



HAL
open science

Mercenaires et Contractors

Thierry Garcia

► **To cite this version:**

Thierry Garcia. Mercenaires et Contractors. Paix et sécurité européenne et internationale, 2016, 3, pp.15. 10.61953/psei.1049 . hal-01824460

HAL Id: hal-01824460

<https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01824460v1>

Submitted on 27 Jun 2018

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

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

Psei

Pour citer cet article :

Thierry GARCIA,
" Mercenaires et Contractors : ressemblances, différences et recherche d'un régime équivalent * ",
, Numéro 3, , ,
mis en ligne le 20 avril 2016.
URL : <http://revel.unice.fr/psei/index.html?id=935>

[Voir l'article en ligne](#)

AVERTISSEMENT

Les publications du site REVEL sont protégées par les dispositions générales du Code de la propriété intellectuelle.

Conditions d'utilisation - respect du droit d'auteur et de la propriété intellectuelle

L'accès aux références bibliographiques et au texte intégral, aux outils de recherche ou au feuilletage de l'ensemble des revues est libre, cependant article, recension et autre contribution sont couvertes par le droit d'auteur et sont la propriété de leurs auteurs.

Les utilisateurs doivent toujours associer à toute unité documentaire les éléments bibliographiques permettant de l'identifier correctement et notamment toujours faire mention du nom de l'auteur, du titre de l'article, de la revue et du site Revel. Ces mentions apparaissent sur la page de garde des documents sauvegardés sur les postes des utilisateurs ou imprimés par leur soin.

L'université de Nice-Sophia Antipolis est l'éditeur du portail REVEL @Nice et à ce titre détient la propriété intellectuelle et les droits d'exploitation du site.

L'exploitation du site à des fins commerciales ou publicitaires est interdite ainsi que toute diffusion massive du contenu ou modification des données sans l'accord des auteurs et de l'équipe Revel.

Mercenaires et *Contractors* : ressemblances, différences et recherche d'un régime équivalent *

Thierry GARCIA

Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Les termes « mercenaire » et « contractor » sont utilisés le plus souvent par la doctrine en tant que synonymes. Cet article vise à démontrer qu'au-delà de cette similitude, qui n'a au surplus pas été prouvée, des facteurs de convergences et surtout de divergences caractérisent les mercenaires par rapport aux *contractors*, définis comme des employés des Entreprises militaires et de sécurité privées. Le droit en vigueur permet, en effet, d'établir des ressemblances quant à leur catégorie juridique d'appartenance et des différences, s'agissant de leur statut juridique de rattachement. Mais afin de rétablir la synchronie entre les faits et le droit, tout en donnant davantage de cohérence et d'efficacité aux règles juridiques pertinentes, il est argumenté que le droit applicable sur les plans national, régional et international doit parvenir à un régime juridique équivalent, et donc unitaire, pour ces deux types de personnes physiques.

The terms "mercenary" and "contractor" are used most often by doctrine as synonyms. This article aims to demonstrate that beyond this equivalence, which has not been proven to surplus, convergence of factors, especially differences characterize mercenary compared to *contractors*, employees defined as military and security companies private. The current law allows, in fact, establish similarities in their legal category of belonging and differences, in terms of their legal status of attachment. But to restore synchrony between the facts and the law, while giving greater coherence and efficiency to the relevant legal rules, it is argued that the law on the national, regional and international levels must achieve an equivalent legal regime and therefore unitary, for these two types of individuals.

Mercenaire, Contractor, entreprise militaire et de sécurité privées, régime juridique, Nations Unies, Organisation de l'Unité Africaine, Document de Montreux, répression de l'activité de mercenaire, prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, participation directe et indirecte aux conflits armés, droits de l'homme, droit international humanitaire

Mercenary, Contractor, Military and private security companies, Legal regime, United Nations, African Unity Organization, Montreux Document, suppression of mercenary activity, private security services, Direct and indirect participation in armed conflicts, Human rights, International humanitarian law

I. Introduction

Est-il sensé de vouloir entreprendre une étude comparative des mercenaires et des employés des Entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP), les *contractors* selon la terminologie anglo-saxonne consacrée, alors que la plupart des travaux considère que cette

question ne se pose pas, les *contractors* étant simplement « les nouveaux mercenaires »¹ ?

A rebours des idées reçues, cette contribution va démontrer que la réalité est beaucoup plus complexe, des ressemblances et des différences existant aussi entre les mercenaires et les *contractors*, nuançant fortement cette équivalence proclamée comme une évidence, mais pas prouvée.

Les *contractors* accomplissent toujours leurs activités pour le compte de personnes morales de droit privées, dénommées le plus souvent « sociétés militaires et de sécurité privées » (SMP). Si l'exécution de missions sécuritaire et militaire ne pose pas problème, traduisant la réalité des mots et des faits, en revanche le terme « société » est, à notre sens, inapproprié en considération de la nature juridique de telles personnes morales. En droit commercial, une société est régie principalement par des lois, que ce soient celles de sa nationalité, du territoire où elle opère ou de son Etat de rattachement². Or, ces personnes privées se caractérisent à la fois par leur caractère transnational, tant en ce qui concerne leurs statuts, une firme mère dirigeant et contrôlant plusieurs filiales implantées parfois dans plusieurs Etats³, que leurs activités qui « s'exercent par-dessus les frontières indépendamment de l'action des Etats »⁴. Dès lors, le nom générique « entreprise » est plus adéquat pour prendre en compte le caractère transnational des activités militaires et de sécurité privées de ces personnes privées, même si le nominalisme ne constitue pas un critère suffisant pour définir une entreprise, la substance et la localisation de leurs activités étant nécessaires pour une telle qualification. Pour autant, la forme juridique revêtue par ces entreprises est multiple, variant de l'entreprise commerciale à l'entreprise individuelle, en passant bien sûr par l'entreprise transnationale. Ces différents types d'entreprises ont cependant un point commun : leur statut est légal, tout au moins dans l'Etat où elles sont enregistrées⁵. Le terme général « entreprise » est entendu, selon la définition du Conseil économique et social (CES) des Nations Unies que nous retenons, comme toute « unité institutionnelle engagée dans une activité de production »⁶. En ce qui concerne la dénomination de la catégorie d'entreprise qui nous intéresse, une distinction doit être apparemment faite entre les entreprises de sécurité privées offrant des prestations matérielles et/ou des services portant sur la protection ou la surveillance de personnes ou biens, et les entreprises militaires privées, offrant des prestations de nature militaire telles que le conseil, la logistique et la formation au combat. Cependant, cette distinction est souvent artificielle en pratique, puisque dans la grande majorité des cas ces deux catégories d'entreprises mènent ces deux types d'activités toujours à des fins lucratives. A cet égard, le « Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés » ne dissocie pas les entreprises militaires et de sécurité privées en énonçant dans sa Préface, 9. « Qu'aux fins du présent document : a) Quelle que soit la façon dont elles se décrivent, les EMSP sont 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 ». Le Document de Montreux, ne fait donc pas une distinction tranchée entre ces deux sortes d'entités, à juste titre selon nous, se servant de l'expression « entreprises militaires et de sécurité privées », afin que toutes les entreprises qui fournissent des services militaires, des services de sécurité ou les deux à la fois soient englobées.

La pratique qui consiste à recourir à des personnes privées, en échange de monnaie sonnante et trébuchante, est consubstantielle à l'apparition des conflits armés. Ces personnes ont été qualifiées de mercenaires, ce terme apparaissant au 13^{ème} siècle, issu du latin *mercenarius* qui dérive lui-même de *merces*, c'est-à-dire « le salaire »⁷.

Le problème qui retient, pour l'instant, notre attention est de savoir si les employés des EMSP rentrent dans la catégorie des mercenaires, constituant une « forme nouvelle ou (un) phénomène distinct ? »⁸. A ce stade de notre réflexion, nous n'allons pas nous appesantir sur les critères juridiques permettant ou pas d'opérer une distinction entre les mercenaires *stricto sensu* et les employés des EMSP, qui s'avère marquée par la complexité. Néanmoins, il faut constater, à titre préliminaire, sur un plan juridique, que l'adoption des conventions internationales pertinentes qui portent exclusivement sur le mercenariat – la Convention de l'OUA pour l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1997 et la Convention des Nations Unies sur le mercenariat de 1989 – ou qui le prennent en compte dans certaines dispositions particulières, en l'espèce l'article 47 du Protocole I du 8 juin 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 – relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux – est antérieure à l'émergence des EMSP et de leurs membres.

En outre, sur un plan politique, les *contractors* agissent en général dans les conflits aux côtés des Etats, contrairement aux mercenaires qui peuvent être dans le camp des Etats comme dans celui des insurgés.

Enfin, sur un plan économique, et contrairement aux mercenaires, les *contractors* opèrent pour des entreprises privées qui ont un poids économique considérable, le chiffre d'affaires des EMSP étant de 100 milliards de dollars en 2010, les EMSP constituant « une version plus évoluée, commerciale en phase avec la mondialisation, d'un phénomène auparavant plus artisanal ou para-étatique »⁹.

Par conséquent, la question de la distinction entre les mercenaires et les employés de ces entreprises privées présente un grand intérêt. Ces personnes privées opèrent aussi bien dans les milieux terrestre que maritime, les domaines aérien, et surtout extra-atmosphérique, ne faisant pas encore l'objet de leur investissement.

L'analyse juridique sera utilisée à titre principal, tout en recourant aux disciplines économique et politique à titre complémentaire, pour examiner les convergences, les divergences et les similitudes entre mercenaires et *contractors*. En effet, des ressemblances sont constatées quant à la catégorie juridique d'appartenance (II), des différences prononcées existent quant au statut juridique de rattachement (III) et l'équivalence sera proposée quant au régime juridique applicable aux mercenaires et *contractors* (IV).

II. Des ressemblances constatées quant à la catégorie juridique d'appartenance

Nous définirons la catégorie juridique comme « un groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables, dans un ensemble ¹⁰ », les mercenaires et les *contractors* faisant partie d'une même catégorie en raison de leurs activités militaires et sécuritaires communes. La plupart des textes juridiques nationaux pertinents se caractérise d'ailleurs soit par le silence sur la distinction entre mercenaires et *contractors*, soit par une intégration *de jure* des *contractors* dans la catégorie des mercenaires. La loi française du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire¹¹ est symptomatique, à notre sens, de cette possibilité d'intégration.

Sa portée juridique fait débat : est-elle applicable aux EMSP ? Si l'on s'en tient aux propos du rapporteur de ce projet de loi au Sénat, M. Pelchat, «le débat sur l'intervention dans le

domaine de la sécurité, voire du conseil et de l'assistance militaires, de sociétés privées spécialisées, ne semble pas aujourd'hui véritablement lancé en France... Pour l'heure, ce débat n'est pas d'actualité... »¹², la réponse apportée à cette question ne peut être que négative. Mais en analysant ce texte, cette négation doit être nuancée au regard de l'article 436-5 du code pénal, qui fait partie du chapitre nouveau créé dans ce code par l'article unique de cette loi intitulé « De la participation à une activité de mercenaire ». En effet, cet article prévoit que « les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement... de l'infraction définie à l'article 436-2 du code pénal », les EMSP entrant bien sûr dans cette catégorie de personnes. Or, cet article incrimine « le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet le recrutement, l'emploi, la rémunération ou l'instruction militaire d'une personne définie à l'article 436-1 (qui) est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende », les dirigeants de ces entreprises privées étant concernés. L'article 436-1 se réfère lui-même, dans son 1^o, à « toute personne spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé et qui n'est ni ressortissante d'un Etat partie audit conflit armé, ni membre des forces armées de cet Etat, ni n'a été envoyée en mission par un Etat autre que l'un de ceux parties au conflit en tant que membre des forces armées dudit Etat, de prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération nettement supérieure à celle qui est payée ou promise à des combattants ayant un rang et des fonctions analogues dans les forces armées de la partie pour laquelle elle doit combattre ».

Cette définition reprend littéralement, en les regroupant, les six critères cumulatifs permettant de qualifier une personne de mercenaire, tels que les énonce l'article 47, paragraphe 2 du protocole I aux Conventions de Genève de 1977, ratifié par la France : être spécialement recruté pour combattre dans un conflit armé, prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités, en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération nettement supérieure à celle payée ou promise à des combattants ayant un rang et des fonctions analogues dans les forces armées de la partie pour laquelle il doit combattre, ne pas être ressortissant d'un Etat partie au conflit, ne pas être membre des forces armées de cet Etat et ne pas avoir été envoyé par un Etat autre que l'un de ceux des parties au conflit en tant que membre des forces armées de cet Etat. Par conséquent, la question essentielle consiste à se demander si les membres des EMSP remplissent ces conditions pour être qualifiés de mercenaires¹³ – qualification déjà complexe au regard de la nécessité de cumuler ces conditions et du caractère flou qui les recouvre – et se voir appliquer la loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire. Le seul critère qui ne pose pas problème est celui de la rémunération supérieure à celle d'un combattant régulier ayant un rang ou des fonctions analogues dans les forces armées d'une partie au conflit. Dans une moindre mesure, la condition de « ne pas avoir été envoyé par un Etat autre que l'un de ceux des parties au conflit en tant que membre des forces armées de cet Etat » est généralement respectée par les Etats tiers qui n'ont pas grand intérêt à dissimuler la qualité de membre de leurs forces armées sous la forme de membres d'une EMSP.

En revanche, les conditions consistant à « ne pas être ressortissant d'un Etat partie à un conflit » et à « ne pas être membre des forces armées de cet Etat » ne sont pas toujours remplies par le personnel des EMSP, comme l'ont montré par exemple les membres de l'entreprise *Blackwater* dans les conflits en Irak et en Afghanistan, qui avaient souvent la nationalité américaine, bien que les Etats-Unis fussent partie au conflit. Au surplus, les critères portant sur « être spécialement recruté pour combattre dans un conflit armé » et « prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités » sont ceux qui sont le moins souvent respectés par ces employés, puisque dans la grande majorité des situations ils opèrent en amont ou en aval des hostilités même s'il existe des exceptions, le conflit en Irak étant à cet égard symptomatique. Il est vrai aussi que l'expression « part directe aux hostilités » est

sujette à interprétation, l'appréciation du caractère direct ou indirect d'une telle participation étant discrétionnaire et subjective. Et comme les EMSP et leurs employés peuvent être comparés à des « figures à géométrie variable »¹⁴, il n'est pas possible d'affirmer de manière catégorique que ces personnes ne peuvent jamais faire partie de la catégorie des mercenaires, même si dans la plupart des cas elles n'en relèvent pas en raison de l'absence de respect très fréquente d'au moins l'une des six conditions cumulatives attendant à une telle qualification. En conséquence, il n'est pas exclu que la loi française du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire ne s'applique pas aux membres des EMSP, même si elle occulte ces personnes morales¹⁵.

III. Des différences prononcées quant au statut juridique de rattachement

Le statut juridique peut se définir comme « un ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes »¹⁶. Rapportées aux mercenaires et *contractors*, les différences sont importantes quant à leur statut. D'abord, comme le souligne le professeur Mahiou, les *contractors* – comme ce terme l'indique – concluent des contrats avec des EMSP, contrairement aux mercenaires qui accomplissent leurs activités sans liens officiels avec une entreprise privée ou un Etat.¹⁷ Ensuite, et surtout, les règles juridiques internationales appliquées aux mercenaires ne sont pas, en l'état, transposables aux employés des EMSP.

Sur le continent africain, le texte de référence est la Convention de l'OUA (devenue l'Union africaine) sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1977¹⁸, entrée en vigueur le 22 avril 1985, et qui réunit 30 Etats parties sur les 53 Etats membres de cette organisation. Comme nous allons le démontrer, ce texte est inadapté aux EMSP. Contrairement à l'article 47 du premier protocole additionnel de 1977 – qui encadre juridiquement le mercenariat – et à la Convention des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989¹⁹, la Convention de l'OUA considère, en son article 2, que le mercenariat est un crime si « son but est d'opposer la violence armée à un processus d'autodétermination, à la stabilité ou à l'intégrité territoriale d'un Etat ». Dès lors, la question essentielle consiste à se demander si cette convention est applicable aux EMSP et à leurs membres. Nous nous appuyerons principalement sur l'étude faite par Florence Parodi dans sa thèse portant sur « Les Sociétés militaires et de sécurité privées en droit international et droit comparé »²⁰, pour apporter une réponse à cette interrogation primordiale. Comme le souligne à juste titre cet auteur, deux critères doivent être pris en compte : celui propre à la personne et celui relatif à la participation directe aux hostilités²¹.

Le critère *ratione personae*, nécessaire pour qualifier une personne de mercenaire, se décompose lui-même en deux éléments : être une personne spécialement recrutée et son extranéité. D'abord, selon l'article 1 § 1 a) de la Convention de l'OUA, un mercenaire s'entend « de toute personne qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ». Selon son article 1 § 2 « commet le crime de mercenariat l'individu, groupe ou association [...] ». Ce crime de mercenariat peut donc être commis par des personnes physiques ou morales et dès lors est, à ce stade, applicable aux EMSP et à leurs employés. Mais encore faut-il que cette personne soit « spécialement recrutée », ce qui exclut *de facto* les personnes recrutées de manière durable²². Les employés des EMSP entrent-ils alors dans le champ d'application de cet article ? Le marché de la sécurité militaire privée se caractérisant par ses besoins spécifiques et évolutifs, les contrats conclus entre les individus et

ces compagnies privées sont de courte durée, ne dépassant pas les un an pour une mission donnée. Dans ces conditions, remplissent-ils le critère de causalité consistant pour ces employés à être spécialement recrutés afin de « combattre dans un conflit armé » ? « Spécialement » ne signifiant pas « uniquement », les missions confiées en amont d'un conflit armé à une EMSP et à ses membres – telles que la protection d'une zone ou de personnes, la formation de forces armées – peuvent les conduire à prendre part à un conflit armé. A titre d'exemple, le groupe de travail onusien chargé du problème de l'utilisation des mercenaires a estimé, s'agissant du recrutement de citoyens du Honduras en Irak, que « *the fact that they had to do front-line guard duty in the Green Zone in Baghdad could very well be interpreted as indicating that they were especially recruited abroad in order to fight in an armed conflict* »²³. Ce critère du recrutement spécial pour combattre dans un conflit armé peut donc parfaitement être rempli par les employés et les EMSP, cet élément devait toujours faire l'objet d'un examen au cas par cas. La deuxième composante du critère *ratione personae*, examiné au regard de la Convention de l'OUA, est celle de l'extranéité de la personne : les employés de ces entreprises privées y satisfont-ils ?

L'article 1, § 1 d de la Convention de l'OUA sur le mercenariat définit le mercenaire comme une personne « Qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ». Si l'on considère que ce critère s'applique uniquement aux personnes physiques, cette condition n'est le plus souvent remplie par les membres des EMSP, nos propos pouvant être illustrés par les employés de nationalité américaine et britannique qui ont participé aux conflits armés en Irak et en Afghanistan aux côtés de leurs armées régulières. Si l'on étend cette condition de nationalité aux personnes morales – hypothèse non prévue par la Convention de l'OUA – elle ne sera pas non plus satisfaite, la plupart des EMSP qui participent à des conflits asymétriques ayant la nationalité effective d'un des Etats occidentaux, ou occidentalisé dans le cas de l'Afrique du sud, qui prennent part aux hostilités. Cette condition d'extranéité s'entend aussi de la non-incorporation dans une force armée partie ou tierce d'un individu qui n'a pas la nationalité d'un des Etats parties au conflit, l'article 1, § 1, e) de la Convention de l'OUA disposant à cet égard que le mercenaire est une personne « qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ». Rapporté aux employés des EMSP, cette condition est applicable parce qu'ils ne sont pas en principe sous le commandement d'un des Etats parties au conflit mais sont liés par les termes du contrat conclu avec leur employeur de cette catégorie d'entreprise privée. Par exemple, aux Etats-Unis les *contractors* jouissent du statut de *persons serving with or accompanying an armed force in the field*²⁴ et ne sont donc pas membres des forces armées régulières. Et même si dans les faits ils sont placés sous l'autorité d'une des Parties à un conflit armé, en droit leur statut n'est pas celui de membre d'une force armée d'Etat partie au conflit et les employés des EMSP peuvent donc être assimilés à des mercenaires. Encore faut-il, comme le prévoit l'article 1, § 1, f) de la Convention de l'OUA que cet individu « [...] n'a pas été envoyé par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ». On en déduit *a contrario* que si la mission de cette personne n'est pas officielle mais officieuse – la différence entre ces deux notions n'étant pas toujours marquée – un employé d'une EMSP pourra être considéré comme un mercenaire. Dans l'hypothèse où le critère *ratione personae* nécessaire pour qualifier une personne de mercenaire serait satisfait, cette condition demeure toutefois insuffisante puisque une deuxième condition doit être remplie, *ratione materiae*, celle relative à la participation directe au conflit armé. Tout le problème consiste à interpréter cette expression de « participation directe » et à la distinguer de celle de « participation indirecte » au conflit armé. Selon l'article 1, § 1, b) de la Convention de l'OUA, le terme mercenaire s'entend de toute personne « qui en fait prend une part directe aux hostilités ». Comme le souligne à juste titre Eric David, le but de ce critère est d'exclure de la qualification de mercenaire les

conseillers, techniciens et experts militaires pouvant intervenir sur le champ de bataille²⁵. Or, une grande partie des activités des employés des EMSP portent sur ce type de missions qui influent le cours d'un conflit armé. Peuvent-elles constituer, pour autant, une participation directe à un conflit armé ? Cette notion nécessite la présence d'un « lien direct de cause à effet entre l'activité exercée et les coups qui sont portés à l'ennemi, au moment où cette activité s'exerce et là où elle s'exerce »²⁶. Nous appuyant sur les travaux du CICR en ce domaine²⁷, qui déterminent le degré d'implication dans un conflit armé, trois types de missions sont envisagés : les missions stratégiques et tactiques, qui doivent à notre sens être écartées du champ de la participation directe en raison de l'absence de lien de cause à effet entre l'activité exercée et les coups portés à l'ennemi, et les missions opérationnelles qui peuvent seules rentrer dans la sphère de cette participation directe à condition que les actes accomplis – formation, entraînement des forces armées, planification d'opérations – aient pour objet de porter des coups à l'ennemi. De même, l'usage de la force par des employés des EMSP peut être qualifié de « participation directe à un conflit armé », si la zone protégée constitue un objectif militaire au sens de biens « [...] qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis »²⁸. L'utilisation de la force par les membres de ces compagnies privées peut, en effet, favoriser une des Parties au conflit pour atteindre son objectif militaire.

Le caractère cumulatif de toutes ces conditions inhérentes à la satisfaction des critères *ratione personae* et *ratione materiae*, nécessaires pour qu'une personne employée par une EMSP ou une EMSP puisse être qualifiée de mercenaire ou d'entreprise de mercenariat, rend en pratique l'application de la Convention de l'OUA de 1977 sur l'élimination du mercenariat très improbable pour ne pas dire impossible, d'autant plus que le phénomène des EMSP n'existait pas lors de l'adoption de cette convention africaine.

La « Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires », adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 4 décembre 1989, est entrée en vigueur le 20 octobre 2001. Elle comprend 33 Etats parties au 15 mars 2016 – n'étant pas ouverte aux organisations internationales – mais aucune grande puissance ne l'a ratifiée et cette convention ne leur est donc pas opposable, ce qui limite considérablement sa portée. Comme la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat, qui a constitué un modèle, cette Convention des Nations Unies considère que le mercenariat peut constituer une infraction en son article 3. 1 : « Un mercenaire, au sens de l'article premier de la présente Convention, qui prend une part directe à des hostilités ou à un acte concerté de violence, selon le cas, commet une infraction au sens de la Convention ». Mais contrairement à la convention africaine sur le mercenariat, cette infraction ne peut être qualifiée de crime. Reprenant les mêmes critères que la Convention de l'OUA de 1977, dont nous avons démontré l'inadaptation et l'inapplicabilité aux EMSP, pour qualifier une personne de mercenaire, *mutatis mutandis* cette convention des Nations Unies de 1989 est *de facto* inappropriée pour réguler les EMSP.

De manière plus particulière à cette convention onusienne et *a fortiori*, les infractions commises par les mercenaires et passibles de sanctions ne peuvent pas être étendues à ces entreprises privées, en tant que personnes morales, et à leurs membres, personnes physiques. En effet, le mercenaire – tel qu'il est défini par cette convention – ne peut être qu'une personne physique, en raison notamment du critère de l'appartenance à une force armée, et dans ces conditions ce sont uniquement les *contractors* qui pourraient être sanctionnés à condition d'être qualifiés de mercenaires ce qui est hautement improbable puisque, comme nous l'avons établi, ils ne remplissent pas les conditions permettant d'appartenir à cette catégorie de personnes !

Le deuxième instrument international conventionnel qui régit les EMSP est un projet de convention publié en annexe au rapport fait par le *Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, le 5 juillet 2010²⁹. A raison de son *instrumentum*, ce texte a vocation à revêtir un caractère obligatoire, même s'il n'est pas encore effectif. Il cherche à réguler les activités accomplies par ces entreprises privées et non à les interdire. *Ratione personae*, il offre un caractère novateur parce que selon son article 3 « La Convention s'applique aux Etats et aux organisations intergouvernementales [...] », seules parties pouvant adhérer à ce traité, ces deux catégories de personnes publiques étant directement concernées par la délégation de services sécuritaires et militaires à ces entreprises privées (art. 1 du projet de convention). *Ratione materiae*, l'objet de ce projet de convention consiste à délimiter les missions pouvant être confiées par les Etats et OIG aux EMSP, dans le respect des « [...] principes et règles des droits de l'homme et du droit international humanitaire », selon les termes de son Préambule. Toutes les missions ne sont pas externalisables, la convention affirmant d'emblée à cet égard « l'importance du monopole étatique de l'emploi légitime de la force [...] » (art. 1 § 1 a.). Plus encore, cette convention est la première à définir, en son article 2, les activités qu'« [...] un Etat ne peut en aucune circonstance sous-traiter ni déléguer à des SMSP ». Il s'agit « de la participation directe à des hostilités, conduite d'une guerre ou d'opérations de combat, capture de prisonniers, élaboration de textes législatifs, espionnage, renseignement, transfert de connaissances ayant des applications militaires, de sécurité ou de police, utilisation d'armes de destruction massive et autres activités relatives à de telles armes et les pouvoirs de police, en particulier les pouvoirs d'arrestation et de détention y compris les interrogations de détenus » (art. 2 § i). Celle liste n'est pas exhaustive puisqu'il est dit à la fin de cette énumération « et les autres fonctions qu'un Etat partie considère comme étant des fonctions intrinsèquement étatiques », ce qui laisse une marge nationale d'appréciation très importante aux acteurs étatiques. *Ratione loci*, les situations prises en compte par ce projet de convention internationale sont celles durant les périodes de paix comme celles de conflits armés, ainsi que l'énonce l'article 3 § 3 « The present Convention applies to all situations whether or not the situation is defined as an armed conflict », la large étendue du champ couvert permettant de parer à toute éventuelle situation imprévue. *Ratione temporis* enfin, aucune disposition précise n'est pour l'heure prévue par les Etats et les OIG parties relative au nombre d'instruments de ratifications et d'adhésions nécessaire à l'entrée en vigueur de ce projet de convention internationale. Il est d'ailleurs symptomatique de ne constater aucune avancée notable quant à l'entrée en vigueur de ce projet de convention internationale régissant les activités de ces EMSP, plus de cinq ans après sa publication. Les Etats et les OIG ne veulent en effet pas que leur possibilité d'utilisation de ces EMSP soit limitée, leur étant indispensables pour accomplir de nombreuses activités sécuritaires et militaires.

A l'instar des critères retenus par la Convention des Nations Unies de 1989 sur le mercenariat dans son article 1 qui définissent le mercenaire, les conditions cumulatives posées à l'article 47 par. 2 du Protocole I des Conventions de Genève qui qualifient le mercenaire ne sont pas transposables et applicables aux EMSP et à leurs employés. Selon cet article, un mercenaire s'entend de toute personne : a) spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ; b) qui prend part directement aux hostilités ; c) qui prend part à ces hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel et sur la base d'une promesse d'une rémunération nettement supérieure à celle des combattants ayant un rang analogue et une fonction analogue dans les forces armées de cette partie ; d) qui n'est pas ressortissant d'une partie au conflit ni résident du territoire contrôlé par celle-ci ; e) qui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit ; f) qui n'a pas été envoyé par un Etat autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées

dudit Etat. Il faut d'abord souligner que ce texte ne vise que les personnes physiques ce qui exclut de son champ de d'application les EMSP considérées en tant que personnes morales. Au surplus, plusieurs critères nécessaires pour être qualifiés de mercenaires sont inapplicables aux personnes physiques que sont les employés de ces entreprises privées, en raison de leur caractère restrictif et cumulatif³⁰. En effet, non seulement les employés de ces entreprises ne sont généralement pas recrutés pour combattre dans un conflit particulier, leurs tâches étant très variées comme le prévoient les contrats signés, mais encore ils ne participent que très rarement de manière directe aux hostilités, leur intervention en amont et en aval des conflits étant bien plus importante, et enfin la condition de nationalité retenue par l'article 47 par. 2 d) n'est le plus souvent pas satisfaite par ces employés puisqu'ils ont dans la majorité des cas la nationalité d'une des parties au conflit.

Les seules dispositions du droit international humanitaire qui s'appliquent en principe sans conteste aux EMSP et à leurs employés sont l'article 1 commun aux quatre Conventions de Genève selon lequel « les Etats ont l'obligation de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire » en temps de conflit armé et de paix ainsi que l'article 3, également commun à ces quatre Conventions, qui porte sur les règles minimales régissant la conduite des conflits armés. Ces deux articles ont d'ailleurs aussi une valeur coutumière. Mais les difficultés du contrôle effectif des Etats sur ces EMSP et leurs employés rendent en pratique très incertaines l'application de ces dispositions.

IV. Une équivalence proposée quant au régime juridique applicable

Un régime juridique consiste en un « système de règles considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière, soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles »³¹. Afin de rétablir la synchronie entre les faits et le droit et de donner plus de cohérence et d'efficacité aux règles juridiques pertinentes, nous proposons d'établir un régime unitaire applicable, sur les plans national et international, aux employés de ces entreprises privées et aux mercenaires, en assimilant, sur le plan du droit applicable, ceux-ci aux *contractors*. Pour justifier cette proposition, il appert que les conventions internationales pertinentes qui portent exclusivement sur le mercenariat – la Convention de l'OUA pour l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juillet 1997 et la Convention des Nations Unies sur le mercenariat de 1989 – ou qui le prennent en compte dans certaines dispositions particulières, en l'espèce l'article 47 du Protocole I du 8 juin 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 – relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux – posent des conditions trop restrictives pour qu'une personne soit qualifiée de mercenaire, étant au surplus inapplicables aux *contractors*. Il faut ajouter que seulement 35 Etats ont ratifié la Convention des Nations Unies sur le mercenariat, sa portée juridique étant *a fortiori* amoindrie par l'absence de ratifications des grandes puissances, et qu'une certaine désuétude et obsolescence frappent ces textes juridiques.

Cependant, l'assimilation des mercenaires aux *contractors* nécessite, au préalable, qu'un régime juridique soit défini pour les EMSP, en tant qu'employeurs de ces *contractors*. En l'état, le droit positif ne reconnaît pas de régime juridique propre aux EMSP et à leurs employés, c'est-à-dire de droits et d'obligations particuliers³². En effet ces entreprises privées, appréhendées en tant que personnes morales de droit privé, n'ont pas de personnalité juridique internationale et leurs membres sont pris en compte par le droit international et les droits internes dans leur dimension générale d'individus et non en tant que personnes physiques,

pouvant être des civils ou des combattants, et ayant de multiples activités. Un véritable régime permettrait de les sortir de leur « clandestinité », d'officialiser leur existence et surtout de pouvoir les contrôler sur les plans de la légalité interne et internationale. Comme tout régime, celui qui est préconisé pour les EMSP comprend un ensemble de droits et d'obligations.

Le premier type de droits concerne leur existence juridique tant sur les plans interne qu'international. Au niveau national, toute entreprise de ce type est rattachée au droit d'un Etat, une fois qu'elle est constituée. Deux sortes de techniques juridiques servent à ce rattachement : l'incorporation – propre aux Etats de *common law* – qui consiste à immatriculer ou enregistrer une entreprise privée dans le lieu où elle s'est constituée et le siège social – dans les Etats de droit romain – où cette firme privée est localisée. Mais ces rattachements au droit d'un Etat sont parfois problématiques. S'agissant de l'incorporation, l'entreprise privée va rechercher l'Etat dans lequel le régime juridique lui sera le plus favorable. Un exemple de « *corporation law shopping* » peut être donné avec le « Groupe EHC LLC », EMSP francophone située dans un premier temps au Luxembourg puis, dans un deuxième temps, dans l'Etat américain le plus propice sur les plans juridique et financier aux activités de ces entreprises, le Delaware³³. Une réglementation efficace du statut de ce type de firmes privées nécessite de mettre fin à la « *corporation law shopping* » et de décider qu'une EMSP ne peut modifier son lieu d'incorporation dans un Etat, une fois qu'elle est constituée. Quant à la technique du siège social, la question essentielle consiste à déterminer le siège réel, qui est celui de la direction centrale effective de l'entreprise privée, ce qui n'est pas toujours aisé dans la mesure où la société mère peut être délocalisée et avoir des filiales dans d'autres Etats que celui où elle a son siège social légal. Les EMSP utilisent fréquemment ces stratégies de contournement qui doivent être interdites par les réglementations nationales pertinentes, afin de mettre en place une réglementation juridique efficace.

Au niveau international, les EMSP n'ont pas de personnalité juridique. Par conséquent, le droit international ne peut pas les encadrer de manière efficace. La reconnaissance d'un véritable régime sur la scène internationale nécessite de leur conférer le droit d'ester en justice et de participer à l'élaboration des normes qui les concernent. Le premier droit leur permettrait de défendre leurs intérêts lorsqu'elles sont dans la position de victimes. A titre d'illustration, l'EMSP *Sandline internationale* a dû partir du territoire de Papouasie Nouvelle Guinée, contrainte par cet Etat, bien que le contrat conclu avec cet Etat ne fût pas arrivé à son terme. La capacité de saisir une juridiction internationale lui aurait permis de mieux faire valoir ses droits³⁴. A cette fin, il faudrait modifier les statuts des juridictions internationales – en particulier ceux de la CIJ – qui ne sont ouvertes qu'aux Etats et aux organisations internationales en élargissant leur saisine aux entreprises transnationales. Cette évolution n'est cependant pas possible dans l'immédiat en raison du manque de volonté politique des Etats d'adopter une telle réforme et de l'absence de la qualité de sujet de droit international reconnue à ces entités. Leur permettre de participer à la création de normes les concernant directement constituerait une réelle avancée dans la quête de ce statut international. Pour l'heure, les EMSP sont uniquement associés à l'élaboration des codes de conduite, qui n'ont pas de caractère obligatoire, le meilleur exemple à donner étant leur participation au Document de Montreux qui porte, est-il besoin de le rappeler, sur les opérations des EMSP pendant les conflits armés. Toujours dans la même optique d'efficacité, ces entreprises privées doivent être parties prenantes dans la conception des traités internationaux relatifs à leur statut et activité. Dès lors, on ne peut que déplorer l'attitude des Etats consistant à ne pas impliquer réellement ces personnes morales de droit privé dans le projet de convention des Nations Unies de 2010 sur les sociétés militaires et de sécurité privées³⁵, qui est destiné à devenir un texte obligatoire et contraignant pour les Etats et les EMSP.

Le deuxième type de droits porte sur l'exercice des activités définies par leur régime, tant sur les plans interne qu'international. Cet encadrement juridique a pour

but de prévenir l'exercice d'activités illégales, de faire ainsi un tri entre le bon grain et l'ivraie, et doit être mis en place par les Etats dont les EMSP ont la nationalité et par les Etats sur les territoires desquels ces entreprises privées opèrent. Les législations des Etats nationaux doivent permettre aux EMSP de conclure des contrats, sur leur territoire ou à l'étranger, tout en réglementant strictement les activités autorisées. L'ordonnance suisse sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger du 27 septembre 2013, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2015³⁶, constitue à notre sens un modèle de réglementation cohérente et efficace vers lequel les autres Etats doivent tendre. En effet, toute entreprise de ce type a l'obligation de déclarer ses activités (art.4), en fournissant des informations très détaillées par rapport à l'activité envisagée, par rapport à l'entreprise et par rapport aux personnes employées, ce qui permet aux autorités compétentes de décider, dans les quatorze jours suivant cette déclaration, si l'activité envisagée nécessite ou non l'ouverture d'une procédure d'examen et le cas échéant d'interdire cette activité, si elle a trait à la participation directe à des hostilités qui se déroulent dans le cadre d'un conflit armé à l'étranger ou si elle peut causer de graves violations au droits de l'homme, comme par exemple la gestion d'une prison dans un Etat qui pratique la torture. Au surplus, le Conseil fédéral suisse doit vérifier le contenu des clauses contractuelles applicables à l'engagement d'une entreprise de sécurité par des autorités fédérales pour des tâches en matière de protection exercées à l'étranger (Section 5, art.14), afin de contrôler leur légalité. Quant aux Etats d'accueil, ils doivent concilier les règles concernant l'autorisation d'exercer octroyée à ces entreprises et les règles relatives au contrôle de leurs activités sur leur territoire. Le premier type de règles prend la forme d'autorisations administratives d'exercice, comme par exemple en droit français, ou plus généralement d'octroi de licences. Ce mécanisme, adopté par la plupart des Etats, permet de prendre des sanctions contre des EMSP qui ne posséderaient pas de licence. Le deuxième type de règles, qui porte sur le contrôle des activités de ces entreprises, doit être contraignant tout en n'étouffant pas leur liberté contractuelle qui est nécessaire au développement de leurs activités commerciales. L'exemple donné par M. Cissé relatif aux exportations en matière d'armement est symptomatique³⁷. Si un tel contrôle étatique ne doit pas être remis en cause pour des raisons évidentes de sécurité, il ne doit pas non plus entraver la liberté contractuelle des EMSP. Dans une optique d'efficacité, il s'agirait pour l'Etat de contrôler le choix du client et de vérifier que le contrat signé ne viole pas les dispositions en matière d'exportation d'armes. Des obligations doivent ainsi peser sur ces EMSP.

Dans la sphère nationale, la première obligation relative au régime juridique des EMSP consiste à ce que les Etats aient adopté une réglementation ! En effet, beaucoup de législations nationales, en particulier celles des pays en développement, ne définissent pas de manière exhaustive la notion d'EMSP, prenant uniquement en compte la dimension sécuritaire, et ne peuvent donc pas dans ces conditions envisager de leur octroyer un statut. Ne pouvant se prévaloir d'un statut, ces entreprises privées n'ont pas d'obligations précises à respecter, ce qui leur permet de commettre des abus en toute impunité. Cependant, ces entreprises privées doivent respecter le droit international humanitaire (DIH) et les droits de l'homme lorsque ces règles sont intégrées dans les législations nationales des Etats, dans la mesure où ces sujets du droit international ont l'obligation de faire respecter ces deux types de droits.

Dans la sphère internationale justement, les EMSP doivent être des destinataires directs des règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme, afin que leurs obligations soient clairement définies. Des obligations de moyens doivent ainsi leur être imposées pour prévenir toute violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Comme le souligne le Document de Montreux dans sa première partie « Obligations juridiques internationales pertinentes en relation avec les entreprises militaires et de sécurité privées », les Etats ont l'obligation de faire respecter ces deux branches du droit international par ces entreprises privées, étant passibles de sanctions s'ils ne

le font pas. *A minima*, le droit à la vie et l'interdiction de la torture, en tant que normes de *jus cogens*, et l'interdiction du travail forcé, en tant que droit fondamental de la personne, doivent être respectés par les EMSP. Cette nécessité d'un régime homogène pour les EMSP doit s'accompagner, dans une optique de cohérence, d'un régime clarifié pour les membres des EMSP et les mercenaires, assimilés à des *contractors* quant au régime juridique applicable.

Les membres des EMSP sont soit considérés comme des civils, soit comme des combattants selon la distinction faite par le DIH. Dès lors, un régime clair avec des droits et obligations propres est nécessaire.

Les droits des membres de ces entreprises privées varient en fonction de leur situation par rapport aux conflits armés. En dehors de toute situation de conflit armé, comme par exemple lorsqu'ils prennent part à des opérations de maintien de l'ordre, le DIH ne s'applique pas et aucun droit particulier n'est accordé à ce personnel civil. Ce cas de figure est le plus simple et ne prête pas à modification. En revanche, la situation est très confuse quand les membres de ces entreprises privées prennent part à un conflit armé. En l'absence de « participation directe à un conflit » – concept qui se réfère à la présence d'un « lien direct de cause à effet entre l'activité exercée et les coups qui sont portés à l'ennemi, au moment où cette activité s'exerce et là où elle s'exerce »³⁸ – le Document de Montreux de 2008, dans sa partie « Principales règles et bonnes pratiques » reconnaît au personnel des EMSP, la qualité de civil. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il exerce des activités d'entraînement des troupes ou d'escorte des convois humanitaires. L'article 51.3 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 reconnaît à ces civils une protection générale contre les attaques comme la déclaration 25 du Document de Montreux qui prévoit qu'ils ne peuvent pas être la cible d'attaques. Cette protection est cependant perdue s'ils participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation. Cette participation directe consiste à prendre part à des opérations de combat qui cherchent à affaiblir la capacité militaire de la partie adverse. Ainsi, garder une base militaire pour la protéger des attaques ennemies, recueillir des renseignements militaires tactiques et mettre en œuvre des techniques d'armement dans des opérations de combat sont des activités qui constituent une participation directe aux hostilités³⁹. Cette distinction entre civils et combattants, qui est fondamentale quant à la nature de la protection accordée aux membres des EMSP, est brouillée dans plusieurs cas de figures. D'abord, *quid* de l'application à ce type de personnes de l'article 4.A.4) de la III^{ème} Convention de Genève sur les civils qui suivent les forces armées, catégorie prévue seulement pour les conflits armés internationaux ? Pour entrer dans cette catégorie, les civils doivent avoir un lien réel avec les forces armées d'un Etat. Est-ce le cas des membres des EMSP en tant que prestataires de services ? Tout dépend de l'interprétation qui sera donnée, au cas par cas, de l'expression « lien réel ». Les enjeux relatifs à la reconnaissance de ce statut sont d'autant plus importants que les civils qui suivent les forces armées ont droit au statut de prisonniers de guerre. Ensuite, s'ils sont reconnus comme membres des forces armées d'un Etat en étant incorporés officiellement, le personnel de ces entreprises privées devra respecter le DIH, en tant qu'agents de l'Etat, mais aussi les droits de l'homme en vertu de ce même statut. Mais, comme nous l'avons démontré, il est exceptionnel que le personnel des EMSP puisse avoir la qualité de membre des forces armées d'un Etat. Enfin, peut-on appliquer aux membres de ces entreprises privées l'article 4.A.2) de la III^{ème} Convention de Genève sur les membres de milices et d'autres corps de volontaires appartenant à un Etat partie à un conflit armé international ? Il est très improbable que cet article leur soit appliqué dans la mesure où quatre conditions cumulatives doivent être réunies : être placé sous un commandement responsable, avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes et se conformer aux lois et coutumes de la guerre. Or, dans la très grande majorité des cas, les deux premières conditions ne sont pas remplies par les employés de ces entreprises privées qui ne peuvent donc pas avoir le statut protégé de combattant, qui a

notamment droit à la qualité de prisonnier de guerre.

Toujours dans une optique de clarification et d'efficacité, il serait souhaitable de faire une distinction entre la participation des membres des EMSP aux conflits armés, qui leur donnerait le statut de combattant, et leur absence de participation à de tels conflits qui leur conférerait le statut de civil. En effet, non seulement la frontière entre participation directe et indirecte à un conflit armé est souvent difficile à tracer en raison de son caractère bien souvent artificiel, mais encore le fait que les employés de ces entreprises privées aient dans la plupart des situations la qualité de civil leur fera perdre la protection inhérente à ce statut quand ils prendront part directement aux hostilités⁴⁰, pouvant faire l'objet d'attaques et ne pouvant bénéficier du statut de prisonnier de guerre. Au surplus, l'article 50 du Protocole I aux Conventions de Genève n'autorise pas les personnes civiles à prendre part à des conflits armés. Dans ces conditions, toute assistance militaire dans le cadre d'un conflit armé, c'est-à-dire tout service de sécurité ou action déployé pour la protection d'individus ou de biens impliqués dans une telle situation, doit leur conférer le statut plus protecteur, et plus conforme à la réalité, de combattant.

A l'instar des droits qui leur sont attribués, les obligations du personnel des EMSP diffèrent selon leur situation au regard des conflits armés. En dehors de toute situation conflictuelle, les seules obligations qui pèsent sur ces membres consistent à respecter les législations, nationale et territoriale, c'est-à-dire celles de leur rattachement et de du lieu où ils opèrent. En temps de conflit armé, leurs obligations sont à géométrie variable variant selon leur participation directe ou indirecte à un conflit armé. Dans la première hypothèse, ils sont considérés par le DIH comme des combattants et doivent respecter les obligations inhérentes à cette catégorie de personnes. Aussi, doivent-ils avoir une formation en DIH et en matière de droits de l'homme avant d'être recrutés par une EMSP, afin d'être prévenus des risques encourus en cas de violation grave de ces droits. Comme tout combattant, ils doivent se distinguer de la population civile, selon l'article 44 § 3 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, en portant notamment un uniforme militaire. Ils doivent aussi sur le champ de bataille ne pas porter des attaques contre des personnes civiles, respecter les biens à caractère civil et l'environnement⁴¹. Leur situation est bien plus confuse dans l'hypothèse où ils participent indirectement à un conflit armé, comme nous l'avons déjà dit s'agissant de leurs droits, la déclaration 25 du Document de Montreux comme le DIH leur reconnaissant le statut de civil et les obligations y afférentes.

Dans le but de simplifier la réglementation applicable, ainsi que de mise en cohérence avec notre raisonnement tenu quant à la justification de leur attribuer les mêmes droits que ceux d'un combattant, nous considérons que lorsque les membres des EMSP participent à un conflit armé, que ce soit de manière directe ou indirecte, leurs obligations doivent être celles propres à un combattant, exerçant les mêmes fonctions. Cette solution aurait aussi le mérite de renforcer leur encadrement juridique et de réduire le champ des zones d'ombre.

En définitive, prenant le contre-pied de la majorité des auteurs qui considère que les *contractors* sont les nouveaux mercenaires, nous pensons que l'évolution des faits et du droit nécessite un régime juridique cohérent et efficace applicable à cette catégorie de personnes, les mercenaires devenant par assimilation dans cette hypothèse des nouveaux *contractors*.

^{1*} Le contenu de cet article s'inspire des développements plus larges contenus dans notre ouvrage à paraître « Les Entreprises militaires et de sécurité privées appréhendées par le droit ».

V. par exemple Roche J.-J., dir., *Insécurité publiques, sécurité privée ? Essais sur les nouveaux mercenaires*, Paris, Economica, 2005, 420 p ; Le Saux N., *Privatisation de la sécurité et de la défense : la fin des Etats ?*, Thèse de doctorat en droit, 2014, Université Nice Sophia Antipolis, 2014, p. 235 et s ; *Revue Conflits*, « Les nouveaux mercenaires », 2014, n° 2.

²En ce sens, v. Cornu G., dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 9^{ème} éd., 2013, p. 962.

³L'emploi de l'adjectif « transnational » est plus pertinent que celui de « multinational » parce que celui-ci implique la présence de plusieurs nationalités, ce qui n'est pas le plus souvent le cas des EMSP.

⁴ Cette définition du terme « transnational » est donnée par Cornu G., dir., *op.cit.*, p. 1028.

⁵Sur ce point, v. Zarate J.-C., « The Emergence of a new Dog of War : Private International Security Companies international Law and the New World Disorder », *Stanford Journal of International Law*, 1998, vol. 34, pp. 75 et s.

⁶SCN. 5.1/121, 1993.

⁷*Le Robert, Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1986, p. 379.

⁸Expression de Gherari H., « Le mercenariat », Chapitre 21, in *Droit international pénal*, dir. Ascensio. H., Decaux E., Pellet A., 2^{ème} éd., Pedone, 2012, p. 308.

⁹ V. PSEI, n° 1, 2015, par. 156.

¹⁰ Définition donnée par Cornu G., *op.cit.*, p. 152.

¹¹Pour un commentaire de cette loi, v. Garcia T. « La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire », *RGDIP*, 2003, n° 3, pp. 677-692.

¹²*Rapport de M. Pelchat fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi relatif à la répression de l'activité de mercenaire*, Sénat, n° 142, session ordinaire de 2002-2003, p. 19.

¹³En ce sens Gherari H., « Le mercenariat », Chapitre 21, *op.cit.*, p. 307 et s.

¹⁴Selon l'expression de Forteau M., « L'Etat selon le droit international : une figure à géométrie variable ? », *RGDIP*, 2007, n° 4, p. 737 et s.

¹⁵ Sur ce point, Garcia T., « La loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire », *op.cit.*, pp. 685-687 et Ménard C., Viollet J.-C., *Rapport d'information sur les sociétés militaires privées*, Assemblée nationale, n° 4350, 14 février 2012.

¹⁶ Définition donnée par CORNU G., *op.cit.*, p. 979.

¹⁷ V. Mahiou A., « Cours général de droit international public », RCADI, 2008, vol. 337, Martinus Nijhoff Publisher, 2009, p.276.

¹⁸Pour un commentaire de cette convention, v. Tercinet J., « Les mercenaires et le droit international », *AFDI*, 1977, p. 269 et s.

¹⁹V. Treves T., « La Convention de 1989 sur les mercenaires », *AFDI*, 1989, p. 520 et s.

²⁰*Op.cit.*, en particulier pp. 159-196.

²¹*Op.cit.*, p. 160.

²²Selon J. Tercinet « [...] l'engagement de longue durée voire permanent tend à conférer au combattant un statut légal de membre des forces armées. », *op.cit.*, p. 274.

²³Rapport 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, Mission en Honduras, 20 février 2007, A/HRC/4/42/Add.1 p. 16, § 48.

²⁴UCMJ, § 802, article 2 (10).

²⁵David E., « Les mercenaires en droit international », *RBDI*, 1977, vol. 13, p. 209.

²⁶Définition donnée par Sandoz Y., Swinarski C., Zimmermann B. dir., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1948*, CICR, Genève, 1986, p. 522.

²⁷CICR, TMC, Asser Institute, *Second Expert Meeting, Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, La Haye, 25-26 octobre 2004, p. 3 et s.

²⁸Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1977, article 52, § 2.

²⁹AG, *Conseil des droits de l'homme*, A/HRC/15/25 du 5 juillet 2010.

³⁰ En ce sens, Millet-Devalle A., « Privatisation de la guerre et droit international humanitaire », in *Insécurité publiques, sécurité privée – Essais sur les nouveaux mercenaires*, Roche J.-J., dir., Paris, Economica, 2005, p. 33 et s.

³¹ Définition donnée par Cornu G., *op.cit.*, pp. 868-869.

³²Les développements suivants s'inspirent, tout en s'en éloignant, de ceux de la thèse de Cissé B., *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires*, *op.cit.*, p. 387 et s.

³³ Information donnée par le site de ce groupe, <http://www.groupe-ehc.com/> (consulté le 15 mars 2016). Des EMSP américaines, telles que *Titan corporation* et *L3 Communication* sont aussi immatriculées dans le Delaware.

³⁴En l'occurrence, cette EMSP a saisi un tribunal arbitral australien qui a condamné l'Etat de Papouasie Nouvelle Guinée pour rupture abusive de contrat. Supreme Court of Queensland, *Independent State of Papua New Guinea*, Re(1998) QSC 298, consulté le 15 mars 2016 sur <http://archive.sclqld.org.au/qjudgment/1998>.

³⁵V. AG, *Conseil des droits de l'homme*, A/HRC/15/25 du 5 juillet 2010.

³⁶V. <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data> (consulté le 15 mars 2016).

³⁷ Cissé B., *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires*, Thèse de doctorat, Université Lille 2, 2014, p. 394 et s.

³⁸Définition donnée par Sandoz Y., Swinarski C., Zimmermann B. dir, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1948*, CICR, Genève, 1986, p. 522.

³⁹Exemples donnés par le guide interprétatif du CICR sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire. V. *Interpretive Guidance on the notion of direct participation in hostilities under IHL*, <http://www.icr.org/web.fre> (consulté le 15 mars 2016).

⁴⁰L'article 51 § 3 du Protocole I aux Conventions de Genève dispose que « Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ».

⁴¹Sur ce point, v. Bothe M., Bruch C, Diamond J., Jensen D., « International law protecting the environment during armed conflict : gaps and opportunities », *RICR*, vol. 92, n° 879, 2010, p. 569 et s.