1979, par l'Ayatollah Khomeini, de ces atteintes à l'inviolabilité des locaux diplomatiques et consulaires et des diplomates.

La Cour a estimé que l'on ne pouvait pas retenir la responsabilité de l'Iran du fait des particuliers en ce qui concerne la première phase :

« Il n'a pas été soutenu qu'au moment où ils attaquaient l'ambassade les militants aient eu un statut officiel quelconque en tant qu'« agents » ou organes de l'État iranien. Leur comportement, lorsqu'ils ont organisé l'attaque, envahi

l'ambassade et pris ses occupants en otages, ne saurait donc être considéré comme imputable à l'État iranien sur cette base. Il ne pourrait être considéré en lui-même comme directement imputable à cet État que s'il était avéré que les militants agissaient alors effectivement pour son compte, parce qu'un organe compétent dudit État les aurait chargés d'une opération déterminée. Les éléments d'information dont la Cour dispose ne permettent cependant pas d'établir, avec le degré de certitude nécessaire, l'existence à ce moment d'un tel lien entre les militants et un organe compétent de l'État »³²⁸.

La Cour a également ajouté à propos des déclarations publiques faites par l'Ayatollah Khomeini et rendant les États-Unis responsables « *de tous les maux du pays* », que « *ce serait cependant aller trop loin que d'interpréter de telles déclarations générales adressées par l'ayatollah Khomeini à la population ou aux étudiants iraniens comme équivalant à une autorisation d'entreprendre pour le compte de l'État l'opération précise qui consistait à envahir et à occuper l'ambassade* »³²⁹.

La Cour a donc appliqué le critère du contrôle effectif en recherchant si l'Iran avait donné des instructions particulières aux étudiants afin que ces derniers portent atteinte à l'inviolabilité des locaux diplomatiques et consulaires et des diplomates.

L'Iran n'a pas été reconnu responsable des actes des particuliers, pour la première phase, mais il a été en revanche condamné par la Cour pour le non respect de son obligation de diligence³³⁰ découlant des

³²⁸ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 Mai 1980, *Rec.*, § 58.

³²⁹ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 Mai 1980, *Rec.*, § 59.

³³⁰ Obligation de « due diligence of law ».

Conventions de Vienne de 1961³³¹ et 1963³³², dans le cadre de la deuxième phase, puisqu'elle n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour garantir l'inviolabilité des locaux et des personnels.

En raison de l'ambiguïté des passages de l'arrêt de la Cour consacrés à la deuxième phase, le contenu précis de la règle générale sur l'organe de facto n'a pas vraiment été délimité.

L'affaire Nicaragua a permis à la Cour internationale de Justice de définir ce qu'est un organe de fait afin de pouvoir se prononcer sur la responsabilité des États-Unis pour des actes commis par des ressortissants de pays d'Amérique latine non identifiés, les UCLAs³³³, et par un groupe rebelle armé nicaraguayen, les *contras*.

La Cour s'est tout d'abord intéressée aux UCLAs, en indiquant que « *vu les faits exposés, la Cour tient pour établi qu'à la fin de 1983 ou au début de 1984 le président des États-Unis a autorisé un organisme gouvernemental de ce pays à poser des mines dans des ports nicaraguayens ; qu'au début de 1984 des mines ont été mouillées dans les ports d'El Bluff, de Corinto et de Puerto Sandino ou à proximité de ces ports, dans les eaux intérieures du Nicaragua ou dans sa mer territoriale, ou dans les deux, par des personnes*

³³¹ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961.

³³² Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963.

³³³ Selon la définition de la Cour Internationale de Justice, les UCLAs (« Unilaterally Controlled Latino Assets »), ainsi nommés par la CIA, sont des militaires des États-Unis ou des ressortissants de pays latino-américains non identifiés, rétribués par les États-Unis et agissant sur les instructions directes du personnel militaire ou des services de renseignement des États-Unis. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, *Rec.*, § 75.

rétribuées par cet organisme et agissant sur ses instructions, sous la supervision et avec l'appui logistique d'agents des États-Unis »³³⁴.

« Les caractéristiques générales de ces attaques, d'après les preuves rapportées et suivant des articles de presse citant comme source le Gouvernement des États-Unis, lui paraissent avoir été les suivantes. Un navire servant de base a été fourni (apparemment affrété) par la CIA ; on ignore s'il s'agissait d'un bâtiment immatriculé aux États-Unis. Des vedettes rapides, des canons et des munitions ont été procurés par les services des États-Unis, et les attaques elles-mêmes ont été menées par les UCLAs. Des hélicoptères, certains pilotés par des Nicaraguayens et d'autres par des ressortissants des États-Unis, sont également intervenus à diverses reprises. D'après une information les pilotes étaient des civils des États-Unis sous contrat de la CIA. Bien qu'il ne soit pas établi que des militaires des États-Unis aient pris une part directe aux opérations, des agents des États-Unis ont participé à la préparation, au commandement, au soutien et à l'exécution de celles-ci. L'exécution incombait plutôt aux UCLAs, alors que les ressortissants des États-Unis participaient à la préparation, au commandement et au soutien. Il apparaît donc à la Cour que l'imputabilité de ces attaques aux États-Unis est établie »³³⁵.

Ainsi, puisque ces individus recevaient leurs rémunérations et leurs instructions des États-Unis, leurs actes sont imputés à ces derniers.

Pour les contras, la Cour a également utilisé le critère du contrôle effectif :

³³⁴ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, Rec., § 80.

³³⁵ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, Rec., § 86.

« Au vu des éléments d'information dont elle dispose, la Cour n'est pas convaincue que l'ensemble des opérations lancées par la force contra, à chaque étape du conflit, obéissait à une stratégie et à des tactiques qui auraient toutes été élaborées par les États-Unis »³³⁶.

« En dépit de la masse de moyens de preuve documentaire et testimoniale qu'elle a examinés, la Cour n'est cependant pas parvenue à s'assurer que l'État défendeur a « créé » la force contra au Nicaragua »³³⁷.

« La Cour doit déterminer si les liens entre les contras et le Gouvernement des États-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les contras à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement. Il y a lieu de noter ici l'appréciation portée en mai 1983 par la commission du renseignement dans le rapport mentionné au paragraphe 95 ci-dessus quant au fait que les contras constituent une force indépendante et que « le seul élément de contrôle que les États-Unis pourraient exercer » serait « l'interruption de l'aide ». Paradoxalement, cette appréciation souligne a contrario les possibilités de « contrôle » qu'implique nécessairement la dépendance des contras à l'égard de l'aide étrangère. Pourtant, malgré les subsides importants et les autres formes d'assistance que leur fournissent les États-Unis, il n'est pas clairement établi que ceux-ci exercent en fait sur les contras dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on puisse considérer les contras comme agissant en leur nom »³³⁸.

³³⁶ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, *Rec.*, § 106.

³³⁷ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, *Rec.*, § 108.

³³⁸ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, *Rec.*, § 109.

« Toutes les modalités de participation des États-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'État demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des États-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »³³⁹.

Ainsi, malgré la très forte dépendance des contras par rapport au soutien des États-Unis, la Cour, dans ce dernier passage, affirme clairement que les particuliers doivent avoir été sous le contrôle de l'État dont la responsabilité est mise en jeu lorsqu'il a été décidé de commettre l'acte internationalement illicite. Il faut une injonction précise de commettre les actes internationalement illicites de la part de l'État.

L'arrêt Nicaragua a ainsi permis à la Cour de démontrer que l'État doit exercer un contrôle effectif sur les acteurs non étatiques pour que leur conduite lui soit attribuable. Le contrôle effectif est une condition nécessaire et suffisante pour l'imputation.

Dans cette affaire, la Cour a donc imposé un degré de contrôle effectif plus important de la part de l'État sur les contras que sur les UCLAs, sans réellement s'en justifier. Cela est plutôt gênant pour établir un critère de contrôle effectif applicable à toutes les hypothèses.

³³⁹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 Juin 1986, *Rec.*, § 115.

Dans l'arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ a réaffirmé la position qu'elle avait adoptée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, en appliquant le critère du contrôle effectif et en affirmant que les actes du Mouvement de libération du Congo (MLC) ne pouvaient pas être attribués à l'Ouganda parce qu' « *il n'existe aucun élément de preuve crédible qui donne à penser que l'Ouganda a créé le MLC. L'Ouganda a reconnu avoir dispensé un entraînement et accordé un soutien militaire, et des éléments de preuve existent à cet égard. Aucune preuve convaincante n'a été soumise à la Cour qui démontrerait que l'Ouganda contrôlait, ou pouvait contrôler, la manière dont M. Bemba [leader du MLC] utilisait cette assistance. De l'avis de la Cour, le comportement du MLC n'était ni celui d'un «organe» de l'Ouganda (article 4 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001)), ni celui d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique pour son compte (article 5) »³⁴⁰.*

Le Tribunal arbitral Iran/États-Unis a lui aussi été confronté à la question de l'imputabilité, à l'Iran, des actes commis par des individus qui ne faisaient pas partie du mouvement révolutionnaire iranien. Plusieurs affaires concernant cette problématique ont été traitées par le Tribunal³⁴¹. Dans l'affaire *Alfred L.W.Short v. The Islamic Republic of Iran*³⁴², le requérant avait été expulsé d'Iran par des « supporteurs de la révolution ». Le Tribunal a conclu que ces faits ne pouvaient pas être imputés à l'Iran car

³⁴⁰ *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 Décembre 2005, *Rec.*, § 160.

³⁴¹ Dans l'affaire *William L. Pereira Associates, Iran v. The Islamic Republic of Iran*, le Tribunal a traité la question de l'imputabilité de façon très générale.

³⁴² *Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 76, p. 76 s.

même si l'Ayatollah Khomeini avait appelé à attaquer les États-Unis, cet appel était trop général pour que l'on considère qu'il avait eu pour conséquence l'acte particulier d'expulsion dont se plaignait le requérant. Le Tribunal a donc appliqué le critère du contrôle effectif.

Une autre chambre du Tribunal a également examiné la question de l'imputation dans le cadre de l'affaire *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*³⁴³. Dans cette affaire, le requérant avait été expulsé par des gardiens de la révolution. Le Tribunal a considéré que dans les moments qui ont suivi le succès de la révolution, les gardiens de la révolution ont agi comme des forces de sécurité et ont effectué des arrestations, des confiscations,...Le Tribunal a également estimé que Khomeini soutenait ces gardiens de la révolution. Le Tribunal n'a pas établi que l'État était à l'origine de l'acte d'expulsion mais a cependant attribué l'expulsion du requérant à l'État, en raison d'une présomption en faveur de l'agissement de facto des gardiens de la révolution. Cette chambre semble ainsi avoir appliqué le critère du contrôle global.

Il est difficile de trouver une unité dans l'application des critères de contrôle, même au sein d'une juridiction. La CIJ, quant à elle, semble ignorer la jurisprudence, pourtant dissidente (voir infra), du TPIY en ce qui concerne le niveau de contrôle d'un État sur les actes de particuliers pour que ceux-ci lui soient attribuables.

³⁴³ *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 92 s.

B) Le critère du contrôle global appliqué par les juridictions régionales et pénales.

Dans les affaires Loizidou³⁴⁴ et Chypre c. Turquie, la Cour européenne des droits de l'homme s'est déclarée compétente car elle a établi une relation d'imputabilité entre la Turquie, partie à la Convention européenne des droits de l'homme, et les forces armées de la République turque de Chypre Nord, qui n'est pas partie à la Convention.

Dans l'affaire Loizidou, la Cour a eu à s'interroger sur l'imputabilité des faits de la République turque de Chypre Nord (ci-après, R.T.C.N.) à la Turquie. La requérante, Madame Loizidou, se plaignait de ne pouvoir accéder à ses biens depuis l'occupation du Nord de Chypre par la Turquie et la création de la R.T.C.N. La Turquie ne contestait pas ces faits mais affirmait que les faits reprochés par Madame Loizidou avaient été commis par la R.T.C.N. et par les forces turques qui se trouvaient sur place mais agissaient pour le compte de la R.T.C.N.

Selon la Cour, « *une partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire –légale ou non-, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée* »³⁴⁵.

³⁴⁴ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), arrêt du 23 Mars 1995, série A, n°310 ; *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 Décembre 1996, Rec, 1996-VI.

³⁴⁵ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), arrêt du 23 Mars 1995, série A, n°310, § 62.

Elle indique aussi : « *Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement chypriote l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la « RTCN ». Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la « RTCN ». Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la "juridiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention (art. 1) »³⁴⁶.*

L'arrêt Loizidou est un arrêt de principe comme l'a indiqué la Cour elle-même dans l'affaire Chypre contre Turquie :

« Certes, dans l'affaire Loizidou, la Cour traitait du grief d'un particulier relatif au refus continu des autorités de l'autoriser à accéder à ses biens. Il convient toutefois de noter que le raisonnement de la Cour revêt la forme d'une déclaration de principe quant à la responsabilité de manière générale de la Turquie au regard de la Convention à raison des mesures et actes des autorités de la « RTCN ». Etant donné que la Turquie exerce en pratique un contrôle global sur le nord de Chypre, sa responsabilité ne saurait se circonscrire aux actes commis par ses soldats ou fonctionnaires dans cette zone mais s'étend également aux actes de l'administration locale qui survit grâce à son soutien militaire et autre »³⁴⁷.

Dans cette affaire, la Cour a donc appliqué un critère de contrôle global, mais sans définir celui-ci. En conséquence, il n'est pas certain qu'il suffise que la Turquie ait le pouvoir de contrôler la politique de la RTCN, car on peut aussi envisager d'exiger qu'elle exerce ce contrôle global de façon

³⁴⁶ *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 18 Décembre 1996, Rec, 1996-VI, § 56.

³⁴⁷ *Chypre c. Turquie*, arrêt du 10 Mai 2001, Rec, 2001-IV, § 76-77.

effective, notamment en participant à la planification de la politique globale de la RTCN³⁴⁸. Il est dommage que la Cour n'ait pas précisé si les actes des autorités de la RTCN sont automatiquement imputables à la Turquie ou si pour ce faire il faut que ces actes s'inscrivent dans une politique globale de la RTCN décidée par, ou avec, la Turquie.

Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie s'est également prononcé sur la définition d'organe de fait, notamment dans les affaires Tadic et Celebici.

Dans l'affaire Tadic, la question posée au Tribunal était de savoir si les forces armées serbes de Bosnie pouvaient être assimilées à des organes de fait de la République Fédérale de Yougoslavie (R.F.Y.) pour la période allant du 19 mai 1992, date à laquelle l'ancienne armée yougoslave a officiellement retiré ses troupes du territoire de l'État bosniaque, à 1995, date à laquelle des accords de paix ont été négociés.

L'enjeu de cette affaire était important, puisqu'en cas de réponse positive, le conflit était international et, en cas de réponse négative, il était interne.

Deux arrêts ont été rendus : un arrêt de la première Chambre, en 1997, puis un arrêt de la Chambre d'appel en 1999³⁴⁹.

En 1997, la première Chambre a confirmé le critère dégagé en 1986 par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt Nicaragua et a indiqué

³⁴⁸ Crawford a hésité à considérer l'affaire *Loizidou* comme étant relative à un organe de facto, et a indiqué que « cette affaire se situe dans la zone grise qui sépare les problèmes d'attribution et de causalité ». A/CN.4/490/Add.5, § 211.

³⁴⁹ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, jugement de première instance du 7 Mai 1997 ; arrêt de la Chambre d'appel du 15 Juillet 1999.

qu'en vertu de l'application du critère de contrôle effectif, le conflit devait être considéré comme étant interne. Il n'y avait selon elle que des « rapports de coordination et d'alliance, plutôt que des rapports de subordination »³⁵⁰ entre l'armée yougoslave et l'armée serbe de Bosnie. La première chambre a donc rejeté le critère global qui avait été suggéré par la Commission du Professeur Fritz Kalshoven³⁵¹.

En 1999, la Chambre d'appel a dégagé trois critères de contrôle qui sont applicables à trois types de situations différentes, pour permettre l'imputation des actes des personnes privées à l'État. Le degré de contrôle requis de la part de l'État varie donc selon les situations.

La première situation concerne les actes d'individus ou de groupes d'individus qui ne sont pas structurés hiérarchiquement. Le critère qui doit alors être appliqué selon le TPIY est celui dégagé par la CIJ dans l'affaire Nicaragua et dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, c'est le critère du contrôle effectif : l'État doit avoir exercé une certaine autorité sur ces personnes et avoir émis des instructions à leur égard afin qu'ils commettent le fait internationalement illicite en cause.

La deuxième situation concerne les actes d'individus ou de groupes d'individus qui sont structurés et hiérarchiquement organisés. Le critère à appliquer est celui du critère global, dégagé dans l'affaire Loizidou, ce qui

³⁵⁰ DAVID, Eric. *Principes du droit des conflits armés*. 5^e ed. Bruxelles: Bruylant, 2012, p. 559.

³⁵¹ Cette Commission ad hoc a été mise en place par le Conseil de sécurité de l'ONU (résolution 780 du 6 Octobre 1992). Constituée d'experts, elle avait pour but d'enquêter sur les violations des Conventions de Genève et les autres violations du droit international commises en ex-Yougoslavie.

signifie que l'État doit avoir fourni une aide logistique et financière à ces individus et avoir participé à la planification de leurs activités.

La troisième situation concerne les actes d'individus qui ont agi avec l'aide des organes de droit d'un État. Le critère à appliquer n'est pas défini par le Tribunal aussi précisément que les deux précédents.

Selon la chambre d'appel du TPIY, le conflit en cause relève de la deuxième situation et il convient donc d'appliquer le critère du contrôle global pour examiner si les faits des forces armées serbes de Bosnie, ayant eu lieu entre le 19 mai 1992 et 1995, peuvent être imputés à la RFY. Elle affirme que c'est bien le cas et que l'armée serbe doit bien être considérée comme ayant été contrôlée par la RFY, ce qui entraîne la qualification du conflit en conflit international et permet la poursuite de Dusko Tadic pour violations graves des Conventions de Genève.

On ne peut pas dire que la Chambre d'appel rejette le critère du contrôle effectif, mais elle considère qu'il n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'actes d'individus qui ne sont pas hiérarchiquement structurés. Pour un groupe militaire, la Chambre considère qu'un contrôle global suffit, et qu'il n'est pas besoin de prouver qu'il y a eu des ordres particuliers pour chaque action controversée du groupe armé³⁵².

³⁵² « Pour imputer la responsabilité d'actes commis par des groupes militaires ou paramilitaires à un État, il faut établir que ce dernier exerce un contrôle global sur le groupe, non seulement en l'équipant et le finançant, mais également en coordonnant ou en prêtant son concours à la planification d'ensemble de ses activités militaires. Ce n'est qu'à cette condition que la responsabilité internationale de l'État pourra être engagée à raison des agissements illégaux du groupe. Il n'est cependant pas nécessaire d'exiger de plus que l'État ait donné, soit au chef du groupe soit à ses membres, des instructions ou directives pour commettre certains actes spécifiques contraires au droit international. ». *Le Procureur c. Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt de la Chambre d'appel du 15 Juillet 1999, § 131.

La compétence de la CIJ et du TPIY ne sont pas les mêmes, et si la compétence du TPIY est davantage axée sur la responsabilité pénale des individus, c'est la CIJ qui connaît des droits et de la responsabilité des États. Pour cette raison, selon certains auteurs, puisque la CPI a décidé de l'application d'un critère plus exigeant que le TPIY, il vaudrait mieux s'en tenir à celui-ci³⁵³.

La chambre de première instance du TPIY a, dans l'affaire Celebici³⁵⁴, affirmé qu' « *il est toujours important de signaler le danger qu'il y a à se prévaloir des raisonnements d'un organe judiciaire extrêmement différent, qui s'occupe d'affaires très différentes de la nôtre. Le Tribunal international est un organe judiciaire pénal, créé pour poursuivre et punir les responsables de violations du droit international humanitaire, et non pour déterminer les responsabilités d'un État dans des actes d'agression ou dans des interventions illégales. Il est dès lors inapproprié de transposer en bloc dans la présente affaire le test énoncé par la C.I.J. destiné à déterminer la responsabilité des États-Unis pour les actes posés par les contras au Nicaragua* »³⁵⁵. On peut contester cette affirmation du TPIY, selon laquelle la nature du contentieux peut faire varier la nature du contrôle exigé, car la

³⁵³ McDONALD, Avril. Ghosts in the Machine: Some Legal Issues Concerning US Military Contractors in Irak. In Michael N.SCHMITT, Jelena PEJIC, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 396.

³⁵⁴ *Le Procureur c. Zejnil Delalic et consorts (affaire Celebici)*, affaire n° IT-96-21-T, jugement de première instance du 16 Novembre 1998.

³⁵⁵ *Le Procureur c. Zejnil Delalic et consorts (affaire Celebici)*, affaire n° IT-96-21-T, jugement de première instance du 16 Novembre 1998, § 240.

question de la responsabilité interétatique est bien présente dans les affaires Nicaragua et Celebici.

Il n'en reste pas moins que la Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi, dans les affaires Loizidou et Ilascu³⁵⁶, adopté la position du TPIY, tout comme la Cour pénale internationale dans sa première décision importante rendue en 2007³⁵⁷.

Il est donc difficile de déterminer avec précision les actes de quelles personnes privées il est possible d'attribuer à l'État quand les violations du droit international découlant de ces actes sont commises en dehors du territoire national de l'État.

L'article 8 du projet de la Commission du droit international prévoit que sont considérés comme des actes de l'État les actes des personnes ou entités qui agissent sur les instructions ou sous les directives de l'État que ces actes relèvent ou non d'activités publiques³⁵⁸.

Même lorsque des personnes ne remplissent pas les conditions nécessaires pour être considérées en droit interne comme accomplissant des éléments de l'autorité gouvernementale, leurs actes peuvent être attribués à l'État.

Puisque le principe est que l'État ne peut pas échapper à sa responsabilité simplement en transférant ses fonctions à une entité privée, la responsabilité de l'État doit pouvoir être retenue pour les actes accomplis

³⁵⁶ *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, arrêt du 8 Juillet 2004, Rec, 2004-VII, p. 1.

³⁵⁷ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, décision sur la confirmation des charges, 27 Janvier 2007, § 211.

³⁵⁸ Commentaire du projet de la Commission du droit international, article 8, § 2.

par des entités privées qui exercent des fonctions publiques, d'autant plus que ces organes de fait jouent un rôle important dans les conflits armés actuels.

Si l'on se reporte aux discussions qui ont eu lieu au sein de la Commission du droit international, on peut constater que les vues ont été très divergentes sur ce qui devait relever ou non de l'article 8. Selon le Rapporteur spécial Ago, l'article 8 devait s'appliquer, entre autre, aux groupes qui, bien que n'appartenant pas à l'armée régulière de l'État, fournissent des activités militaires en temps de guerre³⁵⁹. M.Tsurukoa estimait quant à lui que les gardiens employés par les grandes entreprises ne devaient pas être concernés par l'article 8. M.Bedjaoui défendait pour sa part une application large de l'article 8.

Afin d'appliquer l'article 8, il est nécessaire d'établir un lien réel entre l'État et la personne ou le groupe de personnes qui agissent en son nom. La nature de ce lien va dépendre des faits qui sont en cause, en particulier pour ce qui est de la relation entre les instructions données ou la direction ou le contrôle exercé, et la conduite spécifique dont il est question. On peut remarquer que les trois termes « instruction », « direction » et « contrôle » sont disjoints dans le texte de l'article 8, et qu'il est donc suffisant d'établir l'un d'eux, et qu'il soit lié à l'acte internationalement illicite.

Cet article 8 était destiné essentiellement à couvrir les cas dans lesquels les États ne veulent pas reconnaître que certaines personnes privées agissent pour eux alors que c'est le cas, mais il s'applique aussi aux actes de sociétés privées qui ont un contrat avec l'État pour effectuer des tâches qui ne relèvent pas des prérogatives de puissance publique (et qui ne sont donc pas couvertes par l'article 5).

³⁵⁹ *Annuaire...1974*, vol. I, p. 32.

La responsabilité de l'État sera engagée pour les actes illicites de la société si ceux-ci ont été commis sur les instructions ou sous le contrôle de l'État, et ce, même si l'entreprise a agi en dépassant les tâches qui lui ont été assignées par contrat.

Il subsiste le problème de l'intensité du degré de contrôle de l'État sur les personnes privées pour que le comportement de personnes ou d'entités privées soit attribué à l'État. Dans *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a affirmé qu'il fallait que les organes de l'État aient exercé un « contrôle effectif » sur l'opération au cours de laquelle l'acte a été commis, mais la définition du contrôle effectif n'a pas été précisée.

La responsabilité de l'État peut donc être retenue pour les actes commis par des personnes privées, même si cela soulève des difficultés et nécessite la réunion de certaines conditions. La responsabilité de l'État doit également pouvoir être retenue pour les actes des employés des sociétés militaires privées, mais les conditions peuvent être spécifiques.

Section 2 : La responsabilité internationale de l'État pour des faits commis par les employés des sociétés militaires privées.

La question de la responsabilité de l'État par rapport aux activités mercenaires de ses ressortissants est délicate. La Convention de l'ONU sur les mercenaires et le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève ignorent la responsabilité des États pour les actions menées par leurs ressortissants. On part donc du postulat selon lequel les États ont peu de moyens à leur disposition pour pouvoir empêcher leurs ressortissants de mener des activités mercenaires et donc ne devraient pas être tenus responsables de telles activités.

Ce point de vue cependant ignore les obligations de l'État à faire respecter les principes d'intégrité territoriale et d'indépendance politique des autres États composant la communauté internationale, et néglige ainsi sa responsabilité à s'assurer que ses propres ressortissants se comportent d'une manière qui ne soit pas attentatoire à ces obligations.

Il faudrait donc intégrer au droit international le pouvoir d'attribuer la responsabilité des États pour les actions commises par leurs ressortissants. Une telle responsabilité naîtrait d'une reconnaissance par les États, du fait de leur appartenance à la communauté internationale, de leur nouvelle responsabilité d'État moderne.

Actuellement, lorsque les États essayent de mettre fin aux actions menées par leurs propres ressortissants contre un autre État, leur responsabilité n'est pas retenue. De la même façon, si un État mis en cause ne peut avoir une connaissance préalable de ces actions, il n'a que très peu de moyens pour les empêcher, et la communauté internationale n'estime alors pas approprié de punir l'État en cause pour des faits commis par ses ressortissants.

La Convention de l'ONU sur les mercenaires, quant à elle, ne prévoit pas de responsabilité de l'État pour les activités mercenaires de ses ressortissants et a donc une portée davantage symbolique que substantielle.

Les États peuvent en revanche voir leur responsabilité engagée pour les actes de personnes privées et il convient d'étudier les possibilités de retenir leur responsabilité plus particulièrement pour les actes des employés des sociétés militaires privées. La responsabilité des États peut être retenue lorsque certaines conditions entourent l'accomplissement de l'acte litigieux (§1), mais tous les États ne se verront pas imputer la responsabilité de manière égale (§ 2).

§1 : Les circonstances permettant la mise en œuvre de la responsabilité des États pour les actes des employés des sociétés militaires privées.

Si les États décident d'intégrer les employés des sociétés militaires privées dans leurs forces armées, les États seront alors responsables de leurs actes, en application de l'article 4 du projet de la Commission du droit international. Cependant, cette solution est écartée par les États qui ne veulent pas toujours se voir imputer les actes de ces employés.

Les actes des employés des sociétés militaires privées pourraient cependant entraîner la responsabilité de l'État dans deux hypothèses : lorsque les employés exerçaient, au moment de commettre l'acte litigieux, des prérogatives de puissance publique (A) et lorsqu'ils agissaient sous le contrôle ou l'ordre de l'État (B).

A) La responsabilité de l'État pour les actes des employés des sociétés militaires privées qui exercent des prérogatives de puissance publique.

Selon le principe de diligence³⁶⁰, la responsabilité de l'État peut résulter de la conduite d'une personne privée, même s'il ne s'agit pas d'un agent de l'État, qui viole des droits internationalement protégés quand l'État n'est pas intervenu pour leur protection bien qu'il soit tenu juridiquement de le faire.

Dans de tels cas un État n'est pas tenu directement responsable pour les conduites privées mais pour son action ou plutôt son absence de

³⁶⁰ « due diligence of law »

réaction face à la conduite des personnes privées. La conduite privée constitue seulement le déclenchement du droit de la responsabilité internationale, mais c'est la conduite des officiels de l'État ou l'absence de conduite qui est fondamentale. Cela peut avoir de l'importance en pratique car la responsabilité internationale dépend de l'existence, à un niveau primaire, d'une obligation de l'État d'intervenir, ce qui constitue une limite inhérente à la responsabilité de l'État.

Certains employés des sociétés militaires privées peuvent être considérés comme exerçant des éléments de l'activité gouvernementale, particulièrement s'ils ont des rôles essentiellement militaires. C'est ce que prévoit l'article 5 du projet de la Commission du droit international³⁶¹.

Le commentaire de l'article 5 indique que « l'objet de cet article est de faire en sorte que soit pris en compte le phénomène de plus en plus répandu des entités para-étatiques qui exercent des prérogatives de puissance publique à la place d'organes de l'État, ainsi que les situations où d'anciennes entreprises publiques ont été privatisées mais conservent certaines prérogatives publiques ou réglementaires. ».

Les commentaires font spécifiquement allusion aux employés des sociétés militaires privées comme des entités exerçant l'autorité gouvernementale :

« C'est ainsi que dans certains pays, des employés d'entreprises de sécurité privées peuvent être chargés d'assurer des fonctions de gardien de prison et, en cette qualité, d'exercer des prérogatives de puissance publique comportant, par exemple, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire ».

³⁶¹ Cf. supra.

Les sociétés militaires privées qui fournissent du personnel engagé dans des missions militaires essentielles, y compris l'usage de la force, sont des entités para-étatiques qui exercent l'autorité gouvernementale, l'usage de la force étant généralement considéré comme étant la prérogative fondamentale de l'État.

La question de savoir si un État peut être tenu responsable des actions des sociétés militaires privées ou de leurs employés qui exercent des prérogatives de puissance publique conduit à définir la notion de prérogative de puissance publique, mais aussi ce qu'on entend par l'expression « habilité par la loi de cet État » selon l'article 5 du projet de la Commission du droit international.

Plusieurs autres questions peuvent également se poser. Est-ce que la participation d'un employé à une fonction essentielle pour garder la machine militaire en état de marche constitue une participation à une prérogative de puissance publique ?

En outre, en l'absence de pouvoirs spécifiquement conférés au niveau national (par exemple une délégation légale des fonctions de l'État) peut-on considérer que les États ont habilité les sociétés militaires privées à, par exemple, faire la guerre en leur nom afin d'échapper à leur propre responsabilité?

Il est intéressant de noter que les commentaires des articles du projet de la Commission du droit international disposent que, « aux fins de l'article 5, sont visées les entités qui, dans l'exercice de la puissance publique, disposent d'un pouvoir d'appréciation et peuvent agir de manière indépendante: il n'est nul besoin de montrer que le comportement était soumis au contrôle de l'État ». Cela permet une mise en cause plus large de la responsabilité de l'État.

Les États vont certainement contester le fait que le recrutement d'employés par le biais de sociétés privées pour accomplir des tâches militaires et quasi militaires soit équivalent à accorder aux sociétés un statut d'entité para-étatique.

Dans la jurisprudence, les conduites privées ont été attribuées à des États quand l'entité privée avait été autorisée à exercer les prérogatives de puissance publique. Le caractère privé ou public de l'entité n'est pas décisif, mais c'est le lien avec l'État qui est important.

Les fonctions militaires font partie des « prérogatives de puissance publique »³⁶², mais il est tout de même difficile d'établir une liste des activités correspondant ou non à des prérogatives de puissance publique. Si l'on en croit les gouvernements contractants et l'industrie, on ne confie jamais aux sociétés militaires privées les fonctions de combat. L'autorité de coalition provisoire avait elle aussi affirmé que ce n'est jamais le cas. Elle avait indiqué en 2004 que les sociétés avec lesquelles elle avait des contrats fournissaient des services de défense : personnel de sécurité pour des officiers civils, pour assurer la sécurité de sites non militaires (bâtiments et infrastructures), et la sécurité de convois non militaires.

Le Département américain de la Défense a défendu la même position en assurant que les sociétés militaires privées ne sont pas utilisées pour exercer des fonctions militaires et que les employés de ces sociétés sont utilisés pour libérer les troupes afin qu'elles soient disponibles pour les opérations offensives, mais pas pour exercer elles-mêmes de telles activités offensives.

³⁶² Sauf certaines d'entre elles tels que les soins médicaux, la fourniture de nourriture,...

Aujourd'hui peu d'entreprises affirment ouvertement vouloir s'engager directement dans des opérations de combat, mais cela ne signifie pas qu'en pratique certains employés de sociétés militaires privées ne participent pas directement aux hostilités.

De telles affirmations sont évidemment difficiles à vérifier et le manque de précision dans les contrats risque de mener à des situations dans lesquelles les sociétés militaires privées vont exercer des activités qui n'y sont pas clairement stipulées, dont par exemple le combat.

La distinction entre la sécurité et le militaire, entre les opérations offensives et défensives, apparaît plutôt artificielle en raison de l'évolution des guerres qui tendent de plus en plus à se transformer en conflits dits de basse intensité. L'utilisation de systèmes d'armement complexes est un changement dans la guerre qui ajoute à l'imprécision de la situation et doit mener à repenser la notion de combat. En effet, les personnes privées qui sont embauchées pour maintenir les systèmes d'armement peuvent avoir bien plus d'impact sur le champ de bataille que les troupes qui combattent au sol. La privatisation de cette activité et la responsabilité de l'État par rapport à ces employés est donc également problématique puisque sans participer physiquement aux hostilités ils influent sur le cours du combat.

B) La responsabilité de l'État pour les actes des employés de sociétés militaires privées qu'il a ordonnés ou contrôlés.

L'article 8 du projet de la Commission du droit international prévoit également la situation d'un individu qui agit sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle d'un État. La responsabilité de l'État pour les actes des employés des sociétés militaires privées dans ce cas dépendra alors du contrôle ou des instructions de l'État sur ces personnes.

Le commentaire de l'article 8 indique, dans la droite ligne de l'affaire Nicaragua, que « *de telles conduites ne seront attribuées à l'État que s'il a dirigé ou contrôlé l'opération spécifique et que la conduite en question faisait partie intégrante de cette opération. Le principe ne s'étend pas aux conduites qui étaient uniquement incidentes ou périphériques, associées à une opération et qui ont échappé au contrôle ou à la direction de l'État* ».

Il est intéressant, lorsqu'on examine la situation des employés des sociétés militaires privées opérant en Irak, de s'intéresser à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire Nicaragua. En effet, cet arrêt traitait de la question fondamentale du degré de contrôle de l'État nécessaire pour que le comportement en cause puisse lui être attribué. Le Nicaragua affirmait que les contras n'étaient qu'une bande de mercenaires qui avaient été recrutés, organisés, payés et commandés par le gouvernement des États-Unis. Mais comme le note le commentaire de l'article 8, « *c'est seulement dans certains cas individuels que les actes des contras eux-mêmes ont été attribués aux États-Unis en raison de leur participation et des directives données par l'État* ».

Il faudrait donc examiner au cas par cas les actes des employés des sociétés militaires privées pour examiner dans quelle mesure l'employé a agi sous les instructions ou le contrôle d'un État et si, en conséquence, cela peut entraîner la responsabilité de cet État.

Même si une action en responsabilité de l'État pour les actes des employés des sociétés militaires privées peut être intentée, plusieurs conditions doivent être remplies.

Il faudrait démontrer que l'acte contesté est un acte qui viole le droit international et qui entraîne la responsabilité de l'État. Il faut en outre que l'État ait dirigé l'action ou ait exercé un contrôle tel sur l'auteur de l'acte qu'il doit en assumer la responsabilité.

La question de l'appréciation de l'intensité du contrôle est centrale. Dans l'affaire Nicaragua, la Cour internationale de Justice avait défini un critère strict mais dans l'affaire Tadic le TPIY l'avait assoupli. Il est donc difficile de définir quel est le critère à appliquer au contrôle qu'exercent les États sur les activités des sociétés militaires privées. Les experts du centre universitaire de droit international humanitaire de Genève estiment cependant que plus les instructions données par les États seront vagues, plus la probabilité d'engagement de leur responsabilité sera élevée³⁶³.

C'est en se basant sur l'article 8 du projet de la Commission du droit international que l'on pourrait par exemple retenir la responsabilité de l'État américain pour les actes commis dans la prison d'Abu Ghraib et aussi pour les actes de torture commis par les employés des sociétés militaires privées en charge de certains détenus à Guantanamo.

Il existe donc deux possibilités pour retenir la responsabilité des États pour les actions des employés des sociétés militaires privées : l'article 5, lorsque les sociétés ou les employés de ces sociétés peuvent être considérés comme des personnes ou entités exerçant des prérogatives de puissance publique, et l'article 8, lorsque la conduite qui est mise en cause a été menée sous la direction ou le contrôle de l'État.

La question de la valeur du travail de la Commission du droit international est importante car si le projet n'acquiert pas force obligatoire, même s'il reflète l'état actuel du droit, les États ne se sentiront pas liés par ses dispositions, surtout s'ils sont réticents à voir leur propre responsabilité engagée pour les actes des employés des sociétés militaires privées.

³⁶³ CUDIH, *Expert Meeting on private military contractors: status and state responsibility for their actions*. Genève, Août 2005, p. 19-20.

Dans les situations où il est possible de retenir la responsabilité de l'État pour les actes des employés des sociétés militaires privées, il est nécessaire de définir quel sera l'État responsable et quelles sont exactement ses obligations.

§2 : Les États dont la responsabilité peut être retenue pour les actes des employés des sociétés militaires privées, et leurs obligations.

Les États qui sont impliqués dans l'externalisation des missions sur les théâtres de conflits armés sont multiples. En effet, les sociétés militaires privées pourraient être rattachées à différents États et chacun de ces États pourrait voir sa responsabilité engagée (A) car ils sont contraints de respecter certaines obligations (B).

A) Quel est l'État dont on peut retenir la responsabilité ?

Différents États pourraient, en théorie, voir leur responsabilité retenue en droit international pour les actes illicites commis par les sociétés militaires privées.

Il peut en effet s'agir de l'État qui passe un contrat avec la société, de l'État sur le territoire duquel les opérateurs privés agissent, ou encore de l'État d'enregistrement de la société.

L'article 1 commun aux Conventions de Genève demande à ce que tous les États prennent des mesures pour assurer le respect du droit international humanitaire. Les États dans lesquels les sociétés militaires privées sont enregistrées et les États sur le territoire desquels elles opèrent sont particulièrement visés par cette disposition.

Les États sur le territoire desquels les sociétés militaires privées sont enregistrées pourraient être tenus pour responsables des violations du droit international commises par ces dernières.

Les États sont généralement considérés comme étant responsables des violations des droits de l'homme ou du droit international humanitaire qui ont lieu sur leur territoire. L'article 2(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose qu'un État doit respecter et « *garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte* ».

Cependant, cette conception selon laquelle la responsabilité de l'État ne peut être engagée que pour les faits qui se sont déroulés sur son territoire n'est qu'une présomption, comme l'avait noté le Professeur Brownlie³⁶⁴. Le Comité des droits de l'homme s'est d'ailleurs prononcé dans ce sens dans l'affaire Lilian Celeberti de Casariego c. Uruguay en affirmant que l'article 2(1) ne pouvait pas être interprété comme dégageant l'État de toute responsabilité commise par ses agents sur le territoire d'un autre État³⁶⁵.

³⁶⁴ BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*. New-York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1983, p. 165: "[This principle] is open to serious question and can operate, if at all, only as a weak presumption".

³⁶⁵ *Celeberti de Casariego v. Uruguay*, Communication N°56/1979 du 29 Juillet 1981, U.N.Doc.CCPR/C/13/D/56/1979, 10.3: « ...it does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violations of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State, whether with the acquiescence of the Government of that State or in opposition to it. According to article 5 (1) of the Covenant: Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent

Cette affaire concernait la responsabilité de l'État pour ses propres actes mais le dictum est assez large pour englober également les violations des droits de l'homme commises à l'étranger par des acteurs privés. L'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci l'a d'ailleurs confirmé, car si les violations avaient été commises par un groupe rebelle au Nicaragua, l'affaire était cependant liée à la responsabilité des États-Unis pour ces violations.

Le Rapporteur spécial pour les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a lui aussi expressément noté que « *l'État peut être tenu responsable des violations des droits de l'homme qui sont perpétrées par des agents autorisés de l'État sur un territoire étranger* ».

Selon le Professeur Brownlie, l'État doit contrôler les activités des personnes privées sur son territoire et son devoir demeure le même quand le dommage est causé à des personnes ou à des intérêts situés sur le territoire d'un autre État³⁶⁶.

On pourrait donc envisager de retenir par ce biais la responsabilité de l'État pour les actes illicites commis par les sociétés militaires privées, mais

than is provided for in the present Covenant. In line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory ».

³⁶⁶ BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*. New-York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1983, p. 165: "The state is under a duty to control the activities of private persons within its state territory and the duty is no less applicable where the harm is caused to persons or other legal interests within the territory of another state".

cela ne serait possible que sous certaines conditions. Il faudrait en effet prouver que l'État a exercé un contrôle physique, et non seulement une certaine diligence, sur les sociétés concernées. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a conclu, dans l'affaire Nicaragua, que les États-Unis n'étaient pas responsables des actes des contras car bien qu'il ait été prouvé qu'ils les avaient financés, organisés, entraînés, il n'a pas été prouvé que les États-Unis avaient exercé un contrôle physique sur les actes des contras.

Les tribunaux américains ont retenu ce niveau d'exigence élevé dégagé par la Cour internationale de Justice et estiment qu'il est nécessaire d'établir l'existence d'une coopération entre le gouvernement et l'acteur privé en question. On peut penser que ce niveau d'exigence est problématique car son application pourrait signifier la fin du principe de responsabilité de l'État. En effet, ce critère exclut de nombreuses formes de complicités de la part de l'État puisqu'on ne pourra alors plus condamner le fait pour un État d'offrir son aide à des acteurs privés qui commettent des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire.

La responsabilité de l'État dans lequel la société est enregistrée peut donc être difficile à retenir en raison de ce critère, mais également en raison du manque de volonté des États en ce qui concerne le contrôle de leurs entreprises opérant hors de leur territoire. Les États craignent qu'en opérant ce contrôle ils ne désavantagent leurs entreprises qui exercent leurs activités dans des États dans lesquels de telles régulations n'existent pas. L'État dans lequel les entreprises agissent pourrait également considérer qu'il s'agit d'une atteinte à sa souveraineté.

En raison de montages juridiques complexes, il peut également être difficile de cerner avec précision la nationalité des entreprises.

La responsabilité de l'État d'origine des sociétés militaires privées peut donc être retenue en théorie, mais elle apparaît tout de même difficile à mettre en œuvre.

On peut penser à divers systèmes que ces États pourraient mettre en place pour exercer un contrôle en aval des sociétés. On peut imaginer notamment que ces États délivrent des licences à ces sociétés sous conditions qu'elles s'engagent à ne pas exercer certaines activités, comme la participation directe aux hostilités. Les États pourraient également délivrer les licences uniquement si les sociétés s'engagent à former leurs employés au droit international humanitaire, à adopter des règles d'opération conformes au DIH, à sanctionner les employés ne s'y conformant pas,...

Les États pourraient alors choisir de délivrer une autorisation globale ou une autorisation pour chaque mission dans un pays donné et il serait également important de prévoir des sanctions à l'encontre des sociétés opérant en violation des règles imposées par l'État.

Cependant, même si ces initiatives peuvent sembler intéressantes, elles ne seront pas efficaces en pratique, car il faudrait que tous les États consentent à appliquer ce type de réglementation restrictive. Or, à l'heure actuelle, les sociétés militaires privées représentent une arme incontournable dans la politique étrangère de nombreux États, notamment les plus puissants, et, au vu des tâches qu'ils confient à ces sociétés, on peut douter de leur volonté de soumettre réellement les sociétés militaires privées au droit international humanitaire.

On pourrait également retenir la responsabilité des États qui engagent les sociétés militaires privées pour les actes illicites de ces sociétés. Ils ne peuvent pas échapper à leurs responsabilités découlant du droit international humanitaire simplement en louant les services des sociétés militaires privées et en déléguant certaines de leurs activités.

Ces États doivent également s'assurer que les sociétés qu'ils engagent et leurs employés connaissent et respectent le droit international humanitaire.

Les États qui passent des contrats avec les sociétés militaires privées sont toujours liés par le droit international humanitaire même s'ils emploient des sociétés pour exercer certaines activités. Ils ne doivent pas assigner aux sociétés privées des activités qui sont, selon les Conventions de Genève, réservées à des agents ou autorités étatiques.³⁶⁷

Ils doivent faire respecter le droit international humanitaire par les sociétés qu'ils emploient et doivent s'assurer que ces sociétés et leurs employés ont connaissance des obligations qui leur incombent en vertu de ce droit. Ils doivent également s'abstenir d'encourager ou de favoriser la commission de violations du droit international humanitaire par les sociétés et par leurs employés, et prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter de telles violations. Enfin, on peut également ajouter que les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour faire cesser les violations commises par les employés des sociétés et les punir.

Les États contractants doivent en outre prendre des mesures législatives afin de fixer des sanctions pénales pouvant être appliquées aux personnes qui ont commis ou ordonné de commettre des infractions aux Conventions de Genève. Ils doivent aussi permettre aux éventuelles victimes de disposer de recours effectifs contre les sociétés et enquêter, éventuellement extradier.

³⁶⁷ C'est le cas par exemple de l'article 39 de la Convention de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre qui prévoit que les camps de prisonniers de guerre seront placés sous l'autorité d'un « officier responsable appartenant aux forces armées régulières de la Puissance détentrice ».

Toutes ces obligations (de prévenir les violations, d'enquêter, de punir) découlent de l'obligation de diligence³⁶⁸.

L'État sur le territoire duquel la société a commis la violation pourrait également voir sa responsabilité engagée notamment en raison du principe de territorialité selon lequel l'État doit exercer une certaine diligence afin de prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire sur son territoire et d'y remédier. Cependant, de nombreux obstacles peuvent empêcher cette mise en cause. En effet, l'État a perdu de son pouvoir de contrôle et de réglementation des activités des acteurs privés, alors que ces derniers ont accumulé toujours davantage de compétences et de pouvoir. Le pouvoir économique qu'ont les entreprises rend les contrôles par les États difficiles, surtout par les États faibles qui n'auront en outre pas les moyens financiers nécessaires.

On peut aussi noter que lorsque l'État est trop faible pour exercer le moindre contrôle, il peut s'avérer difficile de retenir sa responsabilité pour les actes des acteurs privés.

Les États ont des obligations et ce sont elles qui vont permettre de retenir la responsabilité pour les actes des employés des sociétés militaires privées.

B) Les obligations des États envers les actes des personnes privées.

Selon la conception traditionnelle, seuls les États étaient considérés comme pouvant être liés par les droits de l'homme, et seul le comportement de l'État pouvait entraîner la responsabilité de l'État en droit international.

³⁶⁸ « due diligence of law »

L'État ne pouvant pas agir directement, mais uniquement par le biais de personnes physiques le représentant, il était donc également responsable des actes de ses organes.

En revanche, l'État n'était pas considéré comme étant responsable des actes de personnes privées parce qu'il était, en effet, inconcevable que les États soient tenus responsables des actes de toutes les personnes ou entités privées qui se trouvent sur leurs territoires ou sous leur compétence.

Cependant, le droit de la responsabilité de l'État évolue et on s'est aujourd'hui éloigné de cette approche centrée sur l'État. Il est à présent évident que même les conventions des droits de l'homme peuvent entraîner la responsabilité des États pour des activités non étatiques. Ce changement est perceptible dans la doctrine mais aussi dans un certain nombre de décisions d'organes internationaux.

Différents instruments en matière des droits de l'homme et de droit humanitaire permettent d'affirmer qu'il existe bien une responsabilité indirecte de l'État pour des activités non étatiques, car l'État doit non seulement respecter les droits de l'homme et le droit humanitaire mais il doit également en assurer la bonne application. L'article 1 commun aux Conventions de Genève dispose, par exemple, que les États doivent respecter et faire respecter les Conventions de Genève en toutes circonstances.

Les États doivent veiller à ce que tous les acteurs étatiques et non étatiques respectent le droit international ce qui signifie que si ce droit est violé, un État manque à ses obligations et peut voir sa responsabilité retenue.

En se basant sur le devoir de diligence, principe issu du droit international coutumier, les organes des droits de l'homme ont interprété l'obligation de faire respecter ces droits comme une obligation pour l'État de prendre des mesures pour prévenir les violations émanant d'entités non étatiques.

Ainsi, le Comité des droits de l'homme a affirmé, dans *Delgado Páez v. Colombia*³⁶⁹ et dans *Santullo v. Uruguay*³⁷⁰ que les États étaient responsables pour avoir manqué à leurs obligations découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il a également rappelé « sa jurisprudence selon laquelle « l'État partie n'est pas dégagé de ses obligations en vertu du Pacte lorsque certaines de ses fonctions sont déléguées à d'autres organes autonomes ». Le Comité considère que le fait de confier au secteur privé des activités essentielles de l'État comportant le recours à la force et la détention de personnes ne dégage pas l'État partie des obligations qu'il a souscrites en vertu du Pacte, notamment celles qui découlent des articles 7 et 10 et font l'objet de la présente communication. Par conséquent, le Comité tient l'État partie pour responsable en vertu du Pacte et

³⁶⁹ *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia*, Communication n° 195/1985 du 23 Août 1990, U.N.Doc.CCPR/C/39/D/195/1985. Le Comité des droits de l'homme a estimé que l'État colombien n'avait pas respecté ses obligations découlant de l'article 9(1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques car il n'avait pas pris les mesures appropriées pour protéger la sécurité de la personne de l'auteur de la communication.

³⁷⁰ *Edgardo Dante Santullo Valcada v. Uruguay*, Communication n° 9/1977 du 26 Octobre 1979, U.N.Doc.CCPR/C/8/D/9/1977. Le Comité des droits de l'homme a estimé que l'État uruguayen n'avait pas respecté ses obligations découlant des articles 2 et 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques car il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour assurer la sécurité de l'intégrité physique de l'auteur de la communication.

du Protocole facultatif, du traitement qui est réservé aux détenus de la prison de Port Philip, établissement pénitentiaire géré par le Group 4. »³⁷¹

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a clairement indiqué qu'il existait une responsabilité de l'État pour les actes non étatiques. Il estime que les discriminations visées par les Conventions ne sont pas limitées aux actions commises par les États ou en leur nom, mais que les États peuvent également être responsables pour des actes privés s'ils ont manqué à leur obligation de diligence et n'ont pas pris les mesures nécessaires pour prévenir la violation de ces droits³⁷².

Les cours régionales ont adopté le même raisonnement : la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire Velásquez-Rodríguez, et la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Costello-Roberts, Waite and Kennedy, et Matthews.

Dans les affaires Costello-Roberts³⁷³ et Van der Mussele³⁷⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement affirmé que l'État ne peut pas échapper à sa responsabilité en déléguant des activités à des personnes privées. Dans l'affaire Costello-Roberts, les Juges Ryssdal, Thór Vilhjálmsson, Wildhaber et Matscher ont résumé ainsi la position de la Cour:

« Un État ne peut ni se décharger de l'administration pénitentiaire sur le secteur privé, rendant par là même licites

³⁷¹ *Cabal et Pasini c. Australie*, Communication n° 1020/2001 du 7 Août 2003, CCPR/C/78/D/1020/2001, § 7.2.

³⁷² Commentaire général N° 20 (44) 1992 Art 7, CCPR/C/21/Rev.1/Add.3.

³⁷³ *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 Mars 1993, série A, n° 247-C, § 27.

³⁷⁴ *Van der Mussele c. Belgique*, arrêt du 23 Novembre 1983, série A, n° 70.

les peines corporelles dans les prisons, ni autoriser la création d'écoles privées dirigées sans considération pour les exigences de la Convention »³⁷⁵.

Un tel jugement ne laisse pas de doute quant aux conséquences de l'externalisation à laquelle peut se livrer l'État.

La politique qui sous tend cette responsabilité indirecte des États est claire : il s'agit d'augmenter la pression sur les États en continuant à les rendre responsables pour les activités externalisées ou déléguées, afin d'être sûr qu'ils aient un intérêt direct dans la régulation du comportement des entités non étatiques à qui ils ont transféré des tâches étatiques.

Quand la conduite d'une personne privée ne peut pas être attribuée à un État, elle peut tout de même permettre de retenir la responsabilité de l'État. En effet, les États peuvent également voir leur responsabilité mise en cause au niveau international pour le comportement d'une personne privée si leurs organes ont omis de prendre des mesures de prévention ou de répression auxquels ils étaient tenus sur la base du droit international. Ils répondent donc aussi des omissions de leurs organes.

L'État peut aussi être responsable au niveau international s'il n'a pas pris les mesures appropriées pour prévenir la violation du droit international, ou pour s'assurer que le coupable répare les conséquences de la violation ou soit puni.

Cela a été confirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou. Bien qu'il n'ait pas été établi que les mines qui se trouvaient dans les eaux albanaises et qui avaient endommagé les navires

³⁷⁵ *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 Mars 1993, série A, n° 247-C, Opinion partiellement dissidente commune à MM. Les Juges Ryssdal, Thór Vilhjalmsson, Matscher et Wildhaber.

britanniques avaient été déposées par des officiers albanais ou par des individus privés, la Cour internationale de Justice a estimé que puisque « rien ne fut tenté par les autorités albanaïses pour prévenir le désastre », « ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l'Albanie »³⁷⁶.

L'Iran a également été condamné par la Cour internationale de Justice pour manquement à ses obligations de diligence pour la première phase de l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran. En effet, le fait que les autorités iraniennes soient restées totalement passives lorsque les locaux de l'ambassade des États-Unis à Téhéran ont été pris d'assaut constituait une violation des obligations internationales de l'État car en vertu des Conventions de Vienne de 1961 et 1963, « l'Iran avait, en tant qu'État accréditaire, l'obligation la plus formelle de prendre des mesures appropriées pour protéger l'ambassade et les consulats des États-Unis, leur personnel, leurs archives, leurs moyens de communication et la liberté de mouvement des membres de leur personnel »³⁷⁷. « Les autorités iraniennes étaient également conscientes de leur obligation de protéger les consulats (...) et de la nécessité de prendre des mesures à leur sujet, et (...) là encore elles ont manqué à utiliser les moyens dont elles disposaient pour s'acquitter de leurs obligations »³⁷⁸.

³⁷⁶ *Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, arrêt du 9 Avril 1949, *Rec.*, p. 23.

³⁷⁷ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 Mai 1980, *Rec.*, § 61.

³⁷⁸ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt du 24 Mai 1980, *Rec.*, § 68.

Lorsque l'État ne prend pas les mesures nécessaires pour prévenir ou répondre à une violation du droit international, donc ne se comporte pas avec la diligence à laquelle on peut s'attendre, ce n'est pas la conduite privée elle-même, mais l'omission ou l'effort insuffisant de l'État pour prévenir ou répondre qui peut engendrer sa responsabilité internationale.

Comme l'affirme le Professeur Condorelli, « *dans ce genre de situations, ce qui est imputé à l'État n'est pas le fait des particuliers mais le comportement des organes de l'État* »³⁷⁹. Ce que le droit international reprochera à l'État sera alors son inaction, son incapacité à prévenir la violation du droit international par l'individu, son incapacité à punir l'individu,...

Le concept de diligence a été tout d'abord discuté dans le contexte des dommages causés aux étrangers, dans de très rares affaires relatives aux relations diplomatiques et consulaires³⁸⁰ et au droit de la neutralité³⁸¹. On retrouve aussi fréquemment ce concept dans le contexte des traités en matière de droit de l'environnement ou de droit de l'espace. Mais en revanche, on ne trouve pas trace de diligence dans les autres branches du droit, ce qui pourrait indiquer qu'il n'existe pas de principe général de droit international en la matière³⁸².

³⁷⁹ CONDORELLI, Luigi. L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances. *R.C.A.D.I.*, 1984/VI, vol. 189, p. 153.

³⁸⁰ *Affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, précitée.

³⁸¹ Les Alabama Claims, revendications des États-Unis à l'encontre du Royaume-Uni pour l'aide secrète fournie par ce dernier aux États confédérés d'Amérique durant la guerre de Sécession.

³⁸² L'article 1 commun des Conventions de Genève de 1949 définit une obligation positive des États qui doivent respecter et faire respecter ces Conventions et donc le droit

Cependant, la Cour internationale de Justice a, dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo, tenu l'Ouganda pour responsable en raison de son « défaut de vigilance » :

« 178. La Cour conclut ainsi que l'Ouganda était une puissance occupante dans le district de l'Ituri à l'époque pertinente. En tant que tel, il se trouvait dans l'obligation, énoncée à l'article 43 du règlement de La Haye de 1907, de prendre toutes les mesures qui dépendaient de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il était possible, l'ordre public et la sécurité dans le territoire occupé en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur en RDC. Cette obligation comprend le devoir de veiller au respect des règles applicables du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, de protéger les habitants du territoire occupé contre les actes de violence et de ne pas tolérer de tels actes de la part d'une quelconque tierce partie.

179. La Cour ayant conclu que l'Ouganda était une puissance occupante en Ituri à l'époque pertinente, la

international humanitaire. Cependant, cela peut être interprété plutôt comme une obligation générale et non comme l'affirmation d'obligations particulières des États. Roberto Ago n'était pas de cet avis et suggérait l'adoption de cet article dans le projet de la Commission du droit international :

« Article 11. — Comportement de simples particuliers

1. Le comportement d'un simple particulier ou d'un groupe de particuliers, agissant en tant que tels, ne peut pas être considéré comme un fait de l'État sur le plan du droit international.

2. La règle énoncée au paragraphe qui précède est toutefois sans préjudice de l'attribution à l'État de l'omission éventuelle de ses organes au cas où ceux-ci auraient dû agir pour prévenir ou pour réprimer le comportement du particulier ou du groupe de particuliers et ne l'ont pas fait. »

Quatrième rapport sur la responsabilité des États, Roberto Ago, A/CN.4/264. *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 126, § 145.

responsabilité de celui-ci est donc engagée à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles agissant pour leur propre compte.»³⁸³

Ce principe de diligence apparaît aussi dans les instruments relatifs aux droits de l'homme qui demandent aux États d'assurer et de protéger l'application de ces droits et a été rappelé par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire Velasquez Rodriguez³⁸⁴.

Néanmoins, le degré de diligence requis de la part des États n'est pas clairement établi, même s'il semble évident que certains aspects, tels que les risques de violation du droit international, puissent aider à sa définition.

Pour certains auteurs cette situation se rapproche alors de la théorie, toutefois quelque peu revisitée, de la *Drittwirkung*. On peut retrouver aussi un exemple de cette imputation indirecte en droit communautaire, notamment dans l'affaire des fraises espagnoles³⁸⁵. Il s'agissait d'un recours en manquement, de la Commission, contre la France pour la destruction de

³⁸³ *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 Décembre 2005, *Rec.*, p. 60.

³⁸⁴ *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 29 Juillet 1988 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, (Ser.C) N°4 (1988). La Cour a estimé que la disparition de Velásquez Rodríguez entraînait la responsabilité du Honduras bien qu'on ne puisse déterminer s'il avait disparu par l'action directe des officiels honduriens ou avec leur approbation, non pas en raison de l'acte lui-même, mais en raison du manque de diligence car les autorités honduriennes n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour empêcher la violation de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

³⁸⁵ CJCE, *Commission c. France*, aff. C-265/95, arrêt du 9 Décembre 1997, *Rec.* p. I-6959.

fruits et légumes d'origine espagnole vendus en France, ou en transit sur le territoire français. La Commission estimait qu'il y avait là une violation de la liberté de circulation des marchandises.

Le lien entre l'action des agriculteurs mécontents, qui procédaient aux saccages, et l'État français était difficile à établir. Cependant c'est l'inaction des autorités françaises qui était reprochée à la France et non pas les destructions elles-mêmes.

La Cour de justice des Communautés européennes a décidé que, malgré les réparations versées par l'État français aux producteurs espagnols, l'État français demeurait responsable.

Il s'agit donc bien d'une imputation indirecte des actes de personnes privées à l'État.

Les États doivent respecter les droits de l'homme et les faire respecter. Cette règle figure dans de nombreuses conventions internationales qui imposent à l'État de prendre des mesures afin de prévenir les violations qui pourraient émaner de personnes privées.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 prévoit à son article 2 que « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte* ».

La Convention européenne des droits de l'homme indique à son article premier que les États « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction* » les droits garantis par la Convention, tandis que la Convention interaméricaine des droits de l'homme prévoit dans son article 1 l'obligation générale pour les États de « *respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et le plein exercice à toute personne relevant de leur compétence* ».

Les États ont donc une obligation de diligence et ils peuvent être tenus responsables des violations qui ont été commises en raison de leurs omissions. Il est important de pouvoir retenir la responsabilité des États pour les manquements à leurs obligations de prévenir ou réparer les violations des droits de l'homme car le nombre d'acteurs privés pouvant porter atteinte aux droits de l'homme est grandissant et l'État doit être le garant de l'effectivité et de la protection de ces droits.

La doctrine de la diligence n'apparaît pas dans le projet d'articles de la Commission du droit international ce qui peut s'expliquer par le fait que cela aurait alors obligé la Commission à s'intéresser à des règles primaires davantage qu'à des règles secondaires de la responsabilité auxquelles elle a décidé de se cantonner. Comme l'a indiqué le Professeur Crawford, « *il serait impossible de définir la nature exacte du devoir de diligence dans le cadre du projet d'articles sans consacrer bien des années encore au sujet, et même si le problème était résolu, la solution reposerait en fait sur la présomption que toutes les règles primaires, ou la plupart, font une place au devoir de diligence* »³⁸⁶.

Selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la diligence englobe la prévention des violations pouvant être commises par les acteurs non étatiques et les enquêtes et les poursuites des auteurs des infractions³⁸⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté la même position même si elle a utilisé les termes d' « obligations positives ». Dans l'affaire

³⁸⁶ Deuxième rapport sur la responsabilité des États, James Crawford, A/CN.4/498. *Annuaire...* 1999, vol. II, 2, § 420.

³⁸⁷ *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 29 Juillet 1988 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, (Ser.C) N°4 (1988), § 174.

Osman v. Royaume-Uni, la Cour a affirmé l'existence d'obligations positives de l'État dans la Convention européenne des droits de l'homme en indiquant que « *la Cour note que la première phase de l'article 2§1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* »³⁸⁸.

Le Comité des droits de l'Homme a indiqué quant à lui que les États devaient non seulement protéger les individus des violations commises par leurs propres agents, mais également « *agir contre les actes commis par les personnes ou entités privées* »³⁸⁹. La Commission des droits de l'Homme a affirmé que l'obligation de l'État concerne aussi le fait de garantir que les meurtres, « *y compris ceux commis par les forces de sécurité, la police et les agents d'application de la loi, les paramilitaires et les forces privées ne [soient] ni pardonnés, ni sanctionnés par des officiels ou du personnel du gouvernement* »³⁹⁰.

Ainsi, lorsqu'un État manque à ses devoirs de prévenir, d'enquêter et de punir quand des crimes sont commis, il manque à son obligation de diligence. A ce titre, plusieurs obligations incombent à l'État : l'obligation de prévenir les violations des droits de l'homme, le devoir de réglementer, le devoir de contrôler, le devoir de former le personnel, l'obligation d'enquêter et de punir. Toutes ces obligations constituent l'obligation de diligence.

En droit international, il existe un devoir clair de la part des États de prévenir les violations des droits de l'homme. Il n'y a pas d'énumération

³⁸⁸ *Osman c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 Octobre 1998, Rec, 1998-VIII, § 115.

³⁸⁹ Commentaire général n°32 de l'article 2 du Pacte.

³⁹⁰ Résolution de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/RES/2004/37, § 6.

générale des mesures que les États doivent prendre pour se conformer à l'obligation d'éviter les violations des droits de l'homme. Comme l'a déclaré la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans *Velásquez Rodríguez*, « *il n'est pas possible de faire une liste détaillée de toutes les mesures, puisqu'elle varient selon la loi et les conditions de chaque État* »³⁹¹.

Cependant, l'existence d'une violation particulière des droits de l'homme ne suffit pas à prouver le manquement de l'État à prendre des mesures préventives. En conséquence, il y a des limites à ce qui peut être attendu d'un État en termes de mesures préventives.

La pratique internationale révèle néanmoins quelques facteurs objectifs généraux qui doivent être pris en compte afin d'établir le degré de diligence demandé à l'État, notamment le degré d'effectivité du contrôle de l'État sur certaines parties de son territoire et le degré de prévisibilité de la violation.

Les États doivent posséder un appareil judiciaire et administratif capable de garantir la prévention des violations des droits de l'homme et doivent l'utiliser de façon effective. La Cour internationale de Justice a confirmé la dualité de l'obligation de prévenir les violations dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran quand elle a indiqué que l'Iran avait les moyens de prévenir les actions des militants islamiques mais a manqué à son devoir d'utiliser ces moyens.

Ainsi, la diligence est également appréciée au regard de l'utilisation par l'État des moyens qu'il a à sa disposition.

³⁹¹ *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 29 Juillet 1988 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, (Ser.C) N°4 (1988), § 175.

Cela signifie que si l'on veut retenir la responsabilité de l'État pour les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire par les sociétés militaires privées, il faut examiner la façon dont l'État a utilisé les moyens légaux et administratifs dont il dispose.

La diligence pose également des exigences envers l'État qui doit prendre les mesures raisonnables de prévention qu'on pourrait attendre d'un gouvernement dans des circonstances similaires. Dans *Velásquez Rodríguez*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme spécifie que « *le devoir de prévenir inclut tous les moyens de nature légale, politique, administrative et culturelle qui promeuvent le sauvegarde des droits de l'homme* »³⁹².

Le besoin de prendre des mesures législatives est également présent dans différents traités des droits de l'homme. Le Pacte sur les droits civils et politiques oblige chaque État partie à adopter les mesures législatives nécessaires pour donner effet au Pacte. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples demande aux États parties de s'engager à adopter des mesures législatives et la Convention interaméricaine des droits de l'homme appelle à adopter de telles mesures.

La Convention contre la torture demande expressément aux États parties de prendre des mesures législatives effectives pour prévenir les actes de torture ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale demande aux États parties de mettre fin par le biais d'une législation à toute discrimination effectuée par une personne, un groupe ou une organisation.

³⁹² *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, arrêt du 29 Juillet 1988 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, (Ser.C) N°4 (1988), § 175.

On ne peut pas déduire de tout cela une obligation générale de l'État de réguler les activités des sociétés militaires privées mais, au vu des problèmes récemment causés par les sociétés militaires privées le Rapporteur spécial sur la question de la torture a appelé les États à adopter des législations afin de contrôler les activités de ces sociétés pour s'assurer qu'ils ne facilitent pas ou ne pratiquent pas la torture³⁹³.

Cependant peu d'États ont adopté une législation ciblant spécifiquement les sociétés militaires privées qui exportent leurs services.

Les États ont également un devoir de contrôle. Dans le cas des sociétés militaires privées cela peut consister à vérifier l'identité des employés afin d'éviter que des criminels ne soient pas engagés dans ce secteur sensible.

L'entraînement du personnel est une autre forme de prévention que l'on retrouve en droits de l'homme et qui est pertinente pour les sociétés militaires privées. De nombreuses conventions prévoient cette obligation de formation³⁹⁴.

³⁹³ Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture, Theo van Boven, E/CN.4/2005/62, § 37 h, p. 11 : « Dans le cadre des normes internationales existantes qui visent à interdire la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le Rapporteur spécial demande aux États et, lorsqu'il y a lieu, aux mécanismes de surveillance et de contrôle compétents d'adopter une législation pour contrôler et surveiller les activités de prestataires privés de services dans les domaines militaire, policier et sécuritaire afin qu'ils ne facilitent ni ne pratiquent la torture. »

³⁹⁴ La convention contre la torture prévoit, à son article 10, que chaque partie doit s'assurer que l'éducation et l'information sur la prohibition de la torture sont inclus dans l'entraînement que reçoivent les personnels d'application de la loi et les autres personnes qui peuvent être impliqués dans les interrogatoires, le traitement des prisonniers,...

Enfin, la doctrine de diligence requiert de l'État non seulement de prévenir les violations des droits de l'homme, mais aussi d'enquêter et de punir de telles violations. Ainsi, les États doivent poursuivre, arrêter et amener les criminels devant la justice.

Bien qu'il semble évident que les crimes ne doivent pas rester impunis ou sans enquête, c'est cet aspect particulier dont il a été beaucoup question en ce qui concerne les sociétés militaires privées. Des crimes graves ont été commis dans les Balkans ou à Abu Ghraib et leurs auteurs n'ont jamais été punis. Ainsi, il existe des cas dans lesquels il est clair que les États ne respectent pas leurs obligations d'enquêter et de punir les employés des sociétés privées et, ce faisant, ces États peuvent être eux-mêmes responsables en droit international.

Le fait d'accorder l'impunité aux employés des sociétés militaires privées pourrait également être considéré comme une violation de la doctrine de la diligence car cela constitue une entrave à l'enquête et aux poursuites judiciaires.

Retenir la responsabilité d'un État pour les actes des personnes privées par le biais d'un critère organique semble possible, mais parfois difficile à mettre en œuvre. Il est donc nécessaire d'établir un autre critère, matériel, permettant de retenir la responsabilité de l'État lorsque certains actes définis sont commis par des personnes privées. Ce n'est alors plus la nature du lien avec l'État de la personne qui commet l'acte qui importe, mais la nature de l'acte commis lui-même.

Chapitre 2: Un critère matériel permettant de retenir la responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées participant à des opérations militaires.

Le critère matériel qui semble pertinent pour retenir la responsabilité de l'État lorsque des personnes privées participent à des opérations militaires est lié aux fonctions régaliennes. En effet, ces fonctions, inhérentes à l'État, doivent en principe être exercées par ce dernier. Si ce n'est pas le cas et qu'il décide de confier des tâches de cette nature à des personnes privées, il semble que la responsabilité de ces actes touchant au cœur même de l'État doit continuer d'incomber à l'État.

Afin d'établir avec précision le contenu du critère matériel permettant de retenir la responsabilité de l'État, il semble important de s'interroger d'abord sur la définition même des droits régaliens (section 1). Puis, il sera nécessaire d'envisager un encadrement plus sévère des activités des sociétés militaires privées et des contrats conclus avec les États (section 2).

Section 1 : La difficile définition de la notion de « droits régaliens ».

Définir la notion de « droits régaliens » est une chose malaisée. En effet, la conception de ce qui relève ou non des attributions régaliennes se modifie au fil du temps (§ 1). Ainsi, cette notion a évolué, les juristes faisant varier son contenu au gré de l'évolution de la société et de la place de l'État en son sein.

Les droits régaliens ne sont pas non plus perçus de la même façon selon les pays (§ 2). En effet, la culture et l'histoire d'un pays peuvent avoir une grande influence quant à la conception de ce qui relève en principe exclusivement de la compétence de l'État.

§1 : Les fonctions régaliennes : une notion évolutive difficile à préciser.

Bien qu'apparue dès l'Empire Romain³⁹⁵, la notion de droit régalien n'a pas été définie avec une grande précision ni une grande certitude car c'est une notion qui a évolué au fil du temps et qui continue aujourd'hui encore, à un rythme peut-être plus soutenu, à se modifier (A). De nouvelles notions, contiguës à celle de fonction régalienne, sont apparues. Il s'agit notamment du service public et des prérogatives de puissance publique. Mais, ces notions sont-elles si différentes les unes des autres (B) ?

A) Les évolutions historiques de la notion de « droits régaliens »

La notion de droits régaliens, héritée de l'Empire Romain puis tombée en désuétude au temps des premières dynasties d'origine germanique, a été reprise par Charlemagne. Ce dernier définit³⁹⁶ les droits régaliens comme englobant le pouvoir de commandement, la fonction de justicier suprême, le droit de lever les impôts, de battre monnaie et de participer à la désignation des évêques. Seul le souverain peut exercer ces fonctions.

³⁹⁵ *Droits régaliens.* Encyclopaedia Universalis [En ligne – accès réservé]
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/droits-regaliens/>

³⁹⁶ *Droits régaliens.* Encyclopaedia Universalis [En ligne – accès réservé]
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/droits-regaliens/>

Au IX^{ème} siècle, Charles le Chauve confie certains pouvoirs à des comtes qui en profitent pour s'arroger également certaines fonctions régaliennes, alors appelées « bans du seigneur », ce qui entraîne la mise en place d'une organisation féodale.

Cependant, progressivement, les seigneurs vont perdre la contrainte militaire et judiciaire, puis les autres pouvoirs régaliens.

Au XII^{ème} siècle l'enseignement du droit romain dans les universités permet l'établissement de listes des droits régaliens. La première liste de droits régaliens apparaît ainsi en 1158, à Roncaglia³⁹⁷. Pour les juristes formés au droit romain les droits régaliens ne sont pas attachés à la personne du roi, mais à la couronne.

Les droits régaliens ont été définis au XVI^{ème} siècle par François Ier quand il a confié, en 1515 et 1523, la régence à Louise de Savoie. Ils comprennent alors la défense, la justice, le gouvernement et l'administration, la législation, la fiscalité et les grâces³⁹⁸.

Par la suite, les penseurs de l'absolutisme, dont Charles Dumoulin, René Choppin, Louis le Carron et surtout Jean Bodin, développent cette notion de droits qui appartiennent à la royauté. Dans les six tomes de « De la République » (1576), Jean Bodin évoque ce qui constitue les « marques de souveraineté » :

³⁹⁷ Les droits régaliens comprennent alors l'élection des magistrats, l'établissement et la levée des impôts et redevances, le droit de battre monnaie, et également la perception des revenus des pêcheries, salines et mines.

³⁹⁸ NEMO, Philippe. *Histoire des idées politiques aux Temps Modernes et contemporains*. Paris : PUF, 2003, p. 42.

« Afin qu'on puisse connaître celui qui est [...] Prince souverain, il faut savoir ses marques, qui ne soient point communes aux autres sujets : car si elles étaient communes, il n'y aurait point de Prince souverain »³⁹⁹.

Ces marques de souveraineté sont traduites en latin, sur proposition de Jean Bodin, par les *iura propria* du souverain, c'est-à-dire ses droits propres. Il précise :

« Je vois que la souveraineté consiste en cinq attributs essentiels : le premier et le plus important est de nommer les plus hauts magistrats et de définir à chacun son office, le second est de promulguer ou d'abroger les lois, le troisième est de déclarer la guerre et conclure la paix, le quatrième de juger en dernier ressort par-dessus tous les magistrats, et le dernier d'avoir le droit de vie et de mort aux endroits où la loi ne prête pas à la clémence »⁴⁰⁰.

Les penseurs minarchistes, qui militent pour un État minimum, ont eux aussi mené une réflexion sur les fonctions régaliennes et ont défendu l'idée que l'État doit se limiter à l'exercice de ses fonctions régaliennes⁴⁰¹.

A la fin du XVIème siècle, Charles Loyseau ne reconnaît que cinq droits régaliens au roi de France : légiférer, créer des offices, juger en dernier ressort, battre monnaie et décider de la paix ou de la guerre. La levée de l'impôt n'est alors pas considérée comme étant un droit régalien, mais comme une concession consentie au roi par ses sujets. Le maintien de

³⁹⁹ BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Jacques du Puy, 1576, Livre I, Chapitre 10, p. 295.

⁴⁰⁰ BODIN, Jean. *Méthode pour faciliter la connaissance de l'histoire. Corpus général des philosophes français*. Paris : PUF, 1951 T.V, 3, Œuvres philosophiques de Bodin, p. 359.

⁴⁰¹ Voir les écrits de Wilhelm von Humboldt et de Friedrich Hayek.

l'ordre public, la sécurité, la sanction des infractions se répartissent entre de multiples instances et la justice privée est encore très présente.

Dès le XVII^{ème} siècle, on considère que l'État a le monopole de la puissance publique. Les particuliers ne peuvent plus recourir à la force que dans quelques hypothèses restreintes⁴⁰².

On constate que certaines fonctions sont reconnues comme ayant un caractère régalien indiscutable tout au long de l'histoire, mais que, néanmoins, la définition des fonctions régaliennes demeure relativement imprécise et sujette à interprétation selon les époques.

Actuellement on considère que les fonctions régaliennes de l'État peuvent être définies comme celles qui ne peuvent être déléguées sans que l'État perde l'un de ses attributs essentiels : lever l'impôt, battre monnaie, rendre la justice, disposer d'une force de police, avoir une politique étrangère, entretenir et diriger une armée, faire la guerre.

Depuis la construction européenne certaines fonctions régaliennes sont attribuées à des organes supranationaux. Ainsi, l'État a perdu son pouvoir de battre monnaie lors de la création de l'euro et a délégué partiellement d'autres pouvoirs (par exemple la justice, avec la Cour de justice de l'Union européenne, ou encore la politique extérieure avec la nomination d'un chef de la diplomatie européenne).

Bien que fréquemment utilisée, l'expression « activités régaliennes » n'est que peu souvent définie avec précision. Si l'on se réfère au Dictionnaire de la culture juridique, « *les droits régaliens sont les corollaires inséparables de la souveraineté publique ; leur exercice suppose le pouvoir de coercition qui légitime l'élaboration de normes juridiques et de sanctions afin*

⁴⁰² Légitime défense, interpellation,...

de veiller à leur application. Ces moyens de contrainte, fondements de la paix sociale, sont le monopole du détenteur de la souveraineté »⁴⁰³.

Lorsque l'on évoque les fonctions régaliennes, il s'agit donc des activités liées à la souveraineté, à l'intérêt général, au monopole de la violence légitime et qui ne peuvent être exercées exclusivement que par l'État.

Si l'on décide de confier à des entreprises privées des tâches de sécurité qui entraînent une participation à des opérations militaires, on est alors en contradiction avec l'idée selon laquelle de telles tâches relèvent de la puissance publique et donc du noyau dur des fonctions incombant exclusivement au pouvoir étatique.

Il n'est cependant pas possible pour l'État d'assumer toutes les tâches qui relèvent de l'intérêt public. Il est donc nécessaire de privatiser certaines tâches afin que l'État puisse se concentrer sur celles qui relèvent vraiment du cœur de ses prérogatives. Ainsi, il paraît évident que la sécurité publique est une tâche qui relève exclusivement de l'État, et privatiser le maintien de la sécurité publique porterait atteinte à l'existence même de l'État. Cependant, pour certains auteurs, d'autres tâches de sécurité peuvent être confiées à des particuliers, sans que l'État, toutefois, échappe totalement à sa responsabilité. Il s'agit alors, plutôt que d'une privatisation au sens strict, d'une délégation de tâches étatiques à des personnes privées, et cela n'entraîne pas de renonciation totale aux fonctions étatiques.

⁴⁰³ ALLAND, Denis. RIALS, Stéphane (sous la direction de). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris : PUF, 2003, p. 549.

La question qui est alors posée est celle de savoir jusqu'à quel point et dans quelles conditions des fonctions de sécurité peuvent être confiées à des personnes privées sans que cela remette en cause la légitimité de l'État. Il est nécessaire d'étudier au cas par cas chaque activité pour déterminer si elle peut être confiée à des personnes privées ou non.

Plusieurs points doivent être examinés. Il faut tout d'abord évaluer la probabilité de recours à la contrainte physique lors de l'exercice de cette activité. Si elle est élevée ou que la contrainte physique est inévitable dans l'exercice de cette activité, elle n'est pas privatisable et c'est à l'État de l'assumer. Ensuite, si l'activité en question est susceptible d'entraîner des atteintes aux droits fondamentaux, elle devra être exercée exclusivement par l'État. Enfin, l'État, tenu d'assurer l'égalité de traitement, devra veiller au respect de cette égalité et ne pourra déléguer une activité à une entité privée que si cela est entouré d'un certain nombre de garanties.

Ainsi, si l'activité examinée entraîne une participation aux opérations militaires, cela induit un risque élevé d'utiliser la contrainte physique, et cette activité ne peut donc pas faire l'objet d'une délégation à une entité privée. C'est l'État qui devra exercer cette activité et qui en sera responsable.

Selon le Document de Montreux, c'est aux États de « *déterminer les services qui peuvent ou qui ne peuvent pas être sous-traités à des sociétés militaires privées ; en déterminant quels services ne peuvent pas être sous-traités à des sociétés militaires privées, les États contractants prennent en compte des facteurs tels que le risque qu'un service particulier puisse impliquer la participation directe des membres du personnel des sociétés militaires privées aux hostilités* ».

Afin d'essayer de déterminer ce qui relève des fonctions régaliennes, il convient de consulter également l'article 5 du projet de la Commission du

droit international, et son commentaire, concernant les prérogatives de puissance publique.

Le commentaire de cet article est précis quant aux entités, privées ou publiques, qui peuvent se voir confier des prérogatives de puissance publique en y étant habilitées par l'État:

« 2) Le terme générique «entité» traduit la grande diversité des organismes qui, bien que n'étant pas des organes de l'État, peuvent être habilités par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique. Il peut s'agir d'entreprises publiques, d'entités parapubliques, d'institutions publiques diverses, voire, dans certains cas particuliers, de sociétés privées, pour autant que, dans le cas d'espèce, l'entité est habilitée par le droit interne à exercer des fonctions à caractère public normalement exercées par des organes de l'État et que son comportement se rapporte à l'exercice des prérogatives de puissance publique en cause. C'est ainsi que dans certains pays, des employés d'entreprises de sécurité privées peuvent être chargés d'assurer des fonctions de gardien de prison et, en cette qualité, d'exercer des prérogatives de puissance publique comportant, par exemple, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire. Des compagnies aériennes privées ou publiques peuvent se voir déléguer certains pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine. Dans une affaire dont a été saisi le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, une fondation autonome créée par un État était détentrice de biens à des fins caritatives, sous le contrôle étroit de cet État. Elle avait notamment pour pouvoir d'identifier les biens à saisir. Le Tribunal a jugé que cette fondation était une entité publique et non privée, relevant donc de sa compétence; l'administration par cette fondation des biens présumés expropriés aurait de toute manière été couverte par l'article 5.

3) Le fait qu'une entité puisse être qualifiée de publique ou de privée d'après les critères d'un système juridique donné, le fait que l'État détienne une part plus ou moins grande de son capital ou, de manière plus générale, de ses actifs, et le fait qu'elle soit ou non soumise au contrôle du pouvoir exécutif ne sont pas des critères décisifs pour déterminer si le

comportement de cette entité peut être attribué à l'État. L'article 5 renvoie par contre à la vraie caractéristique commune de ces entités, à savoir qu'elles sont habilitées, même dans une mesure limitée ou dans un domaine spécifique, à exercer certaines prérogatives de puissance publique. »

Bien qu'intéressant, le commentaire de l'article 5 ne contribue pas à mettre en exergue des critères clairs permettant de distinguer les activités régaliennes, et qui donc ne peuvent pas être déléguées, des autres activités. En effet, le commentaire dispose :

« L'article 5 ne vise pas à délimiter précisément le champ de la «puissance publique» aux fins de l'attribution à l'État du comportement d'une entité donnée. Passé un certain point, ce qui est considéré comme «public» relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions. »

Le commentaire précise néanmoins que « *particulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées à une entité, les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État. Il s'agit là essentiellement de problèmes d'application d'un critère général à des circonstances diverses.* »

On peut préciser que certaines obligations conventionnelles dans le domaine du droit humanitaire ne peuvent pas être déléguées⁴⁰⁴, mais, ces exceptions mises à part, le droit international ne prend pas position sur cette possibilité de confier au privé des tâches qui en principe relèvent de la compétence exclusive de l'État.

⁴⁰⁴ Exemple : Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 Août 1949, art. 39 : « Chaque camp de prisonniers de guerre sera placé sous l'autorité directe d'un officier responsable appartenant aux forces armées régulières de la Puissance détentrice ».

C'est donc au niveau national qu'il faut définir ce qui constitue le noyau dur des fonctions régaliennes de l'État, qui ne peuvent être exercées que par l'État, et déterminer quels sont les autres fonctions liées à la souveraineté mais qui peuvent être confiées, sous certaines conditions, à des entités privées.

Ainsi, fixer ce qui relève du domaine régalien ou non est arbitraire et diffère selon les États⁴⁰⁵. La notion de droits régaliens évolue également selon les époques notamment en fonction des décisions politiques.

Les tâches qui doivent relever exclusivement de l'État sont définies par un large consensus de la société dont on peut, en principe, trouver le reflet dans la constitution de chaque État. Cependant, s'il existe effectivement des listes de fonctions étatiques dans certaines constitutions européennes, elles visent plutôt à distinguer les compétences de l'État fédéral et des entités fédérées⁴⁰⁶ ou à distinguer les compétences relevant du parlement et du gouvernement.

⁴⁰⁵ Le Bureau de la gestion et du budget américain a par exemple indiqué que sont considérées comme intrinsèquement étatiques, les tâches qui visent à « déterminer, protéger et faire progresser les intérêts économiques, politiques, territoriaux, fonciers ou autres des Etats-Unis par le biais d'une action diplomatique ou militaire » et peuvent avoir « un impact significatif sur la vie, la liberté ou les biens de particuliers » . Parmi ces activités, sont notamment cités le commandement des forces militaires, le combat, les opérations de sécurité qui visent à apporter un appui direct au combat dans le cadre d'une force armée intégrée plus vaste, et les opérations de sécurité effectuées dans des contextes où les opérations risquent de déboucher sur une situation de combat. D'autres activités sont étroitement liées à l'exécution de ces fonctions, comme par exemple la détention ou le transport des prisonniers. Voir 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 du 30 Août 2012, A/67/340, §61.

⁴⁰⁶ Voir par exemple les articles 70 à 75 de la Loi Fondamentale allemande.

La définition des fonctions régaliennes paraît compliquée et n'est pas homogène. Un certain nombre d'autres notions, connexes, pourraient permettre de définir certaines activités liées à la souveraineté de l'État et d'élaborer un critère permettant de retenir la responsabilité de ce dernier quand ce sont des particuliers qui exercent ces activités.

B) Les fonctions régaliennes et les notions connexes.

Le service public est une activité exercée par une autorité publique ou sous son contrôle afin de satisfaire un intérêt général. Puisque ces activités sont essentielles, elles doivent être accessibles à tout individu et ne doivent donc pas être soumises au marché ou à la recherche du profit.

Jusqu'à la seconde guerre mondiale certaines fonctions relevant du service public étaient assurées par des entreprises privées en France, et ce n'est qu'après la guerre qu'on assiste à la création d'entreprises publiques qui vont assurer une grande partie du service public. Les entreprises privées n'assureront plus alors des missions de service public que par délégation.

La présence de la notion de service public dans le Préambule de la Constitution de 1946 démontre sa consécration constitutionnelle.

C'est la jurisprudence administrative qui a permis à la notion de service public d'apparaître et qui l'a développée. En effet, l'arrêt du Tribunal des conflits du 8 février 1873 consacre le service public. Après un accident dans une manufacture de tabac, les parents de la victime se tournent vers les tribunaux de l'ordre judiciaire pour demander réparation. Dans l'arrêt Blanco, base de toute la théorie du droit administratif français, le Tribunal des conflits doit indiquer le juge compétent pour se prononcer sur la responsabilité de l'administration et sur le droit qu'il convient d'appliquer.

Le Tribunal des conflits affirme alors : « *Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par les personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier, que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service, et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés, que dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître* ».

C'est la première fois que l'on voit apparaître la notion de service public, et il n'est alors pas défini.

L'arrêt Terrier de 1903 viendra compliquer le régime juridique du service public. Dans cette affaire, le département était opposé à un particulier à qui un service public avait été confié, et le Conseil d'État a été amené à s'intéresser à la gestion d'un service public par une personne privée.

A partir de l'arrêt Terrier on a admis qu'il existe des services publics obéissant aux règles exorbitantes du droit commun, et d'autres obéissant aux règles du droit privé.

Selon le Professeur Duguit, qui défend une vision objective, relève du service public « *toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée*

*complètement que par l'intervention de la force gouvernante »*⁴⁰⁷. Il s'agit d'une vision large du service public puisque pour le Professeur Duguit l'État est une collection de services publics. Il ne précise cependant pas avec exactitude ce qui doit être pris en charge par l'État.

Pour le Professeur Jèze⁴⁰⁸, défenseur de la vision subjective, les services qui sont d'intérêt général et qui ont été désignés par les gouvernants comme relevant du service public sont des missions de service public. Les considérations des gouvernants peuvent évoluer et le service public fera alors de même.

Dans l'État libéral, le service public correspondait aux fonctions régaliennes, l'État n'assurant que le minimum de services nécessaires. Avec l'avènement de l'État providence le service public a été élargi et il comprend aujourd'hui bien plus que les fonctions régaliennes. Cet élargissement a été remis en cause ces dernières années. Le service public a ceci de commun avec les fonctions régaliennes qu'il peut être interprété de façon large ou étroite, selon la volonté politique de la puissance publique.

Les lois de Rolland gouvernent le service public et sont au nombre de trois : le principe de mutabilité, l'adaptation du service public aux nouvelles conditions et aux nouveaux besoins du service ; le principe d'égalité, dans l'accès au service; le principe de continuité.

Trois types de fonctions coexistent au sein du service public : les fonctions régaliennes, les fonctions marchandes et les fonctions non

⁴⁰⁷ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Tome 2. 2^e ed. Paris : Bocard, 1923, p.54.

⁴⁰⁸ JEZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Tome 2. Paris : Dalloz, 2003 (réédition de la 3^{ème} édition de 1930).

marchandes. Les fonctions régaliennes sont donc celles relevant de la souveraineté de l'État et exercées par ce dernier. Les activités régaliennes peuvent être considérées comme des activités de service public dont l'exercice a toujours été revendiqué par le roi ou par l'État. Les fonctions non marchandes concernent des services qui sont généralement gratuits et financés par l'impôt, mais qui ne sont pas liés directement à la souveraineté de l'État (l'enseignement, la santé,...). Enfin, les fonctions marchandes relèvent de services financés par des activités commerciales, mais contrôlés par l'État (distribution de l'eau, transports publics,...).

Le service public peut être assumé directement par une collectivité publique ou délégué à un autre organisme public voire même à un organisme privé. Les services publics relevant de la catégorie des droits régaliens sont cependant plus difficiles à sous-traiter à des sociétés privées.

Dès 1963 le Conseil d'État tente de définir plus précisément la notion de service public et il considère que les services publics doivent avant tout servir à satisfaire l'intérêt général sans rechercher le profit, qu'ils doivent se trouver sous la direction d'une personne publique ou une personne privée sous certaines conditions⁴⁰⁹, et qu'ils doivent être soumis à un régime juridique spécifique.

Un service public doit en outre réunir trois éléments : l'élément organique, la mission d'intérêt général ; l'élément matériel, l'activité d'intérêt général, considérée ainsi par les gouvernants, et exercée par le biais de prérogatives de puissance publique; l'élément juridique, l'activité échappe au droit commun et est soumise à un régime exorbitant.

⁴⁰⁹ Il faut alors que des prérogatives de puissance publique soient accordées à cette personne privée et que des obligations particulières lui incombent.

Il est difficile de déterminer ce qui constitue l'intérêt général. Le rapport du Conseil d'État consacré à l'intérêt général en 1994 indique :

« 1) C'est à la loi, expression de la volonté générale, qu'il appartient de déterminer les fins d'intérêt général ; 2) au nom de l'intérêt général ainsi défini, le gouvernement et les services administratifs qui lui sont rattachés édictent les normes réglementaires, prennent des décisions individuelles, gèrent les « services publics » dans le respect de ces fins d'intérêt général définies par le législateur ».

La notion d'intérêt général est incertaine car il est difficile de définir qu'une activité dessert ou non l'intérêt général. Une activité peut être considérée comme étant de service public car d'intérêt général à une époque et ne plus l'être plus tard, ou inversement. On peut citer l'exemple de l'arrêt *Astruck* du Conseil d'État, du 7 avril 1916, qui ne reconnaissait pas le théâtre comme activité de service public, alors qu'en 1944, le Conseil d'État a reconnu le contraire dans l'arrêt *Léoni*, à condition « *d'assurer un service permanent de représentation théâtrale de qualité d'après un répertoire établi avec le souci de choisir et varier les spectacles en faisant prédominer les intérêts artistiques sur les intérêts commerciaux d'exploitation* ».

Les prérogatives de puissance publique sont confiées aux pouvoirs publics afin qu'ils puissent mener à bien leurs activités. Les personnes privées ne peuvent exercer ces pouvoirs qui concernent des domaines tels que l'application des lois, la sécurité du territoire,...

On considère que les prérogatives de puissance publique correspondent aux droits régaliens, sous une forme plus moderne. Il y aurait service public partout où il existe des prérogatives de puissance publique.

Cependant, dans la réalité, cela est plus complexe car il est difficile de déterminer ce qui constitue une prérogative de puissance publique. C'est le

juge qui détermine si une prérogative est de puissance publique, mais il n'existe cependant pas de critère objectif à appliquer.

Ce sont les différents États qui vont fixer eux-mêmes ce qui relève du secteur public ou privé, en fonction de leurs cultures, mais aussi de leurs choix politiques et de l'évolution de la société.

Ainsi, la directive sur la politique d'externalisation du ministère de la défense⁴¹⁰ indique que « *l'activité régalienne des différentes structures de la défense est exclue a priori du domaine externalisable* ». Cependant, la directive ne précise pas quelles sont les activités qui sont considérées comme étant régaliennes.

Selon Dorian Guinard⁴¹¹, la notion de service public peut être considérée comme une « texture ouverte » (comme le sont l'intérêt général, la dignité humaine, l'ordre public...) c'est-à-dire « *une notion dont les contours ne peuvent être définis a priori et qui laisse une marge d'appréciation substantielle à une autorité d'interprétation* ». Ces notions ne peuvent « *produire d'effets concrets que par la médiation d'une volonté : leur contenu ne peut être déterminé que par un interprète. Il faut donc conclure qu'il est impossible de définir le service public, du fait du caractère substantiellement subjectif de cette notion.* »

Les prérogatives de puissance publique et l'intérêt général, deux des éléments composant la notion de service public, sont difficiles à définir à

⁴¹⁰ Directive du ministère de la Défense n°30892 du 3 Août 2000, p. 2.

⁴¹¹ GUINARD, Dorian. *Réflexions actuelles sur la notion de service public*. Bientôt privés de services publics ? , Paris : La Découverte, regards croisés sur l'économie, 2007/2, n°2, p. 39.

l'aide de critères objectifs. Chaque mission, chaque service, chaque fonction doivent être examinés afin de déterminer s'ils peuvent être ainsi qualifiés. Il n'est donc pas possible de définir un critère matériel à partir de ces notions et d'établir une liste des activités qui ne peuvent être déléguées à des personnes privées car comportant l'exercice de prérogatives de puissance publique et entraînant, dans le cas contraire, la responsabilité de l'État si ces activités sont tout de même confiées à des personnes privées.

Il est intéressant de voir que le rapport sur les entreprises militaires adopté par la Commission de Venise est parvenu à une conclusion allant dans le même sens. En effet, la Commission de Venise a indiqué en 2009 que « *toute tentative de dégager un accord pour recenser clairement dans un traité les domaines dans lesquels il est interdit de déléguer des prérogatives en dehors de celle du « combat » risque donc d'être vaine. Elle peut aussi être excessivement rigide. (...) Toute tentative de dresser la liste des activités interdites (en dehors du combat) dans une recommandation ou un traité est-elle vraiment nécessaire pour parvenir à éviter de mandater des entreprises militaires de sécurité privée lorsque le risque de responsabilité est important et que les conséquences d'abus de pouvoir sont graves ?* ». ⁴¹²

La notion de service public constitutionnel est apparue plus récemment et il peut être intéressant d'examiner si elle pourrait permettre d'établir un critère permettant de retenir la responsabilité de l'État pour les actes des employés des sociétés militaires privées.

⁴¹² Rapport sur les entreprises militaires et de sécurité privées et sur l'érosion du monopole étatique du recours à la force, adopté par la Commission de Venise lors de sa 79^{ème} session plénière (Venise, 12-13 Juin 2009), sur la base des observations de M.Iain Cameron, point 29.

§2 : Les services publics constitutionnels : une nouvelle forme de droits régaliens ?

La notion de service public constitutionnel est récente et est apparue d'abord au sein de la doctrine dans le contexte des réflexions relatives aux nationalisations et aux privatisations. Le Conseil constitutionnel s'est ensuite intéressé à cette notion dans plusieurs de ses décisions sans toutefois utiliser les termes de « service public constitutionnel » (A). Malgré les décisions du Conseil constitutionnel et les propositions doctrinales quant au contenu exact de cette nouvelle notion, cette dernière demeure difficile à cerner avec exactitude (B).

A) Le service public constitutionnel, une notion récente.

Bien qu'apparue dans la doctrine en premier lieu, la notion de service public constitutionnel a ensuite été reprise, indirectement puisqu'il n'utilise pas ces termes, par le Conseil constitutionnel.

En effet, dans quatre décisions rendues entre 1986 et 1996⁴¹³ le Conseil constitutionnel a indiqué qu'il existe des services publics dont « *la*

⁴¹³ CC, 25 et 26 Juin 1986, n° 86-207 DC, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et sociale, JO du 27 juin 1986, rectificatif au JO du 3 Juillet 1986 : « Aucune des entreprises qui figurent sur la liste mentionnée à l'article 4 de la loi [entreprises à privatiser] ne peut être regardée comme exploitant un service public dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la constitution [...] La nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle. »

CC, 18 Septembre 1986, n° 86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication, JO du 19 Septembre 1986 : « La communication télévisuelle par voie hertzienne ne constitue pas

nécessité, l'existence et le fonctionnement » découlent « de principes ou de règles à valeur constitutionnelle », d'exigences de la Constitution ou de « dispositions de nature constitutionnelle ».

Il semble donc qu'outre la loi et le règlement, la Constitution elle aussi peut déterminer ce qui constitue un service public.

C'est dans sa décision du 25 et 26 juin 1986 sur les privatisations que le Conseil constitutionnel dessine pour la première fois les contours de la notion de service public constitutionnel. Des députés avaient saisi le Conseil constitutionnel à propos de la liste des entreprises à privatiser qui était annexée au projet de loi de privatisation, au motif que certaines de ces entreprises détenaient des monopoles de fait dans des secteurs déterminants pour l'indépendance nationale.

Le Conseil constitutionnel a rejeté la demande des députés car selon lui *« aucune des entreprises qui figurent sur la liste ne peut être regardée comme exploitant un service public dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution ».*

En 1986, la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication était contestée devant le Conseil constitutionnel. Cette loi

une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle. »

CC, 7 Janvier 1988, n° 87-232 DC, Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale du crédit agricole, JO du 10 Janvier 1988 : « La distribution des prêts bonifiés n'a pas le caractère d'un service public exigé par la constitution. »

CC, 9 Avril 1996, n° 96-375 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre financier (DDOF), JO du 13 Avril 1996 : « services publics dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la constitution ».

prévoyait le transfert de la chaîne de télévision TF1 au secteur privé. Les requérants estimaient qu'étant donné le nombre limité de fréquences hertziennes, la télévision constituait un service public national. Or, selon l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946, « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ».

La télévision était donc selon les requérants un service public national dont la nécessité découlait de la constitution.

Le Conseil constitutionnel a écarté l'argumentation des requérants : « *ce mode de communication ne constitue pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle* ».

Il a aussi indiqué que, « *si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles à valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas ; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution ne l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé* ». Ainsi, les services publics constitutionnels ne peuvent faire l'objet d'une privatisation.

Le 7 janvier 1988, le Conseil constitutionnel a décidé, dans une affaire relative à la privatisation de la Caisse nationale du crédit agricole, que la distribution des prêts bonifiés (activité principale de cette Caisse nationale) ne peut pas être considérée comme un « *service public exigé par la constitution* ».

Le Conseil constitutionnel a réitéré le même raisonnement dans sa décision du 9 avril 1996, précisant que pour la privatisation d'entreprises

exerçant des missions de service public, c'est « à l'autorité administrative de s'assurer, sous le contrôle du juge, que ne seront pas concernés des services publics dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la constitution ».

Les services publics constitutionnels peuvent appartenir à deux catégories. Les services publics constitutionnels de premier rang sont les activités régaliennes ou de souveraineté, c'est-à-dire les activités de défense nationale, de sécurité intérieure, la justice et les impôts. Ce sont les grands services publics nationaux traditionnels.

On retrouve ces services publics constitutionnels à l'article 12 (la défense) et à l'article 13 (les impôts) de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens. Ce sont des services exclusivement publics gérés en monopole et qui ont un caractère administratif.

Les services publics constitutionnels de second rang, quant à eux, découlent du Préambule de la Constitution de 1946 et regroupent le droit à la santé, à la culture, à l'enseignement,... Ces services publics peuvent être gérés par des personnes privées.

Aucun exemple de « service public constitutionnel » n'a été donné en jurisprudence à ce jour. Il est difficile de définir des critères pour déterminer ce qui constitue un service public constitutionnel car pour le moment il s'est surtout agi de déterminer ce qui ne constituait pas un service public constitutionnel. Ainsi, le Conseil constitutionnel a indiqué que les banques, les entreprises d'armement, les chaînes de télévision publique, entre autres, n'étaient pas des services publics constitutionnels.

Néanmoins, le Conseil d'État a donné en 1994 une définition du service public constitutionnel :

« Les catégories de services publics dont le Conseil constitutionnel a estimé qu'ils étaient exigés par la constitution (déc. 7 janv. 1988) incluent de fait l'ensemble des services publics traditionnellement décrits comme de souveraineté ainsi que l'éducation nationale, la santé, l'aide sociale,... Ces services sont aussi ceux qui sont, jusqu'à nouvel ordre, exclus du champ d'application des règles des traités européens, relatives à la concurrence »⁴¹⁴.

La doctrine a tenté d'élaborer une définition plus précise, en s'appuyant notamment sur les quatre premières décisions du Conseil constitutionnel.

Une définition, provisoire, du service public constitutionnel est proposée par Monsieur de Bellescize⁴¹⁵. Elle comprend trois éléments. Le premier élément est organique. Il s'agit du rattachement à la constitution. En effet, le service public constitutionnel est un service public dont l'existence et le fonctionnement découlent de principes ou de règles à valeur constitutionnelle, comme l'a indiqué le Conseil constitutionnel.

Cela signifie que pour que des services publics constitutionnels soient transférés au secteur privé, il faut nécessairement réviser la constitution alors qu'une loi ou un règlement suffisent au transfert d'un service public classique.

Le deuxième élément, matériel, est relatif à l'exercice de la souveraineté nationale par l'État par le biais de ce service public constitutionnel.

⁴¹⁴ *Service public, services publics : déclin ou renouveau*. Études et documents du Conseil d'État, n° 46, La Documentation française, Avril 1995, p. 67, note 89.

⁴¹⁵ DE BELLESCIZE, Ramu. *Les services publics constitutionnels*. Paris : LGDJ, 2005, p.5 s.

Le troisième élément est relatif au fait que les services publics constitutionnels sont a priori des services publics administratifs. Selon M.Espuglas, « *les services publics constitutionnels constituent, en fin de compte, une variété de service public au sens entendu par le juge administratif. En effet, en les définissant à partir des notions de personne publique et d'intérêt général strictement conçu, le juge constitutionnel a réassocié les deux éléments traditionnels fixés par le juge administratif au début du siècle et qui, malgré tout, persistent. Ces services constitutionnels forment donc un sous-ensemble des services publics traditionnels à caractère administratif* ».

Le service public constitutionnel serait donc un service public à caractère administratif, permettant à l'État d'exercer sa souveraineté nationale et dont l'existence et le fonctionnement découlent de la constitution, qu'il faudrait réviser si l'on décidait de supprimer ce service public constitutionnel.

Pour certains autres auteurs, les services publics régaliens sont tout simplement les services publics constitutionnels.

On peut distinguer les services publics constitutionnels cités directement par la constitution et ceux qui peuvent être déduits de la constitution de façon indirecte, notamment déduits des missions de souveraineté de l'État.

Les services publics n'apparaissent que peu dans les constitutions françaises. Le terme même de « service public » n'apparaît que deux fois, dans l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 et dans l'article 11 de la Constitution de 1958.

L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 indique que « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères*

d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Cet alinéa a surtout été utilisé pour les nationalisations car il vise à la protection de l'État. Les activités en découlant sont donc exclues de la privatisation et peuvent être considérées comme les services publics constitutionnels, mais, cependant, ces activités ne sont pas toujours faciles à déterminer.

Les services publics constitutionnels cités explicitement par la constitution sont rares car les constitutions sont réticentes à imposer des services publics, mais ils ne soulèvent pas de difficultés particulières. Il s'agit des services régaliens (l'armée, article 15 ; la justice, titre VIII ; la monnaie, article 34 ; la diplomatie, article 14 ; les impôts, article 34), du Conseil d'État, de la Cour des comptes, des assemblées, du Conseil constitutionnel, du Conseil économique et social, du Journal officiel, et de la sécurité sociale.

Pour les Professeurs Louis Favoreu et Loïc Philip, sont des services publics constitutionnels « *de manière certaine, les services publics de la défense nationale, de la justice, des affaires étrangères et de la police. Pour ces services publics, le rattachement à des dispositions de la Constitution ne fait pas de difficulté et, en toute hypothèse, on pourrait en quelque sorte les déduire de l'agencement même du système constitutionnel* »⁴¹⁶.

Bien souvent on peut considérer que certaines activités de l'État ont un statut particulier, car elles sont liées au cœur de l'État, mais ce statut

⁴¹⁶ FAVOREU, Louis. PHILIP, Loïc. GAIA, Patrick. GHEVONTIAN, Richard. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris : Dalloz, 17^e éd., 2013, p. 6ü9.

particulier découle de lois ou de règlements et non directement de dispositions constitutionnelles.

Le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître explicitement le statut de service public constitutionnel. Ce faisant, le Conseil constitutionnel semble se conformer à la volonté des constituants de 1958. En effet, les discussions qui ont eu lieu devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'État en 1958⁴¹⁷ et qui portaient sur les articles de la Constitution relatifs à la privatisation et à la nationalisation n'avaient pour objet que d'attribuer la compétence de privatiser et de nationaliser à l'exécutif ou au législatif et non pas de leur imposer certains services publics qui ne pourraient être supprimés⁴¹⁸.

La deuxième catégorie de services publics constitutionnels, ceux qui peuvent être déduits indirectement de la constitution, est plus délicate à définir car elle est illimitée et ce sont les interprétations du Conseil constitutionnel qui décideront au cas par cas de ce qui relève ou non de cette catégorie. En l'absence d'une jurisprudence abondante en la matière, il est difficile d'établir des règles à valeur générale.

Les constitutions françaises ont toujours été silencieuses quant au service public, et même si on peut estimer que certaines activités bénéficient d'un lien particulier avec la souveraineté de l'État, c'est souvent

⁴¹⁷ Didier MAUS, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. III : *Du Conseil d'État au référendum 20 Août - 28 Septembre 1958*. Paris : La documentation française, 1991, p. 116-117 (Commission constitutionnelle du Conseil d'État, 25 et 26 Août 1958).

⁴¹⁸ DE BELLESCIZE, Ramu. *Les services publics constitutionnels*. Paris : LGDJ, 2005, p. 71.

grâce aux indications de lois ou de règlements, et non de dispositions constitutionnelles.

B) Les limites de la notion de service public constitutionnel

Le problème de la définition de la notion de service public constitutionnel est le même que celui qui se pose pour la définition des droits régaliens. En effet, il est impossible de cerner avec précision et de façon définitive ce qui relève de la souveraineté de l'État.

Il peut également être compliqué de parvenir à une classification des activités en raison de la difficulté à préciser les éléments composant la définition initiale des services publics constitutionnels. On peut se demander s'il existe réellement une différence entre les services publics et les services publics constitutionnels.

La définition du service public constitutionnel telle qu'avancée par la doctrine peut être l'objet de critiques sur plusieurs points.

La définition du service public constitutionnel fait appel à la notion de souveraineté, mais si l'on considère que toute activité liée à la souveraineté constitue un service public constitutionnel, on risque d'étendre cette catégorie, en principe restreinte, en fonction de la conception plus ou moins large que l'on a de la souveraineté.

Deux conceptions s'opposent quant à la définition de la souveraineté. Pour certains auteurs, la souveraineté de l'État contient un certain nombre d'éléments, constants, qui ne peuvent lui être retirés. Elle peut donc contenir des services publics qui figurent au cœur de l'État, sans que cela ne soit le résultat d'une décision politique.

Pour définir ces services publics il faudrait alors examiner le contenu des droits régaliens, des marques de souveraineté, telles qu'envisagées par Jean Bodin, ce qui entrainera un débat théorique mais n'aidera pas concrètement à la détermination des services publics constitutionnels présents indiscutablement au cœur de la souveraineté.

Pour d'autres auteurs, la souveraineté contient des éléments qui varient au fil du temps, c'est une notion mouvante. Certains éléments seront au cœur de l'État pendant un certain temps avant d'en disparaître. Les fluctuations se font au rythme de l'apparition et de la disparition des activités, de leur privatisation ou de leur transfert.

Cette approche est plus conforme à la réalité et à l'évolution de la conception de la souveraineté au fil du temps. Il est donc nécessaire de mener une réflexion continue quant à la définition de la souveraineté puisqu'elle est en constante évolution. L'une des difficultés est de savoir quand les fonctions quittent le cœur de l'État. Cela est clair lorsqu'il y a une privatisation totale de l'activité, mais dans les autres cas, il peut être difficile de déterminer si elle relève encore ou non de la souveraineté de l'État.

On pourrait aussi envisager le fait que la souveraineté comporte deux types d'activités, dans la logique des actes séparables du droit administratif : des activités qui sont liées à la souveraineté mais qui en sont détachables, et des activités qui ne sont pas détachables de la souveraineté et en constituent le cœur.

Le deuxième élément de la définition indique que le service public constitutionnel découle d'une disposition de nature constitutionnelle. Il est cependant difficile de définir la nature du lien qui doit unir le service public à la constitution. La constitution doit-elle citer expressément le service public ou une déduction implicite peut-elle suffire ? La déduction implicite

comporte le risque de pouvoir faire dire au bloc de constitutionnalité que de nombreux services publics ont un caractère constitutionnel, et d'aboutir finalement à une catégorie englobant la totalité des services publics.

Les modifications fréquentes des dispositions constitutionnelles sont également problématiques, puisque cela ajoute un élément d'incertitude.

Si la lecture actuelle de la constitution, en tant que charte des droits et libertés des individus, continue à être privilégiée, les services publics constitutionnels seront alors de plus en plus nombreux. Cette tendance à l'élargissement sans doute trop important de la catégorie de services publics constitutionnels se retrouve lorsque le Conseil constitutionnel reconnaît en 1986 (CC86-207) « *la nécessité de certains services publics nationaux [qui découlent] de principes ou de règles à valeur constitutionnelle* ». Ces principes constitutionnels sont nombreux : PFRLR, principes contenus dans le préambule de la constitution de 1946,...et les services publics constitutionnels en découlant pourront donc l'être tout autant.

On peut alors se demander s'il existe vraiment une différence entre les services publics et les services publics constitutionnels.

En réalité, les services publics constitutionnels qui apparaissent expressément dans la constitution ne posent aucun problème, mais ce sont ceux qu'il faudrait en déduire qui risquent de soulever des difficultés et s'avérer trop nombreux pour que la catégorie des services publics constitutionnels soit encore pertinente.

En outre, même si l'on ne peut pas en principe privatiser un service public figurant dans la constitution, on peut procéder à la privatisation partielle et progressive de ce service public.

Un autre point à soulever est relatif au caractère administratif que revêtiraient les services publics constitutionnels. En effet, même si cela

peut être le cas, les services publics constitutionnels ne sont pas toujours à caractère administratif. Le Journal Officiel, par exemple, est un service public constitutionnel, cité à l'article 33 de la Constitution, mais si l'on examine ses missions, son financement et son organisation, il s'agit en réalité d'un service public à caractère industriel et commercial⁴¹⁹.

Il est donc difficile d'identifier chacun des éléments qui composent la définition des services publics constitutionnels, ce qui rend ardue la détermination de ces services.

Les services publics apparaissent pour répondre à un intérêt général croissant et disparaissent lorsque l'État le décide ou lorsqu'ils ne correspondent plus aux besoins de l'époque. L'État a un pouvoir quasi-discrétionnaire en la matière.

La disparition des services publics constitutionnels est plus compliquée. En effet, le fait qu'un service public figure dans la Constitution empêche-t-il sa disparition ? Et à partir de quand peut-on considérer que l'activité ne fait plus partie des activités formant le cœur de l'État ?

L'externalisation que connaissent les activités des armées depuis plusieurs années démontre que le fait qu'une activité figure dans la Constitution n'empêche pas sa privatisation. Des missions qui étaient auparavant considérées comme régaliennes ont été confiées au secteur privé sans même que cela nécessite une révision de la Constitution alors qu'il s'agit pourtant d'activités constituant le cœur des missions étatiques.

⁴¹⁹ On retrouve cette analyse dans le rapport du conseiller d'État Catherine Bergeal, « Rapport d'audit juridique sur la direction des J.O., Transmis par le préfet, directeur des journaux officiels », 17 Avril 2001, p. 14.

On ne peut pas affirmer avec certitude qu'une activité est régaliennne et ne sera jamais privatisée, car cette notion de fonctions régaliennes est fluctuante et la décision de privatisation sera prise le plus souvent non pas pour des considérations juridiques, mais pour des raisons économiques. Il peut néanmoins être surprenant que la simple possibilité de réaliser des économies contribue à ôter le caractère régalien à certaines fonctions, permettant ainsi leur réalisation par des entités privées.

Bien que certaines fonctions de l'armée soient privatisées, l'armée dans son ensemble demeure toujours rattachée à l'État et aux fonctions régaliennes. En effet, malgré la privatisation de certaines de ses composantes, l'objectif de l'armée demeure d'intérêt général.

La notion de service public constitutionnel, bien qu'esquissée par les décisions du Conseil constitutionnel et précisée par la doctrine, ne permet pas de mieux discerner ni d'appréhender les fonctions régaliennes de l'État. En effet, la notion de service public constitutionnel et celle de fonction régaliennne sont toutes les deux imprécises et leur contenu évolue au fil du temps, selon les lieux et selon les choix politiques.

Il est donc difficile de s'appuyer sur ces deux notions pour tenter de retenir la responsabilité de l'État lorsque des personnes privées, dans le cadre de l'externalisation, commettent des actes répréhensibles.

D'autres solutions doivent cependant être envisagées afin de retenir la responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées.

Section 2 : Un encadrement plus sévère des activités des sociétés militaires privées et des contrats passés avec les États.

Puisqu'il est difficile d'établir un critère matériel permettant de retenir la responsabilité de l'État de façon quasiment systématique pour les actes des sociétés militaires privées et de leurs employés, il convient de mettre en place un encadrement plus précis et plus restrictif des activités des sociétés militaires privées.

Un système d'autorisation des activités des sociétés militaires privées semble primordial pour assurer un certain contrôle, que ce soit au niveau national ou international (§1).

En outre, des conditions plus strictes devraient être respectées lors de la conclusion de contrats entre les États et les sociétés militaires privées (§2).

§1 : La nécessité d'un système de contrôle des activités des sociétés militaires privées.

Afin de contrôler davantage les activités des sociétés militaires privées et de limiter les violations du droit international par ces sociétés et par leurs employés, il est nécessaire que les États élaborent des procédures d'autorisation et de contrôle auxquelles devront se conformer les sociétés (A). La mise en place d'un deuxième système d'autorisation et de contrôle, au niveau international, apparaît nécessaire pour renforcer les contrôles (B).

A) La nécessité de mettre en place un système de contrôle national.

Un système d'autorisation nationale efficace permettrait de contrôler les activités des sociétés militaires privées en ayant une connaissance exacte des contrats en cours, des activités et des missions confiées aux sociétés.

Chaque contrat passé par une société militaire privée avec l'État peut ainsi être soumis à une autorisation préalable délivrée par exemple par un comité comprenant des parlementaires. On ne soumettrait à ce comité que les contrats conclus avec l'État ou les institutions publiques et non pas avec des entreprises privées.

Les autorisations, accordées au cas par cas après examen par le comité de surveillance de la nature des prestations confiées à la société privée, peuvent être limitées dans leur objet et dans le temps. Le renouvellement des autorisations peut être subordonné à la bonne exécution du contrat⁴²⁰.

Afin que le contrôle des contrats conclus entre l'État et les sociétés militaires privées soit efficace, il est essentiel que le comité chargé de ce travail dispose de moyens financiers et en personnel suffisants. On peut donc souhaiter que le comité comporte, outre des parlementaires garants du respect des lois et de la constitution, des professionnels qualifiés en nombre suffisant, et qu'il dispose d'un financement lui permettant de mener des enquêtes qui sont indispensables à son bon fonctionnement.

⁴²⁰ Un contrat pourrait être considéré comme ayant été bien exécuté si la mission confiée a été menée à bien, que les objectifs ont été atteints dans le respect des normes nationales et internationales, qu'aucune action en justice contre la société militaire privée ou ses employés n'a été engagée concernant ce contrat,...

Une des conditions à remplir pour accorder une autorisation à une société militaire ou de sécurité privée pourrait être que le comité enquête sur le passé de cette société et sur le déroulement de ses précédents contrats qui ont pu être conclus avec d'autres États. Ni les sociétés ni leurs employés ne doivent avoir été condamnés antérieurement pour crimes graves. A défaut, cela pourrait démontrer un défaut de maîtrise de l'entreprise sur ses employés.

Dans le cas de difficultés antérieures, il est indispensable que la société militaire privée ait pris toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à la conduite illicite et pour que l'employé fautif soit poursuivi et ne puisse plus travailler pour cette société.

Le comité est également tenu de s'assurer que les sociétés militaires privées contrôlent les activités passées de leurs employés et n'embauchent pas d'individus ayant été préalablement condamnés pour des crimes graves, surtout s'ils doivent porter des armes dans le cadre de leurs fonctions.

En délivrant l'autorisation de conclure un contrat avec l'État à une société militaire privée, le comité pourrait également imposer, selon les contrats dont il est question, que soient précisés le nombre d'employés et d'armes nécessaires à la réalisation du contrat. Les quotas quant à l'importation et à l'utilisation d'armes pourraient ensuite être basés sur ces estimations.

Pour éviter que les sociétés militaires privées n'embauchent d'individus au passé controversé et pour renforcer l'efficacité du système d'autorisation, on peut imaginer un double contrôle dans lequel, outre l'autorisation acquise par l'entreprise, chaque employé avant d'être embauché par la société militaire privée doit obtenir une licence auprès d'un organisme indépendant chargé de vérifier le passé de l'individu, sa

« moralité », ses éventuelles condamnations, ses connaissances en droit international humanitaire et en droits de l'homme,...

Une fois tous ces contrôles effectués, il est également nécessaire de s'assurer de la solvabilité des sociétés militaires privées, notamment au cas où elles auraient à dédommager d'éventuelles victimes d'infractions commises par leurs employés.

Il peut être intéressant, dans ce but, d'exiger de la société militaire privée un dépôt de garantie d'un montant qui peut s'avérer dissuasif et qui pourrait être conservé en cas de non-respect des clauses contenues dans le contrat ou l'autorisation délivrée.

Une autre pression économique sur la société militaire privée peut aussi consister à scinder le versement de sa rémunération en deux temps, une partie du paiement intervenant au début des opérations et le solde à la fin, sous condition que le déroulement des missions confiées ait été conforme aux clauses du contrat et jugé comme tel par le comité d'autorisation.

Outre les autorisations, l'État, qui ne doit pas encourager les sociétés militaires privées à commettre des violations du droit international humanitaire, doit adopter toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à des violations existantes. Par ailleurs, il doit enquêter, poursuivre et punir lorsque des infractions sont commises.

Si les sociétés militaires privées décident de ne pas dénoncer leurs employés coupables de violations du droit international, l'État pourrait révoquer les contrats conclus avec elles.

Afin de pouvoir poursuivre efficacement les employés des sociétés militaires privées et d'éviter les situations d'impunité qui existent fréquemment, les États d'origine, contractants, ou sur le territoire desquels

les activités des sociétés ont lieu, doivent adapter la compétence territoriale de leur juridiction et prévoir la responsabilité pénale des sociétés militaires privées pour les crimes graves commis par ces sociétés et leurs employés. Les poursuites seront ainsi facilitées et pourront être le fait des États ou des victimes.

Il paraît évident et nécessaire que les employés des sociétés militaires privées répondent de leurs actes, notamment lorsqu'ils remplissent des missions auparavant dévolues aux militaires qui, eux, disposent d'un système hiérarchique et de responsabilité. La privatisation n'entraîne pas d'atténuation de la responsabilité.

Les États doivent poursuivre, pénalement et civilement, les sociétés militaires privées et leurs employés et coopérer avec les autorités chargées de l'enquête.

Les États pourraient également prévoir d'autres sanctions, non pénales, notamment si la société viole les termes de l'autorisation accordée ou agit sans autorisation. Les mesures pourraient alors consister à demander aux sociétés militaires privées d'exclure les membres du personnel ayant commis des infractions sous peine de se voir retirer l'autorisation de fournir des services militaires ou de sécurité.

L'État pourrait également empêcher l'octroi de nouvelles autorisations à la société militaire privée qui n'aurait pas respecté les termes de son contrat.

La garantie déposée par la société pourrait aussi être intégralement retenue par l'État en cas de violation de l'autorisation.

Enfin, il paraît évident, pour davantage d'efficacité, que les États doivent se concerter afin de faire aboutir les enquêtes, punir les coupables et indemniser les victimes ou leurs familles. Il va de soi que la privatisation

de la guerre ne peut être envisagée de façon sereine par les populations civiles que si elle est encadrée et que les employés des sociétés militaires sont suffisamment encadrés et effectivement poursuivis et punis en cas d'infraction.

B) La nécessité de mettre en place un système de contrôle international.

L'une des possibilités afin de contrôler au niveau international les contrats passés par les sociétés militaires privées et la façon dont ils sont exécutés, ainsi que les activités de ces sociétés en général, est de créer un organe, dans le cadre de l'ONU, ou d'élargir le mandat du Département des opérations de maintien de la paix.

Cet organe pourrait alors demander aux États de lui transmettre la liste des sociétés militaires privées enregistrées sur leur territoire et qu'ils estiment en conformité avec le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

Il pourrait contrôler également les contrats passés par les sociétés militaires privées avec les États afin de vérifier que ces contrats ne contiennent pas de clauses risquant d'entraîner une violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme, ou d'externalisations de fonctions qui relèvent en principe du cœur même des fonctions étatiques.

Ainsi, après un contrôle national de la « moralité » de l'entreprise, le Département des opérations de maintien de la paix effectuerait un second contrôle, en examinant notamment l'existence ou non d'incidents lors de contrats précédents, avant de décerner un label certifiant la respectabilité de ces sociétés, leur comportement conforme au droit international,...

On peut envisager que les États informent aussi le Département des opérations de maintien de la paix lorsque des infractions ont été commises par les sociétés militaires privées ou par leurs employés et que la réaction des sociétés n'a pas été adéquate. Le Département pourrait ainsi dresser une liste noire des sociétés militaires privées.

L'organe chargé du contrôle pourrait en outre être chargé de produire des rapports réguliers visant à faire état de la situation et mettant en exergue les éventuels points problématiques qu'il convient d'améliorer. Il pourrait également être tenu d'effectuer des visites sur le terrain et de mener des inspections afin de vérifier que l'exécution des contrats se passe de façon satisfaisante et que le comportement des sociétés militaires privées ne soulève pas de difficulté.

On peut aussi imaginer que le Département des opérations de maintien de la paix mette en place un système de plaintes déposées par des particuliers victimes d'infractions commises par les employés des sociétés militaires privées et qu'il instruisse ces plaintes afin d'aider les victimes à obtenir réparation.

Des plaintes pourraient aussi être déposées par les États parties à l'encontre de sociétés ou d'États qui ne respecteraient pas le droit international humanitaire ou les droits de l'homme dans le cadre de l'externalisation.

Certaines sociétés militaires privées ont adopté des codes de conduite que leurs employés se doivent de respecter. Bien souvent ces codes sont inspirés de celui mis en place par l'IPOA (International Peace Operations Association), mais n'ont pas de valeur juridique contraignante et souvent davantage adoptés pour rassurer les clients potentiels que pour servir de ligne de conduite pour les employés.

On peut imaginer l'adoption d'un code de conduite au niveau international et que les sociétés militaires privées seraient invitées à appliquer en leur sein. Ce code pourrait par exemple préciser les conduites à tenir lors des opérations menées par les employés ou encore les formations que ces derniers doivent suivre.

Cependant il n'est pas certain que toutes les sociétés appliquent concrètement un tel code, et à moins de faire apparaître ces indications dans le cadre d'une convention internationale il paraît difficile de leur imposer ces obligations.

Les systèmes d'autorisation mis en place au niveau national et au niveau international peuvent être utiles à l'encadrement du marché des sociétés militaires privées, et contribuer à exiger l'insertion de conditions plus strictes dans les contrats conclus entre les sociétés et les États.

Cependant, afin de s'assurer que l'externalisation ne mène pas à des violations du droit humanitaire et d'encadrer les sociétés militaires privées des mesures doivent également être prises en droit interne et les contrats conclus entre l'État et ces sociétés doivent répondre à un certain nombre d'exigences strictes.

§ 2 : Des conditions plus strictes pour les contrats conclus entre les États et les sociétés militaires privées.

Il est nécessaire d'exiger le respect d'un certain nombre de conditions de la part des sociétés militaires privées afin de garantir la sécurité lors de l'exécution de leurs prestations.

Les États doivent donc s'assurer que certains points sont mis en application par les entreprises, et ce, qu'il s'agisse des États d'origine des sociétés, des États qui contractent avec elles ou des États sur le territoire desquels ces sociétés agissent.

Ces conditions doivent être respectées et contrôlées dès la conclusion du contrat entre l'État et la société (A).

Même si les États peuvent, à leur niveau, national, agir pour encadrer davantage les activités des sociétés militaires privées, de plus en plus de voix s'élèvent pour l'adoption d'une convention internationale en la matière (B) et le Groupe de travail sur l'utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes a formulé des propositions au courant de l'année 2010.

A) Des contrats entre les États et les sociétés militaires privées davantage encadrés.

L'accentuation des contrôles lors de la conclusion de contrats entre des États et des sociétés militaires privées doit porter sur plusieurs aspects. Tout d'abord, il est nécessaire de s'interroger sur les qualités requises de la part des sociétés et sur ce que l'on accepte de confier à des sociétés militaires privées, même en l'absence d'une définition précise des fonctions relevant du cœur de l'État. Ensuite, il faut également définir le type de contrat qu'il est souhaitable de conclure avec ces sociétés et notamment les clauses qui devraient y figurer pour assurer le bon déroulement des tâches qui leur sont confiées.

Les États doivent déterminer précisément les services qui peuvent être confiés ou non à des sociétés militaires privées. Si les activités

entraînent un risque de participation directe aux hostilités, les États devraient refuser d'en déléguer l'exercice à ces sociétés.

On pourrait aussi exiger que toute activité exigeant l'usage d'une arme, d'autorité, de la force physique ou morale, ou concernant la protection ou la défense du territoire, soit exclue de la privatisation. Mais c'est alors à chaque État d'établir une liste des activités concernées.

Certaines activités, quant à elles, sont expressément assignées à l'État par le droit international humanitaire et ne peuvent pas être déléguées à des entreprises privées. C'est par exemple le cas du pouvoir de l'officier responsable sur le camp de prisonniers de guerre ou sur les lieux d'internement de civils qui doit être exercé, conformément aux Conventions de Genève, par des agents de l'État.

Afin de sélectionner la société militaire privée la plus adaptée aux missions qui sont en jeu, l'État doit déployer les moyens nécessaires et ne pas se contenter de passer un contrat avec la société qui fournit le service recherché au prix le moins élevé. Plusieurs critères parmi lesquels la formation dispensée à ses employés et les conditions dans lesquelles la société a exécuté ses précédents contrats doivent être examinés.

Les États, d'origine, contractants et sur le territoire desquels les sociétés militaires privées agissent, doivent s'assurer que ces sociétés forment leurs employés au droit international et notamment humanitaire et que cette formation est suffisante. Ils doivent vérifier que ce personnel connaît ses droits mais aussi ses obligations.

Les sociétés doivent aussi disposer de moyens suffisants pour assurer les activités qui leur sont confiées dans le respect du droit national de l'État concerné, du droit international humanitaire et des droits de l'homme.

Il semble également nécessaire que les employés aient été formés à l'utilisation de la force des armes à feu et que leur utilisation soit limitée aux cas dans lesquels cela s'avère absolument indispensable.

Il pourrait être demandé aux sociétés de tenir à jour un registre permettant de vérifier quel est l'état des stocks d'armes et de munitions, et que ces dernières sont autorisées en droit international et ont été acquises légalement. Dans le cas contraire, tout État devrait s'abstenir de contracter avec une telle société.

On pourrait exiger des États qu'ils s'assurent de la bonne conduite antérieure de la société et des ses employés. Si des dysfonctionnements ont existé par le passé, il est nécessaire de vérifier que les mesures adéquates ont été adoptées tant disciplinairement que du point de vue de la collaboration avec les autorités et du versement d'une indemnisation. De plus, l'État devrait aussi rechercher si la société avec laquelle il désire contracter ou l'un de ses employés n'ont pas été exclus d'un contrat passé précédemment avec un autre État.

Il peut aussi être demandé aux sociétés militaires privées de se renseigner sur le passé des personnes qu'elles emploient, notamment si celles-ci sont amenées à porter une arme dans le cadre de leur fonction.

Afin d'éviter tout risque de collusion d'intérêts, il faudrait que l'État contractant publie officiellement les règles présidant au recrutement des sociétés militaires privées et, une fois l'entreprise sous contrat, des informations générales à propos du contrat, qui permettent, tout en conservant si nécessaire une certaine confidentialité pour les données touchant par exemple la sécurité nationale, d'avoir une idée globale du contenu du contrat.

Les États peuvent aussi examiner si les sociétés militaires privées ont des mécanismes internes de surveillance et d'enquête lorsque l'un des membres de leur personnel est soupçonné d'avoir commis une infraction.

De plus, afin de garantir un contrôle continu des contrats passés entre les États et les sociétés militaires privées, les États pourraient également mettre en place un contrôle parlementaire continu. Ces parlementaires seraient alors tenus informés de tous les contrats passés par l'État avec des sociétés militaires privées, sans montant minimum, pour éviter que les contrats ne soient scindés pour échapper à leur contrôle, et ils rédigeraient un rapport régulier et public sur les conditions dans lesquelles les contrats ont été passés et exécutés.

Il serait, en outre, utile de mettre en place une information à la population locale afin que celle-ci connaisse les obligations des sociétés et les possibilités de les poursuivre ainsi que leurs employés en cas d'infraction.

Il faut également vérifier que la société militaire privée dispose de moyens financiers suffisants au cas où elle doive verser des indemnisations en cas de poursuite judiciaire.

Une fois la « moralité » des sociétés militaires privées contrôlée, il existe tout de même encore des contraintes à respecter quant aux contrats conclus avec ces sociétés et certaines clauses paraissent indispensables.

En effet, afin de limiter les difficultés qui ont été rencontrées notamment lors du scandale d'Abu Ghraib et de la fusillade dans laquelle ont été impliqués des employés de Blackwater en septembre 2007 en Irak, il est indispensable que les contrats passés entre les sociétés militaires privées et les États, qu'ils soient ceux d'origine, contractants, ou ceux sur le territoire desquels les sociétés agissent, contiennent certaines dispositions.

Les entreprises doivent explicitement s'engager à respecter les droits nationaux, le droit international humanitaire et les droits de l'homme lorsqu'elles exercent leurs activités et doivent mettre en place les mécanismes nécessaires pour garantir le respect effectif de ces droits par leurs employés.

L'utilisation d'armes par des employés des sociétés militaires privées est souvent source de problèmes, et il serait utile d'en encadrer l'utilisation. On pourrait demander aux employés des sociétés de n'utiliser leur arme que lorsque cela est justifié pour leur propre défense ou la défense de tierces personnes, et d'effectuer un rapport aux autorités sur le territoire desquelles l'usage de l'arme a eu lieu, et ce de façon systématique.

Ces dispositions concernant les armes étant cependant difficiles à mettre en œuvre et à contrôler, il est possible pour l'État de prendre d'autres mesures. En effet, l'État peut limiter le nombre d'armes que peut acquérir une société militaire privée corrélativement au nombre d'employés dont elle dispose.

L'État peut également exiger que les employés se servant d'armes aient une autorisation de port d'arme et ne portent leur arme que lorsqu'ils sont en service.

L'État pourrait aussi demander à la société de vérifier quotidiennement les armes et les munitions et ainsi d'exiger des rapports chaque fois que les armes ont été utilisées. Il est vrai que c'est une exigence qui peut paraître fastidieuse, mais elle permet d'encadrer de façon stricte l'utilisation des armes sans pour autant mettre les employés des sociétés militaires privées en danger puisqu'ils peuvent porter leurs armes quand ils sont en service.

Les employés des sociétés militaires privées échappent souvent aux poursuites car il est difficile pour les victimes de les identifier avec précision. Il faudrait donc qu'ils soient identifiables plus facilement. On peut envisager que les employés qui n'ont pas besoin d'opérer de façon discrète pour des raisons de sécurité portent des uniformes reconnaissables, et que les autres, dont les missions exigent plus de discrétion, aient en leur possession un papier d'identification qui puisse leur être demandé par les autorités du pays sur le territoire duquel ils opèrent.

Les États devraient également prévoir la possibilité de rompre les contrats passés avec des sociétés militaires privées ne respectant pas leurs engagements contractuels. Ainsi, tout manquement au droit international humanitaire par exemple permettrait de mettre fin à l'engagement d'une société, ce qui pourrait constituer un moyen de pression à la disposition de l'État. On peut également prévoir des pénalités financières dans les cas où les clauses contractuelles ne seraient pas respectées.

Enfin, puisque les sociétés militaires privées ont elles même souvent recours à des sous-traitants, les États devraient exiger que les mêmes conditions s'appliquent à eux.

Toutes ces préconisations, bien qu'intéressantes, sont difficiles à mettre en œuvre de façon isolée au niveau national. De plus en plus d'experts se prononcent en faveur de l'élaboration d'une convention internationale visant à encadrer les activités des sociétés militaires privées. Les interdire totalement semble illusoire, mais en revanche il est nécessaire de réglementer leurs activités, et ce, au niveau international afin de permettre une uniformisation des exigences et des normes et d'éviter les délocalisations des sociétés militaires privées dans des États moins exigeants.

B) Vers une convention internationale réglementant les activités des sociétés militaires privées ?

L'élaboration d'une convention internationale relative aux sociétés militaires privées est de plus en plus évoquée et apparaît comme une nécessité pour contrôler l'activité de ces sociétés dont il est illusoire de vouloir interdire les activités. Même s'il est vrai que des règles de droit international humanitaire et de droits de l'homme existantes pourraient s'appliquer à leurs activités, elles ne le sont que trop rarement ce qui a pour conséquence un nombre peu élevé de poursuites à l'encontre d'employés de ces sociétés pourtant coupables de nombreuses infractions au regard du droit international.

En outre, les activités qu'il s'agit de réglementer ne sont pas des activités commerciales comme les autres et il convient de les encadrer afin de mieux les contrôler, d'autant plus que les employés des sociétés militaires privées ne peuvent être considérés comme des mercenaires.

Une telle convention permettrait donc d'établir un socle de règles applicables par tous.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté deux rapports⁴²¹, dès 2008, dans lesquels elle recommandait au Comité des ministres de travailler en vue d'élaborer un texte permettant de réguler les

⁴²¹ Rapport de la Commission des questions politiques, Doc. 11787, 22 Décembre 2008, « Les sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et l'érosion du monopole étatique du recours à la force ». Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc. 11801, du 27 Janvier 2009, « Les sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et l'érosion du monopole étatique du recours à la force ».

relations entre les États membres du Conseil de l'Europe et les sociétés militaires privées.

L'Union européenne, quant à elle, semble avoir pris davantage conscience de la nécessité d'encadrer le domaine des sociétés militaires privées depuis quelques mois.

En mai 2011, le Parlement européen a adopté une résolution⁴²² dans laquelle il « *considère que l'adoption de mesures réglementaires européennes, y compris 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 – aux niveaux interne externe – est nécessaire* ». Il a donc demandé à la Commission et au Conseil européens de « *mettre en œuvre les actions appropriées* » c'est-à-dire « *au niveau interne, 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* » et « *au niveau externe, 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 ne relevant pas de la directive susmentionnée* ».

En Février 2012, dans son exposé de principes sur les priorités de l'Union européenne, le Conseil de l'Union européenne a indiqué qu'il était fondamental de mettre en place une réglementation visant à empêcher les violations des droits de l'homme par les sociétés militaires privées. En Juin

⁴²² Résolution du Parlement européen du 11 Mai 2011 sur le développement de la politique de sécurité et de défense commune après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (2010/2299(INI)), §53 s.

2012, il a affirmé la volonté de l'Union européenne de promouvoir l'adhésion des pays tiers au Document de Montreux⁴²³.

L'Union européenne semble avoir pris la mesure du recours grandissant aux sociétés militaires privées et de la nécessité d'encadrer leurs activités afin de garantir le respect, notamment, des droits de l'homme. Il reste maintenant à voir si ces bonnes intentions se concrétiseront dans la mise en place d'outils efficaces afin de contrôler ces sociétés et leurs activités.

Il est intéressant de noter que si les contrats conclus entre les Etats et les sociétés militaires privées sont les plus fréquents, il ne faut pas oublier de mentionner que certaines organisations internationales telles que l'ONU ont également recours aux services de ces sociétés.

L'ONU a très tôt envisagé de recourir aux sociétés militaires privées. Ainsi, après le génocide du Rwanda, M. Kofi Annan, alors secrétaire général adjoint de l'ONU, chargé des opérations de paix, avait déclaré : « *Quand nous avons besoin de soldats aguerris pour séparer les combattants des réfugiés, j'avais envisagé la possibilité d'engager une firme privée. Mais le monde n'est peut-être pas prêt à privatiser la paix.* »

Depuis lors, la ligne de conduite de l'ONU a été modifiée et les recours à des sociétés privées, notamment dans le cadre des opérations de maintien de la paix se sont multipliés. Selon le rapport d'information rédigé par la Commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée Nationale et relatif aux sociétés militaires privées, l'ONU recourt déjà

⁴²³ Conseil de l'Union européenne, *Droits de l'homme et démocratie : cadre stratégique de l'UE et plan d'action de l'UE*, 25 Juin 2012. Consultable sur : http://eeas.europa.eu/delegations/haiti/documents/eu_haiti/cadre_strategique_plan_action_union.pdf

couramment aux prestations de sociétés militaires privées notamment dans certains domaines tels que le déminage ou le conseil⁴²⁴. Ce rapport cite l'exemple d'un contrat de déminage, d'un montant de 5,6 millions de dollars, conclu en 2007 avec la société Armorgroup International Inc. au Sud-Soudan.

Les deux rapporteurs se prononcent expressément en faveur de l'utilisation par l'ONU de sociétés militaires privées. Selon eux, le fait d'encourager le déploiement de ces sociétés « *représente un enjeu stratégique pour notre pays dans la gestion du maintien de la paix. Cela donnera une activité en lien avec leur métier à nos militaires récemment arrivés en fin de contrat, permettra de diffuser notre savoir-faire et une approche française auprès des casques bleus comme des structures civiles et militaires locales. Leur confier des missions permettra également d'implanter des français sur des théâtres en crise où nos soldats ne sont pas déployés. Une perspective d'autant plus intéressante que ces opérations sont financées par des crédits internationaux, donc mutualisés.* »⁴²⁵

Selon ces rapporteurs, l'emploi d'anciens militaires, la présence de citoyens français et le coût moindre de ces sociétés seraient donc des arguments en faveur du développement du rôle des sociétés militaires privées dans les opérations de maintien de la paix. Aucune mention n'est

⁴²⁴ MENARD, Christian, VIOLLET, Jean-Claude. *Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées*, rapport n° 4350, 14 Février 2012, p.18. Disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i4350.asp>

⁴²⁵ MENARD, Christian, VIOLLET, Jean-Claude. *Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées*, rapport n° 4350, 14 Février 2012, p.19. Disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i4350.asp>

faite des risques liés à l'utilisation de ces personnels non militaires, non soumis à la hiérarchie militaire, alors que ces risques ne peuvent aujourd'hui plus être ignorés au vu des différentes affaires ayant impliqué des employés de sociétés militaires privées dans différentes opérations militaires faisant appel à leurs services. Certes, dans le cas d'Abu Ghraib par exemple, il ne s'agissait pas d'opérations de maintien de la paix, mais il semble illusoire et naïf de penser que les mêmes sociétés militaires privées agiront de façon plus vertueuse, plus respectueuse du droit international dans des missions de maintien de la paix, et qu'elles réservent leurs comportements répréhensibles aux autres secteurs de leur activité.

En outre, aucune étude comparative n'a été effectuée pour affirmer que les missions menées par des employés privés seraient moins onéreuses que les mêmes missions effectuées par des militaires. Il semble bien que l'extension du recours à des sociétés militaires privées, notamment lors d'opérations de maintien de la paix, ouvrirait la porte à de nouvelles opportunités économiques pour ces sociétés. C'est pour cette raison qu'en 2011, quatre sociétés françaises (Thales, Geodis, Sodexo et le GIE Access) se sont unies au sein de « Global (X) » afin de proposer leurs services pour de telles opérations. Néanmoins, les logiques économiques ne peuvent supplanter la nécessité de respecter le droit international, et donc d'encadrer ces activités exercées par des sociétés privées.

Plusieurs rapports ont été rédigés afin d'attirer l'attention des responsables de l'ONU sur les difficultés liées au recours, par l'organisation, à des sociétés militaires privées⁴²⁶. Dès 2002, International Alert⁴²⁷

⁴²⁶ Ces rapports sont cités dans le document suivant : PINGEOT Lou. Dangerous Partnership. Private Military and Security Companies and the UN. *Global Policy Forum*, Juin 2012, p.19.

indiquait qu'il fallait prendre le temps de réfléchir à des solutions adaptées et que le recours à des sociétés militaires privées n'était en rien la solution idéale. En 2006, International Peace Academy⁴²⁸ élaborait un rapport soulignant les difficultés auxquelles l'ONU s'exposait en ayant recours aux services des sociétés militaires privées. Parmi ces difficultés étaient mis en avant les risques de publicité négative ou encore de responsabilité juridique. Les auteurs de ce rapport préconisaient d'encadrer les contrats passés avec ces sociétés et de renforcer leur surveillance.

Ces rapports, ainsi que les nombreux autres qui ont été rédigés depuis lors par des ONG, ont toujours été ignorés par l'ONU et ses responsables qui préfèrent employer des sociétés militaires privées. Les arguments de l'ONU sont semblables à ceux des Etats qui recourent aux services de ces sociétés. En effet, l'ONU considère qu'il y a un avantage financier à les utiliser et qu'en outre elles sont disponibles en permanence et peuvent se déployer très rapidement. Aucune étude n'a cependant été réalisée quant aux économies réalisées grâce à l'utilisation de ces sociétés.

L'absence de contrôle de ces sociétés militaires privées et les difficultés à poursuivre leurs employés devant la justice en cas de nécessité ne semblent pas décourager l'ONU quant à l'utilisation de ces entreprises.

Plusieurs initiatives ont été prises au sein de l'ONU afin d'éviter, ou au moins de limiter, le recours aux sociétés militaires privées. Ainsi, après qu'il se soit surtout intéressé à l'utilisation des mercenaires, le rapporteur spécial sur l'utilisation des mercenaires comme moyen d'empêcher

⁴²⁷ VAUX Tony, SEIPLE Chris, NAKANO Greg, VAN BRABANT Koenraad. Humanitarian Action and Private Security Companies : Opening the Debate. *International Alert*, 2002.

⁴²⁸ COCKAYNE James. Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Explory Study. *International Peace Academy*, 2006.

l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Monsieur Enrique Bernales Ballesteros, a soulevé la nécessité de s'intéresser au phénomène des sociétés militaires privées dès 1997. Il indiquait ainsi : « *Non seulement le mercenariat perdure mais encore il se modifie et se présente sous des formes beaucoup plus dangereuses qu'auparavant pour l'exercice des droits fondamentaux et du droit des peuples à l'autodétermination. Depuis le début de 1997, on entend dire avec insistance que le Gouvernement zaïrois aurait fait appel aux services de sociétés de sécurité qui lui auraient fourni des effectifs importants de mercenaires, principalement belges, français et serbes, lesquels assureraient l'instruction militaire des troupes zaïroises à Kisangani et à Moba.* »⁴²⁹.

Le rapporteur spécial a continué ses travaux sur la question des mercenaires jusqu'à ce qu'il soit remplacé, en 2005, par un 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-mêmes⁴³⁰. En 2008, le Groupe de travail a dressé une liste d'éléments qui pourraient être intégrés dans une convention relative aux sociétés militaires privées⁴³¹ et, en avril 2010, il a appelé les États à élaborer une convention internationale sur la régulation des activités des sociétés militaires privées. Selon Monsieur José Luis Gomez del Prado, il est grand temps de combler le vide juridique concernant les entrepreneurs de sécurité privée, et il est

⁴²⁹ Rapport 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, U.N.Doc. E/CN.4/1997/24 (20 Février 1997), § 111, p. 38.

⁴³⁰ Résolution 2005/2 de la Commission des droits de l'homme.

⁴³¹ Rapport sur la question de 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/63/325 (25 Août 2008)

nécessaire de déterminer des standards internationaux pour régler l'activité de ces sociétés d'un genre très particulier.

En 2010⁴³², le Groupe a indiqué qu'il avait reçu des informations selon lesquelles des sociétés militaires privées apporteraient leur soutien à des groupes rebelles et à des seigneurs de guerre. On lui a, par exemple, rapporté que des sociétés ayant contracté avec le gouvernement des États-Unis ont des relations privilégiées avec les talibans, ou encore qu'une société militaire privée allemande⁴³³ entraînerait, en Somalie, des seigneurs de guerre proches du président controversé, Abdinur Ahmed Darman. En raison de la multiplication des activités controversées de certaines sociétés militaires privées, il devient fondamental de régler ce secteur au niveau international.

Les cinq experts indépendants de ce comité ont également appelé les États membres de l'ONU à soutenir davantage le projet d'élaboration d'une convention concernant les sociétés militaires privées.

En 2009, le Groupe de travail avait consulté les organisations intergouvernementales, les organisations non gouvernementales, des universitaires, des experts et les États membres afin de recueillir des éléments relatifs au contenu et au champ d'application de la convention.

Le Groupe a également élaboré, en 2011, un projet de convention⁴³⁴.

⁴³² A/HRC/15/25 du 5 Juillet 2010.

⁴³³ Asgaard German Security Group.

⁴³⁴ Conseil des droits de l'homme, Projet de convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées (SMSP) présenté au Conseil des droits de l'homme pour examen et suite à donner, A/HRC/WG.10/1/2 (13 Mai 2011).

Les objectifs principaux de la convention étaient de contraindre les États de promouvoir la transparence dans la conclusion des contrats entre les États et les sociétés militaires privées, de réaffirmer la responsabilité de l'État dans leur usage de ces sociétés et de leur personnel ainsi que dans les cas d'usage légitime de la force, et de souligner le devoir des États d'établir des mécanismes permettant aux victimes d'actions des sociétés militaires privées d'obtenir réparations.

Le Groupe de travail avait élaboré une définition des sociétés militaires privées dans l'article 2 de son projet de convention : « *a corporate entity which provides on a compensatory basis military and/or security services by physical persons and/or legal entities* ».

Il était entendu que les États devaient veiller à l'application de leurs obligations liées au droit international humanitaire et adopter des mesures législatives ou réglementaires en conséquence. Ils étaient également tenus, dans le projet du Groupe de travail, de prévenir, enquêter, punir, et assurer les réparations suite aux mauvaises conduites des sociétés militaires privées et de leurs employés⁴³⁵, mais, cependant, il était important que soit précisé le fait que la responsabilité liée au droit international humanitaire et aux droits de l'homme n'était pas imputable uniquement aux États, mais aussi aux organisations intergouvernementales et aux acteurs non étatiques. En effet, les organisations intergouvernementales telles que l'ONU ou l'OTAN ont recours aux services des sociétés militaires ou de

⁴³⁵ Le Comité des droits de l'homme a rappelé la responsabilité de l'État même lors du recours aux sociétés militaires privées : « Le comité considère que le fait de confier au secteur privé des activités essentielles de l'État comportant le recours à la force et à la détention de personnes ne dégage pas l'État partie de ses obligations qu'il a souscrites en vertu du Pacte ». A/58/40 (vol. II), Communication No.1020/2002 du 1^{er} Novembre 2003, *Cabal et Pasini c. Australie*, § 7.2. p. 359.

sécurité privées, et il était donc essentiel qu'elles soient concernées par les dispositions de la convention et qu'elles y adhèrent⁴³⁶.

En outre, le Groupe souhaitait indiquer dès le préambule que les victimes des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire liées aux interventions des sociétés militaires privées avaient droit à des réparations effectives et qu'il était indispensable de mettre en place des mécanismes permettant de retenir la responsabilité des États, des organisations intergouvernementales et des sociétés militaires privées.

Plusieurs articles précisant la responsabilité de l'État figuraient au sein du texte de la convention.

L'État concluant un contrat avec des sociétés militaires privées était tenu pour responsable des activités des sociétés militaires privées qui enregistrent ou agissent sur son territoire. Il était également considéré comme étant responsable du respect, par ces sociétés, des lois, nationales et internationales, et de la souveraineté des États. En outre, il devait interdire aux sociétés militaires privées de participer directement aux hostilités et ne pas leur déléguer de fonctions qui soient trop liées au cœur de l'État.

Le Groupe voulait déterminer les fonctions inhérentes à l'État, liées au principe du monopole étatique de l'usage de la force, et qui ne pouvaient donc pas être externalisées. Ces activités concernaient la participation directe aux hostilités, le fait de mener la guerre et/ou des opérations de combat, de faire des prisonniers, de faire des lois, d'espionner, de mener des activités de renseignement, d'utiliser ou d'effectuer toute activité liée

⁴³⁶ L'article 44 de la Convention relative aux personnes handicapées prévoit lui aussi que les organisations d'intégration régionale soient considérées comme des États parties.

aux armes de destruction massive, d'exercer des pouvoirs de police, spécialement les pouvoirs d'arrestation ou de détention, y compris l'interrogatoire de détenus.

Même s'il est vrai qu'il serait beaucoup plus facile d'encadrer les activités des sociétés militaires privées en dressant une liste exhaustive des activités qui ne peuvent être externalisées par les États et que cela contribuera à limiter certaines privatisations, cela paraît difficile à mettre en œuvre en pratique. En effet, on peut imaginer que les sociétés militaires privées et les États eux-mêmes tenteront de contourner cette liste en requalifiant les activités externalisées. Il est par ailleurs aisé d'adopter une définition restrictive d'une activité afin de pouvoir tout de même la déléguer à une société privée.

Le Groupe de travail souhaitait également indiquer dans la Convention des mesures à prendre par les États pour régler les activités des sociétés militaires privées et de leurs sous-contractants. Il s'agirait notamment d'instaurer un système national d'enregistrement, qui ne concernerait que les sociétés basées sur le territoire de l'État partie, ainsi qu'un système d'autorisation qui concernerait les sociétés, les employés et les contrats. Enfin, les États parties seraient également invités à produire des rapports réguliers à un organe de l'ONU chargé d'effectuer, selon un nouveau mécanisme de surveillance, des contrôles sur les sociétés militaires privées, leurs contrats et leur personnel, ainsi que les formations juridiques dispensées aux employés et le respect du droit.

Le Groupe de travail considérait également important que le public puisse accéder à des informations sur le contenu et le champ d'application des contrats. Pour le moment ces informations sont rares et le fait que certaines agences du gouvernement aux États-Unis puissent invoquer la

confidentialité pour préserver l'intérêt de la sécurité nationale diminue les possibilités d'information.

Le Groupe de travail suggérait aussi à l'État d'imposer des sanctions pénales, administratives, ou civiles aux personnes coupables d'infractions dans le cadre des activités des sociétés militaires privées, et d'établir sa compétence pour les infractions commises sur son territoire, à bord d'un navire ou d'un bateau enregistré sur son territoire, que ce soit par ou contre l'un de ses nationaux.

Il était donc nécessaire que les États s'assurent que le fait, pour les sociétés militaires privées et leur personnel, d'exercer des fonctions liées au cœur de compétences de l'État, d'utiliser illégalement la force et les armes et de se livrer à un trafic illicite d'armes soient des infractions dans leur droit interne. La responsabilité pénale individuelle des employés des sociétés devait également pouvoir être retenue et des recours effectifs ainsi que des indemnisations devaient être accessibles aux victimes de leurs actes répréhensibles.

Le projet du Groupe de travail prévoyait de mettre en place un comité de régulation et de surveillance qui, conformément à ce qui est mis en place par d'autres conventions internationales en matière de droits de l'homme, recevait les rapports des États parties sur les mesures prises pour mettre en application la convention, mais aussi les plaintes d'États parties quant au comportement d'autres États.

Le Groupe de travail suggérait également d'établir un registre international des sociétés militaires privées alimenté par les données de chaque États relatives aux enregistrements des sociétés, autorisations délivrées, et aux contrats passés.

Néanmoins, pour que la convention soit efficace et applicable au plus grand nombre d'affaires impliquant les sociétés militaires privées, il était indispensable qu'elle puisse être mise en œuvre dans toutes les situations, que l'on soit ou non en période de conflit armé. C'est ce que requérait également le Groupe de travail.

Ce projet, bien qu'étudié en Juillet 2011 au sein d'un séminaire restreint qui s'est tenu au siège des Nations-Unies à New-York, n'a finalement pas abouti à une convention, et ce bien que de nombreux rapports aient été établis et que des scandales aient éclaté⁴³⁷.

Dans des documents récents⁴³⁸, l'ONU semble déterminée à encadrer l'utilisation des sociétés militaires privées par les Etats. Une fois cette réglementation établie, on ne peut imaginer que l'ONU ne s'y soumette pas elle-même.

Dans sa résolution 15/26, le Conseil des droits de l'homme a mis en place 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*

⁴³⁷ DynCorp International, par exemple, travaillait pour le compte de l'ONU en Bosnie en 1999 lorsqu'elle a été impliquée dans un trafic d'armes et d'adolescentes. L'ONU a cependant conclu avec cette société un nouveau contrat de 3 millions de dollars en 2010. GENESTE Alexandra. *Le recours controversé de l'ONU aux « privés » de la sécurité*. Le Monde, 18 Juillet 2012.

⁴³⁸ Communiqué du Haut-Commissariat aux droits de l'homme. *Private military and security companies in Somalia need regulation, says UN expert Group*, 18 Décembre 2012. Disponible sur:

<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12898&LangID=E>

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. »⁴³⁹

Ce groupe de travail s'est réuni à deux reprises. Lors de la session qui s'est tenue du 13 au 17 Août 2012, les membres de ce groupe de travail ont indiqué qu'il fallait poursuivre leurs travaux notamment relatifs à l'élaboration d'une convention sur les sociétés militaires privées et ont recommandé au Conseil des droits de l'homme de poursuivre les discussions pendant une période de deux ans.

Ces dernières années l'ONU semble ainsi avoir multiplié les initiatives pour encadrer les activités des sociétés militaires privées, mais cela n'a abouti pour le moment à l'adoption d'aucune convention ou d'aucun autre texte.

S'il semble intéressant d'élaborer une convention internationale concernant les sociétés militaires privées et si on peut espérer une amélioration de la situation, il ne faut pas imaginer qu'un instrument international règlera à court terme tous les problèmes juridiques posés par les sociétés militaires privées. En effet, cet instrument devra être signé puis ratifié par les États pour qu'il leur soit opposable et au vu, par exemple, de la réaction de la France vis-à-vis de la Convention sur les mercenaires de

⁴³⁹ Résolution du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/RES/15/26 (1^{er} Octobre 2010), § 4.

1989, on peut douter d'un consensus large au sein de la communauté internationale.

L'engagement de la responsabilité des États pour les actes des personnes privées et notamment pour les actes des employés des sociétés militaires privées est tout à fait envisageable. Cependant, cette possibilité est restreinte à certaines hypothèses dans lesquelles des conditions précises sont réunies.

L'État ne verra sa responsabilité engagée pour les faits des employés des sociétés militaires privées que si ces derniers ont exercé des prérogatives de puissance publique ou des actes qu'il a ordonnés ou contrôlés.

Le problème de la définition des termes est ici fondamental. En effet, il est absolument nécessaire de définir ce que sont des prérogatives de puissances publique, de même que celle, si l'on veut essayer de retenir la responsabilité des États de façon plus large, des droits régaliens et du service public.

En analysant ces différentes notions on s'aperçoit qu'elles ont des contenus différents selon les époques et les pays et qu'il est difficile de s'appuyer sur elles afin de délimiter les activités qui, lorsqu'elles sont exercées par des personnes privées, peuvent entraîner la responsabilité de l'État.

Il est très difficile d'établir un critère, organique ou matériel, qui permettrait de retenir la responsabilité de l'État pour les actes de personnes privées dans un nombre étendu de situations et notamment les actes des employés de sociétés militaires privées.

Conclusion générale

Le statut des mercenaires est relativement clair puisqu'il a été défini par plusieurs textes internationaux, ce qui ne signifie cependant pas que ces textes soient d'application aisée. Le statut des employés des sociétés militaires privées qui participent à des opérations militaires demeure quant à lui plus controversé. La qualification de civils participant directement aux hostilités semble être la plus adéquate même si elle comporte tout de même des difficultés. Le fait que ces individus bénéficient de la protection du droit humanitaire en tant que civils et la perdent lorsqu'ils participent directement aux hostilités semble être cohérente, mais l'application de cette théorie demeure très compliquée en pratique et pourrait mener à des abus de la part de ces civils.

La responsabilité des entreprises qui emploient des personnes privées qui participent aux opérations militaires devrait pouvoir être retenue. Cela est cependant également difficilement applicable. En effet, il est nécessaire pour cela de pouvoir clairement identifier les individus qui ont commis les actes concernés, ce qui, en période de conflit, peut s'avérer impossible.

Les Etats, quant à eux, peuvent voir leur responsabilité engagée pour les actes répréhensibles commis par des personnes privées, notamment si un critère organique peut être appliqué et que ces individus sont considérés comme agissant en tant qu'agents de l'Etat. La mise en place d'un critère matériel paraît plus délicate car les notions de service public constitutionnel ou de fonctions régaliennes sont difficiles à cerner avec précision et ne peuvent donc que rarement servir à retenir la responsabilité de l'Etat pour des actes de personnes privées.

On peut signaler que la Suisse, qui avait déjà été à l'origine, avec le Comité international de la Croix-Rouge, de l'initiative ayant abouti au

Document de Montreux⁴⁴⁰, a également initié un autre projet qui a mené à l'adoption d'un Code de conduite international le 9 novembre 2010.

Les Etats ont pu participer à l'élaboration de ce Code de conduite mais ne peuvent en être parties. En effet, seules les entreprises peuvent signer ce document et s'engagent à respecter les droits de l'homme ainsi que les lois locales, régionales et nationales lorsqu'elles exercent leurs activités de sécurité. Ce Code de conduite contient des dispositions qui interdisent certaines activités, notamment le recours à la force excepté dans les cas de légitime défense, la torture, ou encore la traite des êtres humains.

Les entreprises en adhérant à ce Code de conduite peuvent obtenir une certification qui doit être délivrée par un organisme de contrôle composé de représentants des Etats, de la société civile et des entreprises. Cet organisme est chargé de surveiller mais aussi de sanctionner les entreprises qui ne respecteraient pas les termes du Code de conduite. Pour le moment, les éléments permettant de délivrer une certification ne sont pas encore définis.

Le 16 janvier 2012, le Comité de pilotage du Code de conduite a fait connaître son projet de charte du Mécanisme de contrôle du Code afin de lancer une consultation publique⁴⁴¹ qui s'est étendue du 31 janvier au 31 mars 2012. Le mécanisme de contrôle devait être mis en place en juin 2012, mais de nombreux commentaires, émanant d'une quarantaine d'organisations, d'entreprises de sécurité, et d'individus, ont été effectués.

⁴⁴⁰ Voir Titre 2, chapitre 1, section 2

⁴⁴¹ Projet de charte du Mécanisme de contrôle du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, consultable ici en anglais : http://www.icoc-ppsp.org/uploads/Draft_Charter.pdf

Le Comité de pilotage a reporté sine die l'entrée en vigueur du mécanisme de contrôle afin d'étudier les commentaires et de publier un nouveau projet.

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 a émis certaines remarques à l'attention du Comité de pilotage⁴⁴². Il préconise notamment l'intégration explicite de la protection des droits de l'homme dans le projet de charte, et plus généralement la mise en conformité de la charte avec les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme élaborés par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises⁴⁴³. Selon le Groupe de travail, les Principes directeurs fixent les paramètres auxquels un mécanisme d'autoréglementation du secteur devrait se conformer.

Le Groupe de travail estime également qu'il convient de revoir les dispositions qui permettent aux entreprises de sécurité privées de refuser de partager des informations avec les mécanismes de contrôle en raison de dispositions contractuelles particulières ou d'éventuelles procédures judiciaires. Pour le Groupe de travail, ces dispositions constituent une véritable lacune du texte qui pourrait entraver le bon fonctionnement des mécanismes de la charte. Le Groupe de travail souligne que cela « *illustre les limites inhérentes à un mécanisme d'autoréglementation, lequel ne saurait remplacer un dispositif de responsabilisation imposé par la loi* »⁴⁴⁴.

⁴⁴² A/HRC/21/43, §19-23.

⁴⁴³ A/HRC/17/31, annexe.

⁴⁴⁴ A/HRC/21/43, §22.

Les travaux se poursuivent actuellement pour mettre en place un mécanisme indépendant de gouvernance et de contrôle, en prenant en compte les multiples commentaires reçus par le Comité de pilotage.

Il est intéressant que des entreprises, aidées par l'initiative d'Etats, aient voulu mettre en place un mécanisme permettant d'encadrer leurs activités, de les contrôler, mais aussi, en cas de besoin, de les sanctionner. Il faudra étudier la mise en application concrète de ce Code de conduite et des mécanismes de contrôle avant de pouvoir en apprécier l'efficacité. L'une des craintes que l'on peut avoir est que ce Code de conduite ne soit qu'un ensemble de principes a minima, qui permettrait surtout aux entreprises d'obtenir un label de respectabilité leur ouvrant un champ d'action plus large tout en évitant l'élaboration d'une convention internationale par les Etats qui pourrait être plus stricte.

Ces dernières années les sociétés militaires privées voient s'ouvrir à elles un nouveau marché lié aux actes de piraterie et aux vols à main armée en mer. Ces méfaits entraînent un recours de plus en plus fréquent aux agents de sécurité armés à bord des navires. Ce secteur a grand besoin d'être règlementé comme l'a souligné l'Organisation maritime internationale (OMI) dans un rapport de 2012⁴⁴⁵. Pour cette organisation, s'il est certain que l'Etat côtier est souverain dans ses eaux territoriales, il n'existe cependant pas de réglementation concernant les sociétés de sécurité privées qui opèrent dans ces zones. L'OMI se prononce en faveur de la mise en place d'une telle réglementation qui, selon elle, améliorerait la gouvernance,

⁴⁴⁵ MSC.1/circ.1443, Interim guidance to private maritime security companies providing privately contracted armed security personnel on board ships in the High Risk Area, 25 Mai 2012.

réduirait le risque d'accidents et encouragerait une conduite en mer compétente, sécuritaire et légale⁴⁴⁶.

Malgré l'existence du Document de Montreux et du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, l'OMI se prononce en faveur de l'élaboration de nouvelles normes internationales qui permettraient aux sociétés militaires privées et aux sociétés de sécurité privée de protéger les navires. En effet, ces documents ne concernent pas les problématiques liées à la piraterie et aux vols à main armée en mer et ne sont pas non plus assez précis⁴⁴⁷.

Le constat du manque de contrôle des activités à bord des navires est également établi par le Groupe de contrôle pour la Somalie et l'Erythrée⁴⁴⁸

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 estime que le secteur de la sécurité maritime n'est qu'un exemple parmi les activités croissantes des sociétés militaires privées qui exigent l'adoption d'une réglementation internationale⁴⁴⁹.

L'Allemagne a adopté en 2012⁴⁵⁰ une loi concernant les prestations de service liées à la sécurité maritime. Elle prévoit que navires qui battent pavillon allemand doivent contracter uniquement avec des entreprises de sécurité agréées en vertu d'un nouveau système de certification. La loi crée

⁴⁴⁶ MSC.1/circ.1443, annexe, § 1.1.

⁴⁴⁷ MSC.1/circ.1443, § 2.1.

⁴⁴⁸ S/2012/544, 13 Juillet 2012, § 74, § 72, annexe 5.4

⁴⁴⁹ A/67/340, § 52.

⁴⁵⁰ Entrée en vigueur de la loi en août 2013.

également une autorité fédérale en charge de l'approbation des armes transportées à bord des navires.

Du côté français, on estime à environ 300 le nombre de personnes nécessaires pour assurer la sécurité des navires battant pavillon français contre les menaces des pirates⁴⁵¹. Cela représenterait un secteur d'environ 100 millions d'euros.

Les navires battant pavillon français ne peuvent pas aujourd'hui légalement être protégés par des individus armés se trouvant à bord. La France met à disposition de ces navires 70 commandos de la marine nationale, mais ces équipes de protection embarquées ne suffisent pas. L'amiral Bernard Rogel, chef d'état-major depuis septembre 2011, s'est prononcé, a contrario de son prédécesseur, pour l'« ouverture » : « *Il faut garder dans la main de l'Etat la protection des bateaux déclarés stratégiques pour la France, soit parce qu'ils n'ont pas le choix de leur zone d'activité [les thoniers, les câbliers des opérateurs de communication], soit que leur cargaison soit elle-même stratégique.* » Pour tout le reste, « on ouvre »^{452, 453}

⁴⁵¹ MENARD, Christian, VIOLLET, Jean-Claude. *Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées*, rapport n° 4350, 14 Février 2012, p.49. Disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i4350.asp>

⁴⁵² GUIBERT, Nathalie. *Vers un rôle accru du privé dans la défense française*. Le Monde, 16 Février 2012.

⁴⁵³ Début décembre 2013 le gouvernement de Jean-Marc Ayrault a annoncé qu'un projet de loi autorisant les gardes privés à bord des navires batant pavillon français allait être déposé.

Les mercenaires ont aujourd'hui largement laissé la place aux sociétés militaires privées qui semblent être devenues incontournables au vu de l'utilisation massive qu'en font certains Etats.

Même si les difficultés juridiques inhérentes au recours à ces entreprises sont nombreuses, il semble irréaliste d'interdire leurs activités, mais essentiel de les encadrer. A cette fin, l'adoption d'un instrument juridique au niveau international, sous l'égide de l'ONU, semble nécessaire. Cet instrument, qui pourrait être une convention, pourrait élaborer une liste définissant clairement les activités qui pourraient être confiées à des sociétés militaires privées, et celles qui ne doivent relever que de la compétence des armées étatiques. Certes ce travail est fastidieux mais il semble indispensable. En outre, pour compléter ce dispositif il conviendrait de mettre en place un organe de contrôle qui pourrait non seulement vérifier que la convention est respectée, mais également statuer sur des questions émanant d'Etats ou de sociétés militaires privées quant à la possibilité d'exercer certaines activités.

Il serait également intéressant de définir avec précision des critères permettant aux sociétés militaires privées d'obtenir un agrément reconnu internationalement et aux employés de ces sociétés d'être habilités à exercer les fonctions qui leur sont confiées. On peut imaginer des systèmes nationaux qui délivreront ces agréments et habilitations, sous la surveillance de l'organe de contrôle onusien. Seules les sociétés qualifiées pourraient passer des contrats.

Cet organe de contrôle pourrait être également habilité à recevoir les doléances de particuliers se considérant victimes des agissements de certains employés de sociétés militaires privées. Ces comportements, s'ils s'avéraient exacts, pourraient entraîner le retrait de l'habilitation délivrée à ces individus et de l'agrément de la société les employant.

Une telle convention devrait également envisager les conditions dans lesquelles les employés de ces sociétés peuvent être armés, ou si le port d'armes leur est refusé.

Il est certain qu'un tel système connaîtrait également des failles, mais il serait perfectible dans le temps et aurait le mérite d'envoyer un signal fort à ce secteur qui connaît une croissance importante et continue. Les dirigeants de certaines sociétés militaires privées tirent actuellement profit du manque de réglementation et il est important de leur rappeler que le droit international humanitaire et les droits de l'homme, notamment, doivent impérativement être respectés.

Au vu de la faible adhésion des Etats réellement concernés à la convention de l'ONU de 1989 et des services discrets que peuvent leur rendre les sociétés militaires privées, on peut se dire que les Etats pourront refuser d'être partie aussi à une telle convention, et que les sociétés pourraient installer leurs sièges au sein d'Etats moins regardants. Cependant, sous la pression de l'opinion publique, des organisations non gouvernementales, de la communauté internationale, et au fil du temps, on peut imaginer que les entreprises qui ne bénéficieraient pas du label onusien seraient fortement désavantagées sur le marché. L'impact économique que pourrait ainsi avoir une telle convention semble essentiel, car c'est bien en s'attaquant au chiffre d'affaires de certaines sociétés militaires privées peu scrupuleuses que le droit sera finalement respecté.

L'adoption d'une convention internationale aurait également le mérite d'attirer davantage l'attention sur les problématiques liées à la participation de personnes privées à des opérations militaires et d'avancer dans la résolution des difficultés même si cela demeurerait, dans un premier temps, insuffisant.

Le fait de retenir la responsabilité des Etats pour les actes des employés des sociétés militaires privées semble également fondamental afin de permettre l'indemnisation des victimes.

Annexes

Annexe 1 : Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, (Protocole I). Extrait.

Annexe 2 : Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique. Libreville, 3 juillet 1977. Texte intégral.

Annexe 3 : Loi sud-africaine relative au mercenariat : Regulation of Foreign Military Assistance Act, 20 Mai 1998. Texte intégral.

Annexe 4 : Loi française n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire. Texte intégral.

Annexe 1 : Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, (Protocole I). Extrait.

« Article 47- Mercenaires

1. Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre.

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. »

Annexe 2 : Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique. Libreville, 3 juillet 1977. Texte intégral.

Nous, Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine,

Considérant la grave menace que constituent les activités des mercenaires pour l'indépendance, la souveraineté, la sécurité, l'intégrité territoriale et le développement harmonieux des Etats membres de l'OUA;

Préoccupés du danger que représente le mercenariat pour l'exercice légitime du droit des peuples africains sous domination coloniale et raciste, à la lutte pour leur indépendance et leur liberté;

Convaincus que la solidarité et la coopération totales entre les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine sont indispensables pour mettre un terme aux activités subversives des mercenaires en Afrique;

Considérant que les résolutions des Nations Unies et de l'OUA, les prises de position et la pratique d'un grand nombre d'Etats constituent l'expression de règles nouvelles du droit international faisant du mercenariat un crime international;

Décidés à prendre toutes les mesures nécessaires pour éliminer du Continent africain le fléau que constitue le mercenariat,

SOMMES CONVENUS de ce qui suit :

Article 1^{er}

Définition

1. 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 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 ;

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.

2. Commet le crime de mercenariat l'individu, groupe ou association, le représentant de l'Etat ou l'Etat lui-même qui, dans le but d'opposer la violence armée à un processus d'autodétermination, à la stabilité ou à l'intégrité territoriale d'un autre Etat, pratique l'un des actes suivants :

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 lesdites bandes ;

c) permettre que dans les territoires soumis à sa souveraineté ou dans tout autre lieu sous son contrôle, se développent les activités mentionnées dans l'alinéa a) ou accorder des facilités de transit, transport ou autre opération des bandes susmentionnées.

3. Toute personne physique ou morale qui commet le crime de mercenariat tel que défini au paragraphe 1er du présent article, commet le crime contre la paix et la sécurité en Afrique et est punie comme telle.

Article 2

Circonstances aggravantes

Le fait d'assumer le commandement de mercenaires ou de leur donner des ordres, constitue une circonstance aggravante.

Article 3

Statut des mercenaires

Les mercenaires n'ont pas le statut de combattant et ne peuvent bénéficier du statut de prisonnier de guerre.

Article 4

Etendue de la responsabilité pénale

Un mercenaire répond aussi bien du crime de mercenariat que de toutes infractions connexes, sans préjudice de toutes autres infractions pour lesquelles il pourrait être poursuivi.

Article 5

Responsabilité générale de l'Etat et de ses représentants

1. Quand le représentant d'un Etat est responsable en vertu des dispositions de l'article 1er de la présente convention, d'un acte ou d'une omission considéré comme criminel par la présente convention, il sera puni en raison de cet acte ou de cette omission.

2. Quand un Etat est responsable, en vertu des dispositions de l'article 1er ci-dessus, d'un acte ou d'une omission considéré comme criminel par ledit article, toute autre partie à la présente convention peut invoquer les dispositions de la présente convention dans ses relations avec l'Etat accusé et devant les organisations, tribunaux ou instances internationales ou de l'OUA compétentes.

Article 6

Obligations des Etats

Les parties contractantes s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires pour éliminer du Continent africain les activités des mercenaires.

A cette fin, chaque Etat contractant s'engage, notamment, à :

a) empêcher que ses nationaux ou des étrangers se trouvant sur son territoire commettent l'une des infractions prévues à l'article 1er de la présente convention ;

b) empêcher l'entrée ou le passage sur son territoire de tout mercenaire et de tout équipement qui lui est destiné ;

c) interdire sur son territoire toute activité d'organisations ou d'individus qui utilisent les mercenaires contre un Etat africain, membre de

l'Organisation de l'Unité Africaine, ou contre des peuples africains en lutte pour leur libération ;

d) communiquer aux autres membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, soit directement, soit par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'OUA, toute information relative aux activités des mercenaires, dès qu'elle sera parvenue à sa connaissance ;

e) interdire sur son territoire le recrutement, l'entraînement, l'équipement ou le financement de mercenaires et toutes autres formes d'activités susceptibles de favoriser le mercenariat ;

f) prendre toutes mesures législatives ou autres nécessaires à la mise en œuvre immédiate de la présente convention.

Article 7

Sanctions

Tout Etat contractant s'engage à punir de la peine la plus sévère prévue dans sa législation, l'infraction définie à l'article 1er de la présente convention, la peine applicable pouvant aller jusqu'à la peine capitale.

Article 8

Compétence

Chaque Etat contractant s'engage à prendre les mesures nécessaires pour punir conformément à l'article 7 de la présente convention, tout individu trouvé sur son territoire et qui aurait commis l'infraction définie à l'article 1er de la présente convention, s'il ne l'extrade pas vers l'Etat contre lequel l'infraction a été commise.

Article 9

Extradition

1. Le crime défini à l'article 1er étant considéré comme un crime de droit commun ne peut être couvert par la législation nationale excluant l'extradition pour les crimes politiques.

2. Une demande d'extradition ne peut être refusée, à moins que l'Etat requis ne s'engage à poursuivre le délinquant conformément aux dispositions de l'article 8 de la présente Convention.

3. Lorsqu'un national est l'objet de la demande d'extradition, l'Etat requis devra, si l'extradition est refusée, engager des poursuites pour l'infraction commise.

4. Si, conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article, des poursuites judiciaires sont engagées, l'Etat requis notifiera les résultats de ces poursuites à l'Etat requérant ou à tout autre Etat intéressé, membre de l'Organisation de l'Unité Africaine.

5. Un Etat sera considéré comme intéressé par les résultats des poursuites prévues au paragraphe 4 du présent article si l'infraction a un rapport quelconque avec son territoire ou porte atteinte à ses intérêts.

Article 10

Assistance mutuelle

Les Etats contractants s'assurent réciproquement la plus grande assistance en ce qui concerne l'enquête préliminaire et la procédure

criminelle engagée relative au crime défini à l'article 1^{er} de la présente Convention et aux infractions connexes à ce crime.

Article 11

Garanties judiciaires

Toute personne ou groupe de personnes traduite en justice pour le crime défini à l'article 1er de la présente convention bénéficie de toutes les garanties normalement reconnues à tout justiciable par l'Etat sur le territoire duquel ont lieu les poursuites.

Article 12

Règlement des différends

Tout différend au sujet de l'interprétation et de l'application des dispositions de la présente Convention sera réglé par les parties intéressées, conformément aux principes de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine et de la Charte des Nations Unies.

Article 13

Signature, ratification, entrée en vigueur

1. La présente Convention demeurera ouverte à la signature des Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine. Elle sera ratifiée, et les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire Général Administratif de l'Organisation de l'Unité Africaine.

2. La Convention entrera en vigueur trente jours après la date de dépôt du dix-septième instrument de ratification.

3. Elle entrera en vigueur à l'égard de tout signataire qui la ratifiera ultérieurement trente jours après le dépôt de son instrument de ratification.

Article 14

Adhésion

1. Tout Etat membre de l'Organisation de l'Unité Africaine peut adhérer à la présente Convention.

2. L'adhésion s'effectuera par le dépôt auprès du Secrétaire Général Administratif de l'Organisation de l'Unité Africaine, d'un instrument d'adhésion et prendra effet trente jours après son dépôt.

Article 15

Notification et Enregistrement

1. Le Secrétaire Général Administratif de l'Organisation de l'Unité Africaine notifiera aux Etats membres de l'Organisation :

- a) le dépôt de tout instrument de ratification ou d'adhésion;
- b) la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention.

2. Le Secrétaire Général Administratif de l'Organisation de l'Unité Africaine enverra copie certifiée conforme de la présente Convention à tous les Etats membres de l'OUA.

3. Le Secrétaire Général Administratif de l'Organisation de l'Unité Africaine devra, dès l'entrée en vigueur de la présente Convention procéder à son enregistrement conformément à l'article 102 de la Charte de l'Organisation des Nations Unies.

EN FOI DE QUOI, NOUS, Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, avons signé la présente Convention, en arabe, en anglais et en français, les trois textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives de l'Organisation de l'Unité Africaine.

FAIT A Libreville (Gabon) le 3 Juillet 1977

Annexe 3 : **Loi sud-africaine relative au mercenariat : Regulation of Foreign Military Assistance Act, 20 Mai 1998. Texte intégral.**

To regulate the rendering of foreign military assistance by South African juristic persons, citizens, persons permanently resident within the Republic and foreign citizens rendering such assistance from within the borders of the Republic; and to provide for matters connected therewith.

PREAMBLE

The Constitution of the Republic of South Africa, 1996, provides in section 198(b) that the resolve to live in peace and harmony precludes any South African citizen from participating in armed conflict, nationally or internationally, except as provided for in the Constitution or national legislation. In order to implement aspects of this provision and in the interest of promoting and protecting human rights and fundamental freedoms, universally, it is necessary to regulate the rendering of foreign military assistance by South African juristic persons, citizens, persons permanently resident in the Republic and foreign citizens who render such assistance from within the borders of the Republic.

BE IT ENACTED by the Parliament of the Republic of South Africa, as follows:—

Definitions

1. In this Act, unless the context indicates otherwise—

(i) “armed conflict” includes any armed conflict between—

(a) the armed forces of foreign states;

(b) the armed forces of a foreign state and dissident armed forces or other armed groups; or

(c) armed groups; *(ii)*

(ii) “Committee” means the National Conventional Arms Control Committee as constituted by the National Executive by the decision of 18 August 1995;

(iv)

(iii) “foreign military assistance” means military services or military-related services, or any attempt, encouragement, incitement or solicitation to render such services, in the form of—

(a) military assistance to a party to the armed conflict by means of—

(i) advice or training;

(ii) personnel, financial, logistical, intelligence or operational support;

(iii) personnel recruitment;

(iv) medical or para-medical services; or

(v) procurement of equipment;

(b) security services for the protection of individuals involved in armed conflict or their property;

(c) any action aimed at overthrowing a government or undermining the constitutional order, sovereignty or territorial integrity of a state;

(d) any other action that has the result of furthering the military interests of a party to the armed conflict, but not humanitarian or civilian

activities aimed at relieving the plight of civilians in an area of armed conflict; (i)

(iv) “mercenary activity” means direct participation as a combatant in armed conflict for private gain; (iii)

(v) “Minister” means the Minister of Defence; (v)

(vi) “person” means a natural person who is a citizen of or is permanently resident in the Republic, a juristic person registered or incorporated in the Republic, and any foreign citizen who contravenes any provision of this Act within the borders of the Republic; (vi)

(vii) “Republic” means the Republic of South Africa; (viii)

(viii) “register” means the register of authorisations and approvals maintained in terms of section 6. (vii)

Prohibition on mercenary activity

2. No person may within the Republic or elsewhere recruit, use or train persons for or finance or engage in mercenary activity.

Rendering of foreign military assistance prohibited

3. No person may within the Republic or elsewhere—

(a) offer to render any foreign military assistance to any state or organ of state, group of persons or other entity or person unless he or she has been granted authorisation to offer such assistance in terms of section 4;

(b) render any foreign military assistance to any state or organ of state, group of persons or other entity or person unless such assistance is rendered in accordance with an agreement approved in terms of section 5.

Authorisation for rendering of foreign military assistance

4. (1) Any person who wishes to obtain the authorisation referred to in section 3(a) shall submit to the Committee an application for authorisation in the prescribed form and manner.

(2) The Committee must consider any application for authorisation submitted in terms of subsection (1) and must make a recommendation to the Minister that such application be granted or refused.

(3) The Minister, in consultation with the Committee, may refuse an application for authorisation referred to in subsection (2), or may grant the application subject to such conditions as they may determine, and may at any time withdraw or amend an authorisation so granted.

(4) Any authorisation granted in terms of this section shall not be transferable.

(5) The prescribed fees must be paid in respect of an application for authorization granted in terms of subsection (3).

Approval of agreement for rendering of foreign military assistance

5. (1) A person who wishes to obtain the approval of an agreement or arrangement for the rendering of foreign military assistance, by virtue of an authorisation referred to in section 3(b) to render the relevant military

assistance, shall submit an application to the Committee in the prescribed form and manner.

(2) The Committee must consider an application for approval submitted to it in terms of subsection (1) and must make a recommendation to the Minister that the application be granted or be refused.

(3) The Minister, in consultation with the Committee, may refuse an application for approval referred to in subsection (2), or grant the application subject to such conditions as they may determine, and may at any time withdraw or amend an approval so granted.

(4) Any approval granted in terms of this section shall not be transferable.

(5) The prescribed fees must be paid in respect of an application for approval granted in terms of subsection (3).

Register of authorisations and approvals

6. (1) The Committee shall maintain a register of authorisations and approvals issued by the Minister in terms of sections 4 and 5.

(2) The Committee must each quarter submit reports to the National Executive, Parliament and the Parliamentary Committees on Defence with regard to the register.

Criteria for granting or refusal of authorisations and approvals

7. (1) An authorisation or approval in terms of sections 4 and 5 may not be granted if it would—

(a) be in conflict with the Republic's obligations in terms of international law;

(b) result in the infringement of human rights and fundamental freedoms in the territory in which the foreign military assistance is to be rendered;

(c) endanger the peace by introducing destabilising military capabilities into the region where the assistance is to be, or is likely to be, rendered or would otherwise contribute to regional instability and would negatively influence the balance of power in such region;

(d) support or encourage terrorism in any manner;

(e) contribute to the escalation of regional conflicts;

(f) prejudice the Republic's national or international interests;

(g) be unacceptable for any other reason.

(2) A person whose application for an authorisation or approval in terms of section 4 or 5 has not been granted by the Minister may request the Minister to furnish written reasons for his or her decision.

(3) The Minister shall furnish the reasons referred to in subsection (2) within a reasonable time.

Offences and penalties

8. (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.

Extraterritorial application of Act

9. Any court of law in the Republic may try a person for an offence referred to in section 8 notwithstanding the fact that the act or omission to which the charge relates, was committed outside the Republic, except in the instance where a foreign citizen commits any offence in terms of section 8 wholly outside the borders of the Republic.

Regulations

10. The Minister, in consultation with the Committee, may make regulations relating to—

(a) any matter which is required or permitted in terms of this Act to be prescribed;

(b) the criteria to be taken into account in the consideration of an application for an authorisation or approval in terms of section 4 or 5;

(c) the maintenance of the register; and

(d) any other matter which may be necessary for the application of this Act.

Exemptions

11. The Minister, in consultation with the Committee, may exempt any person from the provisions of sections 4 and 5 in respect of a particular event or situation, and subject to such conditions as he or she may determine.

Short title

12. This Act shall be called the Regulation of Foreign Military Assistance Act, 1998, and shall come into operation on a date fixed by the President by proclamation in the *Gazette*.

Annexe 4 : Loi française n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire. Texte intégral.

Article unique

Après le chapitre V du titre III du livre IV du code pénal, il est inséré un chapitre VI ainsi rédigé :

« Chapitre VI

« De la participation à une activité de mercenaire

« 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.

« Art. 436-2. - 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 EUR d'amende.

« Art. 436-3. - Lorsque les faits mentionnés au présent chapitre sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.

« Art. 436-4. - Les personnes physiques coupables des infractions prévues par le présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes :

« 1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ;

« 2° La diffusion intégrale ou partielle de la décision ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci dans les conditions prévues par l'article 131-35 ;

« 3° L'interdiction de séjour, suivant les modalités prévues par l'article 131-31.

« Art. 436-5. - Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, de l'infraction définie à l'article 436-2.

« Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, selon les modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.»

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 14 avril 2003.

Bibliographie

Ouvrages :

Mutations et invariants, Partie III "Humanitaire et militaire, nouveaux mercenariats", Paris : La Documentation française, n°5, Janvier-mai 2007.

Denis ALLAND, Stéphane RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003.

Geoffrey BEST, *Humanity in Warfare : the Modern History of International Law of Armed Conflicts*, Londres : Weidenfeld and Nicholson, 1980.

Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Paris : Jacques du Puy, 1576.

Jean BODIN, *Méthode pour faciliter la connaissance de l'histoire. Corpus général des philosophes français*, Paris : PUF, 1951.

Michael BOTHE, Karl Josef PARTSCH, Waldemar A. SOLF, *News Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

Ian BROWNLIE, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, New-York : Clarendon Press; Oxford University Press, 1983.

Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, 2e ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Philippe CHAPLEAU, François MISSER, *Mercenaires S.A.*, Paris : Desclée de Brouwer, 1998.

Simon CHESTERMAN, Chia LEHNARDT, *From mercenaries to Market*, Oxford : Oxford University Press, 2007.

James CRAWFORD, *Les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État*, Paris : Pedone, 2001.

Katja CREUTZ, *Transnational Privatised Security and the International Protection of Human Rights*, The Erik Castren Institute Research Report, Helsinki: University of Helsinki, Faculty of Law, 2006.

Eric DAVID, *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Bruxelles : Editions de l'Université, 1978.

Eric DAVID, *Principes du droit des conflits armés*, 5^e ed., Bruxelles: Bruylant, 2012.

Ramu DE BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, Paris : LGDJ, 2005.

Jean DE PREUX, *La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève : CICR, 1958.

Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e ed. Paris : Boccard, 1923.

Mohamed EL-KOUHERE, *Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1986.

Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 17^e éd., 2013.

Richard A. HIGOTT, Geoffrey R.D UNDERHILL, Andreas BIELER, *Non-State Actors and Authority in the Global System*, Londres: Routledge, 2000.

Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome 2. Paris: Dalloz, 2003.

Sarah JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford: Hart Publishing, 2004.

Nicolas MACHIAVEL, *Le Prince*, Paris : PUF, 2000.

Didier MAUS, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. III : Du Conseil d'État au référendum 20 Août - 28 Septembre 1958*, Paris : La documentation française, 1991.

Anthony MOCKLER, *The New Mercenaries: The History of the Hired Soldier from the Congo to the Seychelles*, New-York : Editions Paragon House, 1987.

John Basset MOORE, *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*, Washington: Government Printing Office, 1871.

Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques aux Temps Modernes et contemporains*, Paris : PUF, 2003.

Sarah PERCY, *Mercenaries. The History of a Norm in International Relations*, New-York : Oxford University Press, 2007.

Nguyen QUOC DINH (†), Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8^e ed. Paris : LGDJ, 2009.

Jean SALMON (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMANN (sous la coordination de), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève: CICR; Dordrecht: Nijhoff, 1986.

Jeremy SCAHILL, *Blackwater, The rise of the world's most powerful mercenary army*, Londres : Nation Books, 2007.

Peter SINGER, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Ithaca, New-York : Editions Cornell University Press, 2008.

Guy WEBER, *Le Katanga de Moïse Tshombé ou le Drame de la loyauté*, Bruxelles : Editions Louis Musin, 1983.

Articles :

Philip ALSTON, *The “Not-a-Cat” Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?*, In Philip ALSTON, *Non-State Actors and Human Rights*, Academy of European Law, Oxford University Press, 2006, p.3-36.

Kai AMBOS, *Superior Responsibility*, In Antonio CASSESE, Paola GAETA, John R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol.1, Oxford University Press, 2002, p.823-872.

Gabriella BLUM, *The Dispensable Lives of Soldiers*, *The Journal of Legal Analysis*, vol.2, n°1, 2010, p.69-124.

Bill BOOTHBY, *And for “Such Time As”: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*, 42 NYU, *Journal of International Law and Politics*, 741, 2010, p.741-768.

Patrick BOUCHERON, *Machiavel et la fin des mercenaires*, *L’Histoire*, n°267, Juillet 2002, p.28-31.

Oldrich BURES, *Private Military Companies: A Second Best Peacekeeping Option?*, *International Peacekeeping*, vol.12, 2005, p.533-546.

James A. BURGER, *Contractor personnel in peace operations*, *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, vol.1-2, 2006, p.175-184.

Marina CAPARINI, *Regulating private military and security companies*, In Andrew ALEXANDRA, Deane-Peter BAKER et Marina CAPARINI. *Private Military and Security Companies*, Routledge, 2008, p.171-188.

Danwood Mzikenge CHIRWA, *The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights*, *Melbourne Journal of International Law*, vol.5, issue 1, 1999, p.1-36.

Andrew CLAPHAM, *Human rights obligations of non-state actors in conflict situations*, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, 2006, p.491-523.

Andrew CLAPHAM, *The question of jurisdiction under international criminal law over legal persons: lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, In Menno T. KAMMINGA, Saman ZIA-ZARIFI. *Liability of multinational corporations under international law*, La Haye: Kluwer, 2000, p. 139-185.

James COCKAYNE, *Commercial Security in Humanitarian and Post-Conflict Settings: An Explory Study*, New-York: International Peace Academy, 2006, p.1-25.

Luigi CONDORELLI, *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*, *RCADI*, vol. 189, 1984/VI, p.9-221.

Michael COTTIER, *Elements for contracting and regulating private security and military companies*, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n°863, 2006, p.637-663.

Nicolas CROQUET, *La responsabilité internationale de l'Etat du fait des particuliers et la notion d'organe de fait à la lumière de l'affaire CELEBICI : innovation ou continuité ?*, *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, vol.3-4, 2002, p.43-79.

Shane DARCY, *The Doctrine of Superior Responsibility*, In Olaoluwa OLUSANYA, *Rethinking International Criminal Law, The Substantive Part*, Europa Law Publishing, 2007, p.129-152.

Aurélie DE ANDRADE, *Les supérieurs hiérarchiques*, In Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET, *Droit international pénal*, Paris : A.Pedone, 2002, p. 201-210.

Yoram DINSTEIN, *Unlawful Combatancy*, *Israël Yearbook on Human Rights*, n° 32, 2002, p. 247-270.

Knut DORMANN, *The legal situation of « unlawful/unprivileged combatants »*, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol.85, n° 849, Mars 2003, p. 45-74.

Katherine FALLAH, *Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict*, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, 2006, p.599-611.

Marc FINAUD, *L'abus de la notion de « combattant illégal » : une atteinte au droit international humanitaire*, *RGDIP*, Vol.4, 2006, p.862-889.

Dieter FLECK, *Individual and State Responsibility for Violations of the Ius in Bello: An Imperfect Balance*, In Wolff HEINTSCHEL von HEINEGG et Volker EPPING. *International Humanitarian Law Faces New Challenges*, Springer, 2007, p.171-206.

Thierry GARCIA, *La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire*, *RGDIP*, vol.3, 2003, p. 677-692.

Thierry GARCIA, *La participation des acteurs privés à la sécurité collective*, In Maurizio ARCARI, Louis BALMOND, sous la direction de, *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Giuffrè, 2008, p.209-226.

E.L. GASTON, *Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implication for International Humanitarian Law Enforcement*, *Harvard Law Journal*, vol.49, n°1, 2008, p.221-248.

Emanuela-Chiara GILLARD, *Private military/security companies. The status of their staff and their obligations under international humanitarian law and the responsibilities of states in relations to their operations*, In Andrew ALEXANDRA, Deane-Peter BAKER et Marina CAPARINI. *Private Military and Security Companies*, Routledge, 2008, p.159-170.

Dorian GUINARD, *Réflexions actuelles sur la notion de service public, Bientôt privés de services publics ?*, Paris : La Découverte, regards croisés sur l'économie, 2007/2, n°2, p. 36-43.

Antenor HALLO DE WOLF, *Modern Condottieri in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.13, issue 2, 2006, p.315-356.

Louis HENKIN, *The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets*, *Brooklyn Journal of International Law*, vol.1, n° 25, 1999, p. 17-25.

David Mugadu ISABIRYE, *State responsibility for nationals who serve as mercenaries in armed conflicts*, Indian Journal of International Law, vol.26, 1986, p.405-424.

Thierry ISLER, *La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire*, In Jean-Jacques ROCHE, *Insécurité publiques, sécurité privée ? Essai sur les nouveaux mercenaires*, Paris : Economica, 2005, p. 85-115.

Kirsten M.F. KEITH, *The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence*, Leiden Journal of International Law, vol.14, 2001, p.616-634.

Christopher KINSEY, *Le droit international et le contrôle des mercenaires et des compagnies militaires privées*, Cultures et Conflits, n° 52, 2003, p.91-116.

Christopher KINSEY, *Private security companies and corporate social responsibility*, In Andrew ALEXANDRA, Deane-Peter BAKER et Marina CAPARINI. *Private Military and Security Companies*, Routledge, 2008, p.70-86.

Claude KRESS, *L'organe de facto en droit international public: réflexion sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents*, RGDIP, n°1, 2001, p.93-144.

Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, *Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international pénal*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 1, Janvier/Mars 2007, p. 156-168.

Lahra LIBERTI, *La responsabilité des entreprises en droit international: chimère ou réalité*, Forum du droit international, vol.7, n°4, 2005, p.235-280.

Michel MAHOUE, *La répression des violations du droit international humanitaire au niveau national et international*, Revue de droit international et de droit comparé, 3^{ème} trimestre 2005, p.229-273.

Jackson Nyamuya MAOGOTO, Benedict SHEEHY, *Contemporary Private Military Firms under International Law: An Unregulated "Gold Rush"*, Adelaide Law Review, vol.26, 2005, p.245-269.

Jean MARGUIN, *La privatisation des forces armées: une évolution inéluctable?*, L'Armement, n° 69, Mars 2000, p. 144-150.

Jill MARSHALL, *Torture Committed by Non-State Actors: The Developing Jurisprudence from the Ad Hoc Tribunals*, Non-State Actors and International Law, vol.5, n°3, 2005, p.171-182.

Avril McDONALD, *The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities*, Avril 2004. Publié sur le site www.asser.nl

Avril McDONALD, *Ghosts in the Machine: Some Legal Issues Concerning US Military Contractors in Irak*, In Michael N.SCHMITT, Jelena PEJIC, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 357-401.

Anne MILLET_DEVALLE, *Privatisation de la guerre et droit international humanitaire*, In Jean-Jacques ROCHE, sous la direction de, *Insécurités publiques, sécurité privée ? Essai sur les nouveaux mercenaires*, Paris : Economica, 2005, p.30-46.

Todd S. MILLIARD, *Overcoming Post Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies*, *Military Law Review*, vol. 176, n° 2, Juin 2003, p. 1-95.

Eric MONGELARD, *Corporate civil liability for violations of international humanitarian law*, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, 2006, p.665-691.

André NOLLKAEMPER, *Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.52, 2003, p.615-640.

Jelena PEJIC, *“Unlawful/Enemy Combatants”: Interpretations and Consequences*, In Michael N.SCHMITT, Jelena PEJIC, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 335-355.

Alain PELLET, *Le nouveau projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: Requiem pour le crime?*, In *Man's inhumanity to Man, Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International Humanitarian Law Series, vol.5, 2003, p.654-683.

Sarah PERCY, *Mercenaries : Strong Norm, Weak Law*, *International Organization*, vol.61, n°2, 2007, p.367-397.

Joseph R. PERLAK, *The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Implications for Contractor Personnel*, *Military Law Review*, vol.169, 2001, p.92-140.

Benjamin PERRIN, *Promoting compliance of private security and military companies with international humanitarian law*, *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n° 863, 2006, p.613-636.

Aymeric PHILIPPON, *Les idées libérales vont-elles transformer les doctrines militaires et les armées?*, colloque, *Le mercenaire et le droit*, 2003, publié sur le site de la Fondation pour la Recherche Stratégique.

Jean-François QUÉGUINER, *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Program on humanitarian policy and conflict research at Harvard University, November 2003. Disponible sur le site de l'International Humanitarian Law Research Initiative.

Natalie L. REID, *Bridging the Conceptual Chasm: Superior Responsibility as the Missing Link between State and Individual Responsibility under International Law*, *Leiden Journal of International Law*, vol.18, 2005, p.795-828.

Michael N. SCHMITT, *Contractors on the Battlefield: The US Approach*, *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, vol.7, 2007, p.264-280.

Michael N. SCHMITT, *Direct Participation in Hostilities and 21st Century Armed Conflict*, In FISCHER, H. et al, eds., *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin: BWV, 2004, p.505-529.

Michael N. SCHMITT, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, *Chicago Journal of International Law*, vol.5, n° 2, 2004, p. 511-546.

Peter Warren SINGER, *The Law Catches Up to Private Militaries, Embeds*, *DefenseTech.org*, 3 Janvier 2007. Disponible sur le site www.brookings.edu

Peter Warren SINGER, *War, Profits and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law*, *Columbia Journal of Transnational Law*, n° 42, 2004, p. 521-549.

Martina SPINEDI, *Private contractors : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite des personnes privées ?*, *Forum du droit international*, vol.7, n°4, 2005, p.273-280.

James Larry TAULBEE, *Myths, Mercenaries and Contemporary International Law*, *California Western International Law Journal*, vol. 15, n° 2, 1985, p. 339-363.

Daniel THURER, Malcolm MACLAREN, *Military Outsourcing as a Case Study in the Accountability and Responsibility of Power*, In August REINISCH,

Ursula KRIEBAUM, *The Law of International Relations*, Eleven International Publishing, 2007, p.391-413.

Tullio TREVES, *La convention de 1989 sur les mercenaires*, AFDI, vol. 26, 1990, p. 520-535.

Willem J.M. VAN GENUGTEN, *The status of transnational corporations in international public law: With special reference to the case of Shell*, In Asbjorn EIDE, Helge OLE BERGESEN, Rudolfson GOYER, *Human rights and the oil industry*, Anvers : Intersentia, 2000, p.71-89.

Alfons VANHEUSDE, *Contractor personnel in peace operations*, Revue de droit militaire et de droit de la guerre, vol.1-2, 2006, p.185-192.

Stephen I. VLADECK, *The civilianization of Military Jurisdiction*, American University Washington College of Law, Research Paper 2012-42, p.1-25.

Budislav VUKAS, *Humanitarian Intervention and International Responsibility*, In Maurizio RAGAZZI, *International Responsibility Today, essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p.235-240.

Clive WALKER, Dave WHYTE, *Contracting Out War?: Private Military Companies, Law and Regulation in the United Kingdom*, International and Comparative Law Quarterly, vol.54, 2005, p.651-690.

Kenneth WATKIN, *Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance*, 42 NYU, Journal of International Law and Politics, 2010, p.641-695.

David WEISSBRODT, Muria KRUGER, *Human Rights Responsibilities of Businesses as Non-State Actors*, In Philip ALSTON, *Non-State Actors and Human Rights*, Academy of European Law, Oxford University Press, 2006, p.315-350.

David WEISSBRODT, *Non-State entities and human rights within the context of the nation-state in the 21st century*, In Monique CASTERMANS-HOLLEMAN, Fried VAN HOOFF, Jacqueline SMITH, *The role of the nation-state in the 21st century*, Dordrecht: Kluwer, 1998, p.175-195.

David WEISSBRODT, *UN Human Rights Norms for Business*, International Law Forum, vol.7, n° 4, 2005, p. 290-297.

Mark J. YOST, Douglas S.ANDERSON, *The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: Closing the Gap*, American Journal of International Law, vol.95, 2001, p.446-454.

Valentin ZELLWEGER, David KOLLER, *Non-State Actors, International Criminal Law and the Role of the International Criminal Court*, In Stephan BREITENMOSER, Bernhard EHRENZELLER, Marco SASSOLI, Walter STOFFEL, Beatrice WAGNER PFEIFER, *Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit, Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Ed. Dike et Nomos, 2007, p.1619-1634.

Articles de journaux :

Bob Denard et les Comores, Le Nouvel Observateur, 14 Octobre 2007.

Le Soir, 5 Mai 1971.

Le Monde, 22-23 Octobre 1973.

Un ex-officier sud-africain condamné pour activités mercenaires, AFP, 13 Février 2004.

Associated Press, *Pentagon Letter Complicates Blackwater Case*, The Washington Post, 3 Février 2009.

Olivier BURGER, *Général Clément-Bollée, commandant à Lille des forces terrestres, face aux baisses d'effectif*, La Voix du Nord, 15 Septembre 2012.

Nicolas BARRE, Nicolas MADELAINE, *La guerre privatisée*, Les Echos, 29 Juin 2004.

Françoise BOUCHET-SAULNIER, *Combattants illégaux, un faux débat*, Le Monde, 30 Juin 2004.

Marie-Dominique CHARLIER, *Mercenaires d'Etat en Afghanistan*, Le Monde Diplomatique, Février 2010.

Pierre CONESA, *Modernes mercenaires de la sécurité*, Le Monde diplomatique, Avril 2003.

Alexandra GENESTE, *Le recours controversé de l'ONU aux « privés » de la sécurité*, Le Monde, 18 Juillet 2012.

Nathalie GUIBERT, *Vers un rôle accru du privé dans la défense française*, Le Monde, 16 Février 2012.

Philippe JACQUE, *L'ultralibéralisme appliqué à la guerre*, Courrier international, 25 Août 2003.

Mark MAZETTI, Emily B. HAGER, *Secret Desert Force Set Up by Blackwater's Founder*, New York Times, 14 Mai 2011.

George MONBIOT, *One Rule for Them*, The Guardian, 25 Mars 2003.

Keith ROGERS, *No court-martial for man suspected in spy plane fire*, Las Vegas Review-Journal, 23 Janvier 2009.

Gabor RONA, *War doesn't justify Guantanamo*, Financial Times, 1^{er} Mars 2004.

Charlie SAVAGE, *Bush Could Bypass New Torture Ban*, Boston Globe, 4 Janvier 2006.

Stéphanie SAVARIAUD, *L'Afrique du Sud tape sur les doigts d'un barbouze*, Libération, 2 Août 2003.

Peter Warren SINGER, *Irak, les nouveaux mercenaires*, Le Monde, 27 Mai 2004.

Rapports :

Michèle ALLIOT-MARIE, *Compte-rendu analytique officiel*, Assemblée Nationale, session ordinaire de 2002-2003, 1^{ère} séance du jeudi 3 Avril 2003.

Catherine BERGEAL, *Rapport d'audit juridique sur la direction des J.O., Transmis par le préfet, directeur des journaux officiels*, 17 Avril 2001.

Commission de Venise, *Rapport sur les entreprises militaires et de sécurité privées et sur l'érosion du monopole étatique du recours à la force*, 79^{ème} session plénière, Venise, 12-13 Juin 2009.

Conseil d'Etat, *Service public, services publics : déclin ou renouveau*, Études et documents du Conseil d'État, n° 46, La Documentation française, Avril 1995.

CUDI, *Expert Meeting on private military contractors: status and state responsibility for their actions*, Genève, Août 2005.

Department of Defense, Instruction n°3020.41, *Contractor Personnel Authorized to accompany the U.S. Armed Forces*, 3 Octobre 2005.

Field Manual: US Department of the Army, *Human Intelligence Collector Operations*, 34-52, Septembre 2005.

Leonard GAUTIER, Garine HOVSEPIAN, Ayesha RAMACHANDRAN, Ian WADLEY, Badr ZERHDOUD, *The mercenary issue at the UN commission on human rights*, International Alert, 2002.

General Account Office, Need to Strengthen Guidance and Oversight of Contingency Operations Cost, GAO-02-450, Mai 2002.

Marc JOULAUD, *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission de la défense nationale et des forces armées*, rapport n°671, 7 Mars 2003.

Memorandum from Assistant Attorney General Jay S. Bybee to Alberto R.Gonzales, Counsel to President, *Regarding the Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. § 2340-2340*, A 46, 1er Août 2002.

Christian MENARD, Jean-Claude VIOLLET, *Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées*, rapport n° 4350, 14 Février 2012.

Michel PELCHAT, *Rapport sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité mercenaire, au nom de la Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat*, rapport n°142, annexé au procès-verbal de la séance du 23 Janvier 2003.

Lou PINGEOT, *Dangerous Partnership. Private Military and Security Companies and the UN*, Global Policy Forum, Juin 2012.

Private Military Companies: Options for Regulation, Ordered by the House of Commons, 2002.

Secretary of Defense, Memorandum for Secretaries of the Military Departments, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Under Secretaries of Defense, Commanders of the Combatant Commands, OSD 02927-08, Mars 2008.

United States, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism: *Assessment of Legal, Historical, Policy and Operational considerations 21*, 4 Avril 2003.

U.S.Arms Control and Disarmament Agency, *World Military Expenditures and Arms Transfers 1995*, 1996.

Tony VAUX, Chris SEIPLE, Greg NAKANO, Koenraad VAN BRABANT, *Humanitarian Action and Private Security Companies: Opening the Debate*, International Alert, 2002.

Documents de l'Organisation des Nations Unies:

Assemblée générale, A/CN.4/490/Add.5, *Premier rapport sur la responsabilité des Etats*, 22 Juillet 1998.

Assemblée générale, A/58/817, *Rapport du Groupe de personnalités du Secrétaire général chargé d'examiner les liens entre l'ONU et la société civile*, 11 Juin 2004.

Assemblée générale, A/63/270, *Droits de l'homme et sociétés transnationales et autres entreprises*, Note du Secrétaire général, 12 Août 2008.

Assemblée générale, A/63/325, *Rapport sur la question de 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*, 25 Août 2008.

Assemblée générale, Conseil de sécurité, A/63/467 – S/2008/636, *Lettre adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies*, 6 Octobre 2008.

Assemblée générale, A/67/340, *Utilisation des mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*, 30 Août 2012.

Commission des droits de l'homme, E/CN.4/1997/24, *Rapport 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*, 20 Février 1997.

Commission des droits de l'homme, E/CN.4/1999/11, *Rapport 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*, 13 Janvier 1999.

Commission des droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, 26 Août 2003.

Commission des droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, 26 Août 2003.

Commission des droits de l'homme, E/CN.4/RES/2004/37, *Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, résolution 2004/37*, 19 Avril 2004.

Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2005/62, Rapport du Rapporteur spécial sur la question de la torture, Theo van Boven, E/CN.4/2005/62, 15 Décembre 2004.

Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2006/97, *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, 22 Février 2006.

Conseil des droits de l'homme, A/HCR/10/14, *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*, 21 Janvier 2009.

Conseil des droits de l'homme, A/HRC/15/25, *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*, 5 Juillet 2010.

Conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31, *Rapport du Représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, 21 Mars 2011.

Conseil des droits de l'homme, A/HRC/WG.10/1/2, *Projet de convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées (SMSP) présenté au Conseil des droits de l'homme pour examen et suite à donner*, 13 Mai 2011.

Groupe de contrôle pour la Somalie et l'Erythrée, S/2012/544, *Rapport sur la Somalie du Groupe de contrôle pour la Somalie et l'Erythrée présenté conformément à la résolution 2002 (2011) du Conseil de sécurité*, 13 Juillet 2012.

Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Communiqué : *Private military and security companies in Somalia need regulation, says UN expert Group*, 18 Décembre 2012.

Résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies :

Conseil de sécurité, n° 161, 21 Février 1961.

Conseil de sécurité, n° 670, 25 Septembre 1990.

Conseil de sécurité, n° 771, 13 Août 1992.
Conseil de sécurité, n° 780, 6 Octobre 1992.
Conseil de sécurité, n° 794, 3 Décembre 1992.
Conseil de sécurité, n° 808, 22 Février 1993.
Conseil de sécurité, n° 820, 17 Avril 1993.
Conseil de sécurité, n° 935, 1^{er} Juillet 1994.
Conseil de sécurité, n° 1193, 28 Août 1998.
Conseil de sécurité, n° 1483, 22 Mai 2003.
Conseil de sécurité, n° 1487, 12 Juin 2003.
Conseil de sécurité, n° 1497, 1^{er} Août 2003.

Résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies :

Assemblée générale, n° 174 (III), 17 Novembre 1947.
Assemblée générale, n° 3314 (XXIX), 14 Décembre 1974.
Assemblée générale, n° 44/34, 4 Décembre 1989.
Assemblée générale, n° 50/193, 11 Mars 1996.
Assemblée générale, n° 56/83, 12 Décembre 2001.
Assemblée générale, n° 60/47, 21 Mars 2006.

Annuaire de la Commission du droit international:

ACDI 1970, vol.II.
ACDI 1971, vol.II.
ACDI 1972, vol.II.

ACDI 1974, vol.I.

ACDI 1999, vol.II.

ACDI 2001, vol.II.

Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire dans les conflits armés :

Actes III, CDDH/SR.35.

Actes VI, CDDH/SR.35.

Actes VI, CDDH/SR.36.

Actes VI, CDDH/SR.41.

Actes XV, CDDH/369.

Documents d'autres organisations et comités :

Comité international de la Croix-Rouge, *Conférence diplomatique - résumé des travaux de la 4^e session*, Revue Internationale de la Croix-Rouge, 1977.

Comité international de la Croix-Rouge, *Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law (Second expert meeting)*, La Haye : CICR, 2004.

Comité international de la Croix-Rouge, *Guide interprétatif sur la Notion de Participation directe aux Hostilités en Droit international humanitaire*, Genève: CICR, 2009.

Commission des Communautés européennes, *Communication, E.U.Com (06) 136 final*, 22 Mars 2006.

Commission européenne des droits de l'homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, rapport du 25 Janvier 1978, Appl.n°5310/71, B23-I, p.393-394.

Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions politiques, *Les sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et l'érosion du monopole étatique du recours à la force*, Doc. 11787, 22 Décembre 2008.

Conseil de l'Europe, Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Les sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et l'érosion du monopole étatique du recours à la force*, Doc. 11801, du 27 Janvier 2009.

Conseil de l'Union européenne, *Droits de l'homme et démocratie : cadre stratégique de l'UE et plan d'action de l'UE*, 25 Juin 2012.

Institut de droit international, *Résolution Les entreprises multinationales*, Session d'Oslo, 7 Septembre 1977.

Organisation maritime internationale, *MSC.1/circ.1443, Interim guidance to private maritime security companies providing privately contracted armed security personnel on board ships in the High Risk Area*, 25 Mai 2012.

Parlement européen, Commission du développement et de la coopération, Rés.A4-0508-98, J.O. C. 104/180, *Rapport sur des normes communautaires applicables aux entreprises européennes dans les pays en développement : vers un code de conduite*, 17 Décembre 1998.

Tables de la jurisprudence citée

Juridictions internationales et organes internationaux :

Tribunal militaire international de Nuremberg :

Jugement, 30 Septembre 1946, doc.off., vol. I, p. 235.

Sentence, 1^{er} Octobre 1946, doc.off., vol. I, p. 235.

Cour Permanente de Justice Internationale :

Phosphates du Maroc (Italie c. France), arrêt du 14 Juin 1938, série A/B, n°74, p. 3.

Cour Internationale de Justice :

AVIS CONSULTATIF:

Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif du 29 Avril 1999, *Rec.*, p. 87.

ARRETS :

Affaire du Détroit de Corfou, (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt du 9 Avril 1949, *Rec.*, p.4.

Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, (États-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt du 24 Mai 1980, *Rec.*, p. 3.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 Juin 1986, *Rec.*, p. 14.

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine contre Yougoslavie), arrêt du 11 Juillet 1996 (exceptions préliminaires), Rec., p. 595.

Projet Gabčíkovo-Nagymaros, (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 Septembre 1997, Rec., p. 7.

Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, (République Démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt du 19 Décembre 2005, Rec., p.168.

Cour Pénale Internationale :

Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, décision sur la confirmation des charges, 27 Janvier 2007.

Tribunal Pénal International pour le Rwanda :

Akayesu, Chambre de première instance, 2 Septembre 1998.

Kayishema et Ruzindana, Chambre de première instance, 21 Mai 1999.

Rutaganda, Chambre de première instance, 6 Décembre 1999.

Akayesu, Chambre d'appel, 1^{er} Juin 2001.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie :

Martic, Chambre de première instance, 6 Mars 1996.

Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule », Chambre de première instance, 7 Mai 1997.

Procureur c. Zejnir Delalic et consorts (affaire Celebici), Chambre de première instance, 16 Novembre 1998.

Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule », Chambre d'appel, 15 Juillet 1999.

Cour Européenne des Droits de l'Homme :

Van der Musselle c. Belgique, arrêt du 23 Novembre 1983, série A, n° 70, req. n° 8919/80.

Costello-Roberts c. Royaume-Uni, arrêt du 25 Mars 1993, série A, n° 247-C, req. n° 13134/87.

Loizidou c. Turquie, arrêt du 23 Mars 1995, (exceptions préliminaires), série A, n°310, req. n° 15318/89.

Loizidou c. Turquie, arrêt du 18 Décembre 1996, Rec, 1996-VI, req. n° 15318/89.

Loukanov v. Bulgarie, arrêt du 20 Mars 1997, Rec, 1997-II, req. n° 21915/93.

Osman c. Royaume-Uni, arrêt du 28 Octobre 1998, Rec, 1998-VIII, req. n° 23452/94.

Chypre c. Turquie, arrêt en Grande Chambre du 10 Mai 2001, Rec, 2001-IV, req. n° 25781/94.

Ilascu et autres c. Moldova et Russie, arrêt du 8 Juillet 2004, Rec, 2004-VII, req. n° 48787/99.

Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme :

Velásquez Rodríguez v. Honduras, arrêt du 29 Juillet 1988, (Ser.C) N°4 (1988).

Cour de Justice des Communautés Européennes :

Commission c. France, aff. C-265/95, arrêt du 9 Décembre 1997, Rec. p. I-6959.

Comité des droits de l'homme :

Comité des droits de l'homme, CCPR/C/8/D/9/1977, *Edgardo Dante Santullo Valcada v. Uruguay*, Communication n° 9/1977, 26 Octobre 1979.

Comité des droits de l'homme, CCPR/C/13/D/56/1979, *Celeberti de Casariego v. Uruguay*, Communication N°56/1979, 29 Juillet 1981.

Comité des droits de l'homme, CCPR/C/39/D/195/1985, *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia*, Communication n° 195/1985, 23 Août 1990.

Comité des droits de l'homme, CCPR/C/21/Rev.1/Add.3, *Commentaire général N° 20 (44)*, 7 Avril 1992.

Comité des droits de l'homme, CCPR/C/78/D/1020/2001, *Cabal et Pasini c. Australie*, Communication n° 1020/2001, 7 Août 2003.

Comité des droits de l'homme, A/58/40 (vol. II), *Communication No.1020/2002, Cabal et Pasini c. Australie*, 1^{er} Novembre 2003.

Jurisprudence arbitrale :

Commission générale des réclamations Etats-Unis/Mexique :

Thomas H. Youmans v. United Mexican States, 23 Novembre 1926, R.S.A., vol. IV, p. 110.

Commission des réclamations France/ Mexique :

Estate of Jean-Baptiste Caire v. United Mexican States, 7 Juin 1929, R.S.A., vol. V, p. 516.

Tribunal arbitral Iran – Etats-Unis :

Alfred L.W. Short v. Islamic Republic of Iran, 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 76, 1987.

Rankin v. Iran, 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 135, 1987.

Yeager v. Islamic Republic of Iran, 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, 1987.

Juridictions nationales :

Tribunal militaire américain de Nuremberg :

Pohl et autres, 3 Novembre 1947, ILR vol.14, p.290.

Alstotter et autres, 4 Décembre 1947, ILR, vol.14, p.278.

Flick et autres, 22 Décembre 1947, ILR, vol.14, p.266.

List et autres, 19 Février 1949, ILR vol.15, p.652.

Etats-Unis :

Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1, 1942.

Estep v. United States, Cour Suprême, 1946.

Reid v. Covert, U.S. 1, 1957.

United States v. Averette, 19 U.S.C.M.A. 363, 1970.

Filartiga v. Pena-Irala, 630 F2d 876 (2d Cir.), 1980.

United States v. Bank of New England, 821 F2d 844 (1st Cir.), 1987.

Kadic v. Karadzic, 70F.3d232 (2d Cir.), 1995.

Doe I v. Unocal Corp., 963 F.Supp.880, 883 (C.D.Cal.), 1997.

Bridgeway Corp. v. Citibank, 201 F 3d 134 (2d Cir), 2000.

Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932, (9th Cir.), 2002.

Wiwa v. Royal Dutch Shell Petroleum (Shell), US District Court for the Southern District of New York, 2002.

The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc, Republic of Sudan, 244 F Supp. 2d289 (SDNY), 2003.

In re South African Apartheid Litigation, 346 F.Supp.2d 538 (S.D.N.Y.), 2004.

Rasul v. Bush, 542 U.S 466, 2004.

Sosa v. Alvarez Machain, 542 U.S.692, 2004.

The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy Inc, Republic of Sudan, Action 01 CV 9882 (AGS), US District Court for the Southern District of New York, 2005.

Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 2006.

Ibrahim v. Titan Corporation, 556 F.Supp.2d1, 2007.

Jama et al. V. Esmor Correctional Services, Inc., US Dist. LEXIS 45706, (D.N.J.), 2007.

Al Odah v. United States, 553 U.S., 2008.

United States v. Ali, N°20080559, Slip op. (A.Ct.Crim.App.), 2011.

United States v. Ali, 70 M.J. 514, 515–17 (C.A.A.F.), 2011.

United States v. Ali aff'd on other grounds, 71 M.J. 256 (C.A.A.F.), 2012.

France :

Tribunal correctionnel de Paris, 4 Juin 2008.

Royaume-Uni :

Tesco v. Natrass, AC 153, HL, 1972.

Ngobo et al. v. Thor Chemicals Holdings, TLR 579, 1995.

Afrika et al. v. Cape, 139 (CA), 1999.

Lubbe v. Cape Plc, International Litigation Procedure 113 (CA), 1999.

Sithole et al. v. Thor Chemicals Holdings, TLR 110, 1999.

Lubbe et al. v. Cape, 1 WRL 1545, 2000.

Index

- Article 47 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949
16, 26, 29, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 49, 54, 56, 62,
81, 83, 85, 110, 249
- Assemblée générale des Nations Unies.....34, 37, 51, 155, 191, 255, 256
- Blackwater, Xe Services, Academi.....21, 164, 234, 244, 245, 357
- Combattant illégal26, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 110, 199
- Conseil de sécurité14, 145, 156, 160, 161, 191, 280
- Cour internationale de justice 149, 259, 261, 269, 271, 275, 276, 279, 280,
282, 285, 292, 293, 297, 304, 305, 307, 312
- Cour pénale internationale 81, 145, 147, 150, 151, 154, 155, 156, 157,
158, 159, 160, 161, 162, 191, 195, 196, 228, 238, 282, 283
- Document de Montreux.....164, 188, 322, 362, 377, 380
- Droits régaliens 268, 316, 317, 318
- Participation directe aux hostilités 42, 61, 76, 83, 110, 111, 114, 115, 116,
117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 132,
133, 134, 135, 144, 199, 298, 355, 369
- Prisonnier de guerre 30, 31, 32, 33, 37, 38, 39, 47, 49, 59, 96, 98, 101,
102, 104, 108, 109, 110, 111, 136, 139, 141, 247, 248, 249, 299, 324,
355

Société militaire privée 18, 64, 90, 91, 92, 162, 175, 179, 188, 189, 233, 236, 267, 347, 348, 349, 350, 355, 357, 358, 367

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie 113, 191, 192, 193, 195, 276, 279, 280, 281, 282, 283, 293

Organisation de l'Unité Africaine 16, 29, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 56, 59, 60, 62, 81, 87

Table des matières

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES UTILISES.....	4
INTRODUCTION GENERALE	9
PARTIE I : LE DROIT APPLICABLE AUX PERSONNES PRIVEES PARTICIPANT A DES OPERATIONS	
MILITAIRES.	24
TITRE I : LE STATUT DES MERCENAIRES ET DES EMPLOYES DE SOCIETES MILITAIRES PRIVEES	26
<i>Chapitre 1 : Des réglementations internationales et nationales peu adéquates à la définition du statut des employés des sociétés militaires privées.</i>	<i>28</i>
Section 1 : Les Conventions internationales relatives au mercenariat, une approche occultant les sociétés militaires privées.	29
§1 : De la Convention de La Haye de 1907 à l'article 47 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977	29
§2 : La Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977.....	43
§3 : La Convention internationale de l'Organisation des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, du 4 décembre 1989.	51
Section 2 : Les lois nationales relatives au mercenariat et aux sociétés militaires privées, indicatrices de bonne volonté de la part des Etats mais inefficaces en pratique.	63
§1 : Des législations sud-africaines et américaine applicables aux sociétés militaires privées.....	64
§2 : Des législations françaises et britanniques cantonnées aux mercenaires dits « traditionnels ».78	
<i>Chapitre 2 : La définition du statut des employés des sociétés militaires privées.</i>	<i>93</i>
Section 1 : Le statut envisageable pour les employés des sociétés militaires privées.	93
§1 : Les employés des sociétés militaires privées, combattants au sens du droit international ?.....	94
§2 : La qualité de civils des employés des sociétés militaires privées.	107
Section 2: Les conséquences du statut des employés des sociétés militaires privées quant à leurs droits.	110
§1 : La définition de la participation directe aux hostilités.	111
§2 : Les difficultés inhérentes à la notion de participation directe aux hostilités.	126

TITRE II : LA RESPONSABILITE DES EMPLOYES DES SOCIETES MILITAIRES PRIVEES PARTICIPANT A DES OPERATIONS MILITAIRES.....	145
<i>Chapitre 1 : La possibilité de poursuivre les individus en droit international.</i>	147
Section 1 : L'individu, responsable en droit international	147
Section 2 : La compétence de la Cour pénale internationale à l'égard des employés des sociétés militaires privées.	154
<i>Chapitre 2 : Les possibilités de poursuites des employés des sociétés militaires privées offertes par les législations nationales actuelles.</i>	164
Section 1 : Les poursuites possibles devant les juridictions américaines.....	166
Section 2 : Les poursuites possibles à l'encontre du supérieur hiérarchique	188
CONCLUSION DE LA PARTIE I	198
PARTIE II : L'IMPUTABILITE AUX PERSONNES MORALES DES ACTES DE PERSONNES PRIVEES PARTICIPANT A DES OPERATIONS MILITAIRES.	201
TITRE I : LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITE DES SOCIETES MILITAIRES PRIVEES, PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE.....	203
<i>Chapitre 1 : Le débat relatif à la responsabilité des entreprises privées.</i>	205
Section 1: La prise en considération des entreprises privées en droit international.	205
§1 : La définition des entreprises.....	205
§2 : La place des entreprises en droit international	208
Section 2: La responsabilité des entreprises en droit international.....	212
§1 : Les instruments permettant de retenir la responsabilité des entreprises en droit international.	212
§2 : Les limites à l'application du droit international aux entreprises.	228
<i>Chapitre 2 : La responsabilité civile et pénale des entreprises privées.</i>	232
Section 1 : La responsabilité civile des entreprises	232
§1 : Les poursuites civiles sur le fondement de l'Alien Tort Claims Act.....	232
§2 : Les limites de l'Alien Tort Claims Act	241
Section 2 : La responsabilité pénale des sociétés militaires privées.	246
§1 : La responsabilité des entreprises pour leurs propres actes.....	246
§2 : La responsabilité des entreprises pour le fait d'autrui	250
TITRE II : LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT, PERSONNE MORALE DE DROIT PUBLIC.	254
<i>Chapitre 1 : L'application d'un critère organique, relatif à la qualité d'agents de fait ou de droit de l'État.</i>	255
Section 1 : La responsabilité internationale de l'État pour des faits commis par des personnes privées	256

§1 : La responsabilité de l'État pour les actes de ses agents de droit et pour les actes des personnes ou entités privées exerçant des prérogatives de puissance publique.	260
A) La responsabilité de l'État pour les actes de ses agents de droit.	260
B) La responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées exerçant des prérogatives de puissance publique.	264
§2 : La responsabilité de l'État pour les actes des agents de fait.	268
A) Le critère du contrôle effectif défendu par la Cour internationale de Justice.	269
B) Le critère du contrôle global appliqué par les juridictions régionales et pénales.	277
Section 2 : La responsabilité internationale de l'État pour des faits commis par les employés des sociétés militaires privées.	285
§1 : Les circonstances permettant la mise en œuvre de la responsabilité des États pour les actes des employés des sociétés militaires privées.	287
A) La responsabilité de l'État pour les actes des employés des sociétés militaires privées qui exercent des prérogatives de puissance publique.	287
B) La responsabilité de l'État pour les actes des employés de sociétés militaires privées qu'il a ordonnés ou contrôlés.	291
§2 : Les États dont la responsabilité peut être retenue pour les actes des employés des sociétés militaires privées, et leurs obligations.	294
A) Quel est l'État dont on peut retenir la responsabilité ?	294
B) Les obligations des États envers les actes des personnes privées.	300
<i>Chapitre 2: Un critère matériel permettant de retenir la responsabilité de l'État pour les actes des personnes privées participant à des opérations militaires.</i>	<i>316</i>
Section 1 : La difficile définition de la notion de « droits régaliens ».	316
§1 : Les fonctions régaliennes : une notion évolutive difficile à préciser.	317
A) Les évolutions historiques de la notion de « droits régaliens »	317
B) Les fonctions régaliennes et les notions connexes.	326
§2 : Les services publics constitutionnels : une nouvelle forme de droits régaliens ?	333
A) Le service public constitutionnel, une notion récente.	333
B) Les limites de la notion de service public constitutionnel.	341
Section 2 : Un encadrement plus sévère des activités des sociétés militaires privées et des contrats passés avec les États.	346
§1 : La nécessité d'un système de contrôle des activités des sociétés militaires privées.	346
A) La nécessité de mettre en place un système de contrôle national.	347
B) La nécessité de mettre en place un système de contrôle international.	351
§2 : Des conditions plus strictes pour les contrats conclus entre les États et les sociétés militaires privées.	353
A) Des contrats entre les États et les sociétés militaires privées davantage encadrés.	354

B) Vers une convention internationale règlementant les activités des sociétés militaires
privées ? 360

CONCLUSION GÉNÉRALE	375
ANNEXES.....	386
BIBLIOGRAPHIE	408
TABLES DE LA JURISPRUDENCE CITEE	425
INDEX.....	432
TABLE DES MATIERES	434

La participation de personnes privées à des opérations militaires. Aspects juridiques

Résumé

La participation de personnes privées à des opérations militaires n'est pas récente et s'est longtemps illustrée par le phénomène des mercenaires, mais elle a pris beaucoup d'ampleur depuis les années 1990 et le recours à des sociétés militaires privées.

Ces sociétés se voient confier des tâches qui ne sont pas directement liées au cœur de métier des armées étatiques, mais certaines d'entre elles peuvent concerner des prestations armées.

Le recours à des personnes privées dans le cadre d'opérations militaires soulève de nombreuses difficultés juridiques. Il est en effet essentiel de déterminer le droit qui est applicable à ces personnes, qu'elles soient qualifiées de mercenaires ou qu'il s'agisse d'employés de sociétés militaires privées. La définition de leur statut est quant à elle fondamentale afin d'examiner la possibilité de retenir leur responsabilité en cas de nécessité.

La question de la responsabilité des sociétés militaires privées elles-mêmes est également posée, tout comme celle, primordiale, de la responsabilité des Etats qui emploient de telles sociétés.

Mots-clés : mercenaires, sociétés militaires privées, responsabilité des individus, responsabilité des entreprises, responsabilité des Etats.

Résumé en anglais

Private persons whether individuals or legal entities have always taken part in military operations and the best and most famous example was the one of mercenaries. But, since the 1990's, this participation has been renewed by the increasing activity of the private military companies.

These companies have contracts for various tasks and some of them are directly linked to armed missions.

The participation of private entities in military operations raises a lot of legal questions. It is necessary to ascertain the law which will apply to them, whether they are mercenaries or employees of private military companies. The definition of their status is also crucial in order to determine the liability for their acts.

Several fundamental questions arise not only as far the liability of these companies is concerned but also, and perhaps even more, as far as the liability of States employing these companies is concerned.

Key words: mercenaries, private military companies, individual liability, corporate liability, State liability.