



HAL
open science

À la recherche d'une qualification juridique des sociétés militaires privées

Gaylor Rabu

► **To cite this version:**

Gaylor Rabu. À la recherche d'une qualification juridique des sociétés militaires privées. 2010. hal-02800003

HAL Id: hal-02800003

<https://hal.science/hal-02800003v1>

Preprint submitted on 5 Jun 2020

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.

À la recherche d'une qualification juridique des sociétés militaires privées

La fin de la Guerre Froide a imposé aux États de réformer leur armée. Cette réforme s'est faite dans le sens d'une libéralisation et d'une professionnalisation, décision prise en France en 1996. La rationalisation des coûts se traduit par une externalisation de certaines activités au profit de sociétés privées. Paradoxalement, la réduction du format des armées s'est accompagnée d'une pérennisation des conflits localisés et plus encore d'un environnement toujours plus instable¹. L'interdépendance post-Guerre Froide entre les différentes puissances favorisée par la mondialisation, participant ainsi à un monde en voie de multipolarisation, charrie avec elle une prolifération d'espaces nodaux stratégiques. Or ces multiples zones de tensions voire de conflits sont autant de théâtres de projections sur lesquels les forces armées traditionnelles ne peuvent non seulement être systématiquement présentes mais de surcroît pleinement efficaces. Les difficultés éprouvées par les États-Unis à faire face simultanément aux défis irakien et afghan l'illustrent parfaitement. À cela s'ajoute une opinion publique occidentale développant des exigences de paix et de sécurité universelle en pratique insoutenables par les seuls États. Les sociétés militaires privées (SMP) sont une réponse possible à ces exigences. Elles viennent exécuter des missions relevant autrefois des seuls services de l'État pour compléter voire suppléer leurs actions. En contestant le monopole wébérien de la violence physique légitime, elle pose en amont une question politique voire morale². Malgré tout, la tendance actuelle n'est pas à la disparition de ce type d'acteurs. Cette forme de « civilianisation »³ de la guerre est au contraire un mouvement général dont l'Afrique du Sud, les États-Unis et dans une moindre mesure le Royaume-Uni sont les leaders ; mais que la France commence à connaître également⁴. Il s'agit désormais de s'interroger sur la manière dont peut être régulée l'activité de ces nouveaux acteurs. L'acuité du débat résulte de leur rôle croissant et d'une multiplication d'événements marquants révélant des pratiques contraires au droit humanitaire⁵, des manquements caractérisés aux obligations contractuelles auxquelles elles ont accepté de se soumettre⁶ ou encore du statut faiblement protecteur⁷ – au regard des risques encourus⁸ – dont bénéficient les *contractors*. Étape indispensable en vue de

¹ Défense et Sécurité Nationale, Livre Blanc, Odile Jacob, La Documentation Française, 2008, p. 13.

² S. Percy, *Morality and regulation*, in *From mercenaries to market : the rise and regulations of private military companies*, S. CHESTERMAN & C. LEHNARDT (éd.), Oxford University Press, p. 11.

³ L. CAILLARD, É. CHAFFARD-LUÇON, F. LECOINTRE & B. SCHULER, *Civilianisation de la défense*, CCM, n° 37, fév. 2009 ; A. WENGER & S. J. A. MASON, *The civilianization of armed conflicts : trends and implications*, Rev. Int. Croix-Rouge, n° 872, 31 déc. 2008, p. 835.

⁴ V. CAPDEVIELLE & H. CHERIEF, *The Regulatory Context of Private Military and Security Services in France*, PRIV-WAR Report – France, National Reports Series 11/09, 21 mai 2009 ; O. HUBAC & L. VIELLARD, *Politique d'externalisation : l'enjeu des sociétés d'appui stratégique*, in *La privatisation de la guerre*, Sécurité Globale, été 2009, n° 8, p. 17 ; S. AUZOU, *Vers des sociétés militaires privées à la françaises ?*, Mém. IEP Toulouse 2008. Pour une présentation complète des différentes sociétés : v. Ph. CHAPLEAU, *Sociétés militaires privées. Enquête sur les soldats sans armées*, Le Rocher, coll. L'art de la guerre, 2005.

⁵ Cf. le scandale des sévices infligés à des prisonniers d'Abou Ghraïb par des salariés des sociétés CACI Inc. et Titan Corporation.

⁶ Des surfacturations du pétrolier Halliburton au contrats inachevés de la société Parsons en passant par la disparition de plus d'un milliard de dollars versés à DynCorp chargée de former la police irakienne.

⁷ G. PAYOT, *La situation juridique des employés des sociétés militaires privées*, Mém. IEP Lyon II, 2007, p. 21 et s.

⁸ Pour illustration, on rappellera le sort réservé à quatre *contractors* de la société Blackwater (désormais dénommée X^c) tombés dans une embuscade le 31 mars 2004 à Falloujah en Irak : leurs corps carbonisés avaient été suspendus aux poutrelles d'un pont.

l'élaboration d'un régime juridique, la détermination d'une qualification juridique pour ces sociétés et leurs salariés s'avère par conséquent primordiale. Une étude approfondie met en lumière un certain nombre d'incertitudes voire de carences juridiques rendant actuellement impossible toute qualification juridique satisfaisante (I). C'est à partir d'une redéfinition de la notion clé de « participation directe aux hostilités » que le modèle juridique existant pourra par la suite recevoir application (II).

I / L'absence de qualification en droit international

Il est courant de voir les sociétés militaires privées être qualifiées de mercenaires des temps modernes. Sur le plan juridique, une telle qualification est en réalité impropre (A>). À cette inapplicabilité qui peut paraître pour certains évident, s'ajoute celle du statut de combattant inadapté à la diversité des situations et des activités menées par ces sociétés (B>). Plus encore, même la qualification particulière des non-combattants susceptibles de bénéficier du statut de prisonnier de guerre demeure imparfaitement applicable (C>).

A> L'inapplicabilité du statut de mercenaire

1° En droit international public

Saisie de la question, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies s'est prononcée à deux reprises sur le sort des mercenaires. Dans sa résolution 2465 (XXIII) prise à l'occasion de sa 1751^{ème} séance plénière en date du 20 décembre 1968 sur l'Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, elle criminalise l'activité des mercenaires⁹. Ne pouvant procéder que par voie déclaratoire, elle renvoie aux États le soin d'adopter une législation en ce sens. Lors de sa 2319^{ème} séance plénière, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte le 14 décembre 1974 sa résolution 3314 (XXIX) portant définition de la notion d'agression¹⁰. La définition figurant en annexe vise les bandes, groupes, forces irrégulières ou mercenaires susceptibles d'intervenir pour le compte d'un État et condamne leur action. Si la référence est plus large que la précédente, puisque ne sont pas intégrés uniquement les mercenaires, elle n'éclaire pas plus sur le degré d'intervention à partir duquel l'agression peut être considérée comme effective. De surcroît, son article 4 indique clairement que la portée normative de cette définition est réduite en ce qu'elle ne constitue qu'un guide interprétatif pour le Conseil de Sécurité.

La Convention internationale de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique en date du 3 juillet 1977 définit à son article 1^{er} ce que recouvre le terme de « mercenaire ». La définition est sensiblement proche de celle adoptée à l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires du 4 décembre 1989 entrée en vigueur le 20 octobre 2001 mais non ratifiée par la France. L'accent est mis d'abord sur le fait d'être recruté en vue de combattre (art. 1^{er} 1. a)) puis sur la participation directe aux hostilités (art. 1^{er} 1. b) et c)). L'enchaînement des alinéas suggère que les activités des sociétés militaires privées et donc de leur personnel qui ne consistent pas à participer directement aux conflits sont exclues de son champ d'application. Si la première convention vise dès l'article 1^{er}. 2. les

⁹ Cf. Article 8 de la résolution .

¹⁰ Cf. Article 3 g) de son annexe.

groupes ou association et dès l'article 1^{er}. 3. l'application de ses dispositions tant aux personnes physiques que morales, la seconde n'en fait référence qu'à l'article 10. 2. c). Si l'avantage personnel obtenu de la participation au conflit considéré, et qui est abordé par les deux conventions, est commun aux mercenaires et aux sociétés militaires privées, en revanche les secondes se distinguent des premières en ce qu'en pratique le caractère direct de leur participation est le plus souvent dépourvu de systématisme. Lesdites conventions leur seront alors inapplicables. En outre, les États parties à la Convention de l'OUA de 1977 et leurs ressortissants ne sont contraints en raison de cette participation directe aux hostilités que dans la mesure où ils opposent « *la violence armée à un processus d'autodétermination à la stabilité ou à l'intégrité territoriale d'un autre État* »¹¹.

En 2002, M. Enrique Bernales Ballesteros, rapporteur spécial auprès de la Commission des droits de l'Homme, présentait ses conclusions sur la question¹². Partant du postulat que le mercenariat, dans une acception large, est attentatoire à l'exercice des droits de l'Homme et du droit des peuples à l'autodétermination, il proposa d'amender la Convention de 1989 afin que la nouvelle définition du mercenariat comprenne les activités des sociétés militaires privées¹³. S'opposant aux thèses libérales¹⁴, l'auteur entend souligner la nature et la finalité de l'activité de mercenaire et écarter le critère de nationalité¹⁵ comme le caractère interne ou international du conflit¹⁶. Ce dernier point élargit encore plus la définition du mercenariat en ce qu'il peut conduire à intégrer les sociétés de sécurité. Le rapport remis en 2005 par Mme Shaista Shameen¹⁷, reprenant la nécessité d'écarter le critère nationalité, opte pour une définition toute aussi élargie du mercenariat de sorte que même le cuisinier qui prépare les repas des mercenaires peut entrer dans cette catégorie¹⁸ ! Elle invite à remplacer les termes « combattre dans » de l'article 1^{er} a) de la convention de 1989 par « participer à », ne distinguant plus entre la participation directe aux hostilités et la participation indirecte et rendant inévitable la qualification de mercenariat. Le groupe de travail créé à la suite de ces deux rapports encourage le développement de législations nationales régulatrices de l'activité des sociétés militaires privées en ne cherchant pas systématiquement à assimiler ces sociétés au mercenariat¹⁹. Par sa résolution 10/11, le Conseil des droits de l'homme a adopté une nouvelle résolution invitant le Groupe de travail à, travailler à l'élaboration d'un éventuel projet de convention sur les sociétés privées offrant une assistance militaire et des services de conseil et d'autres services à caractère militaire liés à la sécurité sur le marché international assortie d'une loi type, et d'autres instruments juridiques.

¹¹ Art. 1^{er} §. 2 de la Convention de l'OUA sur l'élimination du mercenariat en Afrique du 3 juill. 1977.

¹² E. B. BALLESTEROS, rapporteur spécial, Commission des droits de l'homme, 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, Doc. Off. NU CDH, 59^{ème} sess., Doc. NU E/CN.4/2003/16 (2002).

¹³ *Ibid.*, §. 43, h), p. 14.

¹⁴ P. W. SINGER, *Corporate warriors, the rise of the privatized Military industry*, New York, Cornell University Press, 2003 et du même auteur, *War, profits, and the vacuum of law: privatized military firms and international law*, Col. J. Trans. Law, 2004, n° 42, p. 521.

¹⁵ E. B. BALLESTEROS, *op. cit.*, §. 43, k), p. 15.

¹⁶ *Ibid.*, §. 44, p. 15.

¹⁷ S. SHAMEEN, rapporteuse spéciale, Commission des droits de l'homme, 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, Doc. Off. AG NU, 60^{ème} sess., Doc. NU A/60/263 (2005).

¹⁸ *Ibid.*, §. 27, p. 9.

¹⁹ Ainsi, le rapport remis par le Groupe de travail en 2006 distingue les mercenaires, les activités ayant un lien avec le mercenariat et celles des sociétés privées de prestation de services militaires et de sécurité : A/61/341, §. 12, p. 6 ; v. égal. rapport 2007, A/32/301, §. 59, p. 19 et §. 66, p. 21.

2° En droit international humanitaire

Le statut de mercenaire est déterminé en droit international humanitaire à l'article 47 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté le 8 juin 1977 et auquel la France est partie depuis le 11 avril 2005. En application de l'article 47. 1, il ne bénéficie ni du statut de combattant, ni de celui de prisonnier de guerre. L'article 47. 2. définit six critères *cumulatifs* pour l'obtention de ce statut : les conditions de recrutement, la participation aux hostilités, la motivation pécuniaire, l'extranéité, la non-appartenance aux forces armées et l'absence de mission officielle confiée par un État.

Tout d'abord, le mercenaire est « spécialement recruté » pour « combattre » « dans un conflit armé ». On notera que la disposition ne vise que les personnes physiques et non les personnes morales. Or si une société militaire privée peut spécialement contracter avec une organisation internationale, un État, voire une collectivité territoriale, en revanche le personnel de ces sociétés n'exerce pas, sauf exception, de manière ponctuelle son activité travaillée. Il demeure sous contrat avec la société et accomplit chacune des missions qui lui sont confiées dans les différents conflits. Par ailleurs, comme annoncé précédemment, l'activité du personnel de ces sociétés ne se résume pas au combat. Elle peut intéresser la santé²⁰, la logistique²¹, la maintenance, la formation²², etc. Ce constat amène à mettre en perspective la seconde condition qu'est la participation directe aux hostilités. Celle-ci n'est pas définie par le protocole. Son assimilation à la notion d'activité combattante doit, selon nous, être exclue car elle conduirait à rendre ladite condition redondante avec la précédente et donc inutile. En toute hypothèse, on peut participer directement aux hostilités sans combattre, ce qui n'apporte guère plus de précisions sur la signification de l'expression employée.

L'article 47. 2. c) indique que le mercenaire cherche « essentiellement », donc non exclusivement, à « obtenir un avantage personnel » et à qui il est promis « une rémunération nettement supérieure » à celle allouée aux militaires de rang. Il appelle deux séries de remarques. D'abord, la recherche d'un avantage personnel ne constitue pas en soi une condition pertinente puisque tout à chacun peut être mu par idéalisme ou par une conviction de quelque nature qu'elle soit. La motivation des personnes ainsi visées paraît donc peu opérante²³. Ensuite, le critère de la rémunération pose également quelques difficultés. La preuve de son versement reste à apporter et il n'est pas certain que les différentes pratiques en cours en offre la possibilité : « les salaires des mercenaires [étant] soit payés dans leur pays d'origine soit versés sur des comptes en

²⁰ Ph. CHAPLEAU, Soutien médical : les services de santé des armées face aux SMP, Sécurité Globale, automne 2009, n° 9, p. 135.

²¹ Pour illustration, l'US Air Force et son service War Reserve Material a conclu un contrat avec la société DynCorp pour la gestion des stocks prépositionnés en vue d'opérations d'extérieures qui vient d'être reconduit pour huit ans.

²² De la formation de soldat en passant par la simulation jusqu'à la gestion de camps d'entraînement...

²³ Cf. rapport DIPLOCK - publié en 1976 à la suite de l'implication de mercenaires britanniques en Angola – cité in *Rapport du Committee of Privy Counsellors chargé d'enquêter sur le recrutement des mercenaires*, Cmnd6569, p. 2. V. égal. E. DAVID, Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens, Université de Bruxelles, 1978, p. 3.

banque dans d'autres pays »²⁴. Ensuite, la société ayant conclu un accord avec l'une des parties au conflit et qui verse ladite rémunération à la personne sous contrat doit-elle être considérée comme agissant au nom de son cocontractant ? Il ne nous semble pas dans la mesure où le *contractor* agit pour le compte de la société qui le rémunère et non pour celui de l'État. Par une interprétation stricte, la société fait « écran » à l'application de cette disposition. Quand bien même nous opterions pour une interprétation favorable à son application, il s'avère que les sociétés militaires privées définissent des grilles salariales au gré de la nationalité de leur personnel : un ancien soldat américain gagnera plus qu'un ancien militaire ayant appartenu aux forces d'un pays en développement²⁵.

Le critère de l'extranéité implique une possibilité de vérification des identités des participants aux conflits, ce qui est loin d'être toujours aisé. De surcroît, quid des *contractors* exécutant leur contrat pour le compte de la société qui les emploie dans le pays en conflit ? Ensuite, le mercenaire ne doit pas relever également de forces armées impliquées dans le conflits écartant *de facto* les étrangers relevant de corps d'armée constitués d'étrangers comme pour la Légion étrangère. En toute hypothèse, l'intégration dans les forces armées régulières suffirait à exclure tel soldat du statut de mercenaire. Enfin, aucun État autre qu'une partie au conflit ne doit avoir attribué de mission officielle. Cette mission s'entend de celle qui prévaut dans le cadre d'un mandat. Sont ainsi exclus les sociétés militaires privées et leur personnel qui bénéficient d'un simple agrément ou autorisation d'exercer leur activité. Il s'agit d'un contrôle *a priori* de légalité et non d'un mandat exprès. À l'instar des dispositions du droit international public, le Protocole I de la Convention de Genève a peu de chance de recevoir application dans le cas de l'activité des sociétés militaires privées et de leur personnel. Non seulement la pratique fait échapper ces acteurs à la plupart des conditions susvisées, mais de surcroît leur caractère cumulatif annihile toute éventualité d'application du texte.

B> L'inapplicabilité du statut de combattant

Le statut de combattant est défini à l'article 4 (A) de la III^{ème} Convention de Genève, complété par l'article 43 du Protocole I. Conformément à ces dispositions, est un combattant la personne qui est membre des forces armées (1^o) d'une Partie à un conflit ou d'une « autre milice » (2^o) au sens de l'article 4 (A) 2 de la III^{ème} Convention de Genève. L'enjeu de la qualification est de taille puisque le combattant bénéficie du statut protecteur de prisonnier de guerre. Le privilège du combattant l'autorise à recourir à la force (art. 43 al. 2) et lui offre, dans les limites du respect du droit de la guerre, une immunité se traduisant par l'incompétence des juridictions internes au profit des tribunaux militaires.

1^o Le combattant comme membre des forces armées

Les forces armées sont définies à l'article 43 al. 1^{er} du Protocole I. En toute hypothèse, les membres de ces forces armées doivent suivre les procédures légales et réglementaires propres à la Partie au conflit pour pouvoir être enrôlés. Seront considérés comme faisant partie intégrante des forces armées françaises, les militaires recrutés selon les modalités prévues par les articles L. 4132-1 et suivants du Code de la défense. N'entrent pas dans

²⁴ Actes XV, pp. 195-196, CDDH/III/SR.57, par. 21. V. néanmoins les estimations avancées par G.-H. BRICET des VALLONS, Armées et sociétés militaires privées en Irak : de l'amalgame à la symbiose, *in* La privatisation de la guerre, Sécurité Globale, été 2009, n° 8, p. 36, *spéc.* p. 38 et s.

²⁵ *Ibid.*, pp. 38-39.

cette catégorie, les civils sous contrat employés par le ministère de la défense de la Partie concernée qui ne sont pas recrutés par voie d'enrôlement ou de conscription²⁶. La plupart des États prévoient en effet des procédures d'incorporation pour les civils, notamment par la création d'un corps de réservistes. Les personnels des sociétés militaires privées échappant à ces procédures et n'étant pas soumis à la hiérarchie militaire, on ne peut que conclure à leur non-appartenance aux forces armées. La composition sociologique de ces personnels conduit également à de telles conclusions dans la mesure où ces sociétés recrutent souvent d'anciens militaires à la retraite, radiés ou démissionnaires.

Conformément à l'article 4 (A) de la III^{ème} Convention de Genève, sont assimilées à des forces armées les milices et corps volontaires intégrés. La question se pose de savoir si les personnels envoyés sur le territoire de l'État contractant entrent dans cette catégorie. Encore une fois, il convient, en dépit de la similarité parfois constatée de l'activité des militaires et des personnels des SMP, de bien distinguer ces deux groupes comme précisé dans le commentaire de la Convention de Genève²⁷. Ils ne revêtent aucune caractéristique juridique identique à celles des militaires : contrat de droit privé, régime disciplinaire issu du droit du travail et, sauf prévision contractuelle en ce sens, absence soumission à la hiérarchie militaire. La reconnaissance d'une telle qualité à l'égard d'une organisation paramilitaire ou d'un service armé chargé de faire respecter l'ordre est facilitée par l'obligation de notification aux autres parties au conflit conformément à l'article 43 al. 3 du Protocole additionnel I.

2° Le combattant comme membre d'une « autre milice »

L'article 4 (A) (2) vise « *les membres des autres milices et les membres des autres corps volontaires [...] appartenant à une Partie au conflit* ». Ces milices ne sont pas intégrées à des forces armées. Pour relever de cette catégorie qui ne concerne que les groupes et non les individus, les employés des SMP doivent remplir quatre conditions cumulatives : « *avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés* », « *avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance* », « *porter ouvertement les armes* » et « *se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre* ». L'article 1^{er} du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre figurant en annexe de la Convention (IV) éponyme de La Haye du 18 octobre 1907 adopte les mêmes conditions. L'examen de ces quatre critères doit attendre l'analyse de la notion d'« *appartenance* ».

Le commentaire de la Convention précise que depuis la convention de La Haye, un seul « lien de fait » suffit pour que les groupes susvisés appartiennent à une Partie, comme un accord tacite ou une déclaration officielle. Mais il convient de noter que l'appartenance implique une identité d'objectif à savoir la victoire à l'issue du conflit que ce soit en constituant un appui stratégique aux forces armées, de concert avec elles ou de manière complémentaire²⁸. Or sur ce point, la pratique montre que toutes les SMP ne participent pas de cet objectif. Lorsqu'elles contractent avec des acteurs publics – gouvernement ou à défaut directement avec les forces armées –, l'objectif ne fait aucun doute. En revanche, un accord conclu avec des acteurs privés – entreprises, ONG, etc. – échappe à cette logique d'appartenance lorsqu'ils ne sont pas mandataires d'acteurs publics. Les missions

²⁶ M. N. SCHMITT, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, Chic. j. int. law, 2004, Vol. 5, n° 2, p. 511, *spéc.* p. 524.

²⁷ J de PREUX, *Commentaires de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, ICRC 1960, p. 52.

²⁸ M. N. SCHMITT, *op. cit.*, p. 528.

de sécurité de convois, de sites, de personnes n'appartenant pas aux forces armées ou aux décideurs des Parties au conflit constituent en toute hypothèse des activités purement privées, déconnectées de tout objectif militaire. Il en va de même pour toutes les missions exercées auprès d'acteurs privés agissant pour le compte d'une Partie au conflit, dès lors que leur objet est strictement civil comme la reconstruction. Autrement dit, les SMP agissant comme sous-traitant d'une société développant son activité au profit d'une Partie au conflit ne sont pas concernées par ces prévisions. Dans cette hypothèse, les personnels des SMP peuvent être amenés à employer la force à des fins strictement défensives : si la cause de l'emploi de la force est la défense des intérêts du cocontractant de la SMP – donc indistinctement de l'assaillant – et non la recherche de la victoire d'une des Parties au conflit, le critère d'appartenance n'est pas considéré comme vérifié. Sans doute peut-on apprécier la notion d'appartenance en fonction du degré d'autonomie opérationnelle dont bénéficient ces groupes. Ceci dit, on ne saurait en faire un critère exclusif. Il convient de l'intégrer dans un faisceau d'indices en incluant les motivations de l'emploi de la force armée et en vérifiant la caractérisation ou non des quatre autres conditions.

La première de ces conditions est le fait d'avoir à la tête du groupe une personne responsable pour ses subordonnés. Il en va ainsi à chaque fois qu'un groupe est organisé d'une manière identique à une chaîne de commandement militaire. Les SMP calquent souvent leur organisation sur le modèle hiérarchique militaire. En ce sens, l'organisation interne dépasse les exigences disciplinaires propres à la relation de travail. La présence d'un chef désigné chargé de contrôler et le cas échéant de sanctionner les manquements à la discipline interne du groupe va au-delà des pouvoirs classiques de direction, de contrôle et disciplinaires tels que le connaît le droit du travail français. Ceci dit, le responsable hiérarchique n'étant pas soumis aux règles militaires disciplinaires destinées au respect des lois et coutumes de guerre, il n'est pas responsable des agissements de ses subordonnés. Sauf hypothèse où le droit applicable prévoit la responsabilité du commettant du fait de ses préposés et que ces agissements ne dépassent pas le cadre d'exécution du contrat de travail – si contrat de travail il y a – les employés des SMP seront seuls responsables. Les second et troisième critères mettent l'accent sur ce qui distingue un combattant d'un civil. Le port de la tenue et d'une arme apparente sont des signes distinctifs classiques. En pratique, les *contractors* ne portent pas de tenues identiques aux militaires opérant sur le théâtre d'opération mais revêtent parfois une tenue répondant aux nécessités de leur activité. Le droit applicable aux *contractors* norme parfois la tenue vestimentaire des civils opérant à l'étranger²⁹. Le dernier critère relatif au respect des lois et coutumes de guerre ne s'impose qu'aux groupes, de sorte que toute violation par un des membres du personnel des SMP ne saurait écarter l'application du statut de combattant.

Au regard de ce qui précède, on aurait du mal à conclure à la qualification de membre des forces armées ou des autres milices ou corps volontaires appartenant à une Partie au conflit. Il en résulte que les personnels des SMP ne peuvent bénéficier de plein droit du statut protecteur de combattant. Si le statut de mercenaire n'est pas applicable aux sociétés militaires privées et à leur personnel, celui de combattant ne l'est donc pas tout autant.

C> L'inadaptation du statut des civils bénéficiant du statut de prisonnier de guerre

²⁹ On renverra pour illustration au DA Civilian Employee Deployment Guide, Pamphlet 690-47, Departement of the Army, 1^{er} nov. 1995, §. 1-13, p. 4.

1° Le civil ne participant pas aux hostilités

Le contractant civil peut tout d'abord relever de l'article 4 (A) 4) de la III^{ème} Convention de Genève qui étend le bénéfice du statut protecteur de prisonnier de guerre « *aux personnes suivant les forces armées sans en faire directement partie [...] 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* ». Cette stipulation à la Convention reflète le fait que toutes les armées ont été accompagnées de personnes susceptibles de répondre à leurs différents besoins sans avoir pour autant vocation à combattre³⁰. Sont visées le plus souvent les personnes apportant un soutien logistique aux forces armées. Seulement l'article en question ne précise pas si les personnes accompagnant les forces armées doivent être ou non physiquement présentes sur le théâtre d'opération. Une interprétation littérale du texte invite à exclure les sociétés militaires privées ne faisant que contracter avec une des Parties au conflit³¹. S'agissant de l'autorisation, il semble que la conclusion d'un contrat suffit à remplir cette condition³². Encore faut-il que les stipulations le prévoient. En cas d'exclusion expresse, la question ne pose pas de difficultés. En revanche, dans le silence du contrat et lorsque son objet offre une certaine autonomie au profit de la société, on peut être plus réservé.

Les contractants peuvent alors bénéficier du statut de « personnes protégées » si, conformément à l'article 4 al. 1 de la IV^{ème} Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, « *à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, [elles] 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* ». Pour être protégé, il convient non seulement de ne pas avoir la nationalité de la Partie au pouvoir de laquelle on se trouve, mais encore celle d'un État y ayant une représentation diplomatique. Si l'état d'un conflit peut amener les puissances extérieures à fermer toute représentation diplomatique, la présence de diplomates participe néanmoins à la résolution de tels conflits. Il en va d'autant plus ainsi s'agissant des représentations diplomatiques de puissances majeures. Or les sociétés militaires privées sont le plus souvent enregistrées dans ces États, ce qui rend peut opportun l'application de cet article. Néanmoins, la jurisprudence du tribunal pénale pour l'ex-Yougoslavie invite à une interprétation de la stipulation au profit d'une protection maximale des civils³³. En toute hypothèse donc, ce statut serait applicable aux personnels des sociétés militaires privées. Son caractère protecteur n'est toutefois que relatif. L'article 5 de cette même convention prévoit en effet que « *si, sur le territoire d'une Partie au conflit, [la Partie détentrice] a de sérieuses raisons de considérer qu'une personne protégée par la [IV^{ème}] Convention fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou s'il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, ladite personne ne pourra se prévaloir des droits et privilèges* » qu'elle confère. Il en ira de même en cas d'activité d'espionnage ou de sabotage. Or compte tenu des dérives auxquelles peuvent être sensibles certains contractants, il se peut que la puissance accueillante fasse montre de versatilité. Pour

³⁰ L. DOSWALD-BECK, *Private military companies under international humanitarian law, in From mercenaries to market : the rise and regulations of private military companies, op. cit.*, p. 115, spéc. p. 124.

³¹ En faveur d'une interprétation plus accueillante, v. L. DOSWALD-BECK, *op. cit.*

³² G. PAYOT, *op. cit.*, p. 35.

³³ TPIY, 20 fév. 2001, *Le Procureur c. Delalić et consorts (affaire Čelebići)*, affaire n° IT-96-21-A, (« arrêt Delalić »).

illustration, à la suite d'une fusillade le 16 septembre 2007 impliquant des *contractors* de l'ex-Blackwater et ayant fait onze morts dans le square de Nissour à Bagdad, le gouvernement irakien a demandé le départ de son territoire de la société d'Erik Prince³⁴.

S'ils ne bénéficient pas du statut de personnes protégées, soit qu'ils ne travaillent pas pour le compte de la force armée d'une des Parties au conflit, soit qu'ils ne répondent pas aux conditions de nationalité, les contractants des sociétés militaires privées jouiront des droits minimaux offerts par le droit international humanitaire. En cas de nécessité, l'employé d'une société militaire privée pourra toujours solliciter le soutien de sa représentation diplomatique, voire même la protection diplomatique de l'État dont il est le ressortissant. Conformément à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, les Parties au conflit signataires doivent traiter toute personne avec humanité interdisant toute atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, prohibant les traitements inhumains et dégradants, obligeant le cas échéant à un procès équitable, à recueillir les blessés... L'arrêt *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* a considérablement élargi son champ d'application en l'étendant à tout type de conflit armé³⁵. De manière générale, le contractant sera protégé en temps de guerre par les droits de l'homme³⁶ sous réserve de certaines dérogations admises en cas d'état d'urgence ou d'état d'exception. Ne bénéficiant pas d'un traitement plus favorable, l'article 75 du Protocole additionnel I assurera au contractant le respect des garanties fondamentales en étendant le contenu des stipulations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. Enfin, figurant aux articles 63, 62, 142 et 158 respectivement des quatre Conventions précitées et à l'article 1 §. 2 et au préambule aliéna 4 des Protocoles I et II, la clause Martens apporte des garanties quant à la protection des contractants en cas de carence des textes internationaux. On relèvera que ces différentes protections ne sont pas propres aux personnels des sociétés militaires privées mais visent n'importe quel civil.

2° Le civil participant aux hostilités

En cas de participation aux hostilités, les personnels des sociétés militaires privées peuvent toujours bénéficier des stipulations de l'article 4 de la IV^{ème} Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre sous réserve de remplir la condition de nationalité : à savoir ne pas être ressortissant d'une Partie au conflit ou d'un État ayant conservé sur ce territoire une représentation diplomatique normale. Si la protection garantie par la III^{ème} Convention relative aux prisonniers de guerre ne semble pas exclue³⁷, elle relève de l'exception. On retiendra surtout la suite donnée à l'article précité qui dans l'article suivant permet de réduire considérablement la protection offerte aux civils participant aux hostilités dès lors qu'il est démontré qu'ils portent atteinte à la sécurité de l'État. En cas d'activité avérée et même de simple suspicion le contractant pourra perdre les droits octroyés par ladite Convention. On voit mal comment il pourrait en être autrement dès lors qu'employé par une société dont l'objet social est qualifié de militaire, le contractant exécute une mission au profit d'une Partie au conflit afin de favoriser son succès dans le conflit et participe aux hostilités. Le

³⁴ Le départ ne fut effectif qu'en 2009: la révocation de la licence, bien que dépourvue d'effet en raison de l'Ordre 17, accordée par le ministère de l'intérieur irakien n'intervenant que deux ans après les événements et le départ en lui-même, en mai 2009. Cf. G.-H. BRICET des VALLONS, *op. cit.*, p. 47.

³⁵ CIJ, affaires *des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), fond, Rec. 1986, p. 114, §. 218.

³⁶ CIJ, avis consultatif, 8 juill. 1996, Rec. 1996, p. 265, §. 24.

³⁷ TPIY, 20 fév. 2001, *Le Procureur c. Delalić et consorts (affaire Čelebići)*, *op. cit.*

droit à un procès équitable et régulier, que l'article 5 prévoit, constitue alors une protection bien maigre dans la mesure où il conviendrait pour le civil poursuivi de rapporter la preuve qu'il est victime d'iniquité, où l'équité peut n'être que formelle et où il demeure théoriquement exposé à la peine la plus absolue.

Enfin, rien n'interdit d'envisager que le contractant soit qualifié de combattant non-privilegié – plutôt que « combattant illégal »³⁸. En toute hypothèse, il s'agit là d'une des situations les moins favorables pour le contractant puisqu'il ne bénéficie alors ni du privilège du combattant, ni de la protection due aux civils sur le fondement de la IV^{ème} Convention de Genève. Pour certains auteurs la participation illégale aux hostilités ne serait pas exclusive de toute application de la Convention précitée³⁹. Si tel était le cas, il n'en demeure pas moins que la participation du combattant aux hostilités justifierait l'application de l'article 5 précité qui en réduirait la portée. S'il n'est jamais démuné de toute protection, le contractant reste en prise avec l'incertitude de la notion de « participation directe aux hostilités ». En outre, si la situation individuelle des contractants peut s'intégrer dans les qualifications du droit international humanitaire, le sort des sociétés n'est pas réglé en tant que tel.

II / Repenser la notion de « participation directe aux hostilités »

Il n'y a fondamentalement **pas de carence normative** lorsqu'il s'agit de déterminer le régime juridique des sociétés militaires privées et de leur personnel. La difficulté persistante est une difficulté d'interprétation de la notion de participation directe aux hostilités » qu'il convient de revisiter (A>) pour nous permettre ensuite de conclure à l'appartenance de tel ou tel *contractor* à la catégorie de **membre des forces armées ou de civil**, suivant les différentes activités qu'il est susceptible d'exercer (B>).

A> Interpréter la notion de « participation directe aux hostilités »

Il appartient aux législateurs et aux États participants à la définition du droit international humanitaire de préciser la notion de « participation directe aux hostilités », plutôt que de postuler l'exclusion expresse des sociétés militaires privées du statut de mercenaire. La tentation serait grande de vouloir définir la notion de « participation directe aux hostilités » au regard de l'activité desdites sociétés. En réalité, c'est aux différents objets de qualification juridique qu'il revient de répondre à une qualification et non aux notions et catégories juridiques de voir leur champ d'application changer au gré des objets qualifiés. Ainsi, lorsqu'il est avancé que la notion de « participation directe aux hostilités » doit être interprétée restrictivement afin d'élargir la protection accordée aux civils⁴⁰, cela ne doit pas conduire à occulter le fait que des personnes relevant *a priori* de cette catégorie agissent en réalité comme de véritables combattants. Peu de travaux ont été consacrés à ce sujet⁴¹. Récemment un travail d'interprétation a été opéré par le CICR

³⁸ R. BAXTER, So-called « unprivileged belligerency »: spies, guerrillas and saboteurs, *British yearbook of international law*, 1951, vol. 28, p. 324.

³⁹ K. DÖRMANN, The legal situation of « unlawful/privileged combatants », *Rev. int. Croix-Rouge*, mars 2003, vol. 85, n° 849, p. 45, *spec.* p. 50.

⁴⁰ J-F. QUÉGUINER, Direct participation in hostilities under international humanitarian law, HPCR, Working paper, nov. 2003, p. 2.

⁴¹ M. SOSSAI, Status of PMSC personnel in the laws of war : the question of direct participation in hostilities, EUI Working paper, AEL 2009/6 ; M. N. SCHMITT, « Direct participations in hostilities » and 21th century armed conflict, *Festschrift für Dieter Fleck*, Berlin, BWV, Horst Fischer et al. eds., 2004, p. 505 ; J-F. QUÉGUINER, *op. cit.* ; W. Hays Parks, Air law and the law of war, *Air Force Law Review*, vol.

en 2008⁴² et adopté en assemblée générale le 26 février 2009. La notion comporte deux éléments : les « hostilités » et la « participation directe ». Le premier élément fait référence au recours collectif par les parties aux moyens et méthodes mis en œuvre dans le cadre du conflit afin de vaincre l'ennemi. Par opposition, la notion de « participation » renvoie à une démarche individuelle, celle de chacun des combattants concernés⁴³.

Selon le CICR, **trois critères cumulatifs** doivent être réunis afin que soit caractérisée la « participation directe » aux hostilités : une **atteinte suffisante aux intérêts d'une Partie au conflit**, un **lien de causalité** et l'existence d'un **lien de conflictualité**. Tout d'abord, **le ou les actes susceptibles de traduire une participation aux hostilités doivent atteindre à degré de gravité suffisant**. Ils doivent affecter les opérations ou les capacités opérationnelles d'une partie au conflit⁴⁴. Sans doute peut-on considérer que la seconde catégorie d'atteinte englobe la première dans la mesure où les opérations correspondent à la mise en œuvre des capacités opérationnelles. Il ne suffit pas qu'un acte positif soit agressif, il doit heurter suffisamment les intérêts adverses. La gravité ne fait aucun doute en cas de dommages corporels subis par les troupes adverses. Mais le champ d'application est plus vaste puisque peuvent être inclus le contrôle de personnes (ex : prises d'otages), de moyens (ex : vol) ou encore de territoires (ex : occupations territoriales, contrôles de voies d'accès, etc.). Il est également plus large que ne le prévoyait le commentaire du Protocole additionnel I qui ne visait que « *les actes qui par leur nature et leur but, sont destinés à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées* »⁴⁵. Il importe peu selon les rapporteurs du CICR que les participants aient peu de chance d'atteindre leur but. Il en ira ainsi en cas d'échec de tentatives d'attaques en raison de la qualité des mesures protectrices des intérêts de l'adversaire. De même, la cible visée prime la cible touchée : l'échec d'un sniper à atteindre sa cible recherchée ne saurait remettre en cause sa volonté initiale de causer un dommage aux intérêts militaires d'une Partie au conflit. Autrement dit, l'intentionnalité prévaut sur le résultat. L'absence de définition précise de la notion de préjudice ne constitue pas un obstacle à la qualification. Elle est au contraire nécessaire à une interprétation *in concreto*. On peut reprocher à ce critère proposé de ne pas distinguer le dommage du fait qui l'a causé. Sur le plan théorique, cette assimilation rend l'examen du second critère inutile puisqu'il inclut *de facto* dans le premier suivant la définition qu'en donne le CICR.

Le second critère proposé devant être vérifié est celui du **lien de causalité**. Des trois critères, celui-ci est le plus sujet à interprétation et donc à contestation⁴⁶. En droit civil français, trois théories principales sont alternativement retenues et appliquées par la jurisprudence⁴⁷. Suivant la théorie de la **causalité efficiente**, « *un fait a causé un*

32, 1994, I, p. 133; Maj. L. L. TURNER & Maj. L. G. NORTON, Civilian at the tip of spear, *Air Force Law Review*, vol. 51, 2001, p. 1, *spéc.* p. 22 et s. ; Maj. M. E. GUILLORY, Civilianizing the force : is the United States crossing the Rubicon ?, *Air Force Law Review*, vol. 51, 2001, p. 111 ; J. RICOU HEATON, Civilians at war : reexamining the status of civilians accompanying the armed forces, *Air Force Law Review*, vol. 57, 2005, p. 157.

⁴² N. MELZER (dir.), Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, *Rev. int. Croix-Rouge*, décembre 2008, vol. 90, n° 872, p. 991.

⁴³ *Ibid.*, p. 1013.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 1016 et s.

⁴⁵ Y. SANDOZ, Ch. SWINARSKI & B. ZIMMERMANN, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, CICR ; La Haye, M. Nijhoff, 1986, §. 1642.

⁴⁶ M. SOSSAI, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁷ M. FABRE-MAGNAN, Les obligations, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2004, n° 268, p. 728 et s.

dommage lorsqu'il est démontré qu'il l'a provoqué, produit, au sens mécanique et physique du terme »⁴⁸. Cette théorie trouve particulièrement à s'appliquer en cas d'emploi de la force armée, d'utilisation d'une arme susceptible de causer des dommages corporels ou matériels de manière offensive ou défensive. Elle demeure néanmoins limitée à ce type d'hypothèse, excluant ainsi les systèmes d'armes ne nécessitant pas de contrôle particulier. Elle s'avère d'autre part inefficace lorsque les acteurs se multiplient et que les chaînes de responsabilités s'allongent. Elle est également moins pertinente pour distinguer la participation directe de la participation indirecte aux hostilités ou pour différencier la conduite des hostilités et les autres activités qui font partie intégrante de l'effort général de guerre ou les activités de soutien militaire⁴⁹. La remise en cause de la pertinence de la théorie de la causalité efficiente tient au fait qu'il est difficile de distinguer les activités qui maintiennent une capacité militaire de celles qui servent à les mettre en œuvre. La théorie de l'**équivalence des conditions** s'applique lorsque l'on retient que ledit fait est la condition *sine qua non* de survenance du dommage. Concrètement, cette théorie se reviendrait à ne retenir que les faits ayant un impact direct sur l'ennemi⁵⁰. Enfin, le fait joue un rôle causal au sens de la théorie de la **causalité adéquate** lorsqu'il entraîne normalement, « *c'est-à-dire de façon prévisible et normale* »⁵¹ la production de ce type de dommage. Appliquée à notre étude, elle conduit notamment à admettre les actions qui contribuent, même au sein d'un ensemble d'opérations, à infliger un dommage à un tiers⁵². Le CICR semble être partagé entre ces deux théories : d'un côté, il propose de retenir la cause la plus proche qui a permis la réalisation du dommage⁵³, marquant ainsi son adhésion à la théorie de la causalité adéquate ; de l'autre, il exige que l'acte soit indispensable à la réalisation du dommage⁵⁴, ce qui tend à admettre en liminaire la théorie de l'équivalence des conditions. Lorsqu'est retenue la cause la plus proche, il convient de distinguer les chaînes de conduites opérationnelles des ensembles opérationnels. Dans les chaînes opérationnelles, chaque action est commandée par l'acteur qui est *in fine* soit le donneur d'ordre dans l'usage de la force soit celui qui combat. Ces derniers maillons de la chaîne pourront assurément être considérés comme participant directement aux hostilités car ayant un lien direct avec l'atteinte causée aux capacités militaires opérationnelles ennemies. Dans un ensemble opérationnel, l'ensemble des actes participent d'une action globale visant un résultat déterminé. L'interdépendance de chacune des actions rend difficilement réalisable leur participation directe aux hostilités à l'exclusion des autres dans la mesure où aucune n'aurait seule pu atteindre l'objectif visé à savoir contrôler, détruire ou réduire les

⁴⁸ *Ibid.*, n° 268, p. 728.

⁴⁹ La nouvelle dénomination des sociétés militaires privées désormais qualifiées de Sociétés d'Appui Stratégique et Opérationnel ne change rien quant aux conséquences juridiques correspondantes, le juge n'étant jamais tenu par les qualifications données par les parties à leur contrat (de société ou de prestation de service). V. J-L. ROTRUBIN, La conception française de l'appui stratégique, in La privatisation de la guerre, Sécurité Globale, été 2009, n° 8, p. 9 et s. ; O. HUBAC & L. VIELLARD, *op. cit.*

⁵⁰ M. SASSÒLI, TARGETING : the scope and utility of the concept of "Military Objectives" for the protection of civilians in contemporary armed conflicts, in D. WIPPMAN & M. EVANGELISTA (eds.), New wars, new laws ? Applying the laws in 21st century conflicts, New York, Transnational Publishers, 2005, p. 181, *spéc.* p. 201.

⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 268, p. 730.

⁵² Maj. M. E. GUILLORY, *op. cit.*, qui fait référence à l'intégration des auteurs aux opérations de combat, *spéc.* p. 134 ; G. BARTOLINI, The "Civilianization" of Contemporary Armed Conflicts, Conference of the European Society of International Law, Heidelberg, 4-6 sept. 2008 ; N. MELZER, Targeted killing in International Law, Oxford University Press, 2008.

⁵³ N. MELZER (dir.), *op. cit.*, p. 1021. L'organisation reprend pour ainsi dire à son compte l'analyse qui avait été faite par un officier américain : cf. J. RICO HEATON, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁴ N. MELZER (dir.), *op. cit.*, p. 1022.

capacités d'une Partie au conflit. Dès lors, tous les événements nécessaires à la réalisation du préjudice seront admis au titre de cause⁵⁵. Comme le relève à juste titre le rapport précité, les critères de temps et de lieu ne sont pas en soi suffisants pour déterminer le caractère direct de la participation aux hostilités. Les systèmes d'armes contrôlés à distance (ex : missiles, drones, etc.) ou ne nécessitant pas de contrôle particulier (ex : mines) produisent leur dommage en dehors de toute présence physique du combattant, qu'il ait été autrefois présent ou qu'il se trouve sur le lieu de production du dommage. Ces éléments peuvent nourrir un faisceau d'indices concordants mais ne sauraient se suffire à eux-mêmes. Il est opportun, à l'instar de la jurisprudence française, de ne pas être exclusif dans le choix de telle ou telle théorie de la causalité et de privilégier une analyse *in concreto* du comportement des civils.

Le troisième critère avancé est celui du « *belligerent nexus* », littéralement « lien belligérant » ou **lien de conflictualité**. Pour qu'il soit vérifié, l'acte considéré devra non seulement avoir objectivement des chances d'infliger des dommages dans des conditions définies par les deux précédents critères, mais il devra de surcroît être spécialement destiné à produire cet effet en soutien d'une Partie au conflit ou au détriment d'une autre⁵⁶. La proposition précise ainsi le commentaire du Protocole additionnel I selon lequel « *la participation directe aux hostilités implique 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* »⁵⁷. Ce lien de connexité avec les hostilités est déterminant. Il traduit un souci d'objectivisation des comportements des belligérants puisqu'il fait fi des motivations ou de l'intention des auteurs de l'acte. Seul l'objectif visé compte. Il en résulte que la volonté et même la capacité des belligérants importe peu : les civils forcés à combattre ou l'engagement contraint d'enfants soldats ne sauraient en toute hypothèse être exclus de ces prévisions. En réalité ce dernier critère participe plus de la définition de la notion d'« hostilités » que de celle de la « participation directe ». J-F. Quéguiner avait sur ce point souligné que doivent être assimilés à des hostilités les actes ou opérations intrinsèquement liés à un conflit armé ; que ces actes soient commis par un ou plusieurs belligérants et que les hostilités requièrent des actes de violences, c'est-à-dire impliquant l'usage de la force⁵⁸.

B> Application de la notion

La définition de la notion de participation directe aux hostilités telle que proposée par le CICR étant présentée, il convient de l'éprouver pour en révéler la pertinence et les failles. La nécessité d'un tel test est impérieuse au regard de la diversité croissante des activités privatisées⁵⁹. Une analyse *in concreto* fondée sur un faisceau d'indices objectifs concordants doit raisonnablement permettre d'incliner en faveur ou non de la qualification de combattant. Dans le doute, il convient d'appliquer le principe de faveur et de considérer la personne en cause comme un simple civil.

⁵⁵ M. FABRE-MaGnan, *op. cit.*, n° 268, p. 730.

⁵⁶ N. MELZER (dir.), *op. cit.*, p. 1026 : « *In other words, in order to amount to direct participation in hostilities, an act must not only be objectively likely to inflict harm that meets the first two criteria, but it must also be specifically designed to do so in support of a party to an armed conflict and to the detriment of another (belligerent nexus)* ».

⁵⁷ Y. SANDOZ, Ch. SWINARSKI & B. ZIMMERMANN, *op. cit.*, §. 1679.

⁵⁸ Si la violence constitue un indice, elle n'est pas déterminante par *per se* comme l'illustrent les hypothèses de légitime de défense, d'actes de sécurité intérieure, etc.

⁵⁹ T. STRUYE de SWIELANDE, Le bel avenir de la privatisation, *in* La privatisation de la guerre, Sécurité Globale, été 2009, n° 8, p. 85.

1° Actions offensives et défensives

Les attaques de civils contre des militaires ou équipements militaires opérées par des civils sont constitutives, sauf exception, d'une participation directe aux hostilités. Le dommage causé qu'il soit matériel ou corporel suffit presque en soi à le démontrer. Le lien de causalité ne posera également guère de problème particulier dans la mesure où le lien de conflictualité est vérifié. Sur ce point, les considérations relatives au lieu, aux moyens, au type de dommage – dès lors qu'il est suffisant – importent peu. L'élément intentionnel permet en toute hypothèse de rattacher ou non l'acte à une participation directe aux hostilités. Sa commission sur le champ de bataille, sa tentative échouée, les moyens employés ou encore la proximité de l'auteur de l'acte avec sa cible ne sont que des indices qui viennent éclairer l'intention du civil⁶⁰. Ils peuvent cependant s'avérer déterminant pour distinguer les activités militaires des activités de police qui ont trait à la sécurité⁶¹. Les actions de défense – de soi-même et plus généralement des personnes et des biens – seront quant à elles assimilées à des participations directes aux hostilités à chaque fois que l'agression préalable visait des objectifs militaires. L'ambiguïté réside dans l'identification de ce que constituent des objectifs militaires. Elle est poussée encore plus loin lorsqu'une même agression relève aussi bien d'actes criminels de droit commun et d'actes criminels au sens du droit international humanitaire. Il convient de rechercher dans les faits des éléments de rattachement aux opérations de combat. Les caractères de nécessité et de proportionnalité de l'usage de la force sont alors des indices qui s'apprécient différemment en temps de paix et en temps de guerre.

2° Opérations de secours et de déminage

Les opérations de secours sont traditionnellement admises comme relevant d'une participation directe aux hostilités⁶². Nombre de stipulations des Conventions de Genève et de leurs Protocoles Additionnels affirment que la prise d'otages de civils constitue une grave violation du droit international humanitaire⁶³, de sorte que toute entreprise de libération pourrait s'analyser en une participation directe aux hostilités. Toutefois, il semble qu'il faille se garder de toute systématisation⁶⁴. L'article 18 de la première Convention de Genève invite même les populations civiles à prendre soin des militaires blessés⁶⁵ ; de même que le personnel médical est susceptible d'intervenir sans pour autant prendre part aux hostilités⁶⁶. L'intervention d'ONG et la privatisation du secteur du soutien médical aux armées⁶⁷ incitent d'ailleurs à considérer qu'il s'agit d'une activité civile. La question du lien de conflictualité se pose également en matière déminage. Ce

⁶⁰ En ce sens, M. N. SCHMITT, "Direct participations in hostilities" and 21th century armed conflict, *op. cit.*, p. 537.

⁶¹ J-F. QUÉGUINER, *op. cit.*, p. 6 ; Maj. M. E. GUILLORY, *op. cit.*, p. 127.

⁶² US Air Force Commander's Handbook, 1980, §. 2-8 ; UK Ministry of Defense, The manual of the law of armed conflict, §. 12.69.

⁶³ Art. 3 commun aux quatre Conventions, 34 et 147 C.G. IV, 75 §. 2 et 85 §. 2 PA I, 4 §. 2 PA II.

⁶⁴ M. N. SCHMITT, Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees, *op. cit.*, p. 540.

⁶⁵ L. DOSWALD-BECK, Comments on Expert Paper, in ICRC & TMC Asser Institute, Second Expert Meeting, Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, The Hague, 25-26 oct. 2004, Summary Report, p. 12.

⁶⁶ K. FALLAH, Regulating private security contractors in armed conflict, in S. GUMEDZE (ed.), Private security in Africa. Manifestations, Challenges and Regulations, Monograph n° 139, nov. 2007, p. 97, *spéc.* p. 111.

⁶⁷ Ph. CHAPLEAU, Soutien médical : les services de santé des armées face aux SMP, *op. cit.*

type d'activité est de plus en plus confié à des sociétés militaires privées (Parsons, USA Environmental, EOD Technology, Tetra Tech, Zapata Engineering, etc.). Or le déminage peut aussi bien constituer une opération destinée à priver l'ennemi d'un avantage en temps de guerre⁶⁸, qu'une mesure de sécurité civile. Dans un cas, il affecte directement le but militaire poursuivi par l'ennemi, dans l'autre il y est en toute hypothèse étranger.

3° Les attaques et exploitations de données électroniques

Ce domaine est un véritable test pour le droit des conflits armés⁶⁹ et intéresse particulièrement notre étude étant constaté que certaines forces armées voient la participation de sociétés militaires privées dans la gestion et l'exploitation de tous les aspects de ce secteur⁷⁰. La guerre électronique prend trois formes principales : les attaques électroniques, la défense électronique et l'exploitation de données électroniques⁷¹. La première a été définie par la doctrine militaire américaine comme « *les actions consistant à utiliser les réseaux informatiques pour interrompre, empêcher, dégrader, ou détruire l'information contenue dans des ordinateurs ou réseaux d'ordinateurs, ou les ordinateurs ou les réseaux eux-mêmes* »⁷². La seconde correspond aux « *actions prises pour protéger, contrôler, analyser, détecter et répondre aux activités non-autorisées au sein des systèmes d'information et des réseaux informatiques [militaires]* »⁷³. La doctrine militaire française n'utilise pas cette expression mais décrit le concept de « *lutte informatique défensive* »⁷⁴. Enfin, l'exploitation de données électroniques peut s'entendre comme « *les opérations permettant et les capacités de collecte de renseignements conduites à l'aide des réseaux informatiques, de rassembler des données provenant des systèmes d'information ou des réseaux cibles ou ennemis* »⁷⁵. Ces différentes opérations se réalisent à distance par radio ou internet. Bien que certains auteurs militent en faveur d'une modification du droit des conflits armés⁷⁶, voire d'une nouvelle convention internationale⁷⁷, le droit actuel semble parfaitement applicable⁷⁸ et

⁶⁸ N. MELZER (dir.), *op. cit.*, p. 1017 ; ICRC, Report DPH 2005, p. 31.

⁶⁹ J. RICOUE HEATON, *op. cit.*, pp. 159-163 ; S. Watts, Combatant status and computer network attack, 3 août 2009, consultable sur http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=sean_watts ; Maj. M. A. SINKS, Cyber warfare and international law, AU/ACSC/Sinks/AY08 ; M. N. SCHMITT, Wired warfare : Computer network attack and *jus in bello*, RICR juin 2002, vol. 84, n° 846, p. 365.

⁷⁰ Maj. M. E. GUILLORY, *op. cit.*, p. 127.

⁷¹ V° Computer Network Operations (CNO), trad., Joint Chiefs of Staff, Joint Publication 1-02, Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, 12 avril 2001, dans sa version amendée du 31 oct. 2009. L'administration Suisse a adopté une série de définitions sensiblement identiques aux définitions étatsuniennes quoique moins précises, laissant ainsi une plus grande marge d'appréciation : cf. Avis de droit sur les bases légales des opérations dans les réseaux informatiques par les services du DDPS, DFJP, Office fédéral de la justice et DFAE, Direction du droit international public, JAAC 3/2009 du 2 sept. 2009, 2009.10b, pp. 178-214.

⁷² *Ibid.*, V° Computer Network Attack (CNA), trad.

⁷³ *Ibid.*, V° Computer Network Defense (CND), trad. Le dictionnaire fait expressément référence au DoD, mais il nous semble recevable d'élargir la définition, dans l'optique d'une définition générale, à l'ensemble des systèmes d'information de nature militaire.

⁷⁴ Instruction n° 2001/DEF/DGSIC relative à la mise en œuvre de la lutte informatique défensive au sein du ministère de la défense, 26 sept. 2008, BOA, n° 44, 21 nov. 2008, Partie perm., texte n° 2, p. 3 et s.

⁷⁵ V° Computer Network Exploitation (CNE), trad., Joint Chiefs of Staff, Joint Publication 1-02, *op. cit.*

⁷⁶ S. BRENNER, Cyber threats the emerging fault lines of the nation state, Oxford University Press, sept. 2009, *spéc.* pp. 199, 281-301.

⁷⁷ A. D'AMATO, International Law, Cybernetics, and Cyberspace, in Computer network attack and international law M. N. SCHMITT & B. T. O'DONNELL (eds.), *op. cit.*, p. 59, *spéc.* pp. 59-61 ; D. B. HOLLIS, Why States Need an International Law for Information Operations, Lewis & Clark Law Review, Vol. 11, n° 4, 2007, p. 1023 ; D. BROWN, A Proposal for an International Convention To Regulate the

cette particularité ne saurait exclure *de facto* l'application de la notion de « participation directe aux hostilités » dans la mesure où elle n'implique pas un usage cinétique de la force⁷⁹. S'agissant d'une attaque cybernétique, le premier critère se vérifie lorsqu'elle altère les systèmes d'information ou réseaux informatiques de nature militaire, quels que soient les instruments utilisés (trojans, vers, bombes logiques, virus, etc.). Il importe peu que l'attaque produise des dommages de nature matérielle voire corporelle. Seule compte l'atteinte causée au bon fonctionnement des systèmes d'information ou réseaux ce qui intervient dès en amont à partir de leur pénétration. Seules les conséquences de l'attaque importent et non leur nature⁸⁰, de sorte que l'ensemble des stipulations des Conventions de Genève relatives aux attaques commises contre les civils ou leur biens sont applicables en matière d'attaque cybernétique. Si une tentative de modification, de destruction de données ou encore d'interruption temporaire de toute communication intervient ou échoue, les seules actions entreprises à ces fins, nécessitant un accès forcé avec ces systèmes, suffisent à démontrer l'existence d'une attaque. Cet accès non-autorisé aux données informatiques justifie que soit intégrée au titre d'une participation à un conflit l'exploitation de données sensibles dans la mesure où ces dernières sont constitutives des systèmes et stratégies d'attaque et/ou de défense des forces ennemies. Il s'agit d'une modalité de renseignement servant des objectifs militaires⁸¹. L'application de ce critère se complique s'agissant des mesures de défense cybernétique. Elle conduit à distinguer les mesures de défense passive (firewalls, antivirus, contrôles d'accès, patching, systèmes de détection d'intrusion, etc.) des mesures de défense active (attaques préemptives, contre-attaques, leurres, etc.)⁸². Selon nous, seules ces dernières doivent être prises en considération dans l'application de la notion de participation directe aux hostilités dans la mesure où elles impliquent une action positive à l'encontre de l'ennemi et sont tout autant susceptibles de lui causer un dommage en retour de sa propre attaque. Le lien de causalité pose moins de difficulté puisque toute action d'attaque, de défense ou d'exploitation de données implique une pénétration ou une tentative d'un système d'information ou d'un réseau ce qui contribue *per se* à créer un dommage. Le lien de conflictualité est plus délicat à apprécier. L'obstacle récurrent est l'élément intentionnel : quand bien même une attaque cybernétique viserait un objectif informatique militaire, elle peut tout à fait recouvrir une nature purement criminelle. Seule l'identification de l'auteur [réel] d'une attaque ou d'une opération de collecte d'information ou de contre-mesure défensive révèle un lien⁸³ avec une Partie au conflit. Elle justifierait alors l'application du critère de participation directe aux hostilités et écarterait ainsi la qualification d'acte purement criminel. L'analyse de la nature militaire de l'objectif ou

Use of Information Systems in Armed Conflict, Harv. Int. Law. Journ., vol. 47, n° 1, 2006, p. 179, *spéc.* p. 180 et s.

⁷⁸ Y. DINSTEIN, Computer Network Attacks and Self-Defense, in Computer network attack and international law M. N. SCHMITT & B. T. O'DONNELL (eds.), Symposium on Computer Network Attack and International Law (1999 : Naval War College), coll. Naval War College, vol. 76, 2002, p. 99, *spéc.* pp. 114-115 ; E. T. JENSEN, Unexpected Consequences from Knock-On Effects : A Different Standard for Computer Network Operations ?, Am. Univ. Int. Law Rev., 2003, p. 1145, *spéc.* pp. 1146-50.

⁷⁹ En ce sens, M. N. SCHMITT, "Direct participations in hostilities" and 21th century armed conflict, *op. cit.*, p. 526 et du même auteur, Computer network attack and the use of force in international law : thoughts on a normative framework, Col. J. Trans. Law, Vol. 37, 1999, pp. 885-937, *spéc.* p. 900.

⁸⁰ M. N. SCHMITT, "Direct participations in hostilities" and 21th century armed conflict, *op. cit.*, p. 528.

⁸¹ C. WILSON, Information Operations, Electronic Warfare, and Cyberwar : Capabilities and Related Policy Issues, 5, Congressional Research Service, 20 mars 2007.

⁸² E. J. HOLDAWAY, Active computer network defense : an assessment, AU/ACSC/055/2001-04, *spéc.* p. 11 et s.

⁸³ Il convient d'entre ici l'exécution d'une mission au service ou au profit d'une Partie au conflit.

des conséquences d'une attaque cybernétique conduit à distinguer trois cas de figures⁸⁴. Si l'objet est ouvertement utilisé à des fins militaires, le lien de conflictualité ne pose pas de difficulté particulière. Lorsque son usage est double (aéroport, lignes ferroviaires, lignes électriques, lignes de communication, etc.), il sera considéré comme militaire s'il a précédemment été employé à des fins militaires, même de manière secondaire. Enfin, lorsque son usage n'est que potentiellement militaire mais civil au moment de l'attaque, on pourra néanmoins considérer qu'il s'agit d'une cible militaire si en cas de conflit il serait raisonnablement utilisé par les forces armées.

4° Le renseignement

A priori le renseignement semble échapper en raison de l'importance fondamentale des informations collectées au champ d'action des sociétés militaires privées. En pratique, il n'en est rien et la tendance est à la privatisation croissante de ce secteur⁸⁵. Si quelques textes considèrent que le renseignement relève de la participation directe aux hostilités⁸⁶, d'autres paraissent l'exclure⁸⁷. S'agissant de la jurisprudence internationale, on relèvera que la Haute Cour de Justice Israélienne a admis, sur le fondement de l'article 51 §. 3 du Protocole Additionnel I et suivant une interprétation étendue⁸⁸, que la collecte de renseignement constituait une participation directe aux hostilités⁸⁹. Il en résulte qu'on ne saurait tirer de conclusion générale pour ce type d'activité⁹⁰.

L'activité de renseignement est un préalable souvent indispensable à la planification et à l'engagement de troupes militaires ou civiles. À ce titre, le renseignement tactique et opérationnel est indubitablement lié à l'engagement de forces armées qu'il s'agisse de collecter, analyser ou transmettre l'information ou plus encore en définissant des instructions sur leur base⁹¹. De manière générale, la doctrine officielle américaine, tant de la Navy que de l'Air Force, soutient que l'activité de renseignement constitue une participation directe⁹². Le renseignement en temps réel est encore plus directement rattaché aux hostilités dans la mesure où il influence voire conditionne l'usage de la force, par exemple dans le marquage au sol ou par satellite de cibles pour le lancement de missiles⁹³. En revanche, on peut douter de ce rattachement s'agissant du renseignement stratégique qui est susceptible d'être réalisé en dehors de tout conflit et, en partie, à partir de sources ouvertes. La caractérisation du lien de causalité est plus discutable en raison de l'absence de relation causale matérielle entre l'opération de collecte d'information et

⁸⁴ M. N. SCHMITT, *Wired warfare : Computer network attack and jus in bello*, *op. cit.*, p. 384 et s.

⁸⁵ G-H. BRICET des VALLONS, *op. cit.*, p. 47 ; Ph. CHAPLEAU, *Après la guerre d'Irak, quel avenir pour les sociétés militaires privées ?*, in *La privatisation de la guerre, Sécurité Globale*, été 2009, n° 8, p. 55, *spéc.* pp. 59 et 62.

⁸⁶ US Naval Handbook, 1995, §. 11.3.

⁸⁷ Cf. Commentaire de l'article 77 AP I, §. 3187, p. 901.

⁸⁸ D. WILLIAMS, *The Often-Vexed Question of Direct Participation in Hostilities A Possible Solution to a Fraught Legal Position ?*, *Journal of Politics and Law*, vol. 2, n° 1, mars 2009, p. 7.

⁸⁹ Israeli High Court of Justice, *The Public Committee Against Torture in Israel et al v. The Government of Israel*, (Targeted Killing Case), H CJ 769/02, 13 déc. 2006, §. 35.

⁹⁰ J-F. QUÉGUINER, *op. cit.*, p. 5.

⁹¹ En ce sens, J. RICOU HEATON, *op. cit.*, pp. 177-178 ; N. MELZER (dir.), *op. cit.*, p. 1023 ; D. J. van der TOORN, "Direct participation in hostilities" : a legal and practical evaluation of the ICRC guidance, 18 août 2009, consultable sur http://works.bepress.com/damien_van_der_toorn/1, p. 14.

⁹² Maj. M. E. GUILLORY, *op. cit.*, p. 117.

⁹³ M. N. SCHMITT, "Direct participations in hostilities" and 21th century armed conflict, *op. cit.*, p. 518 ; N. Melzer (dir.), *op. cit.*, p. 1043.

la production du dommage⁹⁴. Exiger la réalisation d'un préjudice directement rattachable à l'action de renseignement conduira inévitablement à exclure ce champ d'activité de la notion de participation directe aux hostilités.

5° La logistique, le soutien et la maintenance

Les activités de soutien logistique ou de maintenance échappent en toute hypothèse au champ d'application de la notion de participation directe aux hostilités. Les commentaires du Protocole Additionnel I vont en ce sens en affirmant que ceux qui accomplissent ces missions ne participent qu'indirectement aux hostilités⁹⁵. Ceci étant dit, le comité ayant préparé le statut de Rome a expressément indiqué que l'on ne saurait exclure par nature ce type d'activité⁹⁶, invitant par là-même à une analyse *in casu*⁹⁷. D'ailleurs, les stipulations de la III^{ème} Convention de Genève sont troublantes puisque précisant à son article 4 (A) 4. que « *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 [bénéficient du statut de prisonnier de guerre]* ». Le caractère non-exhaustif du texte incite à penser que le personnel chargé du transport ou de la maintenance des systèmes militaires peuvent bénéficier de cette disposition.

Il s'agit donc de définir un critère permettant de vérifier ou non l'existence d'un lien de causalité, déterminant de la qualification de participation directe aux hostilités. Deux auteurs ont proposé de retenir la proximité temporelle et/ou géographique avec le champ de bataille ou théâtre des opérations⁹⁸. En somme, le transport de troupes, de munitions voire de marchandises ne pourraient ainsi être considérés comme des participations directes aux hostilités que si elles avaient cours sur ou à destination du champ de bataille que ce soit en réapprovisionnant les troupes pendant le combat ou en amenant d'autres troupes. S'agissant des opérations de maintenance, seraient seuls inclus les pleins de carburant avant engagement des blindés, avions et hélicoptères, le changement d'armes, les révisions des avions juste avant le vol ou encore la réparation des appareils pendant le combat, etc. Toutefois, sans exclure d'emblée le critère de la proximité géographique, il convient de relever l'avertissement d'un auteur qui a pu souligner d'une part que la logique extensive d'un tel critère pouvait conduire à admettre que certains civils, pourtant déconnectés de fait d'un conflit, pourraient être visés par la notion de participation directe et d'autre part qu'il convenait de prendre en considération l'évolution des technologies susceptible de rendre ce critère obsolète⁹⁹. Aussi, il a été proposé de préciser le test du lien de causalité en vérifiant que l'activité opérationnelle non seulement facilite mais est de surcroît étroitement liée à la réalisation du dommage¹⁰⁰. L'idée est là : on recherche un lien de causalité fort, conduisant à ne retenir

⁹⁴ D. J. van der TOORN, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁵ Commentaires Protocole Additionnel I, §. 3187, p. 901.

⁹⁶ R. S. Lee, (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 118.

⁹⁷ J-F. QUÉGUINER, *op. cit.*, p. 5. *Contra* J. RICOU HEATON, *op. cit.*, p. 177, qui adopte une approche restrictive en la matière.

⁹⁸ N. MELZER (dir.), *op. cit.*, pp. 1023-1024 ; M. N. SCHMITT, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, *op. cit.*, pp. 544-545 ; A. P. V. ROGERS, *Law on the battlefield*, Manchester University Press, Melland Schill Studies in International Law, 1996 (rééd. 2004) p. 8, cité in J-F. QUÉGUINER, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁹ Maj. M. E. GUILLORY, *op. cit.*, pp. 133-134.

¹⁰⁰ D. J. van der TOORN, *op. cit.*, p. 37.

que les activités de soutien aux actes d'engagement causant mécaniquement le dommage. La marge d'appréciation inhérente à la théorie retenue allant au-delà de la causalité efficiente est mal nécessaire au regard de la diversité des situations puisque entrent dans cette catégorie d'activité : l'interprétariat (ex : Titan Corp, DynCorp-GLS), la fourniture de carburant (ex : Halliburton), le soutien logistique (ex : Kellogg Brown and Root), la protection de convois (ex : Armor Group), la gestion de camps et bases militaires (ex : Seco, Sodexo, ITT Ind., Combat Support Associates), le transport (ex : Aegis, Hummingbird, Jingle Air, EP Aviation, Presidential Airways, etc.)...

6° La formation, le conseil et la planification

Autrefois le fait des forces armées nationales ayant conclu un accord stratégique avec une puissance étrangère, les activités de formation et de conseil sont désormais dévolues à des sociétés militaires privées. La formation d'une partie de l'armée irakienne a ainsi été attribuée à la société Vinnel en 2003¹⁰¹. De même, la société DynCorp a obtenu un nouveau contrat pour la période 2008-2010 pour la formation de la police irakienne. La formation et le conseil contribuent certes à l'effort général de guerre de sorte que l'on pourrait admettre la caractérisation d'un lien de conflictualité – sous réserve que la formation ait une vocation militaire et non civile. Mais ces activités semblent bien éloignées des actes d'engagement susceptibles de produire des dommages¹⁰². Il convient *a priori* de considérer qu'elles ne participent qu'indirectement aux hostilités. La réalité paraît toutefois plus complexe et même la formation peut constituer une condition déterminante pour la victoire¹⁰³. Les conseils prodigués et formations offertes peuvent aller de la « simple » explication du maniement des armes à comment des forces armées doivent être organisées¹⁰⁴, la conduite des opérations militaires se rapprochant ainsi de la planification. Le personnel de la société ayant remporté l'appel d'offre de formation peut accompagner les forces contractantes sur le théâtre des opérations. Le lien de causalité sera ainsi caractérisé en raison de la proximité spatiale et/ou temporelle avec le théâtre des opérations¹⁰⁵ ou lorsque ces activités de conseil seront intégrées dans une opération tactique produisant physiquement, mécaniquement le dommage¹⁰⁶.

Se pose la question si la phase de planification, durant laquelle les protagonistes peuvent également être victimes d'attaques extérieures¹⁰⁷, peut constituer une participation directe aux hostilités. Elle intervient en amont tant au niveau stratégique qu'opérationnel et tactique¹⁰⁸. Elle concerne généralement plus les civils employés par leur gouvernement et qui sont associés à ce type d'activité. Toutefois, en attribuant des contrats liés au transport de troupes, à la sécurité de certains sites ou en substituant aux forces armées régulières des forces privées destinées à assurer la sécurité d'un territoire, comme c'est le cas en Irak avec le retrait progressif des GI's, les sociétés militaires privées sont *de facto*

¹⁰¹ Société qui a sous-traité les différentes activités prévues dans le contrat à diverses entreprises comme MPRI, SAIC, Eagle Group, Omega et Worldwilde Languages Resources.

¹⁰² N. MELZER (dir.), *op. cit.*, p. 1008.

¹⁰³ UK Foreign and Commonwealth Office, Private Military Companies: Options for Regulation, The Stationary Office, HSC 577, 12 fév. 2002, p. 8.

¹⁰⁴ J. RICOU HEATON, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁵ N. MELZER (dir.), *op. cit.*, p. 1032 ; K. FALLAH, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁶ D. J. van der TOORN, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁰⁷ Program on humanitarian policy and conflict research, Harvard University, IHL and Civilian Participation in Hostilities in the OPT, Policy brief, oct. 2007, p. 4.

¹⁰⁸ M. N. SCHMITT, Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees, *op. cit.*, p. 542.

impliquées dans la phase de planification. La société Military Professional Resources Inc. (MPRI) a ainsi été soupçonnée d'avoir participé pleinement à la planification et à la coordination des attaques croates lors de la guerre des Balkans¹⁰⁹. Outre la vérification des conditions relatives à un dommage suffisant et au lien de causalité, le lien de conflictualité est nécessairement caractérisé dans la mesure où il ne saurait y avoir de combats, ni d'engagement tant au niveau tactique qu'opérationnel sans planification préalable¹¹⁰. Sur ce point, les commentaires de l'article 51 (A) du Protocole Additionnel I invitent à inclure dans l'expression « hostilités » les actes préparatoires au conflit et notamment la planification¹¹¹. Le lien de causalité peut en revanche se discuter : la planification d'une action collective de masse au niveau stratégique ne préjuge en rien de sa mise en œuvre opérationnelle et tactique. Aussi, certains actes de commandements ne pourront être considérés comme la manifestation d'une participation directe aux hostilités de la part de leur auteur. Si certains affirment que la préparation et la planification d'attaques ne peuvent relever de cette catégorie¹¹², il convient d'indiquer que le bénéfice du statut civil attaché à ce type d'activité est parfois instrumentalisé par leurs auteurs¹¹³.

Au regard des développements précédents, il apparaît erroné de conclure à une carence normative dans l'encadrement juridique des sociétés militaires privées et de leurs employés. Il existe un minimum de règles applicables dans la détermination des statuts juridiques. Une fois la question du mercenariat écartée, le manichéisme relatif du droit des conflits armés – qui conduit à distinguer les combattants des civils – révèle une certaine incapacité à saisir de manière appropriée l'activité des sociétés militaires privées. Le caractère initialement incertain de la notion de « participation directe aux hostilités » inviterait à définir un statut *sui generis* pour ces nouveaux acteurs. Toutefois, après élection de critères constitutifs, la notion trouve à s'appliquer quelles que soient les particularités des missions confiées à ces futurs partenaires incontournables des États et organisations internationales. Cette notion clé est bien la pierre angulaire de l'édifice juridique. Une fois sa définition arrêtée, elle ouvre la voie à la construction d'un régime juridique des sociétés militaires privées, dont l'efficacité dépendra largement de la capacité des États à adopter une vision commune sur ces nouveaux acteurs.

¹⁰⁹ UK Foreign and Commonwealth Office, *op. cit.*, Box 3, p. 13.

¹¹⁰ M. N. SCHMITT, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, *op. cit.*, p. 543.

¹¹¹ Commentaires art. 51 (3) PA I, §. 1943.

¹¹² En faveur d'une application large de ce principe : D. J. van der TOORN, *op. cit.*, p. 28.

¹¹³ Program on humanitarian policy and conflict research, Harvard University, *op. cit.*, p. 3.