

La souveraineté étatique à l'épreuve de l'autorégulation : le cas des entreprises militaires et de sécurité privées

Isabelle Fouchard¹

Les entreprises militaires et de sécurité privées² (EMSP) représentent aujourd'hui une « industrie florissante qui offre un éventail de services de plus en plus variés et dont certaines entreprises emploient plus de 10 000 collaborateurs »³. « Selon les estimations, la demande mondiale de services privés de sécurité en sous-traitance est en augmentation et augmentera de 7,4 % chaque année pour atteindre 244 milliards de dollars des États-Unis en 2016 »⁴. Ces entreprises, pour l'essentiel anglo-saxonnes, se caractérisent par la fourniture de « services militaires et/ou de sécurité [...] »⁵ à des acteurs publics – État ou organisation internationale⁶ – ou privés – entreprises pétrolières ou d'extraction minière, autre EMSP ou encore organisation non-

¹ Chargée de recherche au CNRS, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (UMR 8103), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

² C'est l'expression retenue par le *Document de Montreux* que nous utiliserons dans le cadre de cette contribution. On retrouve d'autres qualifications équivalentes selon les documents officiels nationaux et internationaux : « Sociétés militaires et de sécurité privées » (SMSP), « Entreprises de sécurité et de défense », « Entreprises de services de sécurité et de protection ». L'évolution terminologique révèle la volonté de faire disparaître progressivement la dimension « militaire », jusqu'à faire disparaître le terme « défense » pour se limiter à la dimension « sécurité » qui suppose un usage plus restrictif de la force. Mais il convient de se méfier de la terminologie. À titre d'exemple, l'ICOC retient la formule « entreprises de sécurité privées » alors même qu'il encadre les activités de détention (§ 33), d'arrestation (§ 34) ou encore de gestion du matériel de guerre (§ 60-62) qui relèvent clairement non seulement de prérogatives de puissance publique – atteinte à la liberté d'aller et venir et à la sûreté – mais aussi de fonctions militaires.

³ *Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés*, 2010, Avant-propos, p. 5 (sur ce Document v. *infra* Chapitre 2).

⁴ *Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Note du Secrétaire général, 20 août 2013, A/68/339, p. 7.

⁵ Définition du *Document de Montreux*.

⁶ L'ONU elle-même recourt largement aux ESMP, essentiellement pour des activités de gardiennage des bureaux, de sécurisation des résidences pour le personnel et d'appui aux activités humanitaires. V. A/68/339, p. 9-10.

QUI REpond ?

gouvernementale – sur le territoire de leur État d'immatriculation (du siège) ou à l'étranger.

Les activités de sécurité sur le territoire national soulèvent peu de questions juridiques dans la mesure où il y a identité entre l'État d'immatriculation de l'entreprise (État du siège) et l'État territorial où ces sociétés exercent leurs activités, l'application d'un cadre juridique national unique favorisant la mise en cause éventuelle de leur responsabilité ou de celle de leurs agents. Les difficultés sont toutes autres lorsqu'il s'agit d'entreprises transnationales fournissant des services militaires à l'étranger. En effet, lorsqu'elles opèrent à l'étranger, c'est le plus souvent dans le cadre de conflits armés ou de situations d'extrême instabilité, celles-là même où leur présence est requise pour assurer notamment « la garde armée et la protection des personnes et d'objets tels que les convois, les bâtiments et autres lieux ; la maintenance et l'exploitation de système d'armement ; la détention de prisonniers, et le conseil ou la formation des forces locales et du personnel de sécurité local »⁷. Il s'agit de situations à hauts risques à un double niveau. D'abord, les risques encourus par les employés de ces sociétés sont très importants : *a priori* personnels civils, les employés sont protégés par le droit international humanitaire (DIH) à moins qu'ils ne participent directement aux hostilités, auquel cas ils peuvent constituer des cibles légitimes, d'où l'importance de la délimitation de leurs missions. Ensuite, le fait que ces employés puissent être armés et conduire certaines missions impliquant de faire usage de la force, constitue un risque élevé de violations du DIH et du droit international des droits de l'homme (DIDH).

Les exemples de telles atteintes – meurtres de civils non armés, torture de prisonniers, trafics sexuels et d'armes – par le personnel de ce type d'entreprises ne manquent pas en effet. Que ce soit en ex-Yougoslavie⁸, en Irak⁹ ou en Afghanistan¹⁰ notamment, les crimes commis par des employés

⁷ Définition du *Document de Montreux*.

⁸ En 1999, des employés de la société américaine DynCorp International engagés pour représenter les forces des États-Unis dans le Groupe international de police des Nations Unies en Bosnie-Herzégovine ont été impliqués dans un scandale de trafic sexuel et de trafic d'armes. V. www.corpwatch.org/article.php?id=11119 (consulté le 22 déc. 2015).

⁹ En 2003-2004, des employés des sociétés CACI Inc et Titan Inc ont été impliqués dans le scandale des actes de torture et mauvais traitements pratiqués au sein de la prison d'Abu Ghraib. Le 16 septembre 2007, une fusillade impliquant des employés de la société américaine Blackwater a tué dix-sept civils irakiens dans le square Nisour de Bagdad, à quelques mètres de l'ambassade des États-Unis. Après son interdiction d'exercer sur le territoire par le gouvernement irakien, la même société, sous un nouveau nom (XE, puis Academi) s'est engagée sur le théâtre afghan.

¹⁰ Au-delà du meurtre de personnes civiles afghanes rapportées par diverses ONG notamment, en juin 2003, un prisonnier afghan est décédé après un interrogatoire violent mené pendant deux jours par un employé privé embauché par la CIA. L'auteur des faits a été condamné pour meurtre en 2009, V. *U.S. v. Passaro 5:04 -cr-00211-BO (4th Circ.) (Aug. 2009)*.

ENTREPRISE ET RENOUVELLEMENT DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE OU FINALISTE

d'EMSP portés à la connaissance du public, ont en commun de révéler les difficultés d'engager la responsabilité de l'entreprise ou de ses employés eux-mêmes, de même que celle de l'État¹¹ ou de l'organisation internationale qui emploie l'EMSP (ex : ONU, OTAN, OSCE.)¹². En effet, « plusieurs de ces incidents ont montré que la frontière entre la responsabilité des États [...] et celle des SMSP devenait floue. Dans certains cas, l'identité des SMSP et la chaîne de commande entre elles et leurs clients n'étaient pas claires, ce qui s'est soldé par le fait que nul n'a eu à rendre des comptes »¹³. Ceci alors même que les EMSP sont employées par des États ou des organisations intergouvernementales dans 20 % des cas seulement¹⁴. Le plus souvent donc, elles sont employées par d'autres entreprises privées, pour l'essentiel des compagnies pétrolières¹⁵ ou d'autres EMSP. Dans cette hypothèse, les difficultés en termes de responsabilisation de ces entreprises ou de leurs employés sont encore accrues du fait de la complexité de la chaîne contractuelle unissant divers sous-traitants. Cette difficulté commune à toute autre société transnationale pose des questions supplémentaires pour les EMSP dont la nature des activités fait qu'elles se présentent comme les plus à mêmes de participer à la commission de crimes internationaux.

Pourtant, les règles du DIDH et du DIH sont pour l'essentiel de nature coutumière¹⁶ et s'imposent donc à l'ensemble des États. Ceux-ci ont l'obligation de respecter et de faire respecter les droits fondamentaux et leur responsabilité peut être engagée sur le plan international si leurs agents *de jure* ou *de facto* commettent des crimes internationaux ou si les États ne prennent pas les mesures nécessaires pour en empêcher la commission par des acteurs privés sur des territoires sous leur contrôle. Par ailleurs, les violations graves du DIDH et du DIH constituent des crimes internationaux en vertu du droit international pénal – crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide, torture, notamment – et peuvent engager la responsabilité pénale internationale de leurs auteurs quelle qu'en soit la nationalité ou la qualité publique ou privée. On pourrait donc imaginer que dans l'hypothèse de la commission de crimes internationaux par les

¹¹ C. Hoppe, « Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies », *EJIL*, 2008, n° 19, p. 989 -1014.

¹² A/68/339, p. 9 s. Selon les cas, l'EMSP est employée directement par l'OI ou indirectement, par un État au titre de sa contribution en effectifs à la mission de l'OI ; cette seconde hypothèse distend encore les questions d'attribution de responsabilité.

¹³ *Rapport annuel du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRC/15/25, 5 juillet 2010, § 34.

¹⁴ Par ex., le personnel contractuel du ministère de la Défense américain en Afghanistan, en mars 2013, se chiffrait à 108 000 personnes soit 62 % des forces engagées, parmi lesquels 18 000 relevaient de sous-traitants privés, cf. A/68/339, p. 8.

¹⁵ A/68/339, p. 9, v. note 4.

¹⁶ V., dans cet ouvrage, K. Martin-Chenut, « Panorama en droit international des droits de l'homme » ; J. Aparac, « Panorama en droit international humanitaire ».

QUI REpond ?

employés d'EMSP, le droit international – humanitaire, des droits de l'homme et pénal – ainsi que les normes nationales de transposition adoptées par les États pour lui donner effet, assurent la responsabilité pénale de leurs auteurs. En revanche, la responsabilité pénale des entreprises, faute d'un consensus sur la question entre États de traditions juridiques différentes, n'est pas prise en compte en tant que telle par le droit international pénal¹⁷ et ne l'est qu'à la marge devant les juridictions internes dont le droit reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales¹⁸.

Au-delà des règles générales du DIH et du DIDH, les dispositions de droit dur encadrant spécifiquement les activités des EMSP se révèlent lacunaires au niveau interne et en construction au niveau international. En effet, l'analyse mondiale des cadres juridiques nationaux applicables aux EMSP entreprise par les Nations Unies¹⁹ permet d'affirmer qu'en la matière, tout continent confondu, « la législation nationale existante offre un cadre assez disparate et imparfait »²⁰ de nature à porter atteinte à divers droits fondamentaux²¹ alors même que ces législations ne prévoient ni mécanismes transparents de responsabilité, ni voies de recours à la disposition des victimes en cas de violations des droits de l'homme²². En outre, aucune convention internationale spécifique n'encadre la responsabilité des EMSP. Bien que souvent qualifiées de « mercenaires des temps modernes »²³, il a maintes fois été expliqué ailleurs que d'un point de vue juridique l'assimilation n'est possible que dans des cas rarissimes, la définition internationale du mercenariat²⁴ étant trop restrictive pour être appliquée aux

¹⁷ V., dans cet ouvrage, J. Aparac, « Panorama en droit international humanitaire ».

¹⁸ V. notamment G. Guidicelli-Delage et S. Manacorda (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, ARPE, Société de législation comparée, 2013.

¹⁹ Depuis 2013, le Groupe de travail a analysé la législation de 49 pays représentatifs de l'Amérique centrale (8), de l'Amérique du Sud (8), d'Europe (4), d'Afrique francophone (8) et anglophone (13) et d'Asie (8). Le rapport soumis en 2016 s'intéressera aux pays d'Europe occidentale, du Pacifique et d'Amérique du Nord. V. *Rapport annuel du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, A/HRC/30/34, 8 juillet 2015.

²⁰ *Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Note du Secrétaire général, 20 août 2013, A/68/339, p. 13, § 51.

²¹ A/HRC/30/34, § 124.

²² A/68/339, § 51. V. également A/HRC/30/34, § 34 s.

²³ Notamment, S. McFate, *The Modern Mercenary: Private Armies and What They Mean for World Order*, Oxford University Press, 2015, 272 p. ; T. K. Adams, « Private Military Companies: Mercenaries for the 21st Century », *Small Wars & Insurgencies*, Volume 13, Issue 2, 2002, p. 54-67.

²⁴ L'article 47 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 n'interdit pas la mercenariat en tant que tel, mais prévoit que les mercenaires ne pourront bénéficier du statut de prisonnier de guerre. Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en

ENTREPRISE ET RENOUVELLEMENT DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE OU FINALISTE

EMSP et à leurs employés²⁵. De même, en 2010, le Conseil des droits de l'homme a été à l'initiative d'un projet de « cadre réglementaire international relatif à la réglementation, à la supervision et au contrôle des activités des sociétés militaires et de sécurité privées ». Si « un large accord s'est dégagé pour dire que les activités des EMSP devaient être soigneusement réglementées [...] et sur la nécessité de veiller à ce que les sociétés militaires et de sécurité privées impliquées dans des violations des droits de l'homme soient tenues responsables et à ce que des voies de recours effectives soient prévues pour les victimes de ces violations »²⁶, le projet n'a toujours pas abouti. La question se pose de savoir si c'était le *contenu* normatif du projet de convention ou la *forme ou nature* de la réglementation (texte contraignant) qui était en cause.

Toujours est-il que, si des progrès restent à faire, là où des normes de DIH, DIDH et de droit international pénal existent au niveau interne et international et s'appliquent aux crimes que pourraient être amenés à commettre les employés d'EMSP, demeurent des obstacles majeurs de mise en œuvre effective par les États de leurs obligations internationales. L'espace laissé vacant par les États a été investi par ces entreprises elles-mêmes, à l'origine de l'élaboration de normes de *soft law* encadrant leurs propres activités. Ceci alors même que, selon les organes des Nations Unies, « les services fournis par les SMSP ne doivent pas être considérés comme des prestations commerciales ordinaires se prêtant à une autorégulation. Il s'agit de prestations très particulières et dangereuses qui supposent l'achat et la vente d'un large éventail de services militaires et de sécurité, ce qui appelle l'élaboration de normes internationales et de supervision »²⁷.

L'encadrement des activités des EMSP illustre les interactions normatives à l'œuvre entre droit dur – international et national – et les outils attachés à la RSE dans un domaine hautement sensible, à la frontière des prérogatives de puissance publique. Se pose ainsi la question des rôles respectifs de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et du droit dur en faveur de la réglementation des activités des EMSP et de leur responsabilisation. Répondre à cette question implique d'abord d'identifier les divers outils mobilisés en faveur de la responsabilisation des EMSP (1) ainsi que les

Afrique, juillet 1977, Libreville ; Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, New York, 4 décembre 1989.

²⁵ A/HRC/15/25, § 38. V. notamment, S. Chesterman, *From Mercenaries to Market: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, 2007 ; E.-C. Gillard, « Quand l'entreprise s'en va-t-en guerre : les sociétés militaires et sociétés de sécurité privées », *R.I.C.R.*, vol. 88, Sélection française 2006, p. 173-224 ; F. Parodi, « La coordination entre armées régulières et sociétés militaires privées : complémentarité ou concurrence ? », in J.-M. Sorel et I. Fouchard (dir.), *Les tiers aux conflits armés et la protection des populations civiles*, Pedone, Cahiers internationaux n° 23, p. 19-37.

²⁶ A/68/339, § 46 ; v. A/HRC/WG.10/2/CRP.1 et A/HRC/WG.10/1/4.

²⁷ A/HRC/15/25, § 35.

QUI REpond ?

interactions à l'œuvre ou à créer entre droit dur et droit mou en ce sens (2) pour finalement s'interroger sur les limites du champ de la RSE à l'aune de la notion de « fonctions intrinsèquement étatiques » (3).

1. La mosaïque d'initiatives d'autorégulation mobilisées en faveur de la responsabilisation des EMSP et de leurs employés/employeurs

Pour reprendre l'expression du gouvernement suisse, très actif dans le domaine de la réglementation des activités des EMSP en collaboration avec le CICR, ce domaine a donné lieu à une « mosaïque d'initiatives »²⁸ relevant du droit mou, générales d'abord (1) puis spécifiques aux EMSP (2).

1.1. Les initiatives générales conjuguant sécurité et droits de l'homme

Dès les années 1990, l'adoption des « Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois »²⁹ marque une volonté des États de limiter l'usage de la force par le respect des principes de nécessité et de proportionnalité ainsi que des droits de l'homme³⁰. Cet instrument non contraignant, de portée générale, ne concerne pas les EMSP à proprement parler car n'y sont considérés comme « responsables de l'application des lois » que « les représentants de la loi, qu'ils soient désignés ou élus, qui exercent des pouvoirs de police et en particulier des pouvoirs d'arrestation ou de détention » et, le cas échéant, « des autorités militaires, en uniforme ou en civil, ou des forces de sécurité de l'État »³¹. À cette date donc, il n'était pas encore question de déléguer des fonctions militaires ou de sécurité à des entreprises privées.

Ce n'est qu'en 2000, face au développement des activités transnationales des entreprises, que les « Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme »³² que la responsabilité sociale des entreprises pénètre le domaine de la sécurité privée. Ces principes volontaires sont adoptés à l'initiative des Gouvernements des États-Unis et du Royaume-Uni, d'entreprises des secteurs extractifs et de l'énergie et d'organisations non gouvernementales. Ils fixent des lignes directrices destinées à assurer la sécurité des activités des entreprises à l'étranger dans le respect des droits de l'homme selon trois axes : l'évaluation des risques en termes de sécurité et de potentielles violations des droits de l'homme ; la coopération avec les acteurs publics locaux de sécurité (police, militaire) et la coopération avec les acteurs privés

²⁸ V. Communiqué de presse du Département fédéral des affaires étrangères, 9 novembre 2010, www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=36144.

²⁹ Adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990. Disponible à l'adresse : www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx (consultée le 10 déc. 2015).

³⁰ *Ibid.*, préambule.

³¹ *Ibid.*, note *in fine*.

³² www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2013/03/principes_volontaires_francais.pdf.