

Les entreprises militaires et de sécurité privées

Les enjeux d'une qualification incertaine en droit international humanitaire

Mémoire réalisé par
Mariama Fall

Promoteur(s)
Raphaël Van Steenberghe

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier mon promoteur, le Professeur Raphaël VAN STEENBERGHE, pour ses précieux conseils et sa disponibilité tout au long de ce projet.

Je remercie également l'École Pratique des Hautes Études Commerciales ainsi que l'Université Catholique de Louvain pour l'apprentissage hors normes de la science juridique et l'intérêt pour celle-ci qu'elles ont pu m'apporter.

Ensuite, je remercie mes parents, et tout particulièrement ma mère pour son soutien inconditionnel, sa force et son courage qu'elle est parvenue à me transmettre de par une éducation irréprochable. Par ailleurs, je remercie ma sœur ainsi que mon frère qui garde un œil bienveillant sur moi depuis les cieux pour leur patience et compréhension.

Enfin, je remercie mes plus proches amis ainsi que certaines camarades qui ont toujours eu confiance en moi et m'ont épaulée toutes ces années d'études.

« The art of war is of vital importance to the state. It is a matter of life and death, a road either to safety or to ruin. Hence it is a subject of inquiry which can on no account be neglected »¹.

- Sun TZU, *The Art of War*

¹ S. TZU, *The Art of War*, traduction anglaise par L. GILES, 554 BCE – 496 BCE.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

INTRODUCTION	1
PARTIE I - DÉFINITION ET STATUTS JURIDIQUES EXISTANTS	5
CHAPITRE 1 : DÉFINITION D'UNE ENTREPRISE MILITAIRE ET DE SÉCURITÉ PRIVÉE	5
Section 1. En Droit international humanitaire	5
§ 1 ^{er} . Dans le document de Montreux	5
§ 2. Dans la doctrine	6
Section 2. En droit national	8
CHAPITRE 2 : MERCENAIRES, COMBATTANTS OU CIVILS ?	11
Section 1. Le mercenaire	11
Section 2. Le statut de combattant	16
§ 1. Incorporation de jure	16
§ 2. Incorporation de facto	18
§ 3. Théorie des « combattants illégaux »	22
Section 3. Le statut de civil	24
§ 1. Les personnes civiles accompagnant les forces armées	24
§ 2. Les civiles faisant partie de la population civile	26
PARTIE II – LES RESPONSABILITÉS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ENGAGÉES	28
CHAPITRE 1. LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT	28
Section 1. Dans le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite	28
§ 1. En raison de la qualification d'organes de l'État	28
§ 2. En raison de l'exercice de prérogatives de la puissance publique	30
§ 3. En raison du suivi des instructions ou du contrôle de l'État contractant	31
Section 2. Dans le document de Montreux	34
§ 1. Obligation de respecter le droit international	34
§ 2. Obligation de respecter et de faire respecter le DIH	35
§ 3. Obligation de respecter et faire respecter les droits de l'homme	37
§ 4. Obligation d'enquêter et de poursuivre pénalement	39
§ 5. Responsabilité particulière à l'égard des États contractants	40

CHAPITRE 2. LA RESPONSABILITÉ NON ÉTATIQUE	42
Section 1. La responsabilité de l'entreprise	42
§ 1. <i>En tant que personne morale</i>	42
§ 2. <i>Des supérieurs hiérarchiques</i>	44
Section 2. La responsabilité individuelle de l'employé	45
§ 1. <i>La responsabilité pénale</i>	45
§ 2. <i>La responsabilité civile</i>	47
PARTIE III – METHODES DE REGULATION DES EMSP	48
CHAPITRE 1. L'INTERVENTION DU DROIT	48
Section 1. Au niveau national	48
Section 2. Au niveau international	49
§ 1. <i>Le document de Montreux</i>	49
§ 2. <i>Projet de Convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées</i>	51
§ 3. <i>Résolutions du Parlement Européen</i>	52
CHAPITRE 2. L'AUTORÉGULATION	54
Section 1. Les premières associations d'autorégulation	54
Section 2. Le code de conduite International des entreprises de sécurité privées	55
CHAPITRE 3. PISTES DE SOLUTION	57
Section 1. Responsabilité automatique de l'État contractant : l'utopie ?	57
Section 2. Responsabilité efficace des entreprises	58
Section 3. Renforcement des mesures nationales	60
CONCLUSION	63
BIBLIOGRAPHIE	66

LISTE DES ABRÉVIATIONS

BAPSC	British Association of Private Security Companies
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CPI	Cour pénale internationale
DH	Droits de l'Homme
DIH	Droit International Humanitaire
EMSP	Entreprises militaires et de sécurité privées
ICOC	Code de conduite International des entreprises de sécurité privées
ICOCA	Association du Code de Conduite international des entreprises de sécurité privées
ISOA	International Stability Operations Association
MCF	Military consulting firms
MPF	Military providing firms
MSF	Military support firms
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique nord
PA I	Protocole Additionnel I aux Conventions de Genève
PA II	Protocole Additionnel II aux Conventions de Genève
POW	Statut du prisonnier de guerre (Prisoner of war)
PSCAI	Private Security Company Association of Iraq
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie

INTRODUCTION

Perçus par l'opinion publique comme les mercenaires des temps modernes, les entreprises militaires et de sécurité privées (ci-après « EMSP ») ne sont pas un phénomène nouveau. Déjà lors de la guerre des Cent Ans (1337 à 1453), il apparaissait une première forme de mercenariat dénommée les *Condottieri*. Engagé par un État par contrat, un *Condottiere* recevait un budget pour recruter des hommes et les préparer au combat².

Un premier essor de ces entreprises vint avec la naissance des empires coloniaux vers le XVII^e siècle. Afin d'asseoir leur puissance coloniale, des pays tels que la Grande-Bretagne ou les Pays-Bas installèrent des compagnies sur leurs comptoirs commerciaux le temps que ceux-ci deviennent des colonies à part entière³.

Il faudra attendre le XX^e siècle pour que le mercenariat connaisse son nouvel âge d'or avec l'apparition des guerres de décolonisation. Des entreprises telles que *DynCorp* ou *Vinell Corporation* étaient devenues assez structurées pour exécuter des contrats dans des domaines de construction de base militaire ou de génie civil, jusqu'à accomplir des tâches militaires telle la livraison d'armes⁴.

Puis, avec la chute de l'Union soviétique en 1991, certaines républiques ont dû faire appel à des entreprises militaires privées suites à des lacunes opérationnelles pour repousser des armées envahissantes, comme la Croatie par exemple qui a pu reconquérir la république serbe de Krajina en seulement cinq mois grâce au contrat qu'elle avait passé avec la *Military Professional Resources Incorporated* ⁵.

Ce sera toutefois la guerre de 2004 en Irak, déclenchée à la suite des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, qui braquera les EMSP sous les projecteurs des médias. Depuis, ces entreprises sont considérées comme de véritables acteurs incontournables de la

² P. DE GENDT, « Les sociétés militaires privées, une nouvelle superpuissance », *S.I.R.E.A.S.*, Bruxelles, mai 2013, p. 3.

³ *Ibid.*, p. 4.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

géopolitique actuelle. En 2006, l'on recensait 181 EMSP sur le sol irakien comptant 48 000 employés⁶.

Prenant davantage de place sur la scène internationale, les EMSP sont régulièrement recrutées par des Etats mais également par des organisations internationales telles que l'OTAN ou les Nations Unies pour faire face à la tendance croissante des guerres privées⁷.

Le recours à ces entreprises offre plusieurs avantages. En effet, la privatisation des forces militaires et de sécurité permet de contourner le contrôle démocratique puisque la matière relève du droit commercial et non plus de la défense nationale⁸. Partant, l'État ne doit pas informer la population de leur existence ou des opérations qu'il leur mandate, et il pourra surtout évacuer la question de la responsabilité⁹. Qui plus est, l'utilisation d'entreprises militaires privées permet aux grandes puissances d'exercer une influence géopolitique et de diminuer l'envoi de troupes sur place ainsi que minimiser les pertes humaines officielles, le personnel de ces entreprises n'étant pas pris en considération dans le décompte¹⁰.

Cette situation, bien qu'étant favorable aux Etats, s'entoure d'un flou juridique quant à la qualification des employés de ces entreprises. En effet, il n'existe aucun instrument juridique international délimitant leur statut en droit international humanitaire (ci-après « DIH »). Dès lors, ces employés ne peuvent préalablement savoir de quelles garanties ils bénéficient. Ce même flou crée également des interrogations au niveau de la responsabilité en cas de violation aux droits de l'homme (ci-après « DH ») ou au DIH. Ce point est d'autant plus important que les éventuelles victimes de ces atteintes doivent pouvoir savoir vers quelle personne elles peuvent se tourner pour obtenir réparation.

⁶ Etats-Unis, Government Accountability Office, Rebuilding Iraq: Actions Still Needed to Improve Use of Private Security Providers, Témoignage devant le Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations, Committee on Government Reform, 13 juin 2006, GA0-06-865T, p. 2, disponible sur <http://www.gao.gov/new.items/d06865t.pdf> (consulté le 6 août 2018).

⁷ J. GAUTHIER-MONGEON, « Quelle place occupe le marché des sociétés militaires privées dans le cadre des conflits armés ? », *Revue l'Esprit libre*, 16 juillet 2016, disponible sur <http://revuelespritlibre.org/quelle-place-occupe-le-marche-des-societes-militaires-privées-dans-le-cadre-des-conflits-armes> (consulté le 6 août 2018).

⁸ R. COMBELLES, « La dangereuse privatisation des forces militaires et de sécurité », *C.N.A.P.D.*, 15 décembre 2016, disponible sur <http://www.cnagd.be/dangereuse-privatisation-forces-militaires-de-securite/> (consulté le 5 mai 2017).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ D. LAGARDE, « Afghanistan, Irak: des guerres très privées » *L'express*, 24 mai 2010, disponible sur https://www.lexpress.fr/actualite/monde/afghanistan-irak-des-guerres-tres-privées_894324.html (consulté le 6 août 2018).

Par conséquent, l'objectif de ce mémoire consiste à identifier le statut du personnel de ces entreprises en temps de conflit armé afin de pouvoir déterminer les règles applicables en termes de responsabilité. Par souci d'économie et de pertinence, nous nous focaliserons sur la relation entre les Etats et les entreprises, laissant les organisations internationales et d'autres acteurs privés pour mémoire.

Pour ce faire, il faudra d'abord définir ce qui se dissimule derrière la notion d'EMSP et identifier les différents statuts existants en DIH auxquels le personnel de ces entreprises pourrait être assimilé (Première partie). En second lieu, les différentes responsabilités susceptibles d'être engagées à l'occasion de violations de droit international par ces employés seront passées en revue (deuxième partie). Enfin, l'ultime partie du travail consistera à discuter des méthodes de régulation déjà mises en place et déterminer si d'autres solutions pourraient éventuellement être pensées pour pallier à l'enjeu actuel (Troisième partie).

PREMIERE PARTIE

DÉFINITION ET STATUTS EXISTANTS

CHAPITRE 1. DÉFINITION D'UNE ENTREPRISE MILITAIRE ET DE SÉCURITÉ PRIVÉE

Dans ce premier chapitre, nous verrons la définition des EMSP telle qu'elle est prévue en DIH (Section 1) ainsi qu'en droit belge (Section 2).

Section 1. En droit international humanitaire

§ 1. Dans le document de Montreux

Les entreprises militaires et de sécurité privées sont définies par le document de Montreux comme étant des « *entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et/ ou de sécurité. Les services militaires et /ou de sécurité comprennent en particulier la garde armée et la protection de personnes et d'objets tels que les convois, les bâtiments et autres lieux ; la maintenance et l'exploitation de systèmes d'armement ; la détention de prisonniers ; et le conseil ou la formation des forces locales et du personnel de sécurité local* »¹¹.

Ce document, bien que n'ayant pas de force contraignante, constitue le premier résultat d'un véritable dialogue interétatique. Celui-ci permet l'ouverture d'un projet de convention relative aux EMSP¹².

Il est important de noter que cette définition ne fait aucune mention des opérations de combat auxquelles participent parfois ces entreprises. Une partie de la doctrine opère toutefois une distinction entre les entreprises militaires privées et les entreprises de sécurité privées en fonction des services qu'elles offrent¹³.

¹¹ 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 dans les conflits armés du 17 septembre 2008, déclaration 1.

¹² A. PIRAUX et L. WILKIN, « Introduction. L'avenir de l'armée belge : quelle viabilité et crédibilité ? », *Pyramides*, [En ligne], 21/2011, disponible sur <https://journals.openedition.org/pyramides/781>. (consulté le 7 juillet 2018)

¹³ *The Foreign and Commonwealth Office, Private Military Companies: Options for Regulations*, HCP 577, London: The Stationary Office Limited, 2002, p. 4.; J. L. TAULBEE, « The privatisation of Security: Modern Conflict, Globalisation and Weak States », *Civil wars*, Franck Cass, Volume 5, Summer 2002, Number 2, p. 3.

En effet, certaines peuvent être actives en combat alors que d'autres, et la majorité d'ailleurs, ne se livrent qu'à des missions de consultance et de soutien¹⁴.

§ 2. Dans la doctrine

L'auteur Peter WARREN SINGER était d'ailleurs le premier à proposer trois catégories distinctes d'EMSP¹⁵ :

1) Les *Military provider firms* (ou « MPF »)

Ces sociétés sont celles qui combattent et dont leurs activités s'apparentent très fortement à celles des forces armées. Leurs employés combattent activement les forces de la Partie adverse¹⁶. Elles sont souvent présentes dans des pays où l'armée n'est pas suffisamment puissante pour combattre seule face à l'ennemi. On pense dès lors à certains pays d'Afrique tel le Sierra Leone qui repoussa des rebelles à l'entrée de sa capitale Freetown grâce à des sociétés comme *Executive Outcomes*. Elles interviennent souvent lorsqu'il faut faire face à une attaque imminente¹⁷.

2) Les *Military consulting firms* (ou « MCF »)

La deuxième catégorie de EMSP n'est pas considérée comme participant aux opérations de combat. Elles ont pour vocation de prodiguer des conseils tactiques, de former les soldats et de restructurer les armées. Bien qu'elles n'interviennent pas directement dans le combat, leur rôle dans celui-ci demeure tout de même indirect. Les États qui font appel à ces sociétés sont ceux qui ont besoin de restructurer leur armée et de la rendre plus efficiente¹⁸. On pense par exemple à l'armée croate lors de la guerre de Croatie entre 1991 et 1995 qui n'était pas correctement formée et qui a donc recouru aux services de la société *Military Professional Resources Incorporated* afin d'éviter de nouvelles défaites¹⁹. Suite à l'intervention de cette société, les Croates ont aisément battu l'armée serbe, ce qui en a fait douter plus d'un sur le rôle prétendument passif de cette société dans le conflit²⁰.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ P. W. SINGER, « Corporate Warriors : The Rise of the Privatized Military Industry and Its Ramifications for International Security », *International Security*, Vol. 26, No.3 (Winter 2001-2002), pp. 186 à 220.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.* Voy. également cet article sur les actions du MPRI qui repoussa plus de 150 000 Serbes en moins d'un mois : <https://www.globalsecurity.org/intell/ops/croatia.htm> (consulté le 9 juillet 2018)

²⁰ J. CILLIERS and I. DOUGLAS, « The Military as Business: Military Professional Resources, Incorporated », in *Cilliers, and Mason*, édition Peace, Profit or Plunder? The privatization of Security in War-Torn Africa. South Africa: The Institute for Security Studies, 1999, pp 111 à 113.

3) Les *Military support firms* (ou « *MSF* »)

Cette dernière catégorie de société privée propose essentiellement des services de soutien logistique, de transport, d'approvisionnement et de technique. Les États ou organisations y recourent dans le cadre d'interventions de longue durée. C'est dans ce secteur d'activité que les EMSP sont les plus nombreuses et elles s'occupent généralement de tâches de second rang, c'est-à-dire de tâches qui ne relèvent pas directement des obligations de l'armée²¹.

En exemple, lors de la guerre du Kosovo (de 1989 à 1999), les États-Unis engagèrent la société *Kellogg, Brown & Root* pour construire un camp de réfugiés, mais également pour soutenir l'armée sur place (troupes américaines et de l'OTAN) qui nécessitait du ravitaillement ou encore de la maintenance des armes et véhicules²².

À l'heure actuelle, cette distinction tombe peu à peu en désuétude au vu des nombreux cas démontrant que cette typologie n'est plus aussi pertinente. En effet, de multiples situations démontrent ou tendent à laisser penser que des sociétés qui initialement n'offraient que des services de consultance ou de soutien se retrouvent parfois dans la première catégorie d'EMSP, c'est-à-dire celles étant impliquées dans des missions de combat. Et ce parfois même quand l'intention de détourner leur objet social n'y est pas. L'on pourrait par exemple penser au cas de figure dans lequel le personnel d'une société de soutien fasse l'objet d'une attaque armée. Si elle venait à répondre à celle-ci, *quid* de son objet social? La société devient-elle une MPF ?

²¹ P. W. SINGER, *op. cit.*, p. 202.

²² T. DAVIS, « Controlling Contract Costs in the Balkans », *Professional Bulletin of United States Army Logistics*, vol. 37, issue 6, November-December 2005, disponible sur http://www.alu.army.mil/alog/issues/NovDec05/contact_costs.html (consulté le 9 juillet 2018).

Section 2 : En droit national

En droit belge, il n'existe pas de définition à proprement parler. Toutefois, la loi du 10 avril 1990 (dite « Loi Tobback ») réglementant la sécurité privée et particulière assimile les ESMP aux entreprises de gardiennage :

« Est considérée comme entreprise de gardiennage au sens de la présente loi, toute personne morale ou physique exerçant une activité consistant à fournir à des tiers, de manière permanente ou occasionnelle, des services de :

1° surveillance et protection de biens mobiliers ou immobiliers;

2° protection de personnes;

3° a) surveillance et/ou protection du transport de biens;

b) transport d'argent ou de biens déterminés par le Roi, autres que de l'argent, qui, en raison de leur caractère précieux ou de leur nature spécifique, peuvent faire l'objet d'une menace;

c) gestion d'un centre de comptage d'argent;

d) approvisionnement, surveillance lors d'activités aux distributeurs automatiques de billets et activités non surveillées aux distributeurs automatiques de billets si un accès aux billets ou cassettes d'argent est possible;

4° gestion de centraux d'alarme;

5° surveillance et contrôle de personnes dans le cadre du maintien de la sécurité dans des lieux accessibles ou non au public ;

6° réalisation de constatations, se rapportant exclusivement à la situation immédiatement perceptible de biens se trouvant sur le domaine public, sur ordre de l'autorité compétente ou du titulaire d'une concession publique;

7° accompagnement de groupes de personnes en vue de la sécurité routière ;

8° accompagnement de véhicules exceptionnels en vue de la sécurité routière »²³.

Les activités susmentionnées s'apparentent fortement à celles se trouvant dans le document de Montreux. De plus, à l'instar du document susmentionné, cette disposition ne fait pas de mention aux opérations de combat non plus.

²³ Article 1, §1 de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière.

Toutefois, a contrario du DIH, il existe une disposition légalement contraignante en droit belge, et qui plus est d'ordre public²⁴, qui définit les entreprises de sécurité privées et les activités qu'elles sont autorisées à entreprendre. Cette loi définit également les conditions et procédures de recrutement comme agent de gardiennage. Ceci signifie que toute personne exerçant une des activités susmentionnées se verra entrer dans le champ d'application de la loi et sera subordonnée à un régime spécifique²⁵.

Cependant, là où le bât blesse c'est qu'il existe également une loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées. En effet, comme a pu le signaler Hugo VAN DIENDEREN, un parlementaire fédéral en 1998 dans une question qu'il adressa au ministre de l'Intérieur en fonction à cette époque, ces entreprises privées bénéficiaient déjà à l'époque d'une dérogation à la loi sur l'interdiction des milices privées²⁶.

En effet, l'article 1^{er} de cette dernière loi prévoit que :

« Sont interdites toutes milices privées ou toute autre organisation de particuliers dont l'objet est de recourir à la force, ou de suppléer l'armée ou la police, de s'immiscer dans leur action ou de se substituer à elles ».

Cependant, force est de constater qu'au fil du temps, les EMSP sont devenues des entreprises privées qui veillent à la protection de biens ainsi que de personnes, qui se voient de plus en plus attribuer des fonctions appartenant à la police et qui dans certains cas, peuvent même porter des armes²⁷. C'est ainsi que la dérogation à l'interdiction de milice privée au profit des entreprises de gardiennage et de sécurité privée visées par la loi de 1990 fut insérée dans le texte concerné par une loi de 2004²⁸. Depuis, le transfert de prérogatives ne cesse de s'accroître.

²⁴ Article 1, § 12 de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière.

²⁵ Voir la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière.

²⁶ Question n° 0774 de H. VAN DIENDEREN du 5 janvier 1998, disponible sur <https://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=qrva&language=fr&cfm=qrvaXml.cfm?legislat=49&dosierID=49-b119-04-0774-1997199803181.xml> (consultée le 10 juillet 2018)

²⁷ Sur le port d'armes, voir l'article 8, § 2 de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière ainsi que loi du 16 janvier 2013 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la piraterie maritime qui autorisent toutes deux le port d'armes dans certaines circonstances.

²⁸ Loi du 7 mai 2004 modifiant la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, les entreprises de sécurité et les services internes de gardiennage, la loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées et la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé.

En effet, une nouvelle loi fut adoptée le 2 octobre 2017 afin d'octroyer davantage de fonctions aux entreprises de gardiennage. Désormais, ces entreprises peuvent également effectuer des « sweepings » (c'est-à-dire des fouilles préventives de biens immobiliers ou mobiliers à la recherche d'armes, d'appareils d'espionnage, de drogues, ou d'explosifs) et se fournir de moyens de sécurité techniques (tels des drones, des chiens pisteurs, des véhicules de commando ou des systèmes de caméras mobiles) avec opérateurs²⁹.

In fine, en DIH, le document de Montreux définissant ces EMSP n'est qu'un acte de *soft law* n'ayant pas de force contraignante. Ainsi, toute entreprise qui exerce les activités listées à dans la première déclaration est en principe soumise au DIH, mais sans réel pouvoir de contrainte au vu de la nature du document. De plus, rien dans la définition des EMSP ne spécifie sous quel statut leur personnel tombe. Dès lors, comment savoir quelles règles du DIH leur est applicable ?

Quant au droit belge, quand bien même il existerait une disposition légale contraignante, le constat demeure identique. Le droit interne s'applique à ces entreprises, mais il n'est fait aucune mention du statut que son personnel occupe en droit international, de manière à pouvoir davantage nous éclairer sur le sujet. C'est ainsi qu'il faudra donc passer en revue les différents statuts existants afin de déterminer dans quelle mesure les EMSP s'y rapprochent ou s'y confondent.

²⁹ Article 3 de la loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière.

CHAPITRE 2 : MERCENAIRES, COMBATTANTS OU CIVILS ?

Les quatre Conventions de Genève, les Protocoles additionnels à ces conventions ainsi que la Convention de la Haye ne reconnaissent que trois catégories de personnes – mercenaires, combattants et civils – comme sujets de DIH bénéficiant de droits ou susceptibles de voir leur responsabilité engagée en cas de conflit armé. Dans ce présent chapitre, il faudra déterminer si le personnel des EMSP entre dans le champ d'application de la qualité de mercenaire (section 1), de combattant (section 2) ou de civil (section 3).

Section 1. Le mercenaire

Bien qu'il existe de nombreuses conventions définissant le mercenariat³⁰, il conviendra dans ce mémoire de reprendre la définition telle qu'établie dans le Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (ci-après « PA I »).

« 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 Etat.³¹ »*

³⁰ Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989, Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977.

³¹ Article 47, 2 du PA I.

Alors que dans d'autres conventions être mercenaire, ainsi que s'engager ou tenter de s'engager dans des activités de mercenariat, constitue un crime en tant que tel³², le premier point de l'article 47 du PA I ne prive une personne du statut de combattant, et dès lors du statut de prisonnier de guerre (ci-après « POW »), que dans la mesure où il satisferait aux six conditions cumulatives inscrites au second point du même article. En effet, selon le Professeur Geoffrey BEST, « *a mercenary which cannot exclude himself from this definition deserves to be shot – and his lawyer with him* »³³.

Dès lors, être mercenaire en DIH ne constitue pas une infraction. C'est uniquement s'il participe directement aux hostilités que des poursuites pénales pourraient être fondées. Les mercenaires sont la seule catégorie de sujets qui ne bénéficie pas d'une protection spécifique. Toutefois, dans la pratique, les États ont accordé le bénéfice de l'article 75 du PA I, permettant à toute personne qui participe illégalement aux hostilités et qui ne bénéficie pas du statut de prisonnier de guerre, de tout même jouir de certaines garanties considérées comme étant fondamentales, et ainsi être traité avec humanité³⁴.

Cet article 47 du PAI a également fait l'objet de nombreuses critiques dans la mesure où il ne s'applique que dans des cas de conflit armé international (ci-après « CAI »), excluant ainsi les conflits armés non internationaux (ci-après « CANI »). Or, pourtant, c'est généralement lors de CANI que la présence de mercenaires se manifeste³⁵.

Il advient dès à présent de déterminer si les EMSP tombent dans le champ d'application de l'article 47. Dans la pratique, force est de constater qu'il est virtuellement impossible pour une personne de satisfaire à toutes ces conditions, si restrictives soient-elles. De plus, comme mentionné précédemment, cette définition ne s'applique qu'aux CAI³⁶. Il convient donc d'analyser chaque condition.

La première condition concerne la motivation spécifique du recrutement.

³² Voir la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977 ainsi que la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989.

³³ G. BEST, *Humanity in Warfare: The Modern History of International Law of Armed Conflicts*, Londres, 1980, p. 328.

³⁴ Cf. également l'article 45 du PA I.

³⁵ C. DUPONT, *La participation de personnes privées à des opérations militaires. Aspects juridiques*, Université de Strasbourg, Strasbourg, 2014, p. 39.

³⁶ *Ibid.*

En effet, le point a) de l'article 47, 2 du PAI exige que le mercenaire soit spécialement recruté pour combattre dans un conflit armé. Or, dans de nombreux cas, les EMSP sont engagées pour diverses tâches qui ne comprennent pas de missions de combat. De plus, elles sont rarement engagées pour un conflit précis et ne peuvent dès lors être considérées comme « spécialement » recrutées³⁷.

La deuxième condition exige de prendre directement part aux hostilités³⁸.

Du point de vue du Comité international de la Croix-Rouge (ci-après « CICR »), « *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* »³⁹. Selon le guide interprétatif du CICR sur la notion de participation directe aux hostilités, le comité exige premièrement qu'il y ait un certain seuil de nuisance, c'est-à-dire qu'il y ait des effets nuisibles sur le plan militaire (dommages matériels ou fonctionnels aux biens militaires, actes de sabotages, etc.) ou qu'il y ait des pertes de vies humaines. Deuxièmement, il exige l'existence d'un lien de causalité directe entre les actes commis et les dommages causés. Enfin, il faut démontrer la présence d'un lien de belligérance, c'est-à-dire démontrer que les actes commis profitent à une Partie au conflit au détriment de la partie adverse⁴⁰. Pour déterminer si les EMSP remplissent cette définition, il conviendra de faire une analyse casuistique. Autant, les *Military provider firms* pourront aisément remplir cette définition, il n'en sera pas de même pour les sociétés qui ne fournissent que du conseil (« *MCF* ») ou du support (« *MSF* »). Ainsi, cela implique que la grande majorité du personnel des EMSP ne pourrait rentrer dans cette définition tant ils sont nombreux à être engagés pour des tâches complètement étrangères au combat.

La troisième condition pose l'exigence de motivation essentielle d'obtenir un avantage personnel⁴¹.

³⁷ C. DUPONT, *op. cit.*, p. 41.

³⁸ Article 47, 2, b) du PA I.

³⁹ J. PICTET, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1986, p. 589.

⁴⁰ N. MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Mai 2009, p. 48.

⁴¹ Article 47, 2, c) du PA I.

Il n'est pas difficile de constater que cette condition est extrêmement subjective. En effet, il serait particulièrement simple pour une personne d'avancer qu'elle est motivée par une toute autre cause que l'avantage personnel et quand bien même il était démontré que c'est bel et bien cet avantage qui l'anime, cela doit se montrer comme étant la motivation essentielle⁴². De plus, l'on exige également que la rémunération qui est versée en contrepartie de cette participation soit supérieure à celle perçue par les membres de forces armées. Ceci porte à croire que dans l'hypothèse d'une rémunération inférieure ou égale, il serait aisé de s'exclure de la définition de mercenaire⁴³.

La *quatrième* condition exclut de la qualité de mercenaire le *ressortissant d'une Partie au conflit ou le résident du territoire contrôlé*.

Or, l'on peut constater qu'en règle générale, nombreux sont les États qui concluent des contrats avec des EMSP qui sont enregistrées sur leur territoire et qui elles-mêmes engagent du personnel local⁴⁴. L'alinéa d) de l'article 47, 2 exclut dès lors une bonne partie des employés des EMSP du statut de mercenaire.

La *cinquième* condition impose de ne pas être membre des forces armées d'une *Partie au conflit*⁴⁵.

Comme nous le verrons ci-après, en principe les employés des EMSP ne sont pas membres des forces armées de manière régulière. Il se pourrait bien évidemment que le contrat qui lie l'État contractant et la société le stipule quand même. L'on pense tout de même à des cas tel celui de la société *Sandline International* qui avait détourné cette condition et avait intégré son personnel dans les forces armées de la Papouasie Nouvelle-Guinée en tant que gendarmes spéciaux, ou plus précisément, en tant que « *Special constables* »⁴⁶.

Enfin, la *sixième* condition implique de ne pas avoir été envoyé par un État autre qu'une *Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit*

⁴² F. HAMPSON, « Mercenaries: Diagnosis before prescription », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 3 (1991), pp. 14 à 16.

⁴³ En pratique, il faut toutefois noter que les employés des EMSP perçoivent plus de rémunération que les agents des forces armées. En ce sens, voyez le mémorandum du *Committee on Oversight and Government Reform of the United States House of Representatives* d'octobre 2007 sur la EMSP *Blackwater*.

⁴⁴ C. DUPONT, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵ Article 47, 2, e) du PA I

⁴⁶ M. MANCINI, « Private military and security company employees: are they the mercenaries of the twenty-first century? », *EUI Working Papers*, Academy of European Law, 2010/05, p. 14.

*État*⁴⁷. Comme pour la cinquième condition, c'est une analyse qu'il faudra faire au cas par cas et vérifier les modalités de l'emploi stipulées dans le contrat qui lie la société à l'État concerné.

Nous noterons que répondre aux conditions listées à l'article 47, 2 du PA I a des conséquences assez sévères : ne pas bénéficier du statut de combattant signifie qu'il n'existe pas d'immunité judiciaire et pénale si l'individu concerné tue un combattant pendant qu'il participe aux hostilités. Certains auteurs considèrent dès lors qu'il pourrait être judicieux de rendre les conditions moins restrictives afin de pouvoir plus facilement correspondre à la définition de mercenaire et par conséquent décourager certains individus à s'engager dans le mercenariat⁴⁸.

En conclusion, il en résulte que, pour toutes les raisons listées ci-dessus, satisfaire à la qualité de mercenaire se révèle particulièrement difficile, tant pour les membres des EMSP que pour les mercenaires dits « traditionnels ». En effet, il n'est pas épineux de contourner ne fut-ce qu'une seule des conditions. De plus, les conditions étant cumulatives, il suffit d'en avoir écartée une pour ne pas satisfaire à la qualité de mercenaire.

Par ailleurs, la doctrine majoritaire affirme aisément que les membres des EMSP ne sont pas des mercenaires. Quand bien même un État souhaiterait y avoir recours, chose qui peut avoir lieu en toute légalité au regard du DIH, les mercenaires ne bénéficient pas du statut de combattant et de POW.

S'ils ne satisfont pas à la qualité de mercenaire, les employés des EMSP pourront dès lors être considérés soit comme des combattants, soit comme des civils. Reste à déterminer dans quelle catégorie ils pourraient bien être placés.

⁴⁷ Article 47, 2, f) du PA I

⁴⁸ L. CAMERON, « Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation », *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, n° 863, September 2006, pp 579-580.

Section 2. Le statut de combattant

Le statut de combattant est un statut octroyé dans le cadre de CAI qui permet de bénéficier de la protection réservée aux prisonniers de guerre. Ainsi, le combattant se voit attribuer un certain nombre de droits et garanties en situation de détention par une partie adverse au conflit et ne sera pas poursuivi pour avoir participé directement aux hostilités. En ce qui concerne les CANI, le DIH n'a pas prévu le même statut puisqu'on parle de conflit interne, le droit national prévaudra.

Nonobstant les avantages susmentionnés, ce statut n'est pas dépourvu d'un revers de médaille. En effet, si le combattant peut attaquer, il va de soi qu'il peut lui-même faire l'objet d'une attaque en tout temps et dès lors être considéré comme cible légitime.

Cette section vise à déterminer les conditions liées au bénéfice du statut de combattant et dans quelle mesure les membres des EMSP pourraient y être associés.

§ 1. Incorporation de jure

En vertu de l'article 43, 1 du PA I, une définition de la notion de combattant est énoncée de la manière suivante :

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

Elle est également prévue à l'article 4, A, 1) de la III^e Convention de Genève :

« A. Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi :

*1) les **membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ;***

Dans ces deux articles, le statut de combattant est tout d'abord accordé aux forces armées d'un État. On parle de l'incorporation *de jure*⁴⁹. Ceci signifie qu'il revient à chaque État de déterminer les procédures de recrutement et d'enrôlement de ses propres forces armées.

En effet, puisque cette incorporation est une question de droit interne, il existe une théorie doctrinale selon laquelle seules les forces armées ayant été prévues par une disposition légale interne peuvent bénéficier du statut de combattant, et par conséquent du statut de prisonnier de guerre. En effet, la majorité des auteurs considèrent que seule l'incorporation *de jure* est à même de permettre aux commandants responsables de directement donner des ordres de manière légitime et de prendre les mesures disciplinaires adéquates en cas de violation au DIH⁵⁰.

Il faut noter que le DIH n'impose pas d'incorporation légale en tant que telle. Il serait donc difficile d'admettre cette théorie comme vérité absolue.

Toutefois, même s'il est du ressort des États de décider comment les membres de ses forces armées sont recrutées, le droit international impose néanmoins aux États de notifier aux Parties adverses au conflit qui fait partie de leurs forces armées⁵².

Ainsi, pour que les membres des EMSP soient combattants *de iure*, ils devront non seulement être assujettis à la chaîne de commandement militaire, mais également être soumis à un régime disciplinaire interne. Pour se faire, il leur faudra se faire officiellement intégrer dans les forces armées étatiques (par un acte législatif par exemple), un simple lien contractuel n'étant pas considéré comme suffisant pour les légitimer⁵³.

⁴⁹ M. HÉBIÉ, « L'implication des sociétés militaires privées dans les conflits armés contemporains et le droit international humanitaire », *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, 2013, p. 253.

⁵⁰ *Ibid.* p. 256.

⁵¹ M. SCHMITT, « Humanitarian Law and Direct participation to Hostilities by private Contractors or Civilian Employees », *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, 2004-2005, p. 254; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 419. ; K. IPSEN, « Combatants and Non-Combatants », in *the handbook of International Humanitarian Law*, D. FLECK (dir.), Oxford, OUP, 2008, p. 85.

⁵² Cf. article 43, 3 du PA I; L. CAMERON, *op. cit.*, p. 583.

⁵³ M.-L. TOUGAS, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé : entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, 2012, p. 134. En effet, selon les paroles d'Avril McDONALD : « *Since they are technically not members of the armed forces, the legal distance created by the contract (which may be fictional in reality), by the privatization of what may be essentially a military function, means that subcontractors are neither combatants under IHL or states' military law* ».

§ 2. Incorporation de facto

Outre l'incorporation *de jure*, il existe une autre forme d'incorporation qui est prévue à l'article 4, A, 2) de la III^e convention de Genève :

« ... 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** ;
- ...»

Cette incorporation aux forces armées d'une Partie au conflit est factuelle⁵⁴. Ainsi, les membres des EMSP qui n'auront pas été formellement intégrés comme appartenant aux forces armées d'un État pourront néanmoins en faire partie pour autant qu'ils respectent les conditions cumulatives de l'article 4, A, 2) de la III^e convention de Genève.

Il faut dès lors interpréter la portée de chaque condition.

La *première* condition concerne l'*appartenance à une partie au conflit*⁵⁵.

Appartenir à une partie au sens du DIH signifie que le groupe doit prendre part aux hostilités pour le compte d'une Partie au conflit, partie qui sera considérée comme telle pour autant qu'elle soit une entité à laquelle un caractère politique et étatique ou quasi étatique a été reconnu. Si tel est le cas, cette entité pourra faire bénéficier à ses membres le statut de combattant⁵⁶. Cette appartenance peut se manifester par plusieurs moyens : reconnaissance officielle des organes compétents, accord tacite, assistance matérielle ou encore par actions concluantes⁵⁷. Un des éléments importants est qu'il doit exister entre les milices et la Partie au conflit un certain lien de dépendance et d'allégeance.⁵⁸⁵⁹

⁵⁴ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, pp 135 à 145.

⁵⁵ Article 4, A, 2), a) de la III^e convention de Genève

⁵⁶ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 136. Voyez en ce sens J. S. PICTET (dir), *La Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre (Commentaire)*, Genève, CICR, 1958, p. 71.

⁵⁷ *Ibid* p. 136.

⁵⁸ *Ibid*.

⁵⁹ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, 15 février 1999, Chambre d'appel IT-94-1, §§93-94.

L'existence d'un contrat pourrait dès lors suffire à remplir cette condition. Il faut noter que le personnel des entreprises qui sont amenées à travailler pour des organisations internationales telles les Nations Unies, non gouvernementales ou encore des acteurs privés ne sauraient se voir accorder le statut de combattant vu que ces organisations ne sont pas des parties au conflit⁶⁰.

La deuxième condition concerne le *commandement responsable*⁶¹.

Cette exigence vise principalement à éviter à ce que des personnes agissent seules en combat. La définition du commandement responsable vise la capacité à donner des ordres aux subordonnés⁶². Il convient de préciser que cette notion n'impose pas que le commandant soit un militaire à proprement parler. La EMSP peut elle-même assumer la direction des opérations par le biais d'un « *contracting officer* » par exemple⁶³. Le chef peut donc être de nature militaire ou civile. L'article 86 du PA I et la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux se sont d'ailleurs accordés à reconnaître qu'un commandant responsable peut effectivement être un civil qui puisse être assujéti au DIH⁶⁴. Il suffit que le commandant soit responsable devant l'Etat. L'article 43 du PAI mentionne également que le commandement doit pouvoir assurer la discipline nécessaire afin de faire respecter le DIH⁶⁵. Notons toutefois que cette soumission à un régime de discipline ne constitue en aucun cas une condition de jouissance au statut de combattant. Il s'agit simplement d'une obligation qui s'impose aux États, ce qui rend l'accès à ce statut d'autant plus facile⁶⁶.

La troisième condition impose d'avoir un *signe distinctif fixe et reconnaissable à distance*⁶⁷.

⁶⁰ E.-CH. GILLARD, « Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n°863, September 2006, p.534.

⁶¹ Article 4, A, 2), b) de la III^e convention de Genève.

⁶² TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic & Mario Čerkez*, 26 février 2001, aff. IT-95-14/2-T, §§ 419-424 ; TPIY, *le Procureur c. Drogoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic*, 22 février 2001, aff. IT-96-23-T & IT-96-23/1-IT, § 397 (« Il n'est pas nécessaire que le lien entre le supérieur et ses subordonnés ait été officialisé : il suffit d'une entente tacite ou implicite entre eux sur leurs rapports mutuels. Le fait de donner des ordres ou d'exercer des pouvoirs qui s'attachent généralement à un commandement crée une présomption forte, celle que la personne est de fait un commandant. Ce ne sont toutefois pas les seuls critères pertinents »).

⁶³ N. BOLDT, « Outsourcing War – Private Military Companies and International Humanitarian Law », *G.Y.I.L.*, vol. 47, 2004-2005, p. 527.

⁶⁴ K. AMBOS, « Superior Responsibility », in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, sous la direction de A. CASSESE, P. GAETA and J.R.W.D. JONES, vol. 1, Oxford, OUP, 2002, p. 839.

⁶⁵ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁶ M. HÉBIÉ, *op. cit.*, p. 268.

⁶⁷ Article 4, A, 2), c) de la III^e convention de Genève.

Cette condition essentielle a pour but de distinguer les civils des combattants en temps de conflit. Ainsi, elle assure une meilleure protection des civils et limite le risque de confusion. Aucune disposition n'impose d'uniforme, mais le Commentaire relatif à la III^e Convention de Genève impose tout de même que ce signe soit unique pour tous les membres d'une même organisation de résistance et qu'il soit propre à cette organisation. Ce signe doit être porté en tout temps⁶⁸.

En ce qui concerne les ESMP, les employés ne respectent pas toujours cette exigence. En effet, en général, il n'existe pas de vêtement spécifique qui permettrait de les distinguer. Il s'agit d'ailleurs de la condition qui semble poser le plus de difficulté. En effet, les membres des EMSP (ou souvent nommés *contractors*) portent tantôt des habits de camouflage, tantôt des habits civils⁶⁹. Toutefois, il peut arriver que leur contrat de travail spécifie quel uniforme ils doivent porter⁷⁰.

*La quatrième condition exige de porter ouvertement les armes*⁷¹.

Alors que l'on penserait que cette condition vise à ce que les combattants portent visiblement leurs armes afin de pouvoir être distingués, elle préserve plutôt l'exigence de loyauté de la lutte. En effet, obliger une visibilité constante des armes empêcherait tout effet de surprise⁷². Pour les membres des milices et corps de volontaires, la jurisprudence considère que le port ouvert des armes doit être effectué de façon régulière par l'ensemble du groupe et en tout temps⁷³. Toutefois, il existe des situations dans lesquelles satisfaire à cette condition s'avère être particulièrement difficile, voire impossible, comme dans l'hypothèse de guérillas. Ainsi, l'article 44, 3 du PA I prévoit une exception à cette condition qui permet d'être protégé même si l'on ne porte pas ouvertement les armes. Cette exception est bien évidemment assortie de limites. En effet, cette dérogation n'est valable qu'en période de déploiement avant un affrontement et pendant l'affrontement même⁷⁴.

⁶⁸ J. S. PICTET (dir), *op. cit.*, pp 66 à 67.

⁶⁹ CAMERON, *op. cit.*, p. 585.

⁷⁰ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 140.

⁷¹ Article 4, A, 2), d) de la III^e convention de Genève.

⁷² M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 140.

⁷³ *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem and others*, Israel, Military Court sitting in Ramallah, 13 avril 1969, (1971), 42 I.L.R., p. 479. Dans cet arrêt, le tribunal précise que porter des armes de façon régulière ne veut pas dire qu'elles doivent être portées même lorsqu'il n'y a personne pour le voir, mais cela ne signifie pas non plus qu'il faille porter des armes telles des Kalachnikovs lors d'un déploiement.

⁷⁴ Cf. Article 44, 3 du PA I.

Enfin la *cinquième* condition concerne le *respect des lois et coutumes de guerre*⁷⁵.

Pour que cette condition soit remplie, il faut que le groupe entier respecte le droit de la guerre. Or, comme de nombreuses organisations non gouvernementales ont pu rapporter, il y eut pas mal de cas impliquant des membres d'EMSP dans des violations de lois et coutumes de la guerre. On pense notamment au trafic sexuel et trafic d'armes opéré en 1999 en Bosnie-Herzégovine par des employés de la société américaine DynCorp⁷⁶ ou encore au scandale des actes de torture et de mauvais traitements au sein de la prison d'Abu Ghraib dans lesquels étaient impliqués des employés des sociétés *CACI Int'l* et *Titan Corporation* entre 2003 et 2004⁷⁷. Nonobstant l'implication d'employés d'EMSP dans des actes contraires aux règles de la guerre, pour leur refuser le statut du combattant, il faudrait que le groupe entier se rende coupable d'une violation de DIH.

Ayant passé en revue les cinq conditions de l'article 4, A, 2), force est de constater que les sociétés militaires privées pourraient bénéficier du statut de combattant par le biais d'une incorporation factuelle aux forces armées d'un État Partie au conflit. Toutefois, encore une fois, cela doit s'analyser au cas par cas. L'on ne peut arriver au constat qu'elle fasse d'office *de facto* partie des forces armées régulières de par la manière générale dont elles s'organisent, chacune étant configurée différemment.

⁷⁵ Article 4, A, 2), e) de la IIIe convention de Genève.

⁷⁶ K. P. O'MEARA, « US : DynCorp Disgrace », *War & Disaster Profiteering*, Insight Magazine, 14 janvier 2002 disponible sur <https://corpwatch.org/article/us-dyncorp-disgrace> (consulté le 10 juillet 2018).

⁷⁷ Amnesty International, *Iraq: Abu Ghraib torture victims still seeking redress (web update)*, 23 avril 2006 disponible sur <https://www.amnesty.org/en/documents/mde14/019/2006/en/> (consulté le 10 juillet 2018).

§ 3. Théorie des « combattants illégaux »

En dehors des statuts repris ci-dessus, il existe une théorie selon laquelle les personnes qui participent directement aux hostilités sans y être autorisées n'auront pas droit au statut de prisonnier de guerre lorsqu'elles tombent entre les mains de l'ennemi⁷⁸.

Cette notion de combattant illégal est apparue pour la première fois dans l'arrêt *Ex Parte Quirin* rendu par la Cour suprême des États-Unis en 1942, quelques années avant l'adoption des conventions de Genève. Dans cette affaire, avaient été considérés illégaux, des combattants des forces armées allemandes qui avaient agi comme espions sur les territoires américains pendant la Seconde Guerre mondiale⁷⁹.

Cette logique repose derrière l'idée que puisque l'individu n'a pas respecté le DIH, il ne pourra pas non plus bénéficier des droits et garanties qu'il renferme⁸⁰. Par conséquent, c'est le droit interne qui viendra à s'appliquer.

Après les attentats du 11 septembre 2001, l'administration BUSH revint en force avec cette idée afin d'entamer la « *War on Terror* » contre le groupe Al-Qaïda et les talibans. Toutefois, là où le bât blesse c'est que le groupe Al-Qaïda n'était pas un groupe étatique et il ne faisait pas partie des forces armées de l'État irakien ainsi les personnes qui composent ce groupe auraient dû être traités comme des civils, que l'on se trouve dans un CAI ou un CANI. Qui plus est, la situation en Irak est qualifiée comme étant un CANI, conflit dans lequel la notion de combattant et de statut POW n'existe pas. Parler de « combattant » illégal n'était dès lors pas le mot adéquat dans cette situation⁸¹. Il n'y a donc que dans le cadre de CAI que la question peut se poser.

De plus, selon l'avis d'une majorité de la doctrine ainsi que de la Chambre de première instance du TPIY⁸²⁸³, une personne qui ne pourrait bénéficier de la III^e convention de Genève

⁷⁸ K. DÖRMANN, « The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants” », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 849, 2003, pp 45 à 74.

⁷⁹ Dans cet arrêt, la Cour avait jugé que ces espions, quand bien même certains détenaient la nationalité américaine, ils pourraient être privés de garanties constitutionnelles. Pour une lecture plus approfondie, voyez l'article de revue suivant : M. FINAUD, « L'abus de la notion de combattant illégal : une atteinte au droit international humanitaire », *R.G.D.I.P.*, 2006, n°4, pp. 861 à 890.

⁸⁰ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 145.

⁸¹ *Ibid.*, p. 146.

⁸² K. DÖRMANN, *op. cit.*, p. 147 ; M. SASSÖLI, « La guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *The Canadian Yearbook of international law*, vol. 39, 2001, pp 1 à 28.

⁸³ TPIY, *Le procureur c. Delalic et al.*, aff. IT-96-21-T, Chambre première instance, 16 novembre 1998, § 21 (« Il est toutefois important de faire observer que cette conclusion se fonde sur l'idée qu'il n'existe pas de hiatus entre la III^e et la IV^e Convention de Genève. Si une personne n'a pas droit, en qualité de prisonnier de guerre, à

relative aux prisonniers de guerre bénéficie tout de même de la IV^e convention de Genève relative à la protection des personnes civiles qui prévoit que : « *Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes* »⁸⁴.

En effet, affirmer le contraire reviendrait à nier la *ratio legis* des conventions de Genève et à désavouer le principe fondamental dans le *jus in bello* selon lequel chaque individu tombe nécessairement sous un statut particulier qui est lui-même assorti de droits et garanties. Qui plus est, cette catégorie de combattant n'est ni prévue par les dispositions du DIH, ni par le DIH coutumier. Il est donc difficile de pouvoir l'accepter. Par ailleurs, accepter cette théorie de combattants illégaux créerait un risque de déresponsabilisation. En effet, il ne serait plus possible d'invoquer la responsabilité de l'Etat en raison d'un acte qui aurait été commis par un de ses combattants⁸⁵.

Pour conclure sur cette section, l'on s'aperçoit, qu'en fonction des circonstances, les employés des EMSP peuvent bénéficier du statut de combattant et par la même occasion de la protection du statut POW. Tantôt ils feront partie des forces armées d'une Partie au conflit, tantôt ils appartiendront à une Partie par incorporation factuelle. Toutefois, pour déterminer si le statut leur est accordé, il faudra faire une analyse casuistique et vérifier si les conditions des dispositions légales pertinentes sont remplies. On notera également que la théorie du combattant illégal, visant à écarter l'application du DIH à certaines personnes est contraire à la raison d'être de ce droit qui vise à protéger les garanties fondamentales de toute personne impliquée dans la guerre, quel que soit son statut. Ainsi, quand bien même un sujet ne saurait bénéficier du statut de combattant, il lui reste tout de même le statut de civil, qui selon son degré d'implication dans le conflit, se verra octroyé des garanties différentes mais bel et bien existantes.

la protection offerte par III^e Convention de Genève (ou par les I^e ou II^e Conventions), elle est nécessairement couverte par la IV^e Convention, pour autant qu'elle satisfasse aux critères énoncés à l'article 4 »).

⁸⁴ Article 4 de la IV^e convention de Genève.

⁸⁵ E. LAMBERT ABDELGAWAD, « Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international pénal », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, n° 1, Janvier/Mars 2007, p. 160.

Section 3 : Le statut de civil

Comme précédemment mentionné, en temps de guerre, une personne sera soit un combattant, soit un civil. La définition du civil, telle que prévue par le DIH est négative. En effet, l'article 50, 1 du PA I dispose que : « *Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A, 1), 2), 3), et 6) de la III^e Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile.* »

Notons que les personnes visées à l'article 4 de la III^e Convention de Genève sont des combattants. Dès lors, tout individu qui ne satisferait pas à la définition de cet article sera considéré comme un civil, et ce même en cas de doute. Etre considéré comme un civil signifie que le DIH les protégera des attaques en contrepartie de quoi ils devront s'abstenir de participer directement aux hostilités⁸⁶. Nous verrons qu'il existe deux catégories de civils.

§1. Les personnes civiles accompagnant les forces armées

La définition de cette catégorie de civils est prévue à l'article 4, A), 4) de la III^e Convention de Genève : « *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* ».

Les personnes visées au paragraphe 4 de l'article 4, A de la III^e Convention de Genève bénéficient du statut POW sous certaines conditions. En effet, il faut qu'elles aient reçu l'autorisation d'accompagner les forces armées, qu'elles détiennent une carte d'identité spéciale (quoi qu'il ne s'agisse pas d'une *condition sine qua non* à l'obtention du statut) et surtout, qu'elles ne prennent pas part aux combats⁸⁷.

Les conditions semblent être sans équivoque facile à comprendre. Ce qui demeure plus complexe est la liste exemplative des personnes pouvant bénéficier de ce statut.

⁸⁶ P.R. KALIDHASS, « Determining the Status of Private Military Companies under International Law: A quest to solve Accountability Issues in Armed Conflicts », *Amsterdam Law Forum*, vol. 6, 2014, p. 10.

⁸⁷ C. DUPONT, *op. cit.*, p. 108.

D'ailleurs, ni le Commentaire de la III^e Convention de Genève, ni les travaux préparatoires nous éclairent à ce sujet⁸⁸. Par contre, le Département américain de la Défense a tout de même indiqué que les employés des EMSP qui ne participaient pas directement aux hostilités devaient être considérés comme des civils accompagnant les forces armées⁸⁹. Un Etat pourrait donc légalement le prévoir. Une réunion d'experts organisée par le CICR en 2005 a d'ailleurs convaincu certains experts de l'adéquation de la position du Département américain de la Défense⁹⁰.

Toutefois, ceci ne vaut que pour les membres des EMSP qui ne participent pas au combat. Ceux qui combattent vont tout de même garder leur qualité de civil tout en étant considérés comme participant directement aux hostilités sans y être autorisés par les conventions de Genève⁹¹. Il faut enfin noter que ce statut ne s'applique pas aux CANI⁹².

En conclusion, les civils qui accompagnent les forces armées seront protégés par la III^e Convention de Genève et non par la IV^e qui concerne une autre catégorie de civils, en l'occurrence ceux faisant partie de la population civile. En effet, ceux qui accompagnent les forces armées auront droit au statut POW en situation de captivité par une autre Partie au CAI. Ils bénéficient également de la protection accordée par le PA I, notamment de celle prévue à l'article 51 du même Protocole qui les protégeront contre les attaques pour autant qu'ils ne participent pas directement aux hostilités⁹³.

Dès lors, les employés des EMSP qui accompagnent les forces armées, qui ne sont pas combattants et qui ne participent pas directement aux hostilités pourront être qualifiés de civils accompagnant les forces armées et bénéficier d'une certaine protection du statut POW. Ici encore, il faudra procéder à une analyse au cas par cas des activités qu'ils entreprennent⁹⁴ en vérifiant si les conditions de l'article 4, A, 4) auront été respectées. Dans ce contexte-ci, les *Military support firms* y trouvent plus facilement une place.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Department of Defense, Instruction n°3020.41, 3 October 2005, *Contractor Personnel Authorized to accompany the U.S. Armed Forces*, § 6.1.1.

⁹⁰ C. DUPONT, *op. cit.*, p. 109.

⁹¹ *Ibid.* p. 111.

⁹² Document de Montreux, p. 37.

⁹³ Voir également la déclaration 26, b) du Document de Montreux.

⁹⁴ Ici on vise tout particulièrement des activités qui ne sont pas de nature purement militaire telles la logistique ou encore la construction par exemple.

§ 2. Les civils faisant partie de la population civile

Ainsi que mentionné dans la précédente section, il existe une autre catégorie de civils. Il s'agit des civils considérés comme étant « ordinaires »⁹⁵.

Dans le cadre d'un CAI, ceux-ci sont protégés la IV^e Convention de Genève⁹⁶ qui accorde une protection aux civils qui n'accompagnent pas les forces armées et qui ne bénéficient pas du statut POW, pour autant qu'ils ne participent pas directement aux hostilités⁹⁷. Néanmoins, même dans l'hypothèse d'une participation directe aux hostilités, il faut noter que même si le statut POW ne sera pas accordé, il reste tout de même les garanties minimales de l'article 75 du PA I.

Dans un CANI, ces civils seront protégés par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, le PA II et les règles du DIH coutumier⁹⁸.

Quant à la notion de participation directe aux hostilités, il convient de rappeler que cela implique que l'acte spécifique soit susceptible de nuire aux opérations militaires ou causer des pertes de vies humaines (seuil de nuisance), qu'il existe une relation directe de causalité entre l'acte et les effets nuisibles (causation directe) et que cet acte soit destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis à l'avantage d'une partie et au détriment d'un autre (lien de belligérance)⁹⁹. Nous noterons également que cette notion vise essentiellement les opérations de combat mais elle vise également toutes les opérations qui nuisent à une partie telles les activités logistiques, causer des dommages matériels ou fonctionnels aux biens militaires, le sabotage, etc.¹⁰⁰

Il faut noter que, d'après la lecture de l'article 3 commun aux conventions de Genève, « les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de

⁹⁵ E.-CH. GILLARD, *Private Military/Security Companies: the Status of their Staff and their Obligations under International Humanitarian Law and the Responsibilities of States in Relation to their Operations*, C.I.C.R, 16 janvier 2006 disponible sur https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/Presentation-PMSC-and-International-Humanitarian-law_en.pdf (consulté le 12 juillet 2018).

⁹⁶ Article 4, 2 de la IV^e Convention de Genève.

⁹⁷ E. MOYAKINE, *The Privatized Art of War: Private Military and Security Companies and State Responsibility for Their Unlawful Conduct in Conflict Areas*, School of Human Rights Research Series, Intersentia, vol. 67, 2015, p. 185.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ N. MELZER, *op.cit.*, p. 48

¹⁰⁰ *Ibid.* p.50.

forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors combat...seront, en toute circonstances, traitées avec humanité... ».

Ainsi, il semblerait qu'il ne suffise pas de s'abstenir à directement participer aux hostilités. Il faut également ne pas prendre les armes.

Il faut également mentionner l'article 51, 3 du PA I qui stipule que le civil qui participe directement aux hostilités pourra faire l'objet d'attaques mais uniquement pour la durée de cette participation, au contraire des combattants. Ainsi les civils peuvent faire des allers et retours entre deux statuts. Tantôt ils seront protégés, tantôt ils ne le sont plus. On parle du phénomène de « *revolving door* »¹⁰¹. Certains auteurs¹⁰² critiquent d'ailleurs cette situation dans le sens où l'adversaire sera lui-même confus quant à la réaction qu'il peut adopter mais aussi, cela permet au civil de nuire à l'ennemi tout en bénéficiant d'une certaine protection une fois qu'il aura cessé son acte¹⁰³.

Pour conclure sur cette section, il est évident que les employés des EMSP qui ne participent pas aux hostilités pourront, comme tout autre civil, être protégés d'attaques. Ils peuvent soit accompagner les forces armées et dans ce cas-ci, en cas de capture et détention, ils bénéficient du statut POW, pour autant qu'ils n'aient pas participé directement aux hostilités. S'ils sont des civils « ordinaires », ils seront protégés contre les attaques, encore une fois, pour autant qu'ils n'aient pas directement participé aux hostilités mais ne bénéficient pas du statut de prisonnier de guerre. Néanmoins, déterminer s'il y a eu une participation directe n'est pas chose facile car cela requiert à nouveau une analyse au cas par cas en fonction des activités entreprises. En effet, cette notion est assez large et il n'a pas été établi de liste exhaustive des actes qui constituent une participation directe. Ainsi, il semblerait évident de pouvoir exclure des *Military provider firms* qui, rappelons-le, proposent des services de nature militaire. Quant aux sociétés de conseil et de soutien, ils peuvent bénéficier de la présomption de civilité telle qu'inscrite à l'article 50, 1 du PA I mais il faudra vérifier de manière casuistique si tel est le cas.

¹⁰¹ G. BLUM, « The dispensable Lives of Soldiers », *The Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n° 1, 2010, p. 101, disponible sur <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4324405/dispensiblelives.pdf?sequence=1>;
K. WATKIN, « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretive Guidance », *42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 641 2009-2010, pp. 682 à 695, disponible en ligne sur <https://www.law.upenn.edu/live/files/2922-watkin-opportunity-lost-organized-armed-groups-and> (consultés le 14 juillet 2018).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

DEUXIÈME PARTIE

LES RESPONSABILITÉS SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ENGAGÉES

CHAPITRE 1. LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

L'objectif de ce chapitre consiste à déterminer comment la responsabilité internationale étatique est prévue par les différents instruments internationaux. Pour ce faire, nous verrons d'abord le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui ne fait pas particulièrement mention des EMSP (section 1). Ensuite, nous verrons une responsabilité plus spécifique au cas d'espèce telle qu'elle est prévue dans le document de Montreux (section 2).

Section 1. Dans le Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite

La question de responsabilité est un corollaire à l'énigme du statut des EMSP. Il conviendra dès lors de passer en revue la responsabilité internationale de l'Etat telle que prévue dans le Projet d'articles de la Commission du droit international (ci- après « CDI ») de 2001¹⁰⁴.

§ 1. En raison de la qualification d'organes de l'Etat

Comme nous l'avons vu dans la première partie de ce mémoire¹⁰⁵, le personnel des EMSP peut bénéficier du statut de combattant lorsqu'il fait partie des forces armées d'un Etat au sens de l'article 43 du PA I ou de l'article 4, 1 de la III^e Convention de Genève par le biais d'une incorporation *de jure* et l'application d'une disposition interne. Dans ces circonstances, les membres des EMSP seront donc considérés comme des organes de l'Etat.

Ainsi, l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite prévoit que :

« 1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que

¹⁰⁴ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies par la résolution 56/83 le 12 décembre 2001.

¹⁰⁵ Voir *supra* première partie, chapitre 2, section 2.

soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'Etat. »

Le deuxième point de l'article 4 présupposerait qu'une personne ne sera considérée comme organe de l'Etat que s'il en a été décidé ainsi par le droit national. Toutefois, le mot « comprend » signifie que le droit interne peut ne pas être l'unique façon d'être qualifié comme organe de l'Etat. Ainsi, la jurisprudence a d'ailleurs admis qu'à des fins d'établissement de la responsabilité de l'Etat, dans certains cas exceptionnels, le droit international peut qualifier une personne comme organe de l'Etat même si la disposition interne fait défaut. En effet, dans une affaire, la Cour internationale de Justice (ci-après « CIJ ») a considéré qu'une personne ou un groupe qui agit en « totale dépendance » de l'Etat et qui n'est qu'un simple instrument de celui-ci se verra attribué le titre d'organe de l'Etat¹⁰⁶. Il s'agirait par exemple de cas où une EMSP a été créé par un Etat, qu'elle intervienne aux côtés des forces armées de cet Etat, que ses opérations soient élaborées entièrement par l'Etat ou encore que le personnel porte l'uniforme des forces armées¹⁰⁷.

Ainsi, dans l'hypothèse où les membres des EMSP fassent formellement partie des forces armées d'un Etat ou que l'on puisse y déceler une incorporation *de facto* à celles-ci, cet Etat sera responsable des actes de l'entreprise. Cet article pourrait dès lors bien s'appliquer à chaque catégorie d'EMSP pour autant qu'il y ait eu une incorporation juridique ou factuelle aux forces armées de l'Etat. Ici, c'est le critère de l'intégration aux forces armées qui établira la responsabilité de l'Etat. Toutefois, il existe d'autres dispositions de droit international qui permettent de retenir la responsabilité de l'Etat pour les faits des EMSP.

¹⁰⁶ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, Recueil 2007, p. 140, §§ 392 et 393.

¹⁰⁷ Critères établis dans C.I.J., *l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986 (fond), Recueil 1986, §§ 108 et 109.

§ 2. En raison de l'exercice de prérogatives de la puissance publique

Il existe une deuxième hypothèse qui permette d'attribuer le fait des EMSP à l'Etat. Il s'agit de celle inscrite à l'article 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite qui prévoit que : « *Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international* ».

Dans cet article, la CDI vise les entreprises ou groupes qui ne sont pas des organes de l'Etat mais qui, par habilitation du droit interne, exercent des prérogatives de la puissance publique, c'est-à-dire des fonctions généralement exercées par des agents ou organes de l'Etat. Il faut noter que le fait de l'entité ou de la personne ne sera attribué à l'Etat que dans l'hypothèse où « ce comportement ait trait à l'activité publique en question et non à d'autres activités, privées ou commerciales, que cette entité exercerait »¹⁰⁸. Il ne peut donc s'agir d'un acte de nature privée ou commerciale.

Même s'il revient à chaque Etat de déterminer ce que constituent des actes publics en fonction des traditions et de l'histoire propres à ce dernier, cela ne signifie pas qu'il puisse limiter de manière discrétionnaire ce qui relève de la puissance publique. Admettre que chaque Etat décide souverainement quels actes sont publics reviendrait à vider l'article 5 du projet d'article susmentionné d'effet utile, chaque Etat pouvant soustraire sa responsabilité de certains actes¹⁰⁹. A travers le temps, la jurisprudence a considérablement complété la liste d'actes susceptibles de relever de la puissance publique.

Ainsi, la CDI considère que ce qui importe pour déterminer le caractère public d'un acte est le contenu de ces prérogatives, la manière dont elles ont été conférées et les fins auxquelles elles sont exercées. C'est ainsi que dans ses commentaires, la CDI estime qu'une EMSP qui exploite une prison et qui parallèlement se voit conférer des pouvoirs de détention et disciplinaires sur autrui, exerce une prérogative de la puissance publique¹¹⁰.

¹⁰⁸ Commentaires CDI sur le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 96.

¹⁰⁹ M. SASSOLI, « La responsabilité internationale de l'Etat face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation : quelques réflexions », dans O. DELAS et C. DEBLOCK (dir.), *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 303.

¹¹⁰ Commentaires CDI sur le Projet d'articles, *op. cit.*, p. 99.

Il est important de rappeler que pour qu'une des activités confiées à une EMSP soit considérée comme une prérogative de la puissance publique et ainsi engager la responsabilité de l'Etat, il faut que les trois conditions de l'article 5 du Projet d'articles susmentionné soient réunies : 1) la tâche accomplie doit pouvoir être considérée comme une prérogative de la puissance publique ; 2) les employés de la EMSP doivent y avoir été autorisés par le droit interne et 3) ils doivent agir en cette qualité et non en tant qu'entité privée. L'on remarque que dans ce cas de figure, c'est la fonction qui est déléguée aux EMSP qui établira la responsabilité internationale de l'Etat.

Enfin, l'on notera qu'il existe une hypothèse dans laquelle l'Etat sera tenu pour responsable quand bien même il n'aurait pas donné son autorisation à une EMSP pour exercer une prérogative de la puissance publique. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle il existe une carence ou une absence des autorités officielles et que les circonstances requièrent l'exercice de ces prérogatives¹¹¹. Trois conditions doivent néanmoins être réunies: 1) le comportement de l'entité doit effectivement se rapporter à l'exercice d'une prérogative de puissance publique ; 2) ce comportement doit avoir été adopté pour cause de carence ou d'absence des autorités officielles et 3) les circonstances doivent pouvoir justifier l'exercice de ces prérogatives¹¹². Si ces conditions sont réunies, le comportement des EMSP sera couvert par le principe d'attribution de l'article 9¹¹³.

Néanmoins, il existe une dernière éventualité susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat.

§ 3. *En raison du suivi des instructions ou du contrôle de l'Etat contractant*

Enfin, par le truchement de son article 8, le Projet d'articles envisage la responsabilité de l'Etat dans des hypothèses qui excluent les articles 4 et 5 dudit Projet mais qui concernent des faits internationalement illicites accomplis sous les instructions, les directives ou le contrôle de l'Etat. Ainsi, cet article prévoit que : « *Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État* ».

¹¹¹ Projet d'articles, *op. cit.*, art. 9.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Voir, par exemple, Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, *Kenneth P. Yeager c. The Islamic Republic of Iran*, décision partielle n° 324-10199-1, Iran–US CTR, Vol. 17, 2 novembre 1987, p. 104, § 43.

Dans cet article, la CDI vise deux hypothèses : la première vise la situation dans laquelle des personnes privées agissent sur les instructions de l'Etat et la seconde vise l'hypothèse dans laquelle ces personnes agissent sous les directives ou le contrôle de l'Etat lors de l'adoption du fait illicite.

Concernant la première hypothèse, la CDI vise les situations où les organes de l'Etat complètent leurs activités par des personnes privées engagées à titre d'auxiliaires. On considère que les EMSP peuvent facilement correspondre à ces situations¹¹⁴. Quant à la deuxième hypothèse, il convient de déterminer quel niveau de contrôle est visé. En effet, dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*¹¹⁵, le critère de contrôle général avait été refusé pour engager la responsabilité des Etats-Unis dans les actions des *contras* dans le sens où ce n'était pas considéré comme critère suffisant pour déterminer si l'Etat avait réellement ordonné ou imposé les actes illégaux. Il fallait que ce contrôle soit effectif, que des instructions spécifiques aient été données¹¹⁶. Cette exigence a ultérieurement été rappelée par les juges de la CIJ¹¹⁷. Toutefois, l'affaire *Tadic* avait jugé que dans le contexte où l'entreprise privée est hiérarchisée et structurée, le contrôle global pouvait suffire à lui-même pour engager la responsabilité d'un Etat. Soulignons ici que l'acte répréhensible en question ne doit pas nécessairement être une activité publique¹¹⁸ et « parallèlement, le texte dit clairement que les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite »¹¹⁹.

Dans ce cas de figure, afin de retenir la responsabilité de l'Etat pour les faits du personnel des EMSP, il faut non seulement démontrer que celui-ci ait soit agi sur les instructions de l'Etat au moment de l'acte illicite, soit qu'il ait été effectivement contrôlé par l'Etat. Une fois chose faite, il faut pouvoir établir le lien entre l'acte illicite et les instructions, directives ou le contrôle.

¹¹⁴ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 234.

¹¹⁵ *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, voir *supra*.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), Recueil 2005, § 160; *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, voir *supra*, §§ 398 à 407.

¹¹⁸ Commentaires CDI sur le Projet d'articles, *op. cit.*, p 110.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 115.

Pour conclure sur cette section, bien que le projet d'articles ne soit pas contraignant en tant que tel, il s'appuie sur la jurisprudence et la pratique internationale qui reflètent en majeure partie l'état actuel du droit international coutumier. En effet, il a été pris en tenant compte des commentaires des gouvernements¹²⁰. On notera dès lors qu'il existe trois cas de figure dans le droit international qui permettent de retenir la responsabilité étatique dans pour le fait internationalement illicite d'une EMSP. Il s'agit premièrement du cas où le personnel de l'entreprise fait partie des forces armées (*de jure* ou *de facto*), deuxièmement du cas où, ne faisant pas partie des forces armées, le personnel exerce tout de même une prérogative de la puissance publique et enfin, le cas où l'Etat donnerait des instructions, directives ou contrôlerait cette entreprise. On remarque dès lors que, peu importe la situation juridique des EMSP, le droit international permet de tenir l'Etat contractant pour responsable des actes du personnel qu'elle engage par divers moyens. En effet, l'on retient que dès qu'il existe un lien entre l'Etat et la société privée, le droit tente d'empêcher une Partie au conflit de se déresponsabiliser. Toutefois, à nouveau, il faudra faire une analyse casuistique, l'existence d'un contrat entre l'entité et l'État contractant n'étant pas suffisant pour établir la responsabilité de l'Etat.

¹²⁰ J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, p. 60.

Section 2. Dans le document de Montreux

Dans la première partie du document de Montreux, on y trouve un rappel des obligations générales de DIH, des droits de l'homme (ci-après « DH ») et de la responsabilité qui incombent aux Etats en matières d'EMSP, fussent-ils les Etats contractants (ceux qui engagent le personnel des EMSP), territoriaux (dont le territoire est occupé ou duquel opèrent les EMSP), d'origine (Etat dans lequel l'EMSP est établie) ou tous les autres Etats¹²¹. Cet instrument ne crée aucune obligation juridique; il ne fait que clarifier l'applicabilité des obligations existantes en droit international des Etats vis-à-vis des opérations des EMSP.

§ 1. Obligation de respecter le droit international général

Dans la première déclaration du document de Montreux, l'on rappelle aux Etats contractants qu'ils sont tenus de respecter leurs obligations de droit international, et ce, même s'ils mandatent des EMSP. Ainsi, un Etat ne peut se décharger de ses obligations sous prétexte que l'entité mandatée serait privée. On pense par exemple à l'obligation en droit international qui impose aux Etats le devoir de ne pas provoquer de guerre telle que contenue dans la Charte de Nations Unies¹²². Ainsi, ce document ne crée pas de nouvelles obligations juridiques, il ne fait que rappeler que les Etats doivent respecter le contenu des traités et accords auxquels ils sont partie¹²³.

Ce même point du document de Montreux rappelle aux Etats contractants qu'ils doivent « prendre toutes les mesures en leur pouvoir pour rétablir et assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la sécurité publics » s'ils sont des puissances occupantes¹²⁴.

La doctrine s'accorde pour dire que les Etats se doivent de respecter un certain devoir de diligence, et en l'occurrence leurs obligations internationales même s'ils sous-traitent à des EMSP, dans l'hypothèse où il n'existerait pas de disposition spécifique de droit international public permettant d'attribuer le fait du personnel EMSP aux Etats¹²⁵.

¹²¹ Document de Montreux, *op. cit.*, p. 10.

¹²² Article 2 (3) de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.

¹²³ Document de Montreux, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁴ Cf. également l'article 43 de la Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités, signée à La Haye le 18 octobre 1907.

¹²⁵ C. LEHNARDT, « Private Military Companies and State Responsibility », in S. CHESTERMAN and C. LEHNARDT (Eds.), *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 152 à 155.; C. HOPPE, « Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies », *The European Journal of International Law*, vol. 19, issue 5, 2008; O. DE

La notion de diligence est apparue pour la première fois dans l'affaire *Velasquez Rodriguez* dans laquelle la Cour interaméricaine des droits de l'homme en avait conclu que même si initialement l'acte illicite ne pouvait pas être directement attribué à l'Etat, cet acte pouvait tout même mener à engager la responsabilité de l'Etat dans l'hypothèse où ce dernier n'aurait pas exercé toute la diligence pour prévenir cet acte¹²⁶. Aujourd'hui, ce standard a été intégré dans de nombreux instruments concernant la responsabilité des Etats au regard de la protection des populations, notamment dans des dispositions de droit de l'environnement, droit international de l'investissement mais plus particulièrement dans les DH et le DIH¹²⁷. C'est précisément ce standard-ci qui est implicitement rappelé dans le document de Montreux et dès lors dans les prochains paragraphes de ce mémoire.

§ 2. *Obligation de respecter et de faire respecter le DIH*

Comme mentionné au paragraphe précédent, le devoir de diligence est une obligation qui s'impose aux Etats parties à un conflit armé et celui-ci se trouve inscrit dans le document de Montreux par divers moyens.

En effet, la seconde déclaration du document prévoit que : « *Les États contractants sont tenus de ne pas mandater des EMSP pour exercer des activités que le droit international humanitaire assigne explicitement à un agent ou à une autorité étatiques, comme exercer, conformément aux Conventions de Genève, le pouvoir de l'officier responsable sur le camp de prisonniers de guerre ou sur les lieux d'internement de civils* ».

L'on pense par exemple à l'article 51 du Règlement de la Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre qui exige un ordre écrit d'un général en chef pour toute contribution perçue en territoire occupé. En effet, il existe toute une série d'opérations qui ne peuvent être mandatées à des personnes privées¹²⁸.

SCHUTTER, « The Responsibility of States », in S. CHESTERMAN and A. FISHER (Eds.), *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 27 et 28.

¹²⁶ Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, *Affaire Velasquez Rodriguez*, aff. n° 4, 29 juillet 1988, § 172, disponible en ligne sur http://hrlibrary.umn.edu/iachr/b_11_12d.htm (consultée le 18 juillet 2018).

¹²⁷ O. MARTIN-ORTEGA, « Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, Issue 4, 2013, p. 53.

¹²⁸ Voy. par exemple, l'article 52 du Règlement de la Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre qui exige que les réquisitions en nature et les services réclamés aux communes ou aux habitants soient autorisés par le commandant dans la localité occupée ou encore, l'article 1 de la VII^e Convention de la Haye de 1907 relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre qui dispose « qu'aucun navire de commerce transformé en bâtiment de guerre ne peut avoir les droits et les obligations attachés à cette qualité, s'il n'est placé sous l'autorité directe, le contrôle immédiat et la responsabilité de la Puissance dont il porte le pavillon ».

Cette déclaration reflète la volonté des auteurs du document à rappeler aux Etats que le mandat a ses limites et que les activités ou obligations qui leur incombent en vertu du DIH doivent rester du ressort des Etats.

La troisième déclaration du document de Montreux rappelle certaines obligations aux Etats contractants qu'elle considère comme étant les plus importantes. En effet, ces Etats-ci doivent davantage veiller à ce que le DIH soit respecté puisqu'ils font appel à ces entreprises. En premier lieu, elle leur rappelle qu'ils doivent garantir que les EMSP mandatées et les membres de celles-ci connaissent leurs obligations et qu'elles soient formées en conséquence. Ensuite, elle rappelle aux Etats qu'ils ne doivent pas encourager la commission de violations de DIH et de ce fait, doivent prendre les mesures appropriées afin de les éviter. En dernier lieu, les Etats contractants doivent, par les moyens appropriés, faire cesser toute violation du DIH.

Les mêmes obligations s'imposent aux Etats territoriaux et d'origine (déclarations 9, 14 et 18) avec comme seule exception la première obligation qui ne s'impose qu'à l'Etat contractant.

L'on se demande dans quelle mesure il n'existerait pas non plus d'obligation destinée à l'Etat d'origine de garantir que les EMSP et les membres de celles-ci connaissent leurs obligations et qu'elles soient formées en conséquence. En effet, ce sont pourtant les mieux à même à pouvoir contrôler ce qui se passe sur leur territoire et adopter du droit interne qui puisse garantir cette connaissance du DIH. Toutefois, il existe dans le document de Montreux des bonnes pratiques correspondantes aux Etats d'origine (donnant quelques conseils pratiques) qui précisent que ceux-ci peuvent aussi faire respecter le DIH¹²⁹. L'on s'étonne tout de même d'observer qu'il n'existe pas d'obligation positive qui s'imposerait aux Etats d'origine. Il existe aussi des bonnes pratiques pour les Etats territoriaux mais le document précise qu'il se peut que l'Etat ne parvienne pas à exercer un contrôle suffisant sur des parties de son territoire dû aux perturbations du conflit armé¹³⁰.

Ce texte rappelle également les principes contenus dans l'article 1 commun aux Conventions de Genève qui stipule que « *les Etats s'engagent à respecter et faire respecter la présente Convention en toutes circonstances* ».

¹²⁹ Document de Montreux, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁰ *Ibid.*

Cet article implique non seulement une obligation négative de s'abstenir de violer les Conventions de Genève mais également une obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires visant à faire cesser toute violation à ces conventions¹³¹. Ce texte ne prescrit aucun moyen particulier que doivent adopter les Etats pour atteindre ce résultat mais le caractère général de celui-ci laisse apparaître qu'il existe une obligation positive de due diligence qui veut que les Etats prennent les mesures nécessaires pour assurer le respect des Conventions de Genève, et en l'occurrence, le DIH. Les bonnes pratiques contenues dans la deuxième partie du document donnent toutefois des indications¹³².

Il a d'ailleurs été admis que l'article 1 commun aux Conventions de Genève relevait d'une nature *erga omnes* et serait également du droit coutumier¹³³. Ainsi, c'est un devoir qui s'applique à tous les Etats partie à la Convention, qu'il fassent partie ou non du conflit armé.

§ 3. *Obligation de respecter et faire respecter les droits de l'homme*

Pour ce qu'il en est des DH, les déclarations 4, 10, 15 et 19 rappellent aux Etats qu'étant entendu que ces droits n'ont pas de force obligatoire pour les EMSP, les Etats sont tenus de protéger les personnes contre toute violation de ces entreprises¹³⁴. En effet, il s'agit de la théorie de l'application horizontale des droits humains ou la *drittwirkung* qui impose à l'Etat de veiller à ce que le comportement d'entités privées ou d'individus ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux d'autres entités privées ou individus¹³⁵.

Le document de Montreux précise même qu'il s'agit d'un devoir de diligence et que les Etats sont censés prendre toutes les mesures raisonnables pour prévenir les dommages ou les réduire au minimum¹³⁶. Cela signifie qu'ils vont devoir enquêter sur les allégations de manquement des EMSP. Parallèlement, ils vont devoir poursuivre les entreprises concernées s'il s'avère qu'il y a eu des violations et offrir aux personnes lésées des moyens de recours,

¹³¹ B. KESSLER, « The duty to 'Ensure Respect' under Common Article 1 of the Geneva Convention: Its implications on International and Non-International Armed Conflicts », *G.Y.I.L.*, vol. 44, 2001, p. 509.

¹³² Voir Document de Montreux, *op. cit.* note 1, deuxième partie, bonnes pratiques 1 à 23.

¹³³ T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 190; Voy. C.I.J., *l'Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (deuxième phase), (Belgique c. Espagne), Recueil n° 3 de 1970, p. 34.

¹³⁴ *Ibid.* p. 34.

¹³⁵ N. JAGERS, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, New York, Intersentia, 2002, p. 36 à 44.

¹³⁶ Document de Montreux, *op. cit.*, p. 34.

tels des procédures civiles¹³⁷. La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH ») a d'ailleurs jugé que toute personne peut saisir la justice si elle peut valablement soutenir qu'un Etat n'a pas rempli son devoir de diligence raisonnable pour prévenir le dommage dont elle est victime dû à une violation ou que l'Etat n'a pas effectué d'enquête¹³⁸.

Ce devoir d'enquête et de poursuite présuppose que les Etats mettent en place un système administratif et judiciaire approprié¹³⁹. Dans l'affaire *Avşar c. Turquie*, la CEDH a considéré que dans le contexte de recours à la force meurtrière, les autorités doivent agir avec célérité et diligence raisonnable afin de préserver la confiance du public¹⁴⁰.

Il faut également noter que, relativement aux activités des EMSP, le devoir de diligence en matière de droits humains a plusieurs fois été interprété comme imposant également aux Etats territoriaux une certaine obligation de réglementer les activités des EMPS sur leur territoire afin de pouvoir garantir ces droits. C'est ce qui a été dégagé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies ou encore le Comité contre la torture des Nations Unies¹⁴¹. C'est d'ailleurs ce que rappelle le document de Montreux dans ses déclarations 4, 10, 15 et 19 en précisant que les Etats « *sont responsables de la mise en œuvre de leurs obligations au regard des droits de l'homme, y compris en adoptant les mesures, d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet à ces obligations* ».

Ainsi l'on observe que dans le cadre de leurs activités, les EMPS, telles les *military providing firms*, peuvent être amenées à se livrer à des activités de combat qui puissent causer des violations de DH. Bien qu'elles ne soient pas autorisées à bafouer ces droits, il revient aux Etats de s'assurer que celles-ci les respectent, et le cas échéant, prévenir et punir toute violation des droits fondamentaux de tout individu, et même ceux des employés des EMSP.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ CEDH, *Osman c. le Royaume-Uni*, arrêt, Recueil des jugements et décisions 1998-VIII, n° 95, 28 octobre 1998, § 147.

¹³⁹ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 216; Voy. également l'affaire *Janes* qui a reconnu la responsabilité du Mexique pour défaut de poursuite et répression d'un citoyen mexicain qui avait assassiné un ressortissant étasunien (Général Claims Commission, *Laura M. B. Janes et al. (E-U) c. Mexique*, 16 novembre 1925, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, p. 87).

¹⁴⁰ CEDH, *Avşar c. Turquie*, arrêt 25657/94, 27 mars 2002, § 395.

¹⁴¹ M.-L. TOUGAS, *op. cit.*, p. 210

§ 4. Obligation d'établir la responsabilité pénale

Dans les déclarations 5, 11, 16 et 20 y figure le rappel de l'obligation pour tous les Etats d'établir la responsabilité pénale. Cela signifie que les Etats sont tenus de s'assurer que les employés d'EMSP répondent de leurs actes lorsqu'ils sont impliqués dans des infractions graves au sens des Conventions de Genève et du PA I. Le terme d'infraction grave comprend des infractions telles l'homicide intentionnel d'un civil ou encore le traitement inhumain. Cette règle impose à tous les Etats, peu importe la nationalité du suspect, d'enquêter, poursuivre et réprimer la commission d'infractions graves¹⁴². Pour toute infraction au DIH, les Etats disposent d'une compétence assez large. En effet, ils pourront poursuivre toute personne suspecte d'avoir violé ce droit en raison du lieu où le crime a été commis, de la nationalité de l'auteur ou de la victime, de la protection d'intérêts nationaux et de sécurité¹⁴³.

En cas de constatation de ces infractions, les Etats devront déférer les personnes responsables aux tribunaux compétents, en l'occurrence leurs propres tribunaux, ou ceux d'un autre Etat par voie d'extradition ou à un tribunal pénal international¹⁴⁴. Afin de satisfaire à cette obligation, les Etats seront tenus d'adopter une législation adéquate qui instaure des sanctions pénales effectives¹⁴⁵.

Notons également que les déclarations 6, 12, 17 et 21 rappellent que les Etats sont tenus d'arrêter les auteurs de crimes internationaux, tels les crimes de guerre en général (ce qui englobent une plus grande notion que les infraction graves), ainsi que des crimes qui ne sont pas forcément liés à des conflits armés, tel le génocide¹⁴⁶. Par ces déclarations, le document rappelle que le personnel des EMSP ne fait pas exception à l'administration de la justice. De même, ces déclarations rappellent que les suspects bénéficient du droit au procès équitable, qui est d'ailleurs garanti par le DIH¹⁴⁷ et les DH. Ainsi, les membres des EMSP ne peuvent en principe pas échapper à l'impunité mais ils bénéficieront tout de même de certaines garanties.

¹⁴² Document de Montreux, *op. cit.*, p. 35.

¹⁴³ M.-L. TOUGAS, « Commentaire de la Partie 1 du 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 », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 96, 2014/1, p. 257.

¹⁴⁴ *Ibid*

¹⁴⁵ *Ibid*.

¹⁴⁶ *Ibid*.

¹⁴⁷ Voir par exemple l'art. 3 commun, 1), d) des Conventions de Genève; art. 49 de la Ière Convention de Genève; art. 50, § 4 de la IIe Convention de Genève.

§ 5. Responsabilité particulière à l'égard des Etats contractants

Dans la 7^e déclaration du document de Montreux, l'on spécifie que la responsabilité de l'Etat contractant sera engagée lorsque les membres d'une EMSP agissent en tant qu'organes de l'Etat par le biais d'une incorporation *de jure* ou *de facto* dans ses forces armées¹⁴⁸. Elle rappelle également que les Etats contractants seront responsables des faits de toute EMSP qui exerce des prérogatives de la puissance publique ou encore qui agit sur les instructions, directives ou sous le contrôle de ce celui-ci.

Cette déclaration est principalement inspirée du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite qui a été étudiée plus haut¹⁴⁹.

Dès lors, dans tous les cas mentionnés dans ce présent paragraphe, il ne sera pas nécessaire d'établir un manquement dans le chef de l'Etat. En effet, il suffit que les EMSP ait un lien officiel ou officieux avec l'Etat pour que tout acte illicite qu'elles poseraient engage la responsabilité de l'Etat qui les contracte. En effet, cela se justifie par le fait que l'Etat contractant est celui qui fait appel à leurs services. Ainsi, ces Etats verront leur responsabilité plus facilement engagée.

La 8^e déclaration du document reprend le principe de réparation intégrale du préjudice en droit international public tel qu'il est prévu par l'article 31 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. En effet, cette déclaration rappelle aux Etats contractants que si les actes d'une EMSP leurs sont imputables, ils ont non seulement l'obligation de faire cesser cette obligation mais ils seront également tenus de réparer intégralement le préjudice qui aurait été causé à une personne¹⁵⁰. Cette obligation revête un double caractère dans le sens où l'Etat responsable sera non seulement tenu de réparer le dommage subi à l'Etat victime mais également à toute personne physique ou morale qui aurait subi un préjudice¹⁵¹. Il convient de noter que, indépendamment de cette déclaration et du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁹ Voir *supra* partie II, chapitre 1, section 1. Voir également l'article 13, 1 du PA I pour le commandement responsable.

¹⁵⁰ M.-L. TOUGAS, « Commentaire de la Partie 1 du 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 », *op.cit.*, p. 269.

¹⁵¹ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, § 259.

illicite, toute violation d'une règle de DIH ouvre immédiatement le droit à une obligation de réparation¹⁵². Cette dernière règle relève du droit coutumier, tant dans les CAI que dans les CANI¹⁵³.

Pour conclure sur ce chapitre, l'on remarque que le projet d'articles s'adresse aux Etats contractants et qu'il établit une responsabilité particulière à leur égard, une responsabilité plus importante de par le fait que la présence de sociétés privées sur le terrain de la guerre a lieu par ce qu'ils en ont voulu ainsi. Ainsi, en raison des liens étroits qu'ils entretiennent avec la EMSP, ils pourront être tenus responsables de tout fait internationalement illicite qui aura été commis par le personnel de la société qu'ils auront engagé. Tel sera le cas si ce personnel a été intégré juridiquement ou factuellement dans leurs forces armées, ou s'il aura été autorisé à exercer des prérogatives de la puissance publique ou encore si l'Etat contractant aura donné les instructions, directives ou contrôlé le personnel à l'origine du fait illicite. Ce projet d'articles, bien que n'étant qu'un projet, révèle la volonté des gouvernements d'attribuer une responsabilité plus accrue aux Etats contractants du fait qu'ils fassent usage d'acteurs privés qui n'ont pas de statut prédéfini en droit international. Toutefois, avant d'établir cette responsabilité, il faut à nouveau faire une étude au cas par cas afin de déterminer la vraie nature des relations entre l'Etat et la société ainsi que pouvoir démontrer un certain degré de dépendance ou d'appartenance, le contrat les liant n'étant pas suffisant pour établir une responsabilité automatique. C'est ainsi qu'à défaut de pouvoir faire jouer les règles du projet d'article, le document de Montreux rappelle qu'il existe des règles, notamment en DIH et DH, qui imposent un devoir général de due diligence à l'encontre de tous les Etats. Ceci implique de respecter leurs obligations de droit international, de respecter et faire respecter le DIH et DH ainsi que d'établir la responsabilité pénale. Ces règles ont pour vocation de faire jouer la responsabilité des Etats qui n'auront pas utilisé les moyens raisonnables et suffisants pour prévenir les violations de droit international, et plus particulièrement de graves infractions qui auraient été commises par des acteurs privés. Dans ce cas de figure, l'Etat n'est pas directement responsable du fait illicite, il est indirectement responsable pour celui-ci s'il n'a pas mis tous les moyens dont il disposait en œuvre afin de l'éviter et qu'il n'a pas enquêté et/ ou poursuivi les auteurs responsables.

¹⁵² M.-L. TOUGAS, « Commentaire de la Partie 1 du 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 », *op. cit.*, p. 269.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 270.

CHAPITRE 2. LA RESPONSABILITÉ NON ÉTATIQUE

Dès lors que la responsabilité étatique a été explorée, il convient de déterminer dans quelle mesure la responsabilité non étatique pourrait être engagée. En effet, les EMSP, bien qu'offrant divers services qui ne sont souvent pas d'ordre militaire, leur place aux sein des hostilités fait qu'elles sont plus facilement confrontées à des situations hostiles et propice à la perpétration de violations du DIH¹⁵⁴. C'est ainsi qu'en premier lieu, nous verrons dans quelle mesure l'EMSP peut être tenue pour responsable des actes commis par son personnel (section 1). Ensuite, nous verrons s'il est également possible que ce même personnel réponde personnellement de ses actes (section 2).

Section 1. La responsabilité pénale de l'entreprise

Les employés des EMSP intervenant dans des conflits armés au nom de l'entreprise et non à titre personnel sont susceptibles d'engager la responsabilité de celle-ci de deux façons distinctes.

§ 1. En tant que personne morale

En droit international public, l'on constate que les personnes morales (ci-après « PM ») ne sont pas des sujets de celui-ci, et donc par conséquent pas des sujets de DIH. En plus de cela, il n'existe aucune instance internationale qui soit compétente pour les juger. Ceci est dû au fait que les États ont été réticents à l'idée d'admettre la responsabilité des PM en droit international¹⁵⁵. C'est ainsi que dans le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, aucune mention de cette responsabilité ne peut s'observer. Force est de constater que cette omission est sûrement due au fait que même dans le droit interne d'une majorité de pays, la responsabilité pénale internationale n'existe pas. Pourtant, il existe de nombreux domaines tels que l'environnement ou le terrorisme pour lesquels une responsabilité de personnes morales existe¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Commission Internationale des juristes, « Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes », vol. 2, Genève, 2008, p. 23-26.

¹⁵⁵ T. GARCIA, « L'explosion du phénomène des entreprises militaires et de sécurité privées: signe de la crise de l'Etat? », *Etats et sécurité internationale*, Bruylant, 2012, pp. 116.

¹⁵⁶ M.-L. TOUGAS, *Droit international, sociétés militaires...*, *op. cit.*, p. 253.

Toutefois, dans le document de Montreux, la déclaration 22 précise que les EMSP doivent respecter les législations nationales. Ainsi, elles devront respecter les législations des États qui prévoient la responsabilité des personnes morales pour des crimes internationaux¹⁵⁷. Il faut également noter que si les EMSP présentent un degré suffisant d'organisation et de commandement, ainsi que la capacité de mener des opérations militaires, elles seront considérées comme des groupes armés organisés et devront respecter le DIH¹⁵⁸. Dès lors, nonobstant le fait que le droit international n'ait rien prévu, le droit interne peut tout de même combler cette lacune.

Néanmoins, l'on observe que malgré les différentes règles qui existent, en pratique, il est particulièrement difficile d'engager la responsabilité pénale internationale des PM. Ainsi, en mars 2004, quatre employés de la société privée *Blackwater* ont été tués à Falloujah (Irak) lors d'une embuscade¹⁵⁹. En janvier 2005, les familles des victimes accusent l'entreprise privée d'homicide par imprudence, argumentant que les employés avaient été envoyés en mission avec des armes de moindre calibre que leur ennemi et munis de simples jeeps au lieu de véhicules blindés. Afin d'étouffer l'affaire et d'éviter des poursuites, la société est parvenue à régler le litige en versant une somme d'argent aux familles. En effet, le conseil de *Blackwater* avait réussi à convaincre les familles que saisir la justice aurait pour conséquence de mettre en péril les capacités de combat du pays¹⁶⁰. La société a tout de même été poursuivie par l'État américain pour infraction aux règles internationales mais les poursuites ont été abandonnées en payant à celui-ci une amende de 7,5 millions de dollars qui s'ajoutent aux 42 millions déjà payés en 2010 pour une autre affaire¹⁶¹. L'on constate que lorsqu'une société devient suffisamment puissante, même s'il existe un droit interne qui prévoit leur responsabilité pénale internationale, il est facile d'écarter des poursuites et de continuer à violer le DIH.

¹⁵⁷ M.-L. TOUGAS, « Commentaire de la Partie 1 du 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 », *op. cit.*, p. 281.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ L'OBS, « Irak: cinq soldats et 4 étrangers tués », publié le 1er avril 2004, disponible sur <https://www.nouvelobs.com/monde/20040331.OBS6837/irak-cinq-soldats-et-4-etrangers-tues.html> (consulté le 22 juillet 2018).

¹⁶⁰ J. SCAHILL, « L'ascension de Blackwater ou la privatisation de la guerre », *Mondialisation*, mars 2007, disponible sur <https://www.mondialisation.ca/l-ascension-de-blackwater-ou-la-privatisation-de-la-guerre/5214> (consulté le 22 juillet 2018).

¹⁶¹ S. SCHULER, « Ex- Blackwater paye des millions pour échapper aux procès », RFI, août 2012, disponible sur <http://www.rfi.fr/ameriques/20120808-ex-blackwater-paye-millions-echapper-proces> (consulté le 22 juillet 2018).

§ 2. Des supérieurs hiérarchiques

La responsabilité des supérieurs hiérarchiques ou des chefs militaires ou civils est un principe qui fut établi il y a déjà longtemps¹⁶². C'est d'ailleurs un règle de droit coutumier dans les CAI et CANI¹⁶³.

Ainsi, les déclarations 27 et 28 du document de Montreux rappellent que les supérieurs hiérarchiques engagent leur responsabilité pénale pour des crimes de droit international commis « par les membres du personnel de l'EMSP sous leur autorité et 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 »¹⁶⁴. Ainsi, pour le critère du contrôle, on exige simplement qu'il existe une responsabilité de commandement¹⁶⁵. Dès lors, il faut qu'il existe un lien de subordination, fût-il formel ou informel, direct ou indirect, civil ou militaire¹⁶⁶. Pour que la responsabilité pénale puisse jouer, il faut premièrement que ce commandant détienne le pouvoir d'empêcher de prévenir l'infraction et de punir son auteur. Ensuite, il faut également pouvoir démontrer que ce commandant ait eu ou a pu avoir la connaissance de l'existence des actes répréhensibles¹⁶⁷. Il s'agit dès lors d'une exigence de contrôle effectif et une exigence de *mens rea*¹⁶⁸.

Toutefois, il convient de noter que pour les supérieurs civils, le Statut de Rome prévoit une *mens rea* plus importante, en l'occurrence que dans l'hypothèse où le commandant a délibérément ignoré l'information qu'il détenait, les supérieurs militaires disposant d'un contrôle plus stricte sur leurs troupes de par la nature même de la structure militaire¹⁶⁹.

¹⁶² Voir art. 86, 2 du PA I; art. 7, 3 du Statut du TPIY ; art. 6, 3 du Statut du TPIR ; art. 28 du Statut de Rome ; Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (TMI Tokyo), *Affaire des grands criminels de guerre*, arrêt, 4-12 novembre 1948; TPIY, *Procureur c. Zejnil Delalic et autres (Celebici case)*, aff. n° IT-96-21-A, arrêt (Chambre d'appel), 20 février 2001, §§ 189 à 198 et 222 à 241 et TPIR, *Procureur c. Bagilishema*, aff. n° TPIR-95-1A, arrêt (chambre d'appel, motifs), 3 juillet 2002, §§ 24 à 62.

¹⁶³ M.-L. TOUGAS, « Commentaire de la Partie 1 du 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 », *op. cit.*, p. 289.

¹⁶⁴ Document de Montreux, art. 27, b).

¹⁶⁵ TPIY, *Le procureur c. Zejnil Delalic et autres (Celebici case)*, *op.cit.*, §186 et s.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, §§ 192 et 198.

¹⁶⁸ TPIR, *Procureur c. Bagilishema*, *op.cit.*, § 50.

¹⁶⁹ M.-L. TOUGAS, « Commentaire de la Partie 1 du 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 », *op. cit.*, p. 291. Voy. art. 28 du Statut de Rome.

Ainsi, l'on peut observer que, bien que les supérieurs hiérarchiques des EMSP soient civils, rien n'empêche leur responsabilité pénale internationale d'être engagée s'ils exercent incorrectement leur contrôle sur les employés sous leurs ordres qui commettent des crimes internationaux.

Section 2. La responsabilité individuelle de l'employé

§ 1. La responsabilité pénale

Qu'importe leur statut, le personnel des EMSP est tenu par le DIH et doit respecter les lois et coutumes de la guerre. Cette responsabilité est consacrée dans les Conventions de Genève¹⁷⁰, dans le PA I¹⁷¹ ainsi que dans les statuts du TPIY et du TPIR¹⁷².

La 23^e déclaration du document de Montreux rappelle que les membres d'une EMSP doivent respecter le droit de l'État sur lequel ils opèrent, en particulier le droit pénal, ainsi que le droit dont ils ont la nationalité. Ainsi, tant le droit national que le droit des États sur lesquels ils opèrent sera applicable pour poursuivre les employés. Cela signifie que plusieurs tribunaux seront compétents, à savoir ceux de l'État dans lequel les actes ont été commis (compétence territoriale), ceux de l'État duquel la victime est ressortissante et ceux de l'État dont l'auteur a la nationalité (compétence personnelle)¹⁷³.

Bien qu'il existe une compétence territoriale, en pratique, les États sur lesquels les employés des EMSP agissent sont souvent affaiblis et dès lors dans l'incapacité de mener la justice à bien¹⁷⁴. Outre cet obstacle, il arrive également que certains États accordent l'immunité aux membres des EMSP. Un des exemples le plus célèbres de cette impunité juridique a pu se faire en observer en 2004 lorsque l'Administrateur de l'Autorité provisoire de la coalition en Irak, Paul BREMER, promulgua une ordonnance « *Order n°17* » qui accordait l'immunité de poursuites aux employés des EMSP actives en Irak.

¹⁷⁰ Art. 49 de la I^{ère} Convention de Genève ; Art. 50 de la II^e Convention de Genève ; Art. 129 de la III^e Convention de Genève et art. 146 de la IV^e Convention de Genève.

¹⁷¹ Article 85 du PA I.

¹⁷² Article 7 du Statut du TPIY et article 6 du Statut du TPIR.

¹⁷³ E.-CH. GILLARD, *op.cit.*, p. 542.

¹⁷⁴ M. SOUREN, *Les sociétés militaires privées : Les nouveaux mercenaires du XXI^e siècle ?*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2011, p. 67.

Cette immunité a parfois même été utilisée contre des employés qui ont été victimes de mauvaises conditions de travail et d'irrégularités contractuelles¹⁷⁵.

Pour ce qu'il en est de la compétence personnelle, celle-ci rencontre également quelques difficultés. En effet, bien qu'elle permette aux tribunaux d'un Etat d'être compétents pour les violations commises ou subies par un de ses ressortissants, celle-ci doit être prévue par la législation nationale. De plus, sur le plan pratique, il est presque impossible pour une victime d'aller poursuivre l'auteur de son dommage dans le pays duquel ce dernier est ressortissant¹⁷⁶. Toutefois, il existe des cas, bien que rares, où la justice nationale se révèle efficace. En effet, en 2015, quatre employés de la compagnie *Blackwater* ont été condamnés (à perpétuité pour l'un et à 30 ans d'emprisonnement pour les autres) pour avoir tué 17 civils irakiens en 2007 lors d'une fusillade sur la place *Nisour*¹⁷⁷. Ceci étant, la plupart des affaires ne seront jamais entendues sur le fond ainsi qu'il en a été avec la société *Dyncorp* en 1999 dont les employés impliqués dans une affaire de trafic d'armes, d'êtres humains et abus sexuels en Bosnie. La sanction n'a été qu'un simple rapatriement et licenciement¹⁷⁸.

Dans l'hypothèse où les instances nationales feraient défaut, il subsiste la Cour pénale internationale (ci-après « CPI »). Cette dernière est compétente pour connaître des crimes de guerre, de génocide et contre l'humanité. Toutefois, pour faire jouer sa compétence, il faut que l'employé concerné de l'EMSP soit ressortissant d'un Etat partie au Statut de Rome ou que le crime ait été commis sur le territoire d'un Etat partie¹⁷⁹. Ainsi, pour le cas des Etats-Unis par exemple, vu qu'ils ne sont pas partie au Statut, la Cour ne sera compétente des crimes commis par ses ressortissants que si ceux-ci se sont produits sur le territoire d'un Etat partie. Dès lors que l'Irak n'est pas signataire du Traité de Rome et que de nombreuses EMSP américaines opèrent sur son territoire, la compétence de la CPI ne trouve pas à s'appliquer.

¹⁷⁵ P. DE GENDT, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁶ E.-CH. GILLARD, *op.cit.*, p. 543.

¹⁷⁷ E. BASTIÉ, « Etats-Unis : quatre employés de Blackwater condamnés à de longues peines de prison », *Le Figaro*, disponible en ligne sur <http://www.lefigaro.fr/international/2015/04/14/01003-20150414ARTFIG00128-etats-unis-quatre-employes-de-blackwater-condamnes-a-de-longues-peines-de-prison.ph> (consulté le 25 juillet 2018).

¹⁷⁸ C. HOLMQVIST, « Private Security Companies: the Case for Regulation », *SIPRI Policy Paper*, n°9, Stockholm, Stockholm International Peace Research Institute, janvier 2005, pp.1-3.

¹⁷⁹ Articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour Pénale Internationale.

De plus, pour que l'employé de la société puisse être poursuivi, il faut tout d'abord établir l'existence d'un conflit armé ainsi que d'un lien entre le conflit et l'acte en cause¹⁸⁰.

En effet, il suffit d'établir que « *l'existence du conflit ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, à sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il m'a commis* »¹⁸¹. Le CICR semble accepter qu'il suffise que l'acte ait été commis dans un contexte de conflit armé, provoqué par une situation de danger née de la présence de personnes lourdement armées¹⁸².

Dans la plupart des cas, nous avons pu voir que tant le droit international que le droit national ne parvenaient pas facilement à engager la responsabilité individuelle pénale des « *contractors* ». En outre, le personnel des EMSP en a conscience, comme en témoigne un employé dans cet article du Washington Post : « *On nous a toujours dit, depuis le début, que si, pour une raison ou une autre, quelque chose arrivait et que la justice irakienne essayait de nous poursuivre, on nous mettrait dans le coffre d'une voiture pour nous sortir du pays en douce, au milieu de la nuit* »¹⁸³.

§ 2. La responsabilité civile

Bien qu'il n'existe aucune disposition spécifique concernant la responsabilité civile des employés des EMSP, l'une peut se déduire de l'article 75 du Statut de la CPI qui prévoit un droit individuel à demander une réparation pour violation du DIH. Ce droit permet aux victimes ou à leurs ayants droit d'obtenir une réparation sous la forme de restitution, d'indemnisation ou de réhabilitation¹⁸⁴. Si un employé est condamné à la réparation du dommage qu'il a causé, les Etats parties ont l'obligation d'appliquer le jugement rendu par la CPI¹⁸⁵. Cela suppose dès lors que la CPI soit compétente (voir *supra*).

Si la CPI ne peut être saisie et que la législation nationale le prévoit, les victimes disposent tout de même de la possibilité d'introduire une action civile devant les tribunaux nationaux pour les crimes de droit commun commis par les membres des EMSP.

¹⁸⁰ N. HAUPAIS, « Les enjeux juridiques de la 'privatisation de la guerre' », in *Annuaire français de droit international*, vol. 55, 2009, p. 100.

¹⁸¹ TPIY, Chambre d'appel, jugement du 12 juin 2002, *Le procureur c. Kunarac et al.*, §§ 58 et s.

¹⁸² N. HAUPAIS, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸³ S. FAINARU, « Four Hired Guns in an Armored Truck, Bullets Flying, and a Pickup and a Pickup and a Taxi Brought to Halt. Who Did the Shooting and Why? », *The Washington Post*, 15 avril 2007, disponible sur <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/04/14/AR2007041401490.html>.

¹⁸⁴ Article 75, §§ 1 et 2 du Statut de la CPI.

¹⁸⁵ *Ibid*, § 5.

TROISIÈME PARTIE

METHODES DE REGULATION DES EMSP

CHAPITRE 1. L'INTERVENTION DU DROIT

Section 1. Au niveau national

Dans cette section, nous verrons des exemples d'Etats qui ont mis en place de la réglementation nationale afin de mieux contrôler les activités des EMSP. En effet, la loi nationale est la plus à même à être respectée par les sociétés qui ne peuvent y échapper puisqu'elle détient un pouvoir plus coercitif.

Les États-Unis étant le plus grand consommateur de EMSP¹⁸⁶, il convient de faire état des mesures que celui-ci a pris en vue de réguler ces entreprises. En effet, après les scandales en Irak et en Afghanistan impliquant du personnel militaire privé, les Etats-Unis ont été sous la pression de l'opinion publique de mettre en place un système régulateur. Ce dernier avait pour but d'établir des procédures strictes de recrutement et de certification ainsi que des règles assurant une certaine surveillance¹⁸⁷. Toutefois, il n'existe pas de réglementation unique sur le sujet, ainsi il a été constaté que cela créait une brèche dans le système régulateur¹⁸⁸. En effet, alors que l'*International Traffic in Arms Regulations* (« ITAR ») gouverne l'exportation de la défense, l'*OMB Circular A-76* et l'*OMB Procurement Policy Letter* décrivent les prérogatives militaires ou gouvernementales qui ne peuvent être déléguées au secteur privé. Il existe également d'autres instruments qui règlent la sélection, l'utilisation et les limitations des mandats des EMSP¹⁸⁹.

¹⁸⁶ D. LOESCHE, *Contracted Security*, Statista, 2 mars 2016, disponible en ligne sur <https://www.statista.com/chart/4440/private-military-and-security-company-sector/> (consulté le 27 juillet 2018)

¹⁸⁷ Voir la liste des différentes dispositions nationales américaines concernant les EMSP sur https://www.acq.osd.mil/log/ps/psc_us_law.html (consulté le 27 juillet 2018).

¹⁸⁸ Hamburg Model United Nations, « Speak Up, Stand Up – Be the Change », *First Committee Disarmament and International Security*, Nov. – Déc. 2017, p. 27, disponible sur http://hammun.de/wp-content/uploads/2017/10/DISEC_HamMUN17_guide.pdf (consulté le 27 juillet 2018).

¹⁸⁹ U.S. 115th Congress (2017-2018), *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2018*, H.R.2810, disponible en ligne sur <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/2810> (consulté le 28 juillet 2018).

Quant au cas du Royaume-Uni, État qui recourt également beaucoup aux EMSP, nous noterons qu'il n'existe pas de système de licence ou certification et le gouvernement ne semble pas vouloir pallier à ce problème¹⁹⁰. C'est un État qui préfère largement l'autorégulation alors que les violations commises en 1997 par la société britannique *Sandline International* au Sierra Leone avaient mis l'accent sur le besoin d'un système de licence¹⁹¹.

Bien que la régulation nationale semble être une solution optimale au problème puisqu'elle sera plus facilement appliquée et respectée par les EMSP, elle s'accompagne également de désavantages. En effet, d'un point de vue pratique, établir un cadre national efficace qui s'adapte aux réalités transnationales des activités des EMSP implique une certaine présence des autorités nationales dans les zones d'opérations de ces entreprises afin de pouvoir précisément déceler les violations, enquêter proprement, ou plus généralement connaître les circonstances dans lesquelles les EMSP agissent. Ainsi, vu qu'il serait difficilement envisageable pour chaque État d'envoyer des rapporteurs ou experts sur des territoires étrangers, la coopération internationale semble être une solution adéquate pour assurer une régulation nationale de qualité¹⁹².

Section 2. Au niveau international

§ 1. Le document de Montreux

Adopté le 17 septembre 2008 et élaboré en 2006 sur initiative de la Suisse, du CICR ainsi qu'avec le soutien de 17 États, le document de Montreux est le premier instrument international décrivant le DIH applicable aux activités des EMSP présentes en zones de conflit armé. Celui-ci énumère les obligations des États (voir *supra*), des EMSP et les bonnes pratiques à adopter afin de mieux contrôler les activités de ces sociétés¹⁹³.

Ce document serait l'expression d'un consensus général selon lequel le droit international est applicable aux EMSP et qu'il n'existe pas de vide juridique à leur sujet.

¹⁹⁰ « Speak Up, Stand Up – Be the Change », *op. cit.*, p. 27.

¹⁹¹ N. D. WHITE, « Regulation of the Private Military and Security Sector: Is the UK Fulfilling its Human Rights Duties? », *Human Rights Law Review*, Oxford, 2016, pp 585 à 586.

¹⁹² M. SOUREN, *op. cit.*, p. 73.

¹⁹³ N. HAUPAIS, *op. cit.*, p. 106.

En effet, cette déclaration intergouvernementale ne crée pas de nouvelles obligations mais ne fait que fournir des orientations juridiques sur certains points épineux concernant les EMSP¹⁹⁴. Ces derniers, n'existant dans aucune convention internationale, le document de Montreux avait donc vocation à clarifier à quelles branches du droit celles-ci étaient soumises.

Bien que cet instrument soit une réelle avancée puisqu'il constitue le premier signe de reconnaissance de l'applicabilité du DIH et des DH aux EMSP, ce n'est qu'un instrument de « *soft law* », ce qui signifie qu'il n'a aucune force contraignante. Quand bien même le document rappelle aux États qu'il disposent d'une obligation de faire respecter les différents droits susmentionnés, une analyse de plus de 60 contrats les liant aux EMSP a révélé « *qu'aucun ne contenait de clauses traitant du respect, par les employés des EMSP, des droits humains ou du DIH, ou bien à fournir une preuve comme quoi le personnel contractant avait reçu une formation pré-départ adéquate* »¹⁹⁵. Et concernant les contrats, certains auteurs considèrent que les références directes aux mécanismes contractuels encourageant les États à y intégrer des incitants à respecter le DIH¹⁹⁶, non seulement renforcent la pensée privatiste mais favorise également l'immiscion du droit contractuel dans le droit international public¹⁹⁷.

Quant à l'implémentation des recommandations du document de Montreux, le Centre des Droits de l'Homme et du Droit international Humanitaire a établi un rapport en 2013 démontrant que les États les plus concernés dans le domaine, à savoir les États-Unis, le Royaume Uni, l'Irak et l'Afghanistan n'ont pas su effectivement adopter des mesures permettant de faire respecter le DIH et les DH.

¹⁹⁴ Document de Montreux, *op. cit.*, p.5.

¹⁹⁵ L. A. DICKINSON, *Outsourcing War & Peace: Preserving Public Values in a World of Privatized Foreign Affairs*, New Haven, Londres, Yale University Press, 2011, p. 79.

¹⁹⁶ En effet, l'article 17 des bonnes pratiques du Document de Montreux prévoit que les États peuvent « *Considérer la rémunération et la durée d'un contrat donné comme étant un moyen de promouvoir le droit international humanitaire et les droits de l'homme. Les mécanismes pertinents peuvent inclure : a) Des valeurs ou des garanties pour la performance contractuelle ; b) Des récompenses ou des pénalités financières et des incitations; c) Les possibilités d'être en lice pour des contrats supplémentaires* ».

¹⁹⁷ C. MAGNON-PUJO, « La souveraineté est-elle privatisable ? La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, De Boeck Supérieur, 2011, p. 142 ; M.-E. LAPOINTE, « Le Droit International Humanitaire, à la merci des Entreprises Militaires et de Sécurité Privées », *Revue québécoise de droit international*, 1^{er} janvier 2011, p. 99.

Ainsi, l'on peut douter de l'efficacité du document de Montreux, l'intention ne faisant clairement pas défaut mais qui visiblement constitue une véritable gageure¹⁹⁸. Pour pallier à ces problèmes, en juillet 2017, le Centre pour le contrôle démocratique des forces armées basé à Genève (« DCAF ») lance un guide contractuel pour les entreprises militaires et de sécurité privées afin d'aider les Etats à mieux réguler les EMSP¹⁹⁹.

§ 2. *Projet de Convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées*

Ce projet de convention fut présenté le 5 juillet 2010 en annexe du Rapport du Groupe de travail des Nations Unies 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-mêmes²⁰⁰. Le groupe de travail explique dans le préambule de ce projet que celui-ci est motivé par le fait que l'autorégulation n'est pas suffisante pour assurer le respect du DIH ainsi que des DH et que les États parties doivent s'entendre pour établir des règles internationales minimales pour réglementer les activités des EMSP²⁰¹.

Son texte contient six parties décrivant les obligations et responsabilités de toutes les parties concernées, en l'occurrence les États, les EMSP et le Comité international qui aurait été mis en place afin de réglementer, contrôler et superviser les activités de ces entreprises.

Les objectifs principaux de ce projet se situent à l'article 1^{er} de ce dernier :

- « a) Réaffirmer et renforcer la responsabilité de l'État en matière d'emploi de la force et réitérer l'importance du monopole étatique sur l'emploi légitime de la force (...);*
- b) Identifier les fonctions qui sont des fonctions intrinsèquement étatiques et qui ne peuvent être sous-traitées en aucunes circonstances;*
- c) Réglementer les activités des SMSP et de leurs sous-traitants;*
- d) Promouvoir la coopération internationale entre les États s'agissant d'autoriser et de réglementer les activités des SMSP (...);*

¹⁹⁸ Voir R. DEWINTER-SCHMITT (Ed.), *Montreux Five Years On: An analysis of State efforts to implement Montreux Document legal obligations and good practice*, Washington College of Law, 2013, pp. 8 à 11.

¹⁹⁹ Centre pour le contrôle démocratique des forces armées, *Guide Législatif pour la Réglementation par les États des Entreprises Militaires et de Sécurité Privées*, 28 juillet 2017, disponible sur <http://www.ppps.dcaf.ch/sites/default/files/uploads/Guide-L%C3%A9gislatif-Final.pdf> (consulté le 29 juillet 2018).

²⁰⁰ Projet de Convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées (SMSP) en Annexe au 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, UN Doc. A/HRC/15/25, 2 juillet 2010, disponible sur https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/A.HRC.RES.15.25_fr.pdf (consulté le 29 juillet 2018).

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 21 à 24.

e) *Établir et mettre en œuvre des mécanismes de surveillance des activités des SMSP et des violations du droit international des droits de l'homme et humanitaire, en particulier l'utilisation illégale ou arbitraire de la force par des SMSP, poursuivre les auteurs d'infractions et offrir des recours effectifs aux victimes. »*

Ainsi, ce projet s'adressait non seulement aux EMSP, leur rappelant un certain respect des règles nationales et internationales afin d'obtenir une licence, mais également aux États qui auraient été chargés d'établir des règles permettant de réglementer le secteur, et ce, en étroite collaboration avec d'autres États. Le comité aurait été créé pour contrôler les EMSP ainsi que les États²⁰².

Malheureusement, ce projet ne fit pas l'unanimité et fut opposé par une douzaine de pays (Belgique, Corée du sud, Espagne, États-Unis, France, Hongrie, Japon, Moldavie, Pologne, Royaume-Uni, Slovaquie et Ukraine)²⁰³. Quand bien même la convention aurait été établie, il aurait fallu que les États y adhèrent pour qu'il vienne à s'appliquer.

§ 3. Résolutions du Parlement Européen

Voilà déjà une décennie que les citoyens européens en appellent à une Union européenne qui les protège. En effet, en 2016, un baromètre européen révélait que plus de 70 % des européens considéraient que l'Union européenne devait davantage intervenir dans la sécurité de ses citoyens²⁰⁴. Le 17 mai 2017, l'Union européenne pris enfin compte des enjeux du recours aux EMSP. Ainsi, la Commission des Affaires étrangères déposa une proposition de résolution afin de demander à la commission européenne d'élaborer un Livre vert qui ferait office de modèle réglementaire efficace qui, principalement, harmoniserait les différentes législations nationales, répertierait les sociétés, déterminerait la nature et le rôle de leurs activités, fixerait des normes de sélection et surtout, permettrait de tenir le personnel des EMPS pour responsable des violations qu'il commettrait.

Cette proposition a finalement été adoptée pendant la session plénière de Juin 2017 à Strasbourg²⁰⁵.

²⁰² Projet de Convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées, *op. cit.*, p. 36 et s.

²⁰³ P. DE GENDT, *op. cit.*, p. 11.

²⁰⁴ Communiqué de presse du Parlement Européen, *MEPs call for EU rules on private security companies*, 4 juillet 2017, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170629IPR78642/meps-call-for-eu-rules-on-private-security-companies> (consulté le 29 juillet 2018).

²⁰⁵ Proposition de résolution 2016/2238(INI) du parlement européen sur les sociétés de sécurité privées, § 17, disponible en ligne sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0191+0+DOC+XML+V0//FR> (consulté le 29 juillet 2018).

La *ratio legis* de cette résolution repose principalement sur le fait que l'Union européenne constata qu'en 2013, 1.5 million de personnes avaient été employées par plus de 40.000 EMSP en Europe, que ces chiffres ne faisaient que s'accroître et qu'aucun cadre réglementaire européen n'existait. Concrètement, cette résolution suggère aux États d'établir une liste d'EMSP en conformité avec les standards européens relatifs à la transparence, aux antécédents criminels, à la capacité financière et économique, aux strictes procédures de vérification du personnel et à l'adhérence à un code de conduite international²⁰⁶.

Cette résolution souligne plus particulièrement que les entreprises ne doivent recevoir des tâches qui impliquent l'usage de la force ou la participation active aux hostilités car celles-ci se sont rendues coupables de violations de DH ainsi que de DIH et que des préoccupations au niveau de la responsabilité se sont révélées²⁰⁷. Le 17 juillet 2018, une seconde proposition de résolution a été déposée par la Commission des Affaires étrangères de l'Union européenne. Celle-ci est encore plus spécifique que la première puisqu'elle adresse directement un des problèmes majeurs de l'emploi d'EMSP, à savoir les violations des droits de l'homme²⁰⁸. Dans cette proposition, la Commission urge les États membres à adopter un texte internationalement contraignant imposant un certain nombre d'obligations visant à protéger les droits de l'homme²⁰⁹.

Ces instruments juridiques témoignent de la volonté de la communauté européenne de faire face à un problème qui ne peut plus se contenter d'être réglé au niveau national ou par des actes internationaux, tel que le document de Montreux, qu'il est plus facile d'enfreindre ou qui n'ont pas de valeur contraignante. Nous pouvons observer qu'en très peu de temps, la communauté a adressé le cœur du problème du recours aux EMSP, en l'occurrence les violations des droits fondamentaux des populations. Cette rapidité témoigne certes de l'urgence de la situation mais les résolutions n'ayant pas de force contraignante, elles n'auront pour seul effet que d'exprimer l'opinion du Parlement sur le sujet. Afin d'obtenir de réels résultats, il va falloir adopter des mesures plus efficaces et harmonisées, telles des règlements et directives.

²⁰⁶ Communiqué de presse du Parlement Européen, *MEPs call for EU rules on private security companies*, 4 juillet 2017, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170629IPR78642/meps-call-for-eu-rules-on-private-security-companies> (consulté le 29 juillet 2018).

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Proposition de résolution 2018/2154(INI) du parlement européen sur les préoccupations en matière de droits de l'homme suscitées par les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées dans des pays tiers, disponible en ligne sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-623.955&format=PDF&language=EN&secondRef=01> (consulté le 29 juillet 2018).

²⁰⁹ *Ibid.*, §§ 16 et 17.

CHAPITRE 2. L'AUTORÉGULATION

Section 1. Les associations d'autorégulation

Une des premières associations les plus importantes est l'« *International Stability Operations Association* » (« ISOA »)²¹⁰. C'est une association internationale fondée en 2001 et composée de près de 90 EMSP de différentes nationalités qui a pour objectif de favoriser une stabilité internationale effective avec l'aide de ses membres afin de démontrer une bonne image de l'industrie²¹¹.

Pour ce faire, l'association a adopté un code de conduite dont la version finale a finalement été adoptée en 2009²¹². Le préambule de cette dernière fait immédiatement référence au respect du DIH et des DH. Les parties suivantes énumèrent les principes de base du code, en l'occurrence la transparence, le contrôle et l'éthique.²¹³

Le code prévoit explicitement une responsabilité à l'égard des entreprises pour le fait de leurs employés dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas effectué le contrôle nécessaire afin de prévenir les infractions aux droits inscrits dans le préambule. Elles ont également l'obligation de sanctionner leur personnel et collaborer dans le cadre d'investigations officielles²¹⁴.

Il existe également des associations nationales telles que le « *British Association of Private Security Companies* » (« BAPSC ») qui a été créée en février 2006 afin de promouvoir et réguler les activités des EMSP britanniques exercées en dehors du territoire²¹⁵. L'adhésion à l'association s'accompagne d'une adhésion à la Charte du BAPSC qui prévoit principalement l'engagement au respect du DIH, des DH ainsi que des règles internationales auxquelles le Royaume-Uni est soumis²¹⁶. Cette charte impose à ses membres de ne faire emploi des armes que dans des cas de légitime défense et de refuser tout contrat contraire aux règles de droit international ou destiné à exercer des activités illicites. L'avantage de cette association est que cela permet aux autorités britanniques d'avoir une liste des EMSP qui s'engagent à respecter la loi et dont le personnel a été formé sur les standards de droit

²¹⁰ Voir le site internet de l'ISOA, disponible sur <https://stability-operations.org> (consulté le 29 juillet 2018).

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Code de conduite disponible en ligne sur https://cdn.ymaws.com/stability-operations.org/resource/resmgr/docs/s_800_13_en_t_-_code_of_cond.pdf (consulté le 29 juillet 2018).

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Voir le site internet de la BAPSC sur <http://www.bapsc.org.uk/> (consulté le 29 juillet 2018).

²¹⁶ British Association of Private Security Companies, *Charter*, disponible sur http://www.bapsc.org.uk/key_documents-charter.asp (consulté le 29 juillet 2018).

international²¹⁷. Par ailleurs, cette association permet d'instaurer un ombudsman indépendant qui collecterait les plaintes adressées à l'égard des EMSP, et éventuellement les poursuivre ainsi que les sanctionner²¹⁸.

Il existe également des associations qui sont créées pour réguler les activités des EMSP dans une zone de conflit spécifique. Tel est le cas de la « *Private Security Company Association of Iraq* » (« PSCAI ») créée en juillet 2004 et dissoute en décembre 2011. Celle-ci regroupait plus de 40 entreprises et servait d'intermédiaire entre ces dernières et le gouvernement irakien²¹⁹. Son rôle était d'établir des règles de conduite des opérations, d'enregistrer les nouvelles entreprises, de renouveler les autorisations arrivées à expiration, d'octroyer des permis de port d'armes et de licences pour automobiles²²⁰. Ayant finalement élaboré une charte en 2006, celle-ci ne fait pourtant référence au respect des lois irakiennes qu'en dernière partie, les autres parties traitant plutôt des règles d'organisation interne de la PSCAI²²¹.

En créant ces associations, les EMPS font preuve de bonne foi et tentent de légitimer leur existence. Parallèlement, elles permettent aux Etats de disposer de répertoires des EMSP se conformant aux règles du DIH et des DH. Toutefois, il convient de noter que ces associations adoptent des chartes et codes de conduite qui ne sont pas contraignants²²².

Section 2. Le code de conduite International des entreprises de sécurité privées (« ICoC »)

Élaboré le 9 novembre 2010 par le gouvernement suisse ainsi que plusieurs EMSP, ce code fixe les règles de conduite des entreprises en temps de conflit armé. Ainsi, déjà dans son préambule, il rappelle aux entreprises qu'elles doivent adhérer aux principes du document de Montreux ainsi qu'au cadre « Protéger, respecter et réparer » préparé par le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations unies chargé de la question des droits de l'homme.

²¹⁷ A. BEARPARK et S. SCHULZ, « The Regulation of the Private Security Industry and the Future of the Market », in *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, S. CHESTERMAN and C. LEHNARDT (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 247.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 248.

²¹⁹ Voir le site internet de la PSCAI sur <https://web.archive.org/web/20071007173854/http://www.pscai.org/index.php> (consulté le 29 juillet 2018).

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*

²²² E. CUSUMANO, « Regulating Private Military and Security Companies: A Multifaceted and Multilayered Approach », *EUI Working Papers*, Academy of European Law, 2009/11, p. 13.

C'est un code qui demande aux entreprises de faire preuve de diligence afin de ne pas violer les DH et de respecter le DIH. A la différence du document de Montreux, ce code de conduite ne s'applique qu'aux entreprises. En effet, celui-ci a été adoptée afin d'assurer le respect du document de Montreux par les entreprises²²³.

Cet instrument établit toute une liste d'obligations et d'interdictions à ses destinataires dans des domaines tels que le recours à la force, la détention, l'interdiction à la torture, la traite des êtres humains. Il contient également une série de dispositions qui traite des conditions d'engagement et de formation du personnel des entreprises signataires, ainsi que des conditions de travail et d'utilisation des armes²²⁴.

Parallèlement à ce code, l'Association du Code de Conduite international des entreprises de sécurité privées (ci-après « ICoCA ») a été créé le 19 septembre 2013 afin d'établir un suivi et une évaluation des entreprises adhérentes ainsi que d'assurer la certification de ces dernières aux normes du code de conduite²²⁵. Cette association permet de monitorer les activités des EMSP.

Toutefois, l'on note que l'adhésion à ICoCA se fait sur base volontaire et que le code de conduite n'est contraignant que dans la mesure où une entreprise l'aurait signé. De plus, tel qu'indiqué dans les statuts de l'ICoCA, celle-ci n'est pas en mesure d'infliger des sanctions aux entreprises qui ne respecteraient pas l'ICoC. Il convient également de noter que cette institution de supervision est largement constituée des représentants de l'industrie²²⁶.

Ce constat révèle à nouveau un manque d'effectivité des moyens mis en place afin de régler les activités des EMSP. En effet, l'autorégulation laisse apparaître des failles dans la mesure où l'industrie est le juge de ses propres actions ce qui ne permet pas l'impartialité ainsi que l'indépendance et elle ne dispose de véritables moyens de sanction.

²²³ Gouvernement suisse, *Code de conduite International des entreprises de sécurité privées*, 9 novembre 2010, disponible en ligne sur https://icoca.ch/sites/default/files/resources/icoc_french3.pdf (consulté le 31 juillet 2018).

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Informations disponibles sur le site <https://www.icoca.ch/fr> (consulté le 31 juillet 2018).

²²⁶ Human Rights, « Un code de bonne conduite contraignant pour l'industrie de la sécurité privée », 22 juillet 2015, disponible en ligne sur <https://www.humanrights.ch/fr/dossiers-droits-humains/stn/normes/emsp/> (consulté le 1^{er} août 2018).

CHAPITRE 3. PISTES DE SOLUTION

La communauté internationale se rend bien compte que la privatisation de la guerre est un phénomène qui a toujours existé et qui ne fait que prendre de l'ampleur²²⁷. Se débarrasser des « contractors » n'est donc pas une option réaliste, comme l'avait suggéré le député européen Javier COUSO PERMUY dans une opinion minoritaire à la proposition de résolution du parlement européen en 2017²²⁸. Trouver un moyen efficace de réguler ces entreprises a surtout une importance en ce qui concerne les éventuelles victimes. Ainsi, le but est d'éviter des violations à leur égard, et le cas échéant, de savoir qui va effectivement pouvoir les indemniser, fussent-elles la population civile ou le personnel des EMSP. Ce chapitre aura donc pour objectif d'établir quelles pourraient être les meilleures solutions au problème d'insécurité juridique lié au manque d'un statut prédéfini du personnel des EMSP. Il semble dès lors logique de s'intéresser aux acteurs principaux de cette situation. Nous verrons dès lors d'abord la solution idéale de présomption de responsabilité à l'encontre de l'État contractant (Section 1) pour ensuite penser à une responsabilité des entreprises qui soit plus efficace (Section 2) et enfin envisager un renforcement des mesures nationales (Section 3).

Section 1. Présomption de responsabilité de l'État contractant : l'utopie ?

La première solution qui paraît idéale serait d'établir une présomption de responsabilité automatique de l'État contractant puisque la seule et unique raison de la présence de ces EMSP en zone de conflit est le contrat qui les lie avec un État qu'elle ont pour mission de protéger. Admettre cette hypothèse permettrait de ne plus accorder d'importance au statut des EMSP puisque leur personnel serait rattaché à l'État contractant comme agents ou organes de l'État pour lesquels il existe déjà une responsabilité clairement établie en droit international. Ainsi, l'on considèrerait que seul le contrat suffirait à faire jouer la responsabilité étatique. L'avantage de cette solution est qu'il ne faudra plus faire d'analyse au cas par cas pour déterminer qui serait responsable de violation commises par les EMSP.

²²⁷ A. CASEDINO, « Soldiers of Fortune: the Rise of Private Military Companies and their Consequences on America's Wars », *Berkeley Political Review*, 25 octobre 2017, disponible sur <https://bpr.berkeley.edu/2017/10/25/soldiers-of-fortune-the-rise-of-private-military-companies-and-their-consequences-on-americas-wars/> (consulté le 1er août 2018).

²²⁸ Proposition de résolution 2016/2238(INI), *op. cit.*

Encore faudrait-il pouvoir s'assurer que ces employés appartiennent bien à l'État contractant par l'entremise d'un uniforme ou d'un brassard distinctif par exemple.

Pour parvenir à ce but, il faudra donc que les gouvernements collaborent afin de mettre en place ce système de responsabilité automatique par l'adoption d'un instrument contraignant. Toutefois, il paraît évident que cela ne sera pas chose facile pour plusieurs raisons : Premièrement, les États contractants devront accepter d'engager leur responsabilité en raison de la seule existence d'un contrat les liant aux EMSP. Deuxièmement, il sera difficile de sanctionner des États souverains puisqu'il n'existe pas d'instance supérieure pour le faire. Enfin, l'existence seule du contrat ne permet pas de démontrer que l'État ait un réel contrôle sur l'entreprise qui justifierait l'engagement de sa responsabilité.

On imagine bien que les experts sur la matière aient déjà réfléchi à cette solution mais soient arrivés au constat qu'il ne serait pas possible de contraindre des États souverains à s'engager internationalement aussi facilement, de par la seule existence d'un contrat, tant il est laborieux de pouvoir contrôler les actions des EMSP qu'ils engagent. Ainsi dans le meilleur des mondes, établir une présomption de responsabilité envers les États contractants semble être à première vue une bonne idée, en pratique elle demeure irréalisable et tout simplement utopique.

Section 2. Responsabilité efficace des entreprises

Étant entendu qu'il est trop compliqué d'établir une responsabilité automatique de l'État contractant, on pourrait penser à une responsabilité plus efficace des entreprises par analogie avec la responsabilité du fait d'autrui en droit belge.

En effet, l'article 1384, al.1^{er} du Code civil belge énonce : « *On est responsable, non seulement des dommages que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre* ». L'alinéa 5 du même article prévoit plus spécifiquement une responsabilité du commettant du fait de ses préposés.

Ainsi l'on pourrait imaginer que l'EMSP soit considérée comme un commettant dans la mesure où la Cour de cassation a défini ce dernier comme étant une personne qui « *peut, en*

*fait, exercer son autorité ou sa surveillance sur les actes d'une autre personne, même lorsque cette autorité ou cette surveillance ne trouvent pas leurs sources dans une convention »*²²⁹.

Pour engager la responsabilité du commettant, il faut d'abord pouvoir répondre à quatre conditions :

- 1) Un lien de subordination doit exister entre le commettant et le préposé²³⁰
- 2) Le préposé doit avoir commis une faute²³¹
- 3) L'acte dommageable doit avoir été commis à l'occasion des fonctions auxquelles le préposé est employé²³²
- 4) Un dommage doit avoir été causé par le préposé à une personne tierce²³³.

Une fois que ces conditions sont réunies, il existe une présomption de responsabilité irréfragable à l'égard du commettant²³⁴. Notons tout de même que la responsabilité du commettant ne fait pas disparaître celle du préposé. Ainsi, la victime peut choisir contre quelle personne elle agira²³⁵.

Engager la responsabilité des entreprises paraît également être une solution idéale. En effet, la privatisation de la guerre rapporte énormément à l'industrie des EMSP (environ 200 milliards de dollars)²³⁶; il semblerait logique que celle-ci puisse répondre de ces actes et indemniser toute victime ou ses ayants-droit qui auraient subi un dommage par sa faute.

Là où le bât blesse toutefois est que pour la première condition d'application de la responsabilité du commettant, il faut que ce dernier agisse pour son compte. Ainsi, s'il est démontré qu'il agit pour le compte d'une Partie au conflit, ce qui sera probablement facilement affirmé, cette présomption ne saura jouer. De plus, la société aura tendance à considérer que c'est le supérieur hiérarchique qui est responsable et non pas la société en tant que personne morale.

²²⁹ Cass., 24 décembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 213.

²³⁰ Par lien de subordination, on entend : « la relation en vertu de laquelle une personne, le préposé, est soumise à l'autorité, la surveillance et le contrôle d'une autre personne, le commettant, dans l'exercice de ses activités » telle qu'établie par la jurisprudence. Voy. en ce sens Cass., 21 avril 1971, *Pas.*, I, p. 745 ; Cass., 25 octobre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 244. L'existence de cette relation est laissée à l'appréciation du juge de fond.

²³¹ Même la faute la plus légère sera suffisante (C. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre IV, Livre 40, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 7).

²³² *Ibid.*, p. 11. Il faut noter qu'il suffit que cet acte soit accompli pendant les fonctions et présente avec celles-ci un lien. L'abus de fonction est également visé à moins qu'il est été accompli en dehors des fonctions auxquelles le préposé était employé, à des fins étrangères à ses attributions et sans autorisation.

²³³ *Ibid.*, p. 16.

²³⁴ J.-L. FAGNART et M. DENÈVE, « Examen de jurisprudence sur la responsabilité », *J.T.*, 1988, p. 261, no 113 *in fine*.

²³⁵ C. DALCQ, *op. cit.*, p. 17.

²³⁶ D. LOESCHE, *op. cit.*

Section 3. Renforcement des mesures nationales

La solution nous paraissant éventuellement réalisable allègerait le fardeau de la responsabilité tant pour les entreprises que pour les Etats. En effet, puisque les Etats sont les mieux placés pour réguler les EMSP par l'adoption de dispositions contraignantes, il faudrait penser à un système par lequel chaque État d'origine obligerait chaque entreprise établie sur son territoire à s'enregistrer et s'engager à adopter certaines mesures strictes pour éviter les débordements lors de missions par l'adoption de lois nationales. Pour ce faire, les gouvernements devront collaborer pour adopter un instrument international coercitif qui leur imposerait des obligations spécifiques à respecter en ce qui concerne les EMSP, et pas uniquement un document recommandant de bonnes pratiques à adopter tel le document de Montreux.

Il pourrait par exemple s'agir d'obligations de certification, de formations spéciales à suivre par le personnel en matière de DIH et droits de l'homme, etc. Toute entreprise qui ne respecterait pas les conditions n'obtiendra pas l'autorisation d'entamer ou de poursuivre ses activités tant qu'elle restera en défaut de conformité. En contrepartie, tout État d'origine qui aura adopté les mesures prescrites en la matière ne verra pas sa responsabilité engagée, à moins qu'il ait ordonné l'entreprise à entreprendre des actes illicites ou qu'il ait commis une faute. Ainsi, la responsabilité reposera uniquement sur l'entreprise en cas de violations du DIH ou de DH par son personnel.

Dans ce système, l'État est responsable pour les entreprises enregistrées sur son territoire et doit veiller à ce qu'elles aient été préalablement vérifiées et contrôlées. A défaut, le gouvernement sera responsable de tout dérapage. Par contre, s'il respecte les prescriptions de l'instrument international à la lettre, il pourra éluder sa responsabilité. La responsabilité retombera ensuite sur l'entreprise en cas de violations commises par son personnel, à moins qu'elle puisse démontrer que les employés auteurs de la violation soient coupables de dol ou faute lourde, dans quel cas ils engageront leur responsabilité personnelle²³⁷.

Tous les autres Etats resteront bien évidemment liés par leurs obligations internationales, tout particulièrement à celles traitant de due diligence.

²³⁷ Il s'agit ici d'une analogie avec l'article 18 de la loi belge du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail qui prévoit une présomption de responsabilité envers l'employeur, à moins que l'employé ait commis un dol ou une faute lourde.

Quant au statut du personnel des EMSP, pour que cela puisse s'adapter tant aux CAI qu'aux CANI, ils seraient des civils « ordinaires » mais qui bénéficieraient du statut POW et des garanties minimales prévues par l'article 75 du PA I.

Cette solution me semble être réalisable car elle permettrait aux Etats d'éviter leur responsabilité en cas de débordement mais forcerait les entreprises à respecter les droits susmentionnés si elles veulent poursuivre leurs activités commerciales. Cette hypothèse répondrait aux demandes des résolutions européennes pour un instrument international contraignant et aux prescriptions de l'autorégulation qui prévoient une responsabilité des entreprises pour défaut de contrôle. En effet, il me semble évident que les Etats soient les mieux placés pour réguler la situation puisqu'ils peuvent facilement adopter des mesures coercitives sur leur territoire, et malheureusement, il semblerait qu'il leur faille avoir un incitatif plus important que le respect du DIH et des DH car si cela avait été suffisant, le problème aurait déjà été résolu.

CONCLUSION

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons vu, qu’au regard des conditions bien trop restrictives et cumulatives de la qualité de mercenaire, l’on peut aboutir au consensus général que le personnel des EMSP ne saurait être considéré comme des mercenaires. En effet, il suffit d’écarter une seule condition pour bénéficier du statut de combattant et de prisonnier de guerre. Une fois chose faite, il faut que l’employé de la société puisse tout de même établir qu’il est combattant. Pour se faire, il devra soit avoir été formellement intégré aux forces armées de l’État par le truchement du droit interne, chose qui ne se fait que rarement. Soit, il devra démontrer qu’il fait *de facto* partie des forces armées, mais il n’existe pas de liste prédéfinie de cas ni même de disposition légale qui puisse aboutir à cette conclusion de manière automatique. Il faudra faire une analyse au cas par cas, ce qui ne facilite pas la détermination du statut des membres des EMSP. Ensuite, si l’employé n’est pas combattant, il lui reste tout de même la qualité de civil. Sous autorisation de l’État contractant, il pourra suivre les forces armées et bénéficier du statut POW pour autant qu’il ne participe pas directement aux hostilités. S’il ne reçoit pas d’autorisation, il pourra être un civil ordinaire qui sera protégé contre des attaques pendant le temps où il ne participe pas directement aux hostilités. Ce qui demeure extrêmement difficile est qu’il faut systématiquement faire une analyse au cas par cas pour déterminer ce qui constitue une participation directe aux hostilités, ce qui requiert une charge de travail considérable.

Ainsi, pour ce qu’il en est du personnel des EMSP, il sera tantôt combattant, tantôt civil en fonction des circonstances et d’une interprétation à postériori des actions concrètes qu’il pose²³⁸. Nous remarquerons que tant qu’on ne puisse prouver le contraire, ces employés bénéficient d’une présomption de civilité²³⁹ vu qu’aucun consensus interétatique n’a encore été atteint sur leur statut, ce qui révèle peut-être une cauteleuse envie de maintenir le flou un peu plus longtemps et ainsi plus facilement fuir une responsabilisation des actes commis par ces entreprises. Toutefois, ce que rappelle le document de Montreux à la déclaration 26, a) est qu’importe leur statut, les employés devront respecter le DIH.

²³⁸ Déclaration 24 du Document de Montreux.

²³⁹ M. SASSOLI, « Chapitre 4 - Combattants et combattants illégaux », in *Permanence et mutations du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 161.

Quant à la seconde partie, nous avons pu observer que plusieurs personnes pouvaient voir leur responsabilité engagée en cas de manquement des EMSP.

Ainsi, il existe des obligations de due diligence pour tous les Etats qui leur impose de manière générale d'utiliser tous les moyens raisonnables pour prévenir les violations en veillant au respect du DIH, des DH et de leurs obligations de droit international. En cas de violation, ils sont également tenus de poursuivre les auteurs afin de les attirer en justice. Outre ces obligations générales qui s'imposent à tout État, il existe une présomption de responsabilité à l'égard de l'État contractant en raison de la nature des relations que celui-ci entretient avec les sociétés qu'il engage. Ainsi, si le personnel des EMSP est incorporé aux forces armées, qu'il exerce des prérogatives de la puissance publique ou qu'il agit sous les instructions, directives ou le contrôle de cet État lorsque le fait illicite est commis, la responsabilité de l'État contractant sera engagée. Bien que les Etats disposent d'un devoir plus important au regard des populations, les EMSP sont également tenues par des obligations de droit international. Toutefois, l'on peut constater que pour la PM, il n'existe pas de réelle responsabilité pénale internationale, le droit national étant le seul à pouvoir en prévoir une. De plus, même si celle-ci est prévue de manière interne, elle se révèle être souvent inefficace. Quant aux supérieurs hiérarchiques, une responsabilité internationale est prévue, tant pour les chefs civils que militaires, s'il s'avère que ceux-ci ait mal exercé leur contrôle sur leurs subordonnés et que de ce fait, des violations ait pu se produire.

Pour ce qu'il en est de la responsabilité personnelle de l'employé d'une EMSP, celle-ci peut être engagée si ce dernier venait à violer les lois nationales d'un État en temps de conflit armé ou s'il commettait un crime de guerre, de génocide ou contre l'humanité. Néanmoins, rares sont les fois où cette responsabilité est véritablement établie tant les Etats ont tendance à protéger le personnel des EMSP qu'ils recrutent.

Enfin, dans l'ultime partie du mémoire, nous avons d'abord passé en revue les différentes méthodes de régulation des EMSP qui existent. Comme premier moyen de régulation, il a été observé que tant le droit national que le droit international interviennent dans ce processus. Alors que le premier est le mieux placé pour imposer le respect des DH et du DIH aux EMSP, il manque toutefois en efficacité puisqu'il ne parvient pas à prendre en compte les réalités transnationales des activités du personnel des EMSP. Le second, par l'adoption d'instruments internationaux, révèle un souhait interétatique d'obtenir un résultat concluant, qui cependant demeurent insuffisant de par leur nature non contraignante.

Comme second moyen de régulation, l'autorégulation s'est manifestée cette dernière décennie comme attestation de la bonne volonté des entreprises de respecter les prescrits de droit international. Malgré cet élan, l'on ne peut faire fi du constat qu'il n'est pas très crédible de penser qu'une industrie puisse à la fois se contrôler, se juger et se sanctionner correctement. Cette méthode présente dès lors des difficultés d'application.

C'est ainsi qu'il faut reconsidérer les moyens de régulation et réfléchir à des démarches plus efficaces. La première qui a été pensée est l'engagement quasi automatique de la responsabilité de l'État (ou de l'organisation internationale ou autre acteur privé) qui aurait engagé l'entreprise privée puisque le contrat qui les lie constitue l'unique raison de leurs activités en zone de conflit. Cette solution s'avère être utopique puisqu'on ne saurait contraindre l'État à une telle charge.

La seconde piste de solution consiste à engager la responsabilité directe de la PM par analogie à l'article 1384 du Code civil belge relatif à la responsabilité pour fait d'autrui et à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. En effet, les activités des EMSP rapportent énormément à l'industrie. Cela justifie que la personne morale réponde directement des débordements de son personnel. Toutefois, cette présomption de responsabilité à charge de l'employeur étant assortie de conditions qu'il est relativement facile de détourner, elle ne saurait tenir.

La dernière solution paraissant être réalisable, prend en compte les intérêts des différentes parties concernées du problème. En effet, puisque l'on constate qu'il est difficile d'adopter un instrument international qui oblige les Etats à contrôler les entreprises et que le respect du droit international dépend de leur bonne volonté, il faudrait leur offrir une « récompense » en contrepartie. Ainsi, il pourrait être judicieux de penser un système par lequel l'État est déchargé de sa responsabilité pour autant qu'il adopte des mesures très précises (identiques pour tous les Etats) qui imposeraient aux EMSP d'être en conformité absolue avec le droit international, sous peine de quoi elles n'obtiendraient pas l'autorisation d'entamer ou de poursuivre ses activités. Cette solution considère le souci premier de l'État, c'est-à-dire ne pas vouloir répondre des EMSP qu'elle engage, ainsi que de celui des entreprises, en l'occurrence le capital important que lui procure la privatisation de la guerre. Tristement, faire appel aux intérêts personnels des différentes parties en cause est peut-être l'unique manière efficace de faire respecter les droits des peuples.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

Monographies

- BEST G., *Humanity in Warfare: The Modern History of International Law of Armed Conflicts*, Londres, 1980.
- CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.
- DAVID E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- DEWINTER-SCHMITT R. (Ed.), *Montreux Five Years On: An analysis of State efforts to implement Montreux Document legal obligations and good practice*, Washington College of Law, 2013.
- DUPONT C., *La participation de personnes privées à des opérations militaires. Aspects juridiques*, Université de Strasbourg, Strasbourg, 2014.
- GILLARD E.-CH., *Private Military/Security Companies: the Status of their Staff and their Obligations under International Humanitarian Law and the Responsibilities of States in Relation to their Operations*, C.I.C.R, 16 janvier 2006.
- JAGERS N., *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, New York, Intersentia, 2002.
- MELZER N., *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009.
- MOYAKINE E., *The Privatized Art of War: Private Military and Security Companies and State Responsibility for Their Unlawful Conduct in Conflict Areas*, School of Human Rights Research Series, Intersentia, vol. 67, 2015.
- PICTET J., *Commentaire à la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 12 août 1949*, CICR, Genève, 1958.
- PICTET J., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1986.

- TOUGAS M.-L., *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé : entre incertitudes et responsabilités*, Bruylant, 2012.

Ouvrages collectifs

- AMBOS K., « Superior Responsibility », in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, sous la direction de A. CASSESE, P. GAETA and J.R.W.D. JONES, vol. 1, Oxford, OUP, 2002.
- BEARPARK A. et SCHULZ S., « The Regulation of the Private Security Industry and the Future of the Market », in *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, S. CHESTERMAN and C. LEHNARDT (ed.), Oxford University Press, 2008.
- DALCQ C., « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre IV, Livre 40, Waterloo, Kluwer, 2009.
- DICKINSON L. A., *Outsourcing War & Peace: Preserving Public Values in a World of Privatized Foreign Affairs*, New Haven, Londres, Yale University Press, 2011.
- HAUPAIS N., « Les enjeux juridiques de la 'privatisation de la guerre' », in *Annuaire français de droit international*, vol. 55, 2009.
- HÉBIÉ M., « L'implication des sociétés militaires privées dans les conflits armés contemporains et le droit international humanitaire », *Permanence et mutation du droit des conflits armés*, 2013.
- IPSEN K., « Combatants and Non-Combatants », in *the handbook of International Humanitarian Law*, D. FLECK (dir.), Oxford, OUP, 2008.
- LEHNARDT C., « Private Military Companies and State Responsibility », in S. CHESTERMAN and C. LEHNARDT (Eds.), *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MERON T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- SASSÒLI M., « La responsabilité internationale de l'Etat face à la mondialisation, la déréglementation et la privatisation : quelques réflexions », dans O. DELAS et C. DEBLOCK (dir.), *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

- SASSÒLI M., « Chapitre 4 - Combattants et combattants illégaux », in *Permanence et mutations du droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 161.
- SOUREN M., *Les sociétés militaires privées : Les nouveaux mercenaires du XXI^e siècle ?*, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2011.

Articles de revue

- BLUM G., « The dispensable Lives of Soldiers », *The Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n° 1, 2010, disponible sur <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4324405/dispensiblelives.pdf?sequence=1> (consulté le 14 juillet 2018).
- BOLDT N., « Outsourcing War – Private Military Companies and International Humanitarian Law », *G.Y.I.L.*, vol. 47, 2004-2005.
- CAMERON L., « Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation », *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, n° 863, September 2006.
- CUSUMANO E., « Regulating Private Military and Security Companies: A Multifaceted and Multilayered Approach », *EUI Working Papers*, Academy of European Law, 2009/11.
- DAVIS T., « Controlling Contract Costs in the Balkans », *Professional Bulletin of United States Army Logistics*, vol. 37, issue 6, November-December 2005, disponible sur http://www.alu.army.mil/alog/issues/NovDec05/contact_costs.html (consulté le 9 juillet 2018).
- DE GENDT P., « Les sociétés militaires privées, une nouvelle superpuissance », *S.I.R.E.A.S.*, Bruxelles, mai 2013.
- DE SCHUTTER O., « The Responsibility of States », in S. CHESTERMAN and A. FISHER (Eds.), *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- DÖRMANN K., « The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants” », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 85, n° 849, 2003.
- FAGNART J.-L. et DENÈVE M., « Examen de jurisprudence sur la responsabilité », *J.T.*, 1988.
- FINAUD M., « L’abus de la notion de combattant illégal : une atteinte au droit international humanitaire », *R.G.D.I.P.*, 2006, n°4.

- GARCIA T., « L'explosion du phénomène des entreprises militaires et de sécurité privées: signe de la crise de l'Etat? », *Etats et sécurité internationale*, Bruylant, 2012.
- GILLARD E.-CH., « Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law », *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n°863, September 2006.
- HAMPSON F., « Mercenaries: Diagnosis before prescription », *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 3 (1991).
- HOLMQVIST C., « Private Security Companies: the Case for Regulation », *SIPRI Policy Paper*, n°9, Stockholm, Stockholm International Peace Research Institute, janvier 2005.
- HOPPE C., « Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies », *The European Journal of International Law*, vol. 19, issue 5, 2008.
- KALIDHASS P.R., « Determining the Status of Private Military Companies under International Law: A quest to solve Accountability Issues in Armed Conflicts », *Amsterdam Law Forum*, vol. 6, 2014.
- KESSLER B., « The duty to 'Ensure Respect' under Common Article 1 of the Geneva Convention: Its implications on International and Non-International Armed Conflicts », *G.Y.I.L.*, vol. 44, 2001.
- LAMBERT ABDELGAWAD E., « Les sociétés militaires privées : un défi supplémentaire pour le droit international pénal », *Revue de science criminelle et de droit comparé*, n° 1, Janvier/Mars 2007.
- LAPOINTE M.-E., « Le Droit International Humanitaire, à la merci des Entreprises Militaires et de Sécurité Privées », *Revue québécoise de droit international*, 1^{er} janvier 2011.
- MAGNON-PUJO C., « La souveraineté est-elle privatisable ? La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, De Boeck Supérieur, 2011.
- MANCINI M., « Private military and security company employees: are they the mercenaries of the twenty-first century? », *EUI Working Papers*, Academy of European Law, 2010/05.
- MARTIN-ORTEGA O., « Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, Issue 4, 2013.

- PIRAUX A. et WILKIN L., « Introduction. L'avenir de l'armée belge : quelle viabilité et crédibilité ? », *Pyramides*, [En ligne], 21/2011, disponible sur <https://journals.openedition.org/pyramides/781> (consulté le 7 juillet 2018).
- SASSÒLI M., « La guerre contre le terrorisme, le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre », *The Canadian Yearbook of international law*, vol. 39, 2001.
- SCHMITT M., « Humanitarian Law and Direct participation to Hostilities by private Contractors or Civilian Employees », *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, 2004-2005.
- SINGER P. W., « Corporate Warriors : The Rise of the Privatized Military Industry and Its Ramifications for International Security », *International Security*, Vol. 26, No.3 (Winter 2001-2002).
- TAULBEE J. L., « The privatisation of Security: Modern Conflict, Globalisation and Weak States », *Civil wars*, Franck Cass, Volume 5, Summer 2002, Number 2.
- TOUGAS M.-L., « Commentaire de la Partie 1 du 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 », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, vol. 96, 2014/1.
- WATKIN K., « Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance », *42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 641 2009-2010, pp. 682 à 695, disponible sur <https://www.law.upenn.edu/live/files/2922-watkin-opportunity-lost-organized-armed-groups-and> (consulté le 14 juillet 2018).
- WHITE N. D., « Regulation of the Private Military and Security Sector: Is the UK Fulfilling its Human Rights Duties? », *Human Rights Law Review*, Oxford, 2016.

LÉGISLATION

Législation internationale

- Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités, signée à La Haye le 18 octobre 1907.
- Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signées à La Haye le 18 octobre 1907.
- Convention (VII) relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre, signée à la Haye le 18 octobre 1907.
- Charte des Nations Unies du 26 juin 1945
- Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, signée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, M.B., 26 septembre 1952, p. 6822.
- Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, M.B., 26 septembre 1952, p. 6822.
- Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, approuvée par la loi du 3 septembre 1952, M.B., 26 septembre 1952, p. 6822.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, M.B., 7 novembre 1986, p. 15196.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), adopté à Genève, le 8 juin 1977, approuvé par la loi du 16 avril 1986, M.B., 7 novembre 1986, p. 15196.
- Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires, le 4 décembre 1989.
- Statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, adopté le 25 mai 1993.
- Statut du tribunal pénal international pour le Rwanda, adopté le 8 novembre 1994.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998.

- Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies par la résolution 56/83 le 12 décembre 2001.
- 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 dans les conflits armés du 17 septembre 2008.
- Projet de Convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées (SMSP) en Annexe au 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, UN Doc. A/HRC/15/25, 2 juillet 2010, disponible sur https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/A.HRC.RES.15.25_fr.pdf (consulté le 29 juillet 2018).

Législation régionale

- Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique, adoptée à Libreville le 3 juillet 1977.
- Proposition de résolution 2016/2238(INI) du parlement européen sur les sociétés de sécurité privées, § 17, disponible en ligne sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0191+0+DOC+XML+V0//FR> (consulté le 29 juillet 2018).
- Proposition de résolution 2018/2154(INI) du parlement européen sur les préoccupations en matière de droits de l'homme suscitées par les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées dans des pays tiers, disponible en ligne sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-623.955&format=PDF&language=EN&secondRef=01> (consulté le 29 juillet 2018).

Législation nationale

- Code civil belge du 21 mars 1804, *M.B.*, 3 septembre 1807.
- Loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées, *M.B.*, 6 août 1934, p. 4264.
- Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.
- Loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière, *M.B.*, 25 mai 1990, p. 10963.
- La loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé, *M.B.*, 2 octobre 1991, p. 21604.
- Loi du 7 mai 2004 modifiant la loi du 10 avril 1990 sur les entreprises de gardiennage, les entreprises de sécurité et les services internes de gardiennage, *M.B.*, 3 juin 2004, p. 42428.
- Loi du 16 janvier 2013 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la piraterie maritime, *M.B.*, 30 janvier 2013, p. 4730.
- Loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière, *M.B.*, 31 octobre 2017, p. 96776.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence internationale

- Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (TMI Tokyo), *Affaire des grands criminels de guerre*, arrêt, 4-12 novembre 1948.
- TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, 15 février 1999, Chambre d'appel IT-94-1.
- TPIY, *Le procureur c. Delalic et al.*, aff. IT-96-21-T, Chambre première instance, 16 novembre 1998.
- TPIY, *Le Procureur c. Drogoljub Kunarac, Radomir Kovac & Zoran Vukovic*, 22 février 2001, aff. IT-96-23-T & IT-96-23/1-IT.
- TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic & Mario Čerkez*, 26 février 2001, aff. IT-95-14/2-T.
- TPIY, Chambre d'appel, *Le procureur c. Kunarac et al.*, jugement du 12 juin 2002.
- TPIR, *Procureur c. Bagilishema*, aff., n° TPIR-95-1A, arrêt (chambre d'appel, motifs), 3 juillet 2002.

- C.I.J., *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (deuxième phase), (Belgique c. Espagne), Recueil n° 3 de 1970.
- C.I.J., *l’Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d’Amérique), arrêt du 27 juin 1986 (fond), Recueil 1986.
- C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), Recueil 2005.
- C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, Recueil 2007.

Jurisprudence régionale

- Général Claims Commission, *Laura M. B. Janes et al. (E-U) c. Mexique*, 16 novembre 1925, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV.
- Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l’Iran, *Kenneth P. Yeager c. The Islamic Republic of Iran*, décision partielle n° 324-10199-1, Iran–US CTR, Vol. 17, 2 novembre 1987.
- Cour interaméricaine des Droits de l’Homme, *Affaire Velasquez Rodriguez*, aff. n° 4, 29 juillet 1988 disponible sur http://hrlibrary.umn.edu/iachr/b_11_12d.htm (consultée le 18 juillet 2018)
- CEDH, *Osman c. le Royaume-Uni*, arrêt, Recueil des jugements et décisions 1998-VIII, n° 95, 28 octobre 1998.
- CEDH, *Avşar c. Turquie*, arrêt 25657/94, 27 mars 2002

Jurisprudence nationale

Israel

- *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem and others*, Israel, Military Court sitting in Ramallah, 13 avril 1969, (1971).

Belgique

- Cass., 24 décembre 1951, *Pas.*, 1952, I.
- Cass., 21 avril 1971, *Pas.*, I.
- Cass., 25 octobre 1977, *Pas.*, 1978, I.

PRESSE ET SITES INTERNET

Presse

- AMNESTY INTERNATIONAL, *Iraq: Abu Ghraib torture victims still seeking redress (web update)*, 23 avril 2006 disponible sur <https://www.amnesty.org/en/documents/mde14/019/2006/en/> (consulté le 10 juillet 2018).
- BASTIÉ E., « Etats-Unis : quatre employés de Blackwater condamnés à de longues peines de prison », *Le Figaro*, disponible en ligne sur <http://www.lefigaro.fr/international/2015/04/14/01003-20150414ARTFIG00128-etats-unis-quatre-employes-de-blackwater-condamnes-a-de-longues-peines-de-prison.ph> (consulté le 25 juillet 2018).
- CASENDINO A., « Soldiers of Fortune: the Rise of Private Military Companies and their Consequences on America's Wars », *Berkeley Political Review*, 25 octobre 2017, disponible sur <https://bpr.berkeley.edu/2017/10/25/soldiers-of-fortune-the-rise-of-private-military-companies-and-their-consequences-on-americas-wars/> (consulté le 1er août 2018).
- COMBELLES R., « La dangereuse privatisation des forces militaires et de sécurité », *C.N.A.P.D.*, 15 décembre 2016, disponible sur <http://www.cnapd.be/dangereuse-privatisation-forces-militaires-de-securite/> (consulté le 5 mai 2017).
- FAINARU S., « Four Hired Guns in an Armored Truck, Bullets Flying, and a Pickup and a Taxi Brought to Halt. Who Did the Shooting and Why? », *The Washington Post*, 15 avril 2007, disponible sur <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/04/14/AR2007041401490.html>.
- GAUTHIER-MONGEON J., « Quelle place occupe le marché des sociétés militaires privées dans le cadre des conflits armés ? », *Revue l'Esprit libre*, 16 juillet 2016, disponible sur <http://revuelespritlibre.org/quelle-place-occupe-le-marche-des-societes-militaires-privees-dans-le-cadre-des-conflits-armes> (consulté le 6 août 2018).
- HUMAN RIGHTS, *Un code de bonne conduite contraignant pour l'industrie de la sécurité privée*, 22 juillet 2015, disponible en ligne sur <https://www.humanrights.ch/fr/dossiers-droits-humains/stn/normes/emsp/> (consulté le 1^{er} août 2018).

- LAGARDE D., « Afghanistan, Irak: des guerres très privées» *L'express*, 24 mai 2010, disponible sur https://www.lexpress.fr/actualite/monde/afghanistan-irak-des-guerres-très-privées_894324.html (consulté le 6 août 2018).
- L'OBS, « Irak: cinq soldats et 4 étrangers tués », publié le 1er avril 2004, disponible sur <https://www.nouvelobs.com/monde/20040331.OBS6837/irak-cinq-soldats-et-4-étrangers-tués.html> (consulté le 22 juillet 2018).
- LOESCHE D., *Contracted Security*, Statista, 2 mars 2016, disponible en ligne sur <https://www.statista.com/chart/4440/private-military-and-security-company-sector/> (consulté le 27 juillet 2018).
- O'MEARA K. P., « US : DynCorp Disgrace », *War & Disaster Profiteering*, Insight Magazine, 14 janvier 2002 disponible sur <https://corpwatch.org/article/us-dyncorp-disgrace> (consulté le 10 juillet 2018).
- PIRAUX A. et WILKIN L., « Introduction. L'avenir de l'armée belge : quelle viabilité et crédibilité ? », *Pyramides*, [En ligne], 21/2011, disponible sur <https://journals.openedition.org/pyramides/781>. (consulté le 7 juillet 2018)
- SCAHILL J., « L'ascension de Blackwater ou la privatisation de la guerre », *Mondialisation*, mars 2007, disponible sur <https://www.mondialisation.ca/l-ascension-de-blackwater-ou-la-privatisation-de-la-guerre/5214> (consulté le 22 juillet 2018).
- SCHULER S., « Ex- Blackwater paye des millions pour échapper aux procès », RFI, août 212, disponible sur <http://www.rfi.fr/ameriques/20120808-ex-blackwater-payé-millions-échapper-procès> (consulté le 22 juillet 2018).

Sites internet

- https://www.acq.osd.mil/log/ps/psc_us_law.html (consulté le 27 juillet 2018).
- <https://stability-operations.org> (consulté le 29 juillet 2018).
- <http://www.bapsc.org.uk/> (consulté le 29 juillet 2018).
- <https://web.archive.org/web/20071007173854/http://www.psc.ai.org/index.php> (consulté le 29 juillet 2018)
- <https://www.icoca.ch/fr> (consulté le 31 juillet 2018).
- <https://www.globalsecurity.org/intell/ops/croatia.htm> (consulté le 9 juillet 2018).

DIVERS

- TZU S., *The Art of War*, traduction anglaise par GILES L., 554 BCE – 496 BCE.
- Question n° 0774 de H. VAN DIENDEREN du 5 janvier 1998, disponible sur <https://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=qrva&language=fr&cfm=qrvaXml.cfm?legislat=49&dossierID=49-b119-04-0774-1997199803181.xml>.
- Commentaires CDI sur le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), 2001.
- *The Foreign and Commonwealth Office, Private Military Companies: Options for Regulations*, HCP 577, London: The Stationary Office Limited, 2002.
- CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004.
- Department of Defense, Instruction n°3020.41, 3 October 2005, *Contractor Personnel Authorized to accompany the U.S. Armed Forces*.
- British Association of Private Security Companies, *Charter*, 2006, disponible sur http://www.bapsc.org.uk/key_documents-charter.asp (consulté le 29 juillet 2018).
- Etats-Unis, Government Accountability Office, *Rebuilding Iraq: Actions Still Needed to Improve Use of Private Security Providers*, Témoignage devant le Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations, Committee on Government Reform, 13 juin 2006, GA0-06-865T, disponible sur <http://www.gao.gov/new.items/d06865t.pdf> (consulté le 6 août 2018)
- *Committee on Oversight and Government Reform of the United States House of Representatives* d'octobre 2007 sur la EMSP *Blackwater*.
- Commission Internationale des juristes, « Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes », vol. 2, Genève, 2008.
- International Stability Operations Association, *Code de conduite*, 2009, treizième version disponible sur https://cdn.ymaws.com/stability-operations.org/resource/resmgr/docs/s_800_13_en_t_-_code_of_cond.pdf (consulté le 29 juillet 2018).
- Gouvernement suisse, *Code de conduite International des entreprises de sécurité privées*, 9 novembre 2010, disponible en ligne sur https://icoca.ch/sites/default/files/resources/icoc_french3.pdf (consulté le 31 juillet 2018).

- International Stability Operations Association, Code de conduite, 2011, treizième version disponible sur https://cdn.ymaws.com/stability-operations.org/resource/resmgr/docs/s_800_13_en_t_-_code_of_cond.pdf (consulté le 29 juillet 2018).
- Communiqué de presse du Parlement Européen, *MEPs call for EU rules on private security companies*, 4 juillet 2017, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170629IPR78642/meps-call-for-eu-rules-on-private-security-companies> (consulté le 29 juillet 2018).
- Centre pour le contrôle démocratique des forces armées, *Guide Législatif pour la Réglementation par les États des Entreprises Militaires et de Sécurité Privées*, 28 juillet 2017, disponible sur <http://www.ppps.dcaf.ch/sites/default/files/uploads/Guide-L%C3%A9gislatif-Final.pdf> (consulté le 29 juillet 2018).
- Hamburg Model United Nations, « Speak Up, Stand Up – Be the Change », *First Committee Disarmament and International Security*, Nov. – Déc. 2017, p. 27, disponible sur http://hammun.de/wp-content/uploads/2017/10/DISEC_HamMUN17_guide.pdf (consulté le 27 juillet 2018).
- U.S. 115th Congress (2017-2018), *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2018*, H.R.2810, disponible en ligne sur <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/2810> (consulté le 28 juillet 2018).

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique
www.uclouvain.be/drt





