



HAL
open science

Les sociétés militaires privées : libéralisme constitutionnel et autorégulation à l'épreuve du droit international

Louise Lambert

► To cite this version:

Louise Lambert. Les sociétés militaires privées : libéralisme constitutionnel et autorégulation à l'épreuve du droit international. Sciences de l'Homme et Société. 2018. dumas-01904715

HAL Id: dumas-01904715

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01904715>

Submitted on 25 Oct 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.

**AUTORISATION DE DIFFUSION ÉLECTRONIQUE
D'UN TRAVAIL UNIVERSITAIRE DE NIVEAU MASTER
(Mémoires)**

ÉTUDIANT(E)
Je soussigné(e) Louise Lambert
Courriel pérenne : louise.lambert@gmail.com
Titre du mémoire/rapport de stage : Les sociétés militaires privées : la régulation
constitutionnelle et autorégulation à l'épreuve du droit international

AUTORISE la diffusion de mon mémoire

sur internet (base DUMAS) :

JE CERTIFIE QUE :

- responsable du contenu de mon mémoire, je ne diffuserai pas d'éléments non libres de droit ou qui pourraient porter atteinte au respect de la vie privée.
- conformément à la loi "Informatique et libertés" du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, je pourrai à tout moment demander la rectification de mes données personnelles ou modifier l'autorisation de diffusion que j'ai donnée par l'envoi d'une simple lettre ou un courriel au service documentaire de mon UFR.
- je renonce à toute rémunération pour la diffusion effectuée dans les conditions précisées ci-dessus.
- j'agis en l'absence de toute contrainte.

Fait à Aix-en-Provence, le 22.05.2018
Signature précédée de la mention « bon pour accord »
bon pour accord

AVIS DU JURY DE SOUTENANCE DU MÉMOIRE

Je soussigné(e) Parain COBOUF, président du jury du mémoire précité, porte un

AVIS FAVORABLE à la diffusion dans les conditions établies par l'auteur
 AVIS DEFAVORABLE

Fait à Aix-en-Provence, le 10/10/2018
Signature précédée de la mention « bon pour accord »
Bon pour accord



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix-Marseille Université



AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

CERIC

Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires

Unité Mixte de Recherche 7318
Droits International, Comparé et Européen
(UMR 7318 DICE)
AMU-CNRS

MÉMOIRE DANS LE CADRE DU

MASTER 2 DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
MENTION DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

LES SOCIÉTÉS MILITAIRES PRIVÉES : LIBÉRALISME CONSTITUTIONNEL ET
AUTORÉGLATION À L'ÉPREUVE DU DROIT INTERNATIONAL

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Romain Le Boeuf

Louise Lambert

Année universitaire 2017/2018

Il est des traditions que l'on ne se trouve pas l'envie de rompre, bien qu'elles revêtent les traits d'une option. C'est donc avec une joie non feinte que je souscris à celle des remerciements. Les miens vont naturellement au Professeur Romain Le Bœuf, directeur de ce mémoire, dont l'exigence et la passion auront eu raison du simplisme de mes premiers raisonnements. Sa patience et sa bienveillance ont rendu ce travail moins éprouvant qu'il ne paraissait devoir l'être. Et puisqu'il vaut toujours mieux, par politesse autant qu'en vertu du profond respect que je lui porte, s'adresser au principal intéressé : Monsieur le Professeur, Merci.

SOMMAIRE

Sommaire -----	III
Liste des abréviations et des sigles -----	V
Introduction -----	1
PARTIE I. L'EDICTION DES NORMES PRIMAIRES : LA LIBERTE LIMITEE DE DELEGATION DU POUVOIR NORMATIF AUX MAINS DE L'ETAT -----	13
Chapitre 1. L'affirmation par le droit international de la possibilité d'une normativité non étatique -----	14
Chapitre 2. Une liberté de délégation du pouvoir normatif aux sociétés militaires privées ne constituant pas un blanc-seing -----	33
PARTIE II. LES NORMES SECONDAIRES ET LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT : GARDEFOU DU LIBERALISME POLITIQUE -----	49
Chapitre 1. La mise en œuvre des obligations des entreprises militaires et de sécurité privées par des procédures non étatiques : la tentative de mise en œuvre de mécanismes de contrôle privés -----	50
Chapitre 2. L'Etat, seul garant actuel du respect du droit international par les acteurs privés -----	64
Conclusion -----	81
Sources -----	83
Bibliographie -----	88
Table des matières -----	99

LISTE DES ABREVIATIONS ET DES SIGLES

Sigles usuels

A.G.	Assemblée générale (des Nations Unies)
C.D.I.	Commission du droit international
C.J.C.E.	Cour de justice des communautés européennes
C.I.C.R.	Comité international de la Croix-Rouge
C.I.J.	Cour internationale de justice
C.P.A.	Cour permanente d'arbitrage
C.P.I.	Cour pénale internationale
C.P.J.I.	Cour permanente de justice internationale
Com. E.D.H.	Commission européenne des droits de l'homme
Cour E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
E.M.S.P.	Entreprise militaire et de sécurité privée
H.C.D.H.	Haut-commissariat aux droits de l'homme
ICoCA	International code of conduct association
O.C.D.E.	Organisation de coopération et de développement économiques
O.I.	Organisation internationale
O.I.T.	Organisation internationale du travail
O.N.G.	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
R.S.E.	Responsabilité sociale des entreprises
S.T.N.	Société transnationale
T.P.I.Y.	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Abréviations de publications

A.C.D.I.	Anuario Colombiano de derecho internacional
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
C. de D.	Cahiers de droit
Cambridge Univ. Press	Cambridge University Press

Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
Fordham Int'l L. J.	Fordham International Law Journal
I.L.C. Ybook	International Law Commission Yearbook
I.L.M.	International Legal Material
J.D.I.	Journal du droit international
J.O.R.F.	Journal officiel de la République Française
L.S.P.	Lien social et politique
P.U.F	Presses universitaires de France
R.C.A.D.I.	Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye
R.I.D.E.	Revue internationale du droit économique
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
R.G.D.I.	Revue générale de droit international
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
Yale L. J.	Yale Law Journal

INTRODUCTION

Mouvement global de retrait, désengagement des États, pouvoirs étatiques concurrencés, qui n'a pas lu ou entendu parler de l'affaiblissement de l'État, tant sur la scène internationale que dans le cadre de la conduite de ses activités domestiques ? Qu'on s'en émeuve ou qu'on s'en réjouisse, le constat a force probante et ne saurait être remis en question dans ce travail de recherche. Il ne fait plus aucun doute que « les États ne sont plus les seuls partenaires de la vie internationale, qu'ils sont tenus de composer avec d'autres catégories d'acteurs qui déploient des stratégies autonomes, mobilisent des ressources spécifiques, et avec lesquels ils sont conduits à entretenir des rapports d'interaction et d'échange »¹. Ce qui a pu en revanche étonner un peu plus, et peut encore constituer une source intarissable de surprise, réside dans ce que le constat peut être étendu aux fonctions les plus régaliennes, les plus intrinsèquement étatiques, essence de la souveraineté, et ce malgré ce que le Professeur Serge Sur semblait croire en 1997 lorsqu'il écrivait que cette « logique de privatisation tend à dépouiller l'État de tout ce qui ne se réduit pas à ses strictes fonctions régaliennes »². Le recul de l'État et sa cohabitation avec de nouveaux acteurs sont observables de la même manière dans des champs d'activité relativement différents. Qu'il s'agisse de l'industrie, des services publics ou encore de la conduite d'opérations armées sur des théâtres extérieurs, les acteurs privés émergent et renforcent un peu plus chacun le sentiment que l'État sombre sous les flots de la mondialisation.

Dans ce mouvement de mondialisation, tout semble pouvoir devenir objet d'affaires, et la guerre n'y échappe pas. C'est ainsi que l'on voit fleurir à travers le monde, sur les différents théâtres d'opérations, la présence d'employés d'entreprises militaires et de sécurités privées (ci-après E.M.S.P.). Ils vendent leurs services tant à des États qu'à des entreprises et qui font commerce de fonctions qui jusque-là étaient restées régaliennes (I). Les États, volontaires mais parfois bien incapables d'encadrer les activités de sociétés transnationales (II), ont laissé subsister une « zone grise » dans laquelle les sociétés transnationales (ci-après S.T.N.) échappaient à tout contrôle. Le droit international leur étant applicable n'est pas plus efficace (III). Face à leur incapacité à développer une législation efficace, les États opèrent un

¹ J. CHEVALLIER, « Propos introductifs », in *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Paris, Danièle Lochak, 2007, p. 22.

² S. SUR, « L'Etat entre l'éclatement et la mondialisation », *Revue belge de droit international*, 1997, vol. 1, pp. 5-20, spéc. p. 11.

mouvement de retrait, faisant usage de leur liberté de choix de leur modèle politique et économique (IV).

I. La réapparition d'acteurs privés dans le domaine régalien de l'usage de la force

La présence d'acteurs non étatiques sur les théâtres de guerre n'est pas un fait exclusivement contemporain. Depuis la nuit des temps, la guerre est avant tout une histoire privée, faite d'intérêts financiers. Les parties alors engagées dans les conflits ne l'étaient pas au nom de leur nationalité, appartenance culturelle ou idéologique, mais recrutées selon leurs compétences et leur prix, dans une logique de marché. Depuis l'Antiquité, la guerre est une histoire d'argent avant d'être une histoire de valeurs, de convictions et de politique³. La présence d'acteurs privés, étrangers, n'est donc pas une curiosité de notre époque⁴. Pour faire preuve d'une rigueur historique nécessaire, « ce sont plutôt les conflits entre États souverains menés par des forces armées nationales qui semblent l'exception »⁵. La consécration économique et entrepreneuriale de la guerre atteindra son apogée au XVII^e siècle. Cette dernière, sous l'impulsion des *Condottieri* italiens⁶, constitue une véritable entreprise dans laquelle le mercenariat, devenu une industrie organisée, prospère⁷. La Paix de Westphalie⁸ qui met fin à la guerre de Trente Ans en 1648 consacre « l'avènement d'États souverains »⁹. Cette paix constituera le grand acte de remplacement des armées de mercenaires par des armées « populaires et étatiques »¹⁰ devenues armées permanentes. C'est ainsi que durant près de trois siècles, l'utilisation de mercenaires et d'armées privées sera réduite à un phénomène marginal, presque secret d'État, s'opérant dans l'ombre, loin des lumières de l'armée officielle et de

³ Nous n'entrons pas ici dans le débat, entre naïveté et réalisme, consistant à savoir si la guerre est aujourd'hui encore une histoire d'intérêt financier ou d'humanisme et de valeur.

⁴ Voir à ce sujet P.W. SINGER, *Corporate warriors: the rise of the privatized military industry*, Cornell studies in security affairs, Ithaca, NY, Cornell Univ. Press, 2008, 348 p, spéc pp 19 et s.

⁵ M.-L. TOUGAS, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé: entre incertitudes et responsabilités*, Mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant, 2012, 664p., spéc. p. 1.

⁶ Les *condottieri* étaient de véritables entrepreneurs de guerre qui pouvaient sous-traiter la tâche de protection qui leur était dévolue par contrat avec leur employeur. Voir à ce sujet P. CHAPLEAU, *Les mercenaires de l'Antiquité à nos jours*, Histoire, Rennes, éditions Ouest-France, 2006, 127pp.

⁷ *Ibid*, note 3, P.W. SINGER, *Corporate warriors*, spéc. p. 28 ; voir aussi les développements sur les *Condottieri* dans A.I. SHAND, *Soldiers of fortune in camp and court*, Londres, Archibald Constables, 1907, 305 p. , spéc. pp. 1 et suivantes.

⁸ Paix déclarée par les *Traité de Westphalie* signés à Osnabrück et Münster en 1648.

⁹ M.-L. TOUGAS, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé*, *op. cit.*, spéc. p. 6.

¹⁰ *Idem*.

l'État¹¹. Opérant une véritable mue, sur le modèle des *Condottieri*, les mercenaires s'organisent et forment des E.M.S.P. que les gouvernements, durant la Seconde Guerre mondiale et la Guerre froide, emploieront discrètement, nourrissant l'espoir qu'il soit impossible de faire le lien entre ces armées privées et les gouvernements officiels¹². C'est au début des années 1990 que les E.M.S.P. telles que nous les connaissons se développent. Sur le modèle créé par la société américaine Vinnel¹³, les sociétés privées se lancent dans la commercialisation de services militaires et de sécurité tels que la formation de l'armée régulière¹⁴, la protection de bâtiments¹⁵, la participation directe aux hostilités. Plus largement, elles constituent un support logistique important pour les forces armées de l'État qui les engage. Mais elles sont aussi employées par des entreprises pour assurer la protection de leurs installations et travailleurs dans des zones à risques¹⁶. Leur présence croissante sur les théâtres de conflits et leur implication dans des activités liées aux hostilités leur confèrent une place particulière. Ce que le phénomène avait d'anecdotique il y a soixante ans semble aujourd'hui être la nouvelle norme des conflits en mutation¹⁷ et des États dont la priorité n'est plus d'entretenir une armée permanente qui coûte cher.

Aujourd'hui phénomène de masse, l'engagement de E.M.S.P. sur les théâtres d'opérations, et dans les zones dont l'instabilité politique et militaire inquiète les sociétés qui y font des affaires, rend nécessaire l'encadrement de ces sociétés et de leurs activités dont on connaît les débordements potentiels. La tristement célèbre société Blackwater avait défrayé la chronique en 2007 lorsque ses *contractors* avaient tué 17 innocents au cours d'une fusillade à Bagdad¹⁸. D'autres affaires impliquant d'autres E.M.S.P. ont, elles aussi, fait la une des

¹¹ Voir les développements de M.-L. Tougas sur la pratique des compagnies coloniales aux XVIIe, le mercenariat maritime jusqu'au XIXe ou encore le volontariat international dans M.-L. TOUGAS, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé*, op. cit., p. 7 et suivantes.

¹² Voir par exemple R.Y. PELTON, *Licensed to kill: hired guns in the war on terror*, New York, Three Rivers Press, 2007, 348 p, spéc. p. 57 sur l'emploi de contractants privés par le gouvernement américain depuis la guerre du Vietnam.

¹³ Faire une liste exhaustive des sociétés opérant dans ce champ d'activité est impossible, nous pouvons en revanche donner quelques noms des sociétés les plus importantes, connues et ayant conduit de nombreuses missions. Parmi elles, Blackwater devenue Xe Services puis Academi (États-Unis d'Amérique), Vinnel (États-Unis d'Amérique), DynCorp (États-Unis d'Amérique), Executive Outcomes (Afrique du Sud), Anticipe S.A.S. (France).

¹⁴ La société Vinnel, en 1975, décroche un contrat de formation de la Garde Nationale de l'Arabie Saoudite.

¹⁵ La société Blackwater avait pour mission, au début des années 2000, de protéger le quartier général de l'Autorité provisoire de la Coalition à Najaf en Irak.

¹⁶ M.-L. TOUGAS, *Droit international, sociétés militaires privées et conflit armé*, op. cit., spéc. p. 2.

¹⁷ M. SCHWARTZ et J. SWAIN, « Department of Defense Contractors in Afghanistan and Iraq: Background and Analysis », Washington, Congressional Research Service, 13 mai 2011, 36 p, spéc. p. 1 : en 2011, la moitié des troupes américaines engagées en Irak et en Afghanistan était issue des rangs des sociétés militaires privées.

¹⁸ G. PINZAUTI, « The Blackwater Scandal: Legal Black Hole or Unwillingness to Prosecute Private Military Contractors ? », *The Italian Yearbook of International Law Online*, janvier 2007, vol. 17, n° 1, pp. 123-142, spéc. p. 1.

journaux et occupé les tribunaux à de nombreuses reprises. La liste des violations du droit international, dont les E.M.S.P. se sont rendues coupables, est longue et faite d'actes aujourd'hui aussi variés que les tâches assignées aux E.M.S.P. sont diverses.¹⁹ Pourtant, si les dangers et les violations résultant de l'engagement des E.M.S.P. sont connus, leur impunité paraît persistante²⁰. Cette impunité est avant tout le fait de l'incapacité des États à encadrer les E.M.S.P.

II. L'incapacité des États à encadrer les sociétés militaires privées

Il est un rappel qu'il nous paraît absolument nécessaire de faire avant d'entamer n'importe quel raisonnement ayant trait à la régulation interne des E.M.S.P. Si la forme et les missions de ces entreprises varient inmanquablement au gré des contrats et des théâtres d'opérations, il est un élément qui, lui, est invariable : elles ont toutes un statut légal dans l'Etat où elles sont enregistrées²¹. Elles relèvent donc d'un régime et d'une réglementation domestiques.

Une fois ce rappel fait, il nous faut nous intéresser à ladite réglementation nationale applicable au E.M.S.P. Cette étude de la législation nationale se fera en deux points. Dans un premier temps nous exposerons les différentes législations nationales applicables aux E.M.S.P., ce qui nous permettra de démontrer que les législations en places sont relativement inadaptées à ce type d'entreprises (A). Dans un second temps, nous opèrerons un exposé de la difficulté principale qui sous-tend cette inadaptation, l'impossibilité pour les États aujourd'hui de se saisir du phénomène des sociétés transnationales (B).

¹⁹ H.-Y. LIU, *Law's impunity: responsibility and the modern private military company*, Studies in international law, Oxford, Hart Publishing, 2015, 371 p., spéc. pp. 77 et suivantes.

²⁰ Voir à ce sujet *ibid.*, spéc. pp. 84 et suivantes.

²¹ Voir à ce sujet J.C. ZARATE, « 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. 75-162.

A. Les inadaptations des législations nationales aux E.M.S.P.

Qu'il s'agisse de la législation française ou de celles d'autres pays comme les États-Unis d'Amérique ou la Grande-Bretagne, il convient de constater qu'aucune d'entre elles ne prend en compte de manière directe et spécifique les E.M.S.P. Selon les termes de Monsieur Cissé, « la plupart des législations nationales sont mal adaptées aux activités des SMSP »²². Il existe évidemment des législations nationales qui traitent de façon plus ou moins directe le cas des E.M.S.P. En France par exemple, la loi du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire²³ semble pouvoir s'appliquer aux E.M.S.P. Cette loi crée un chapitre spécifique du Code pénal intitulé « de la participation à une activité de mercenaire »²⁴ qui pénalise les activités de mercenariat²⁵. Il ne fait pas de réel doute que les E.M.S.P. entrent dans la définition que l'article 436-2 du Code pénal pose²⁶. Cependant, la définition donnée par l'article 436-1 du Code pénal reprend les six critères cumulatifs du mercenariat²⁷ et les E.M.S.P. ne les remplissent pas de manière absolument automatique. Par exemple, le critère de la nationalité

²² B. CISSE, *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires. A la recherche d'une réglementation juridique appropriée*, Université Lille 2, 12 février 2014, 508 p., spéc. p. 115. Nous profitons de cette référence pour effectuer une précision terminologique. Nous employons le terme d'entreprise militaire et de sécurité privées en raison de l'analyse qui a été faite par le Professeur Thierry Garcia de l'inadaptation du terme de société à la réalité des E.M.S.P. Mais l'emploi, par d'autres auteurs, du terme de société ne saurait recouvrir un objet d'étude différent. Au sujet de la terminologie utilisée, voir T. GARCIA, *Les entreprises militaires et de sécurité privées appréhendées par le droit*, Droit de la sécurité et de la défense, Paris, Mare & Martin, 2017, 184 p., spéc. pp. 19 et suivantes.

²³ « Loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire, JORF n°89 du 15 avril 2003 pp. 6636 et suiv », s.d.

²⁴ Code pénal, articles 436-1 ; 436-2 ; 436-3 ; 436-4 ; 436-5.

²⁵ Article 436-1 1° du code pénal : est puni « 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 ».

²⁶ Article 436-2 du code pénal : « Le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet le recrutement, l'emploi, la rémunération, l'équipement ou l'instruction militaire d'une personne définie à l'article 436-1 est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000€ d'amende ».

²⁷ Critères énoncés à l'article 47, para 2 du protocole I aux Conventions de Genève de 1977 : « Le terme 'mercenaire' s'entend de toute personne :

- a) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé ;
- b) qui en fait prend une part directe aux hostilités ;
- c) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une Partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette Partie ;
- d) qui n'est ni ressortissant d'une Partie au conflit, ni résident du territoire contrôlé par une Partie au conflit ;
- e) qui n'est pas membre des forces armées d'une Partie au conflit ; et
- f) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une Partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat ».

étrangère aux parties en conflit n'est pas toujours rempli par les E.M.S.P., comme nous le rappelle le Professeur Thierry Garcia, l'exemple des employés de Blackwater en Irak est très représentatif de cette situation de nationalité de l'Etat partie au conflit²⁸. C'est d'autant plus vrai lorsque l'E.M.S.P. est engagée par un État. Le critère impliquant aussi d'avoir été « spécialement recruté pour combattre dans un conflit armé » ou encore de « prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités » interroge plus encore l'applicabilité de ce texte aux E.M.S.P. qui sont aujourd'hui souvent recrutées pour des tâches de soutien, et non pas pour prendre une part active en tant que combattant²⁹. Cette précarité législative française se retrouve aussi dans d'autres pays qui n'ont pas encore réussi à faire évoluer leur droit pour prendre en compte ces acteurs privés. C'est ainsi que le *Foreign Enlistment Act* britannique datant de 1870³⁰ et toujours en vigueur aujourd'hui n'est pas transposable aux E.M.S.P. Ce constat est transposable à la situation des États-Unis d'Amérique dont l'article 2 (a) (10) du *Uniform code of Military Justice* de 1951³¹ se fonde sur une procédure inadaptée et vieillotte de la déclaration de guerre. Au-delà de ces deux législations datées, 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*, ayant demandé la communication des législations nationales sur le sujet, a mis en lumière l'absence de législation nationale traitant des entreprises militaires privées. La majeure partie du temps, les États ne traitent que des activités de sécurité, et oublient l'aspect militaire des tâches qui incombent souvent aux E.M.S.P.³².

En plus de ne pas se saisir du cas des E.M.S.P. et de ne pas avoir su rendre compte de leurs spécificités, les carences des législations nationales relèvent, selon nous, en grande partie du caractère transnational de ces entreprises.

²⁸ T. GARCIA, *Les entreprises militaires et de sécurité privées appréhendées par le droit*, op. cit., spéc. p. 38.

²⁹ Là encore, la diversité des entreprises et des contrats empêche toute généralisation.

³⁰ « Foreign Enlistment Act 1870 », 33 & 34 Vict. c.90.

³¹ « Uniform Code of Military Justice », 64 Stat. 109, 10 U.S.C. §§ 801–946.

³² Voir à ce sujet « Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », A/72/286, Genève, Aout 2017 ; « Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », A/HRC/36/47, Genève, 20 juillet 2017.

B. L'insaisissable phénomène des sociétés transnationales

Dans son chapitre intitulé « stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », le Professeur Benoît Frydman affirmait que le « défi sans précédent que la mondialisation fait peser sur l'ordre politique et juridique des Etats » est sans aucun doute le fait de l'entreprise qui « constitue à l'évidence un acteur clé de la mondialisation »³³. Lorsque l'on parle des sociétés transnationales (ci-après S.T.N.), le défi que nous évoquions prend subitement la forme d'un combat dont l'Etat ne saurait sortir absolument indemne. En effet, « la création de ces nouveaux espaces non territoriaux et systèmes d'organisation peut créer de sérieux défis pour les systèmes de normativités territorialement définis »³⁴. Ces nouveaux espaces non territoriaux et systèmes d'organisation ont donné naissance à des décalages entre les systèmes de gouvernance, notamment entre les régulations internes et les besoins de régulation des S.T.N.³⁵. La faiblesse des États n'est pas longue à voir apparaître. L'action de ces derniers est en principe circonscrite aux limites de son territoire en vertu du caractère territorial de la législation des États³⁶. Or, les STN, justement parce qu'elles ne cantonnent pas leurs activités au seul territoire de leur État d'enregistrement ont vocation à dépasser le caractère territorial de la compétence étatique. Multipliant les États d'exercice et les filières, elles sont devenues insaisissables par la seule législation d'un État. Les S.T.N. semblent, par nature, incompatibles avec l'État dans ce qu'il a de plus intrinsèquement lié à son existence. En effet, les S.T.N. constituent un « réseau a-territorial et global »³⁷ qui sied fort mal à un État encore territorialement défini, par essence et par nécessité.

Or, il ne fait aucun doute que les E.M.S.P. sont bel et bien des S.T.N. « tant en ce qui concerne leurs statuts, une firme mère dirigeant et contrôlant plusieurs filiales implantées

³³ B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in B. FRYDMAN et al. (dir.) *Responsabilités des entreprises et corréglulation*, Penser le droit, Bruxelles, 2007, pp. 1-50, spéc. p. 5.

³⁴ J.G. RUGGIE, « Reconstituting the Global Public Domain — Issues, Actors, and Practices », *European Journal of International Relations*, décembre 2004, vol. 10, n° 4, pp. 499-531, spéc. p. 503. Notre traduction, la version originale se lit en ces termes : « The creation of these new non-territorial spaces and management systems indeed may raise serious challenges for traditional territorially-based rule-making [...] ».

³⁵ J. RUGGIE, « Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection », in D. HELD et M. KOENIG-ARCHIBUGI (dir.) *Taming Globalization: Frontiers of Governance*, Cambridge, UK, 2003, pp. 93-129, spéc. p. 117.

³⁶ Nous tirons habituellement le caractère territorial des législations étatiques du principe de souveraineté territoriale tel qu'il est énoncé par Max Huber dans la sentence arbitrale « Ile de Palmas » (Etats-Unis/Pays-Bas), CPA, SA Max Huber, 4 avril 1928, *RGDIP* 1935, p. 156.

³⁷ S.J. KOBRIN, « Multinational Corporations, the Protest Movement, and the Future of Global Governance », in A. CHANDLER et B. MAZLISH (éds.), *Leviathans: Multinational corporations and the new global history*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2005, pp. 219-235, spéc. p. 219. Notre traduction, la version originale se lit comme suit : « an aterritorial, networked global system ».

parfois dans plusieurs États, que leurs activités qui ‘s’exercent par-dessus les frontières indépendamment de l’action des États’³⁸ »³⁹. En ce sens, elles constituent un phénomène difficile à encadrer pour les États et défient le contrôle que les États pourraient exercer notamment au regard des droits de l’homme⁴⁰.

Si l’on raisonne en des termes chronologiques, les entreprises dont nous traitons ont dans un premier temps été traitées par le droit interne avant d’être saisies par le droit international. C’est donc naturellement qu’après avoir traité de leur encadrement interne, nous nous intéressons au régime que le droit international leur réserve.

III. L’absence d’un encadrement international efficace

Le droit international n’est pas plus prompt à prendre en compte le cas des E.M.S.P. Il existe une « Convention internationale contre le recrutement, l’utilisation, le financement et l’instruction des mercenaires »⁴¹, adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies le 4 décembre 1989, entrée en vigueur le 20 octobre 2001. Or, cette convention n’a pas été ratifiée par les grandes puissances, elle ne leur est ainsi pas opposable, même si ces dernières sont de grandes utilisatrices et fournisseurs de E.M.S.P. En outre, cette Convention des Nations Unies, tout comme la législation française, traite de la question du mercenariat et est alors inapplicable aux E.M.S.P.⁴². En outre, cette convention ne s’adresse qu’aux mercenaires en tant que personne physique et ne peut dès lors pas être étendue aux entreprises en tant que personnes morales.

Il existe en revanche un texte conventionnel relativement novateur, mais ce dernier n’est pas encore adopté et n’en est qu’au stade du projet de convention⁴³. Il apparaît en revanche que

³⁸ Définition du terme transnational donnée par G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, Quadrige/PUF, 2013, p. 1028.

³⁹ T. GARCIA, *Les entreprises militaires et de sécurité privées appréhendées par le droit*, op. cit. note 21, spéc. pp. 19-20.

⁴⁰ A. CHANDLER et B. MAZLISH, « Introduction », in A. CHANDLER et B. MAZLISH (Dir.) *Leviathans: Multinational Corporations and the New Global History*, Cambridge, UK, 2005, pp. 1-18, spéc. p. 11.

⁴¹ « Convention internationale contre le recrutement, l’utilisation, le financement et l’instruction des mercenaires », New York, 4 décembre 1989, ONU, Recueil des Traités, vol. 2163, 1-37789, pp.75-127 [En ligne]. <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/530?OpenDocument>> .

⁴² Suivant le raisonnement que nous avons mené précédemment concernant la législation pénale française.

⁴³ « Projet de Convention sur les sociétés militaires et de sécurité privées » publié en annexe au rapport du *Groupe de travail sur l’utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l’homme et d’empêcher l’exercice du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes*, AG, Conseil des droits de l’homme, A/HRC/15/25 du 5 juillet 2010.

le projet est le premier à rendre compte de la réalité des E.M.S.P. Il a vocation à encadrer les activités de ces entreprises notamment en définissant les missions pouvant être déléguées aux E.M.S.P. par les États et les organisations internationales (ci-après OI). Le projet réaffirme dans un premier temps « l'importance du monopole étatique de l'emploi légitime de la force [...] »⁴⁴ avant de définir les activités que « [...] un Etat ne peut en aucune circonstance sous-traiter ni déléguer à des SMSP ». Ces activités sont :

« 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 »⁴⁵. Ayant vocation à devenir un texte à caractère obligatoire, cette proposition n'est à ce jour qu'un projet. Ainsi le droit international souffre-t-il encore aujourd'hui du même handicap que les législations nationales, une carence de textes applicables aux E.M.S.P. qui semble traduire une réelle difficulté à encadrer lesdites entreprises.

Laissant un réel vide juridique, les lacunes des États et de la société internationale concernant l'encadrement des E.M.S.P. ont permis l'émergence d'une autorégulation privée par les entreprises elles-mêmes⁴⁶. Outil emblématique de l'autorégulation des entreprises, les codes de conduites constituent un ensemble « de principes directeurs, de lignes directrices, de règles de comportement destinés à une multiplicité de partenaires, publics et privés, afin de régler leurs relations dans certains secteurs délicats. La plupart d'entre eux gardent le statut d'acte non contraignant »⁴⁷. Les États se sont sans aucun doute complu dans cette situation, conscients de leur incapacité à encadrer le phénomène de privatisation de la guerre. Mais une question demeure. Le droit international impose-t-il des limites à ce désengagement de l'État ?

Nous l'avons évoqué dans les premières phrases de cet écrit, le mouvement dans lequel l'État s'est engagé est sans aucun doute un mouvement de désengagement. La question n'est nullement d'en trouver les causes, moins encore de chercher à les annihiler. Il s'agit en revanche

⁴⁴ Art. 1 §1 1 a.

⁴⁵ Art. 2 § i.

⁴⁶ Nous étudierons cette normativité propre aux E.M.S.P. dans la section 2 du premier chapitre de la première partie de cet écrit.

⁴⁷ J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198p. spéc. p. 189. La définition donnée par le dictionnaire de Jean Salmon concerne les codes de conduite des Etats. Mais il en étend le champ aux entités privées sous la même entrée, en ces termes : « l'expression a parfois été utilisée pour désigner des instruments établis par des groupements privés ». Nous utiliserons ce terme comme un terme générique des différents outils d'autorégulation.

de comprendre le cadre que pose le droit international, cadre à l'intérieur duquel l'État peut déployer librement son opération de désengagement⁴⁸, de chercher précisément les obligations du droit international qui seraient susceptibles d'opérer une régulation du désengagement de l'État. Dans le propos introductif qu'il donnait au cours de la journée d'étude sur les mutations de l'État et la protection des droits de l'homme à l'université de Paris 10, le Professeur Jacques Chevallier s'interrogeait sur la relation que les droits de l'homme entretiennent avec l'État. « [S] ont-ils un cran d'arrêt contre l'expansionnisme étatique »⁴⁹ ? Ainsi était-il question de la fonction limitative des droits de l'homme à l'encontre de l'action étatique. Le questionnement qui nous anime opère dans le même champ, mais à l'autre extrémité de ce dernier. Les droits de l'homme constituent-ils une limite au désengagement de l'État ? Plus largement, le droit international impose-t-il des limitations au libéralisme politique de l'État ?

La réponse est sans aucun doute positive. Oui, le droit international limite la liberté de l'État. C'est avec certitude que nous dressons cette conclusion, à la lecture de la décision *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, dans laquelle la Cour internationale de justice (ci-après C.I.J.) affirmait en même temps que le principe de liberté de choix dans l'organisation de l'État⁵⁰, le devoir de ne violer « aucune obligation de droit international »⁵¹. Il nous faudra en revanche chercher quelles sont les obligations du droit international que l'État serait susceptible de violer par un mouvement trop important de désengagement dans la réglementation des E.M.S.P.

Nous soutiendrons dans ce mémoire que si les Etats sont libres de choisir leurs modèles économiques, politiques et sociaux et ainsi de varier l'intensité de leur engagement dans la marche de leur propre territoire, il apparait avec clarté que le libéralisme politique ne saurait aboutir à un désengagement complet de l'État, moins encore à sa déresponsabilisation.

Notre étude se fera alors en deux temps, correspondant chacun à un moment chronologique de la vie d'une norme. Dans un premier temps nous analyserons les limites et les impératifs posés par le droit international à l'État en ce qui concerne l'édiction des normes primaires (Partie I). Dans un second temps, nous ferons apparaitre les limites que le droit

⁴⁸ Il nous faut en préambule opérer un éclaircissement linguistique. La compréhension populaire du terme « désengagement » est relativement négative, nous en avons conscience. Nous n'entendons, en revanche, souscrire à aucun mouvement d'opposition ou de soutien à ce processus. Il ne saurait non plus être compris dans son acception juridique de droit des traités constituant une procédure de retrait d'un engagement international formellement ratifié. Il sera employé tout au long de ce mémoire comme une conception en négatif d'une prise de position par des actes.

⁴⁹ R.Y. PELTON, *Licensed to kill: hired guns in the war on terror*, New York, Three Rivers Press, 2007, 358 p.

⁵⁰ Nous traiterons de cette liberté d'organisation dans la Section 1 du Chapitre 1 de la première Partie puisqu'il s'agit avec certitude du principal argument en faveur du développement d'une normativité privée.

⁵¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, pp. 14-150, spéc. p. 131.

international pose au désengagement de l'État en ce qui a trait à l'application des normes primaires. Nous étudierons donc, comme une limite à sa liberté, la responsabilité que le droit international fait peser sur l'État dans l'application des normes, y compris des normes d'origine privée (Partie II).

PARTIE I.

L'EDICION DES NORMES PRIMAIRES : LA LIBERTE LIMITEE DE DELEGATION DU POUVOIR NORMATIF AUX MAINS DE L'ETAT

Le droit international ne s'oppose pas, par nature, à l'existence d'une normativité privée (Chapitre 1). Pour autant, la possibilité qu'il laisse aux Etats de permettre l'émergence d'une telle normativité ne saurait être interprétée comme constituant un blanc-seing à l'égard de l'Etat et des entreprises (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L’AFFIRMATION PAR LE DROIT INTERNATIONAL DE LA POSSIBILITE D’UNE NORMATIVITE NON ETATIQUE

Le droit international approuve la démarche de développement d’une normativité privée, il ne saurait, en tout état de cause, pas s’y opposer absolument. En effet, la régulation privée est parfaitement compatible avec le droit international (Section 1). C’est la raison pour laquelle, la régulation privée est promue par le droit international (Section 2).

Section 1. Une régulation privée compatible avec le droit international

La compatibilité de la normativité privée, de la régulation des entreprises par elles-mêmes, avec le droit international relève en grande partie de l’inexistence de matière étant par nature réservée à la compétence de l’Etat (I). La validité internationale de la norme privée découle par ailleurs de la nouvelle reconnaissance par le droit international d’acteurs qui étaient initialement ignorés et qui aujourd’hui constituent les jetons incontournables de ce jeu de dames qu’est le droit international (II). Enfin, nous concentrant plus spécifiquement sur la question de droits de l’homme, nous défendrons l’idée que les codes de conduites sont un formidable outil de promotion des droits de l’homme dans des territoires où ces derniers sont souvent tenus en joug (III).

Avant de nous consacrer aux développements que nous venons d’introduire, il nous faut opérer une précision sémantique d’importance. Dans les raisonnements que nous nous apprêtons à exposer, nous utiliserons invariablement le terme de régulation lorsqu’il s’agira de parler de normativité privée. Ce choix terminologique n’est pas anodin et constitue un contrepied conscient à la position d’auteurs qui emploient indistinctement les termes de régulation et de règlementation au sujet de la normativité privée. Adhérant à l’acceptation proposée par le Professeur Daniel Mockle de la régulation, acceptation en vertu de laquelle, la régulation comprend les mécanismes classiques du droit (lois, règlements, ...) et les modes nouveaux de normativité⁵². La normativité privée ne peut ainsi pas être réduite au terme de règlementation tant celui-ci est associé à la normativité rigide de l’Etat et paraît incapable de prendre en compte la réalité de la variété des outils utilisés dans le cadre de la normativité privée.

⁵² D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? - Mutation des normes et nouveaux modes de regulation », *C. de D.*, 2002, vol. 43, pp. 143-212.

Cette précision faite nous pouvons entreprendre de nous atteler à la suite de nos raisonnements, en commençant par l'inexistence de matières relevant par nature de la compétence exclusive de l'Etat.

I. L'inexistence de matières relevant par nature de la compétence exclusive de l'Etat : la liberté d'organisation laissée à ces derniers

Il s'agit ici d'affirmer que la réglementation des entreprises ne relève pas d'une compétence exclusivement réservée aux Etats, y compris lorsque ces entreprises évoluent dans un champ d'activité initialement régalien tel que l'usage de la force. Ainsi, les Etats ne seraient pas empêchés, en vertu du droit international, de déléguer le pouvoir de régulation. Dans un premier temps, nous étudierons la liberté d'organisation telle qu'elle est affirmée et réaffirmée depuis près de 55 ans (A), avant de constater que les limites imposées par le droit international à cette liberté ne constituent nullement l'interdiction de déléguer la réglementation de certaines matières (B).

A. La liberté d'organisation laissée aux Etats

Le choix des Etats de laisser se développer les outils d'autorégulation entre dans le champ de leur liberté d'organisation qui prescrit que « [l]es orientations politiques internes d'un Etat relèvent de la compétence exclusive de celui-ci »⁵³. Ce droit inaliénable des Etats à choisir leur système politique, économique, social et culturel est affirmé en 1965 dans une résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies en des termes très absolus qui se lisent comme suit : « [t]out Etat a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part de n'importe quel autre Etat »⁵⁴. Selon ce principe, l'Etat possède une liberté organisationnelle qui lui permet de varier à son gré son investissement, son implication dans la société, sur le plan domestique. C'est ce que réaffirme la sentence arbitrale *Aminoil*⁵⁵, mettant l'accent précisément sur la possibilité pour un Etat de faire varier l'ampleur de son interventionnisme. En vertu de cette liberté accordée à l'Etat, conséquence directe et franche du principe de souveraineté, l'Etat est seul maître de ses choix organisationnels. Il peut choisir de prendre une part active à la vie réglementaire, économique et sociale sur son territoire, ou peut au contraire prendre la décision de se désengager de certains

⁵³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, pp. 14-150, *op. cit.*, spéc. p. 131.

⁵⁴ A/RES/2131(XX), Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté, 21 décembre 1965, spéc. paragr. 5.

⁵⁵ *Aminoil c. Koweit, SA*, 24 mars 1982, J.D.I. 1982, pp. 869-909, spéc. p. 885.

domaines. L'Etat est souverain sur son territoire, il est dès lors souverain de déléguer des pouvoirs à d'autres entités que lui. Cette liberté justifie qu'à certaines périodes, la production d'énergie soit une industrie nationalisée (dans laquelle l'Etat investit et que l'Etat contrôle) alors qu'à d'autres périodes il est préférable de procéder à une privatisation du secteur. L'Etat peut faire le choix, au nom de la souveraineté, de se retirer de certains domaines, de certaines activités. Cette liberté est réaffirmée en 1986 par la C.I.J. dans la décision *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*⁵⁶. La Cour y affirme que « chaque Etat possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social » et ajoute qu'il ne relève pas de la compétence de la cour de se livrer à une recherche « pour savoir dans quel sens et suivant quelle orientation [l'Etat] a effectivement exercé son droit »⁵⁷. Cette dernière affirmation de la C.I.J. nous pousse à croire que la cour, tout autant que le droit international, n'a pas pour vocation de réguler les choix qu'opère l'Etat dans le cadre de son organisation interne.

Il faut en revanche soulever un élément fondamental. L'Etat est libre de s'engager et se désengager⁵⁸, d'opérer les choix d'organisation qu'il désire, mais l'organisation interne d'un Etat n'a pas d'incidence sur l'application du droit international. Cela signifie que l'organisation interne de l'Etat, les choix d'organisation qu'il fait, ne lui fait pas perdre sa qualité unitaire dans l'ordre international et il ne peut échapper à sa responsabilité⁵⁹ ni à sa qualité de destinataire des obligations du droit international. Pour reprendre une célèbre disposition du droit international, « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »⁶⁰. L'Etat ne pourra donc pas invoquer son désengagement concernant la régulation des E.M.S.P. afin que les éventuels abus de ces dernières ne lui soient pas reprochés. Ainsi, la liberté d'organisation laissée à l'Etat n'est pas l'objet d'un contrôle par le droit international et la C.I.J. certainement en raison du fait qu'en fin de compte, l'Etat reste le seul responsable en droit international.

Dans sa résolution 2625 (XXV), l'Assemblée Générale des Nations Unies en même temps qu'elle réaffirme la liberté des Etats dans les choix organisationnels qu'ils opèrent, met l'accent sur la nécessité pour les Etats de remplir « de bonne foi les obligations qu'ils ont

⁵⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14-150, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Dans les limites que nous exposerons tout au long de ce mémoire.

⁵⁹ Nous traiterons précisément de cette question dans les développements de la deuxième Partie de ce mémoire.

⁶⁰ « Convention de Vienne sur le droit des traités », Vienne, 23 mai 1969, ONU, Recueil des Traités, vol. 1155, I-18232, pp. 354-377, article 27.

assumées conformément à la Charte »⁶¹. Cette obligation est reprise dans la décision de la C.I.J. dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*⁶². Cependant, il convient de constater que les limitations ainsi posées à la liberté de choix du système politique, économique et social de l'Etat ne concernent aucunement l'interdiction de transférer certaines compétences à des entités privées.

B. Aucune interdiction de délégation à des acteurs privés de la réglementation des activités militaires

Dans la recherche d'une éventuelle prohibition de la délégation du pouvoir normatif relatif aux E.M.S.P., et après avoir procédé à la lecture de la résolution 2625 (XXV) précédemment citée, c'est naturellement que nous avons entrepris de trouver dans la *Charte des Nations Unies*⁶³ (ci-après *La Charte*) une limitation qui aurait rendu impossible une telle délégation et donc les Etats coupables d'avoir autorisé les codes de conduites adoptés par les E.M.S.P. Or, une lecture attentive de *La Charte* permet d'affirmer que cette dernière ne définit nulle part dans son texte une prohibition de délégation de la compétence normative par les Etats à des acteurs privés. Il n'existe, aujourd'hui, aucun texte de droit international qui interdit aux Etats de déléguer leur compétence normative. L'expression la plus brillante de la liberté de délégation de la compétence normative des Etats est certainement la délégation de compétence que les Etats membres de l'Union européenne opèrent en sa faveur, notamment dans le cadre de sa politique budgétaire⁶⁴. Bien évidemment la délégation à une E.M.S.P. n'est pas comparable en ce qu'elle s'effectue en faveur d'un acteur privé, mais le cas de la délégation normative au bénéfice de l'Union européenne est au moins la preuve que l'Etat peut, tout en respectant le droit international, se départir de compétences qui jusqu'alors lui étaient intrinsèquement liées, les compétences dites régaliennes⁶⁵.

La première interrogation qu'a soulevée chez nous l'étude des codes de conduites des E.M.S.P. est la suivante : l'Etat peut-il déléguer ses pouvoirs normatifs à des acteurs privés lorsque les domaines en question sont aussi régaliens que la conduite des opérations militaires et aussi fondamentaux que le respect des droits de l'homme par des entreprises autorégulées ?

⁶¹ « A/RES/2625(XXV), Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, 24 octobre 1970 », s.d.

⁶² « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14-150, *op. cit.*

⁶³ « Charte des Nations Unies », 26 juin 1945, San Francisco.

⁶⁴ Voir par exemple C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2013, 863 p., p. 381 et suivantes.

⁶⁵ Celle-ci est régalienne à double titre. En tant que compétence d'édicter des normes mais aussi en raison du domaine qu'elle concerne : le budget.

C'est à celle-ci que nous allons répondre ici. Le droit international contient-il des dispositions rendant impossibles les codes de conduites dans le cadre de prérogatives militaires ? En tout état de cause, la réponse qu'il nous faut apporter est négative. Le droit international ne rend pas impossibles les codes de conduite, l'autorégulation, lorsqu'il s'agit de réguler l'activité d'entreprise évoluant dans le cadre de conflits armés, y remplissant des missions militaires.

Le droit international humanitaire, qui entend réguler les comportements des acteurs des conflits armés, souffre d'une ineffectivité qui tend aujourd'hui à justifier le développement d'outils parallèles, ce que le Professeur Karim Benyekhlef appelle les « normativités émergentes de la mondialisation »⁶⁶ parmi lesquelles les codes de conduites tiennent une place de choix. Or, ces normativités émergentes ne sont pas absolument inconnues du droit international humanitaire et se « situent dans la foulée de certains instruments anciens »⁶⁷ de ce droit. C'est d'ailleurs à ce titre que le Comité international de la Croix-Rouge (ci-après C.I.C.R.) recommande l'usage des codes de conduite⁶⁸. Ainsi, même lorsqu'il est question de la conduite des hostilités, exercice d'une prérogative devenue si intrinsèquement liée à l'Etat depuis les traités de Westphalie, le droit international ne pose pas de limite à la régulation non étatique. Nous sommes alors en mesure de conclure qu'en vertu du droit international, il n'existe pas de compétence devant relever exclusivement de l'Etat et dont ce dernier ne pourrait se décharger au profit d'acteurs privés.

La validité internationale des normes d'origine privée concernant l'encadrement des E.M.S.P. est d'ailleurs d'autant plus incontestable que les auteurs qui en sont à l'origine, les entreprises, sont au cœur d'une mutation importante du droit international qui aujourd'hui élargit le champ de ses sujets de droit.

II. L'émergence de l'entreprise comme sujet du droit international

Comme le Professeur Hervé Ascensio le rappelait dans son allocution lors des journées internationales du CERIC de 2008 réservées à « l'entreprise dans la société internationale »⁶⁹,

⁶⁶ K. BENYEKHLF, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2015, 921p.

⁶⁷ G. LEWKOWICZ, « La protection des civils dans les nouvelles configurations conflictuelles : retour au droit des gens ou dépassement du droit international humanitaire ? », in J.-M. SOREL et C.-L. POPESCU (éds.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, 2010, p. 23.

⁶⁸ CICR, « Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux », Genève, CICR, 2008, 32p., spéc. pp. 22-23.

⁶⁹ Colloque intégralement reproduit : H. GHERARI et Y. KERBRAT (dir.), *L'entreprise dans la société internationale: colloque des 11 et 12 décembre 2008*, Journées internationales du CERIC, Paris, Éditions A. Pedone, 2010.

« [I]a question de l'élargissement de la société internationale est le plus souvent assimilée [...] par les juristes à la diffusion de la personnalité juridique internationale »⁷⁰. Initialement conçu comme un droit des Etats, par les Etats et pour les Etats, le droit international public vit une mue identitaire refondatrice. Accordant une place de choix, prééminente et décisive à la question du sujet, le droit international évolue avec elle⁷¹. Il en suit les circonvolutions.

Dans le monde globalisé dont nous ne ferons pas l'affront au lecteur de procéder à une description, les S.T.N. sont une « force motrice » indéniable⁷². Leur influence économique et financière ne fait aucun doute, mais leur puissance ne saurait être réduite à cette influence. Cette dernière, d'ailleurs, ne peut justifier la reconnaissance de la personnalité juridique comme se plaît à nous le rappeler le Professeur Karsten Nowrot⁷³. La personnalité juridique nécessite autre chose qu'une puissance *de facto* quelque chose que le Professeur Karsten Nowrot rapproche d'une acceptation par la communauté et de la reconnaissance d'obligations et de droits internationaux. Il faut cependant admettre que leur puissance va bien au-delà de leur poids économique et financier et que la doctrine dominante et historique du droit international qui ne reconnaît comme seul sujet que l'Etat souffre d'une inconsistance inadéquate. Dans un premier temps, cette doctrine classique ne prend pas en compte la réalité du droit international tel qu'il est défini comme non borné aux acteurs étatiques (A). Dans un second temps, cette doctrine classique des sujets du droit international ne saurait prévaloir alors que le droit international reconnaît désormais aux entreprises des droits propres (B).

A. Le droit international classique, un droit ouvert aux acteurs non étatiques

La doctrine classique des sujets du droit international s'attache sans répit à la conception westphalienne de ce dernier pour ne définir comme sujet que les Etats. Il s'agit en réalité d'une étude datée du droit international, conceptualisée à une époque où seuls les Etats avaient voix

⁷⁰ H. ASCENSIO, « Rapport introductif », in H. GHERARI et Y. KERBRAT (dirs.), *L'entreprise dans la société internationale*, Les Journées internationales du CERIC - Aix en Provence, Paris, Pedone, 2008, pp. 13-41, spéc. p. 24.

⁷¹ J. KLABBERS, « (I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors », in *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Jarna Petman et Jan Klabbers, 2003, p. 350-370, spéc. p. 351.

⁷² G. IETTO-GILLIES, « The Role of Transnational Corporations in the Globalisation Process », in J. MICHIE (éd.), *The Handbook of Globalisation*, 2^{de} éd., Oxford, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 144. Notre traduction, la version originale se lit comme suit : « driving forces »

⁷³ K. NOWROT, « New Approaches to the International Legal Personality of Multinational Corporations: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities », présenté au Forum de recherche sur les droit international de la Société européenne de droit international de 2005, p. 4, [En ligne]. <<http://www.ridi.org/adi/special/2005/sediforum2005.pdf>>. [Consulté le 24 avril 2018].

au chapitre et où la vocation du droit international était d'apaiser les rapports entre des Etats facilement belligérants⁷⁴. Mais le droit international, tel qu'il est écrit, n'a jamais considéré l'Etat comme étant le seul sujet possible. Le droit international, contrairement à la plupart des droits internes, ne dispose d'aucun texte définissant avec clarté et certitude l'ensemble des sujets, moins encore en donnant une liste exhaustive et définitive⁷⁵. Cependant, le droit international ne manque pas de jurisprudence à ce sujet, la plus importante et la plus emblématique d'entre elles est sans nul doute l'avis consultatif de la C.I.J. dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*⁷⁶. De cet avis, le Professeur Menon résume le concept en écrivant que « [I]es sujets du droit international sont des entités capables d'être titulaires de droit et obligations internationaux et dotées de la capacité d'intenter des actions en justice au niveau international »⁷⁷.

Au-delà de la critique que nous pouvons faire du caractère circulaire de la définition⁷⁸ qu'il est possible d'établir de l'avis en question, l'élément le plus important est que cette dernière ne se limite pas aux Etats et ne donne pas une liste des sujets du droit international, mais des éléments caractéristiques des sujets.

En outre, l'avis consultatif dispose que :

« Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des Etats a fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des Etats »⁷⁹.

Or, le droit international a évolué et son objectif, s'il était (et demeure en partie) la coexistence pacifique des Etats, a évolué avec certitude vers la satisfaction des besoins et la

⁷⁴ P.K. MENON, « The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine », *Journal of Transnational Law & Policy*, 1992, vol. 1, pp. 151-182, spéc. p. 151.

⁷⁵ J.E. NIJMAN, « Non-state actors and the international rule of law: revisiting the "realist theory" of international legal personality », in M. NOORTMANN et C. RYNGAERT (éds.), *Non-state actor dynamics in international law: from law-takers to law-makers*, Ashgate, 2016, pp. 91-124, spéc. p. 110.

⁷⁶ « Réparation des dommages subis au service des Nations Unies », Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1949, p. 174-220.

⁷⁷ P.K. MENON, « The International Personality of Individuals in International Law », *op. cit.*, spéc. p. 152.

⁷⁸ I. BROWNLIE, *The rule of law in international affairs: international law at the fiftieth anniversary of the United Nations*, The Hague ; Boston : Cambridge, MA, M. Nijhoff Publishers, 1998, 242p. spéc. p. 35. La définition a un caractère circulaire car pour avoir des droits et la possibilité de les défendre, il faut être un sujet. Et la définition impose d'avoir ces prérogatives pour être un sujet.

⁷⁹ « Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1949, p. 174-220 », *op. cit.*, p. 178.

pacification de la vie sociale⁸⁰. A ce titre, les sujets du droit international doivent varier et prendre en compte les nouveaux acteurs qui concourent, par leurs activités, à la poursuite de cet objectif. Les entreprises en font partie⁸¹.

En outre, pour suivre la définition qui a été tirée de l'avis consultatif de la C.I.J. dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, nous pouvons constater que les entreprises bénéficient aujourd'hui de droits et de la capacité d'en réclamer le respect au niveau international.

B. Les entreprises, détentrices de droits en vertu du droit international

Il est aujourd'hui indéniable que les entreprises possèdent, en droit international, des droits fondamentaux⁸² bien que ces droits n'apparaissent pas dans grand nombre de conventions internationales. Le seul texte international qui énonce véritablement ces droits est le Protocole 1 de la *Convention Européenne des Droits de l'homme* qui garantit dès son premier article que « [t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »⁸³. En ce qui concerne les droits des personnes morales, et donc des entreprises, le rôle pionnier du droit régional est frappant, qu'il s'agisse de la reconnaissance de droits dans les textes, mais aussi devant les juridictions. C'est le cas notamment de la reconnaissance du droit au respect des locaux⁸⁴ aux entreprises, du droit à la liberté d'expression⁸⁵, du droit au secret d'affaires⁸⁶ ou encore du droit à la liberté religieuse⁸⁷.

Au niveau international, les entreprises sont avant tout titulaires de droits en tant qu'investisseurs en vertu de traités bilatéraux d'investissement et peuvent avoir accès aux procédures internationales de règlements des différends en matière d'investissements par la

⁸⁰ Voir par exemple R. HIGGINS, *Problems and process: international law and how we use it*, Oxford, Clarendon Press, 2001, 274p. spéc. pp. 1 et suivantes.

⁸¹ Voir généralement à ce sujet K. NOWROT, « New Approaches to the International Legal Personality of Multinational Corporations: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities », présenté au Forum de recherche sur les droit international de la Société européenne de droit international de 2005, *op. cit.*

⁸² X. DUPRE DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales », in X. BIOY (éd.), *La personnalité juridique*, Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, Toulouse, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 203-219, spéc. p. 203.

⁸³ « Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n°11 », Paris, 20 mars 1952, spéc. article 1.

⁸⁴ « Cour EDH, 16 avril 2002, Soc. Colas / France, Rec. 2002-III », s.d.

⁸⁵ Cour EDH, 22 mai 1990, *Autronic AG*, série A n° 178.

⁸⁶ CJCE, 14 février 2008, *Varec / Belgique*, C-450/06 .

⁸⁷ Com. EDH, déc., 5 mai 1979, *Church of Scientology / Suède*, D.R. 16, p. 75.

voie des procédures d'arbitrage prévues dans le cadre du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après CIRDI). Parmi les droits garantis dans les traités bilatéraux d'investissement, le droit à un traitement juste et équitable s'apparente à un droit fondamental proche du droit à un procès juste et équitable⁸⁸. Les entreprises bénéficient aussi du droit à une compensation juste en cas d'expropriation⁸⁹. Faire une liste de tous les droits garantis par les différents traités internationaux aux entreprises serait certainement l'entreprise la plus fastidieuse de ce mémoire et ne recouvrerait pas l'intérêt recherché. Nous ne nous lancerons dès lors pas dans cette tâche. Il faut en tout état de cause comprendre de ces quelques lignes que le droit international, par le biais des traités bilatéraux d'investissement, reconnaît aux entreprises des droits qui leur sont propres et leur offre la possibilité d'avoir recours à une procédure internationale de règlement des différends pour en assurer le respect. Ainsi présentés, ces deux éléments permettent sans nul doute de faire entrer l'entreprise dans la définition de sujet de droit international donnée par la C.I.J. dans son avis consultatif de 1949⁹⁰.

En outre, en réponse à ceux qui douteraient encore de la qualité de sujet de droit des entreprises, nous rappellerons que jusqu'à l'avis consultatif sus-cité, les organisations internationales n'étaient pas réputées – par les commentateurs du droit international – être des sujets du droit international.

Ainsi, les codes de conduite adoptés par les entreprises devenues sujets de droit international ne contreviennent pas, sur ce point, au droit international. Il convient en outre d'ajouter que les codes de conduite peuvent servir le droit international, en faisant la promotion et en assurant la communication dans des régions du globe qui n'en ont pas fait leur priorité.

III. Les codes de conduits des sociétés militaires privées : outil de promotion au service des droits de l'homme

Comme il est relativement aisé à comprendre, les E.M.S.P., en raison de leurs missions et des tâches qui leur sont attribuées, évoluent dans un contexte de tension et de risque pour les droits de l'homme. Qu'il s'agisse de zone de guerre dans lesquelles les E.M.S.P. sont engagées

⁸⁸ I. TUDOR, *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment*, Oxford monographs in international law, Oxford, Oxford University Press, 2008, 315p.

⁸⁹ A. REINISCH, « Legality of Expropriations », in A. REINISCH (éd.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 11 septembre 2008, p. 174.

⁹⁰ « Réparation des dommages subis au service des Nations Unies », Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1949, p. 174-220 *op. cit.*

par les Etats belligérants ou des entreprises privées, où qu'il s'agisse de zone de fortes tensions et d'instabilité politique et militaire, souvent les Etats en cause sont trop faibles pour garantir le respect des droits de l'homme, ou bien n'en ont pas fait leur priorité. Dans ces Etats, les S.T.N., et plus précisément les E.M.S.P., peuvent devenir un formidable outil de promotion des droits de l'homme par le biais du jeu conjugué des contrats et des codes de conduite.

Nous l'avons énoncé précédemment, les codes de conduites sont non contraignants et n'emportent guère que des implications qui relèvent de « l'éthique, voir de l'étiquette, plutôt que du droit au sens strict »⁹¹. En outre, ils n'engagent que leurs auteurs, l'on voit mal, dès lors, comment ces derniers pourraient revêtir un quelconque intérêt pour les droits de l'homme, hormis celui de savoir que les entreprises s'engagent à ne pas les violer. Pourtant, leur influence est indéniable et a déjà fait ses preuves, notamment dans le cadre d'activités de vente de biens de consommation. Les exemples de succès des codes de conduite comme influence majeure en faveur du respect des droits de l'homme sont nombreux. Parmi eux, le code de conduite adopté par la compagnie *Reebok* en novembre 1990 incluait une clause en vertu de laquelle l'entreprise s'engageait à retirer toute activité d'un pays qui violait les droits de l'homme. Levi Strauss & Co établit aussi dans ses codes des clauses de respect des droits de l'homme comme condition à l'investissement et au choix des pays hôtes⁹². L'exemple le plus flamboyant du succès des codes de conduites comme influence sur des régimes politiques réticents à la protection des droits de l'homme est très certainement l'exemple des *Sullivan Principles* adoptés par l'entreprise *General Motors* alors que cette dernière désirait s'installer en Afrique du Sud pour y opérer des affaires sans pour autant participer à la marche du régime de l'Apartheid. Ce code de conduite a fait de *General Motors* un avocat des droits de l'homme en Afrique du Sud, notamment de la non-discrimination à l'emploi⁹³.

L'exemple de *General Motors*, et de toutes les autres entreprises, dont l'établissement de l'activité dans un pays implique naturellement un investissements financier et économique intéressant pour ces pays, n'est pas nécessairement applicable aux E.M.S.P. En effet, lorsque ces dernières bénéficient d'un contrat de service avec un Etat ou avec une autre entité privée, le pays qui accueille leurs activités ne voit pas nécessairement en elles un possible investisseur. Cependant, leurs codes de conduite opèrent toujours une influence, si ce n'est sur les instances

⁹¹ B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : Source du droit global? », in I. HACHEZ *et al.* (dirs.), *Les sources du droit revisitées - Normativités concurrentes*, 3, Bruxelles, 2013, pp. 179-2010, spéc. p. 181.

⁹² S.-P. LU, « Corporate Codes of Conduct and the FTC: Advancing Human Rights through Deceptive Advertising Law Note », *Colum. J. Transnat'l L.*, 2000, vol. 38, pp. 603-630, spéc. p. 612.

⁹³ J.F. PEREZ-LOPEZ, « Promoting International Respect for Worker Rights through Business Codes of Conduct », *Fordham Int'l L.J.*, 1993, vol. 17, pp. 1-47.

dirigeantes, au moins sur les cocontractants de l'E.M.S.P. En effet, « [l]e contrat s'impose à l'ère de la globalisation comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques »⁹⁴ et les droits de l'homme n'échappent pas à ce constat⁹⁵, les codes de conduite non plus. En effet, si ces derniers sont les fruits d'une entreprise, ou d'un groupement d'entreprises, leur respect peut être imposé aux cocontractants de leurs auteurs par le biais d'une clause contractuelle qui « constituent un instrument privilégié pour imposer le respect de normes sociales et environnementales aux entreprises cocontractantes »⁹⁶. Dans le cadre des E.M.S.P., en emportant dans leurs paquetages leurs codes de conduite, les E.M.S.P. deviennent vecteurs des droits parfois – souvent – mis à mal dans leur pays d'accueil. En effet, en établissant leur activité sur le territoire d'un Etat en conflit, ils concluront des contrats de fourniture ou des contrats d'emploi avec des entreprises ou des salariés locaux et pourront à ce titre leur imposer par voie de contrat leur code de conduite. L'effet domino, s'il paraît bien moindre dans le cas des E.M.S.P. en comparaison de ce qu'il est pour les grandes S.T.N. au chiffre d'affaires dépassant le produit intérieur brut de certains pays, n'en reste pas moins un élément qui plaide en sa faveur tant on connaît l'ampleur que peut prendre un phénomène de la taille d'un flocon de neige, lorsque l'effet boule de neige vient à se mettre en branle.

Les codes de conduite, et plus largement l'autorégulation, sont donc compatibles avec le droit international qui, au-delà de les tolérer, encourage l'implication des entités privées dans l'édiction des normes et promeut l'existence de règles d'autorégulation dans des domaines d'activités et à l'encontre d'acteurs qui lui échappent.

Section 2. Une régulation privée des entreprises militaires privées promue par le droit international

D'aucuns pourraient croire que le droit international, étatique et souverainiste, fut mal à l'aise face à ce phénomène concurrent qu'est l'autorégulation. Sans faire preuve d'une aisance confinant à l'impudeur, la société internationale s'est grandement ouverte la normativité privée. Promouvant le développement d'une autorégulation presque autonome, incarnant un régime

⁹⁴ L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in G. LEWKOWICZ et M.D. XIFARAS (dirs.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 221-244, spéc. p. 221.

⁹⁵ Voir à ce sujet L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *op. cit.*

⁹⁶ L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in T. BERNS *et al.* (éds.), *Entreprise responsable et corégulation*, Bruxelles, 2007, pp. 147-225, spéc. p. 175.

parallèle (I), la société internationale a ensuite cherché à intégrer ces normes initialement extérieures au droit, dans une structure plus complexe, dépassant les ordres juridiques et les distinctions classiques du droit (II).

I. Le développement de l'autorégulation comme un régime parallèle, processus encouragé par la société internationale

Se sachant incapables de saisir le phénomène des E.M.S.P. de manière appropriée, les Etats et la société internationale ont alors promu le développement d'une régulation hors du champ du droit, parallèle, dont la vocation était de pallier les carences des législations nationales et des textes internationaux. C'est ainsi que l'on a vu germer une multitude de codes de conduite différents (A) dont la seule véritable caractéristique commune est de constituer un droit sans Etat (B).

A. La multiplication de codes de conduite aux contours variés

Il ne s'agirait pas ici de procéder à un inventaire exhaustif des codes de conduite adoptés par les différentes E.M.S.P. actuellement actives. Il s'agira plus certainement d'en souligner la variété, tant au niveau du contenu qu'au niveau de la forme. Bien incapables⁹⁷ d'encadrer les S.T.N., y compris les E.M.S.P., les Etats ont laissé grandir les carences, baptisées par la littérature anglo-saxonne « *governance gap* »⁹⁸. Face aux vides juridiques s'installant dans un champ d'activité qui glorifie le libre marché, la libéralisation et qui éprouve quelques réticences à l'idée de se voir soumettre à une régulation étatique rigide, la solution a été – pour les Etats, la société internationale et les entreprises elles-mêmes – de promouvoir le développement volontaire de régimes d'autorégulation par les entreprises elles-mêmes⁹⁹. Les codes se sont notamment montrés efficaces dans la lutte contre l'Apartheid en Afrique du Sud et ont été un formidable outil de déploiement des droits de l'homme dans des régions du globe qui souffraient de ne pouvoir se reposer sur un gouvernement qui en avait fait sa priorité¹⁰⁰. Ainsi apparaissaient-ils comme un palliatif acceptable à une réglementation par le droit dur.

⁹⁷ Incapables et parfois non-volontaires à un tel encadrement. Voir par exemple P. SIMONS, « Corporate Voluntarism and Human Rights: The Adequacy and Effectiveness of Voluntary Self-Regulation Regimes », *Relations industrielles*, 2004, vol. 59, n° 1, pp. 101-141, spéc. p. 103.

⁹⁸ Voir par exemple *ibid.*, p. 105.

⁹⁹ R. MAYNE, « Regulating TNCs: the Role of Voluntary and Governmental Approaches », in S. PICCIOTTO et R. MAYNE (éds.), *Regulating International Business*, London, Palgrave Macmillan UK, 1999, pp. 235-254, spéc. p. 239.

¹⁰⁰ S.-P. LU, « Corporate Codes of Conduct and the FTC », *op. cit.*, p. 611 et suivante. Nous avons développé ce point précédemment dans ce mémoire.

C'est ainsi qu'ont émergé une multitude de codes de conduite, dont il nous serait bien impossible d'opérer la classification. Quelques critères peuvent en revanche nous être utiles lorsqu'il s'agit de chercher à comprendre le mécanisme qui meut les codes de conduite. Outre les dénominations qui varient – et que nous n'utiliserons pas comme critère de classification tant elles semblent aléatoires et inconstantes¹⁰¹ – le cadre d'adoption du code de conduite ainsi que les règles qu'il contient peuvent servir à opérer une classification qui restera malgré tout très sommaire tant le code de conduite a la prodigieuse capacité de rester un outil mouvant et souple.

En ce qui concerne les règles contenues dans les codes de conduite, certaines sociétés font apparaître un engagement clair et sans emphase à respecter une législation préexistante. C'est par exemple le cas de la société américaine *CACI International* qui s'est engagée dans son code de conduite à respecter la législation américaine régissant les comportements des citoyens américains à l'étranger¹⁰². A l'inverse, d'autres entreprises font le choix d'édicter des codes de conduite contenant des règles dites « de comportement »¹⁰³ dans lesquels elles déterminent plus précisément les actes et comportements qu'elles prohibent à leurs employés. Au-delà de faire apparaître leur engagement volontaire envers une législation donnée, ces entreprises édictent un corpus de règles leur étant propre et distinct d'une réglementation préexistante. Enfin, quant au contenu de ces règles, elles entendent intervenir dans différentes zones. Qu'il s'agisse l'espace interne de l'entreprise¹⁰⁴, de ses relations avec les populations et son environnement immédiat¹⁰⁵ ou encore de ses interactions avec les pouvoirs publics et la communauté internationale¹⁰⁶, le contenu n'est pas unifié et reste très spécialisé, très individualisé.

Après nous être intéressée à la question des différents contenus, il nous faut aussi nous intéresser à celle de l'origine des codes de conduites. Il s'agira ici seulement des codes de conduite adoptés par des entités privées et non pas par des Etats ni des organisations

¹⁰¹ J.-B. RACINE, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », in *Revue Juridique de l'Environnement (R.J.E.)*, Strasbourg, 1996, p. 410.

¹⁰² Le code de conduite de la CACI est disponible en ligne à l'adresse suivante < <http://investor.caci.com/Cache/1001216628.PDF?O=PDF&T=&Y=&D=&FID=1001216628&iid=4200091>> [dernière visite le 5 mai 2018].

¹⁰³ B. CISSE, *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires. A la recherche d'une réglementation juridique appropriée*, op. cit., spéc. p. 373.

¹⁰⁴ Règles relatives aux conditions de travail, à la couverture sociale des employés.

¹⁰⁵ Politique environnementale, respect du droit international humanitaire.

¹⁰⁶ Règles de promotion des droits de l'homme.

internationales¹⁰⁷. Les codes de conduite adoptés dans le cadre de la régulation des E.M.S.P. relèvent soit d'une initiative individuelle soit d'une démarche collaborative et associative. Par exemple certaines sociétés britanniques sont à l'origine de la *British Association of Private Security Companies* ou encore les sociétés américaines ayant été à l'origine de l'*International Peace Operation Association*. Enfin, l'exemple le plus enthousiasmant est très certainement incarné par l'*International Code of Conduct Association* (ci-après ICoCA), association multipartite¹⁰⁸ basée en Suisse dont le code de conduite¹⁰⁹ est sûrement le plus englobant qui existe actuellement.

Quel que soit son contenu, qu'elle que soit son origine, le code de conduite a toujours un objectif identique pour les E.M.S.P. : « convaincre de leur professionnalisme »¹¹⁰.

Les codes de conduites ont donc pris toute la place qui leur était laissée par des législations nationales et un encadrement international trop silencieux au sujet des E.M.S.P. et revêtent aujourd'hui autant de formes qu'il y a d'auteurs. Ils constituent un système de régulation se développant en marge du droit étatique.

B. Les codes de conduite : un droit sans l'Etat

Adopté par des entreprises, individuellement ou regroupés en association, les codes de conduite ne bénéficient d'aucune autorité contraignante et ne sont pas mis en œuvre par une autorité extérieure, pas plus que leur respect ne soit garanti par l'autorité de l'Etat¹¹¹. Ainsi leur application ne relève-t-elle « que de la conscience de leurs auteurs »¹¹². Né en dehors des sphères de l'Etat, le code de conduite semble aussi vouer à vivre en marge de cet Etat. C'est peu dire pourtant que pour les E.M.S.P. il est tout ce qui leur confère les traits d'entreprises *fréquentables*. En sa qualité de norme d'autorégulation, le code de conduite ne recouvre aucune autorité juridique, à moins qu'il ne passe par un « processus secondaire de formation de la

¹⁰⁷ Les codes de conduite sont initialement le fruit d'organisations internationales telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (O.C.D.E.) ou encore l'organisation internationale du travail (O.I.T.).

¹⁰⁸ Les membres sont autant des E.M.S.P. que des gouvernements et des membres de la société civile.

¹⁰⁹ Le code de conduite de l'ICoCA est disponible en ligne à l'adresse suivante < https://www.icoca.ch/en/the_icoc >, dernière visite le 5 mai 2018.

¹¹⁰ J.-D. ROSI, *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, Paris, l'Hartmann, 2009, 282 p.

¹¹¹ G. TEUBNER, « The corporate codes of multinationals: company constitutions beyond corporate governance and co-determination », in *Conflict of Laws ad Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Oxford, Rainer Nickel, 2009, p. 3.

¹¹² B. CISSE, *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires. A la recherche d'une réglementation juridique appropriée*, op. cit., spéc. p. 369.

norme »¹¹³, processus au cours duquel, par l'usage d'outils classiques du droit, la norme édictée dans le code de conduite devient impérative. C'est par exemple ce qui se produit lorsque le code de conduite est annexé à un contrat et rendu impératif par le biais d'une clause contractuelle. La norme d'autorégulation, étrangère au régime étatique du droit, se mue en une norme impérative contractuelle.

Cependant, sa seule origine privée, extérieure à l'Etat, ne peut conférer à l'autorégulation des E.M.S.P. le caractère d'ordre normatif privé. En effet, un ordre juridique global en dehors de l'Etat nécessite l'existence d'institutions et de procédures propres à assurer à cet ordre un fonctionnement autonome et systémique. C'est ce qu'exprime le Professeur Gunther Teubner lorsqu'il expose la nécessité pour les normes privées de s'intégrer dans un « processus au cours duquel elles sont jugées en vertu d'un code juridique »¹¹⁴. Or, pour voir se développer un tel processus qui permettrait aux normes privées, d'autorégulation, propre aux E.M.S.P. de constituer un ordre hors de l'Etat ou de l'ordre international¹¹⁵, il faut que naissent des « instances responsables de l'édiction, la modification, l'interprétation et l'application des normes »¹¹⁶. Nous pouvons nous demander si cette instance peut être un organe de l'entreprise qui édicte le code de conduite. En revanche, en ce qui concerne les codes adoptés dans le cadre d'association, l'émergence d'instances responsable du contrôle de la norme, de son application autant que de son interprétation ne semble pas faire de doute. Pour ne prendre qu'un seul exemple, dans le cas du code de conduite adopté par ICoCA, l'association a la mission de contrôler l'application du code de conduite par les entreprises membres, d'en promouvoir les termes, de traiter des plaintes qui pourraient le concerner et ce faisant d'en interpréter les mots¹¹⁷. Ainsi, l'autorégulation des E.M.S.P. donne naissance, par le biais de ses codes d'association, à un système normatif étranger à l'Etat.

¹¹³ G. TEUBNER, « The corporate codes of multinationals: company constitutions beyond corporate governance and co-determination », *op. cit.*, p. 4. Notre traduction, la version originale se lit comme suit : « secondary norm-formation processes ».

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 5. Notre traduction, la version originale se lit comme suit : « the rules must themselves be subjugated to a process, in which they are judged according to the legal code ».

¹¹⁵ Cette distinction entre l'ordre national et l'ordre international est la distinction classique à laquelle semble échapper les normes d'origine privée.

¹¹⁶ G. TEUBNER, « The corporate codes of multinationals: company constitutions beyond corporate governance and co-determination », *op. cit.*, spéc. p.5. Notre traduction, la version originale se lit comme suit : « instances, who or which are responsible for the establishment, modification, interpretation and implementation of the primary norm ».

¹¹⁷ ICoCA, « The Articles of Association ».

En plus de promouvoir un régime de régulation qui leur échappe, la société internationale et les Etats se sont rapprochés de ces normativités privées pour les intégrer dans un système plus large, moins catégorisé, la corégulation.

II. L'intégration des normes d'autorégulation dans un système hybride : la corégulation

Contrairement à ce que nous avons avancé comme une hypothèse dans le paragraphe précédent, les règles d'autorégulation ne sont pas condamnées à vivre en dehors de la sphère de l'Etat. En effet, en vertu de la théorie de la corégulation, les systèmes de régulations privés, nouveaux, s'ajoutent aux systèmes traditionnels, en estompant dès lors les frontières¹¹⁸. Dès lors, la distinction entre les ordres juridiques, entre le *soft law* et le *hard law* devient un détail mineur puisque le seul intérêt de l'alliance entre les systèmes d'autorégulation et de réglementation est de produire « des effets de régulation »¹¹⁹, peu importe l'origine de la norme. La corégulation ne consiste donc pas en la consultation des entreprises dans l'édiction des normes les concernant. Il s'agit plus sûrement d'associer leurs normes d'autorégulation aux normes internationales ou étatiques les encadrant, d'associer leurs instruments aux règles ou procédures étatiques et internationales.

Les Professeurs Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz¹²⁰ déterminent deux combinaisons possibles entre les instruments procédant à la corégulation. Soit la combinaison se fait en parallèle, soit elle se fait en série. En parallèle, les deux instruments – de réglementation et d'autorégulation – sont utilisés conjointement, en même temps. La combinaison en série, quant à elle, consiste en une conception palliative de la réglementation de droit dur. En effet, dans une telle combinaison, « un instrument de régulation est utilisé et, s'il ne produit pas d'effet, il est remplacé par un autre instrument, généralement plus contraignant »¹²¹.

Dans le cadre des E.M.S.P., nous avons relevé trois cas de corégulation, deux cas de corégulation regardant les entreprises en général (A), et un cas très spécifique aux E.M.S.P. s'appliquant en droit international (B).

¹¹⁸ G. STOKER, « Governance as theory: five propositions », *International Social Science Journal*, mars 1998, vol. 50, n° 155, pp. 17-28, spéc. p. 21.

¹¹⁹ L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*, spéc. p. 152.

¹²⁰ *Ibid.*, spéc. p. 154 et suivantes.

¹²¹ *Ibid.*, spéc. p. 155.

A. Des exemples de corégulation non spécifiques aux E.M.S.P. bien que s'y appliquant

Se poser la question de la corégulation c'est aussi envisager celle des normes y étant impliquées. Nous avons précédemment exposé les normes d'autorégulation développées par les E.M.S.P., il nous faut alors étudier les normes plus contraignantes qui s'y conjuguent.

En ce qui concerne les règles relatives à l'encadrement des entreprises au niveau international, deux outils nous intéressent en ce qu'ils opèrent une réglementation des entreprises qui peut s'appliquer aux E.M.S.P. sans pour autant leur être dédiés.

En premier lieu se trouve *Le Pacte Mondial des Nations Unies* (ci-après *le Pacte*) donc les dix principes relatifs au respect des droits de l'homme, aux normes du travail et à la protection de l'environnement, prescrivent aux entreprises un engagement dans ces champs, et encourage les bonnes pratiques. Le suivi de l'application des principes du *Pacte* est assuré par plusieurs agences des Nations Unies parmi lesquelles le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et le Bureau du Pacte Mondial. Il n'existe aucun moyen de contrainte entre les mains de ces organismes et le respect des engagements pris par les entreprises relève de leur seule volonté. Mais la mise en place d'éléments d'incitation tel que la possibilité d'utiliser le logo du *Pacte* à des fins de communication participe à la mise en place d'une combinaison parallèle.

En deuxième lieu, les *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*¹²² encouragent elles aussi les entreprises à respecter les droits dont elles sont devenues, par leur poids et leur puissance politique et économique et par la volonté de la société internationale, des garants à part entière. Un paragraphe particulier, relatif au droit à la sécurité de la personne semble s'adresser tout particulièrement aux E.M.S.P. en leur demandant de :

« [ne pas participer] à des crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocides, actes de torture, disparitions forcées, pratiques de travail forcé ou obligatoire, prises d'otage, exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, autres violations du droit international humanitaire et d'autres crimes internationaux contre la personne tels que définis par le droit international, en particulier le droit humanitaire et le droit relatif aux droits de l'homme, ni n'en tirent profit »¹²³. Là aussi, comme pour l'exemple précédent, il s'agit d'une entreprise de promotion incarnant la combinaison parallèle.

¹²² SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

¹²³ *Ibid*, spéc para C.

En plus de ces outils non spécifiquement destinés aux E.M.S.P., il existe un exemple de corégulation qui s'adresse aux E.M.S.P. Il consiste en la coexistence de deux outils, 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*¹²⁴ (ci-après *Document de Montreux*) et le *Code de conduite international des entreprises de sécurité privées*.

B. La corégulation propre aux E.M.S.P.

La communauté internationale a entendu montrer la voix de la corégulation propre aux E.M.S.P. en conjuguant le jeu du *Code de conduite international des entreprises de sécurité privées*¹²⁵ et le *Document de Montreux*. Ce dernier est un document multipartite dont la rédaction a réuni des acteurs de tout bord. Ça n'est, en revanche, pas sa rédaction hybride qui en fait un outil de corégulation. En effet, la corégulation n'est pas la coopération des acteurs, mais la coopération des normes. Ce qui en fait un outil de corégulation est ce qu'il exprime en son sein. Nous le savons, la corégulation ne tient pas à une norme particulière, mais au jeu de plusieurs normes, d'origine privée et publique. C'est précisément ce que prévoit le *Document de Montreux*. Il n'est pas un outil de corégulation en lui-même, mais il en incarne la portée et le fonctionnement. Il en impose le cadre dans le cas des E.M.S.P.

Ce texte signé le 17 septembre 2008 est le résultat d'un travail de dix-sept États et du Comité international de la Croix-Rouge. Avant ce document, l'externalisation des fonctions de militaires et de sécurité n'avait pas fait l'objet d'un encadrement spécifique. Le *Document de Montreux* réaffirme les obligations des États au regard de l'encadrement des E.M.S.P., réaffirmant qu'il leur revient de prendre les dispositions nationales pour régler l'action des E.M.S.P.

En parallèle de ce texte, le *Code de conduite international des entreprises de sécurité privées* (ci-après *Code de conduite international*) prône l'encadrement des E.M.S.P. par elles-mêmes, dans le cadre de procédures d'autocontrôles. L'International Code of Conduct Association¹²⁶ (ci-après ICoCA) demande aux E.M.S.P. de se doter de codes de conduite (qui

¹²⁴ COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE, « 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 », 2008.

¹²⁵ « Code de conduite international des entreprises de sécurité privées », ICoCA, 9 novembre 2010, Genève, [En ligne]. <https://www.icoca.ch/fr/the_icoc>.

¹²⁶ L'association chargée de la gestion et de l'application du *Code de conduite international*.

doivent se conformer aux règles contenues dans le *Code de conduite international* lui-même) et de procédures de règlement et de gestion des plaintes dans chaque entreprise.

La coexistence des deux textes constitue en elle-même un exemple de corégulation. Les Etats conservent leurs obligations d'encadrement pendant que les E.M.S.P. membres de l'ICoCA se voient demander de mettre en place des procédures d'autorégulation. Les obligations d'encadrement étatique et les règles d'autorégulation s'appliqueront donc en parallèle.

En outre, les *Statuts de l'Association*¹²⁷ qui encadrent le fonctionnement de l'ICoCA, en lui-même, à l'article 13, disposent que les entreprises doivent mettre en place des procédures de traitement des plaintes. Or, si ces procédures mises en place par les entreprises ne constituent pas une voie de recours suffisamment réparatoire, l'ICoCA peut conseiller d'autres procédures, notamment nationales ou internationales, aux victimes des violations du droit international découlant du non-respect du code. Nous sommes donc là aussi en présence d'une corégulation où les procédures nationales servent à pallier les carences des procédures d'autorégulation.

La corégulation a donc pour mission « la recherche d'une meilleure effectivité juridique »¹²⁸ ce qui nécessite, lorsque l'Etat semble faire défaut, l'interaction de nombreux outils de régulation passant outre les codes classiques de la réglementation en droit international public.

¹²⁷ « Les Statuts de l'Association », ICoCA, février 2013, Genève.

¹²⁸ G.G.B. LIMA, « Different Compensation Mechanisms in the Judicial Protection of the Environment: A Challenge for Juridical Epistemology », *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional (Colombian Yearbook of International Law)*, 2014, vol. 7, pp. 161-188, spéc. p. 166.

CHAPITRE 2. UNE LIBERTE DE DELEGATION DU POUVOIR NORMATIF AUX SOCIETES MILITAIRES PRIVEES NE CONSTITUANT PAS UN BLANC-SEING

La liberté de délégation du pouvoir normatif aux E.M.S.P. est limitée par le droit international. Tout d'abord, les E.M.S.P. ne sont pas libres d'édicter les règles à leur guise, loin de toute autre obligation (Section 1). Ensuite, les Etats ne sont pas déchargés complètement de leurs obligations internationales liées à l'édiction de normes (Section 2).

Section 1. Le respect du droit international, exigence de validité de la norme émise par les sociétés

Nous l'avons précédemment traité, les entreprises sont devenues des sujets du droit international. A ce titre elles ont évidemment des droits et la possibilité d'en faire sanctionner le non-respect. On eut pu croire que la délégation du pouvoir normatif initialement aux mains de l'Etat permettrait aux E.M.S.P. d'échapper aux obligations pesant sur les Etats. C'est tout à fait erroné. Elles sont tout autant destinataires d'obligations en vertu du droit international et ne peuvent dès lors pas être parfaitement libres des normes qu'elles édictent (I). Une seconde limitation de leur pouvoir normatif émerge, plus problématique que le simple respect des obligations internationales : la recherche d'une légitimité démocratique des normes internationales (II).

I. Les sociétés militaires privées, devenues destinataires des obligations du droit international

Devenue pouvoir, l'entreprise s'est vue imposer des obligations en droit international¹²⁹. L'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale (ci-après C.P.J.I.) dans l'affaire de la *Compétence des tribunaux de Dantzig*¹³⁰ constitue un excellent point de départ pour l'analyse des obligations de droit international pesant sur les entreprises, notamment les E.M.S.P. dans cet avis, la C.P.J.I. discute de la possibilité de conférer des droits et obligations aux individus en vertu du droit international dans les termes suivants :

« on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles

¹²⁹ M. KLAMBERG, *Power and law in international society: international relations as the sociology of international law*, Routledge research in international law, London, Routledge, 2015, 182 p., spéc. p. 54.

¹³⁰ « Compétence des tribunaux de Dantzig » (avis consultatif), [1928] CPJI Rec, Série B 15.

déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux »¹³¹.

L'opinion traite, de manière explicite, des obligations conférées aux individus, mais l'interprétation qui en a été faite regarde les entreprises, plus généralement les groupes d'individus ne constituant pas des Etats. En ce qui concerne les droits et obligations résultant du droit international, aucune distinction n'est faite entre les individus et les entreprises¹³².

Etre destinataire d'obligation de droit international signifie qu'on est tenu à leur respect. Dès lors, on ne saurait édicter aucune réglementation impliquant qu'il soit procédé à une violation du droit international pour l'appliquer. Le Professeur Karim Benyekhlef l'affirme, les normes dites alternatives, dont font partie les normes d'autorégulation, sont soumises comme toutes autres normes à la conformité de leur contenu au regard des normes supérieures. Parmi les normes supérieures en question se trouvent les textes législatifs nationaux et les textes internationaux. Ainsi les E.M.S.P., lorsqu'elles édictent les règles qui leur sont propres devront-elles se conformer aux impératifs et exigences du droit international¹³³. Or, le champ et la portée des obligations internationales des entreprises doivent être « déterminés à la lumière des caractéristiques de l'activité de l'entreprise »¹³⁴, c'est donc pour cette raison que nous nous pencherons sur les deux corps de droits qui nous apparaissent comme les plus impactés par les activités des prestataires militaires et de sécurité privés.

Même si les E.M.S.P. ne sont pas englobées dans le droit international humanitaire, il s'applique à leurs employés, elles doivent dès lors le prendre en compte dans leurs normes (A). Ensuite, les E.M.S.P. doivent respecter les différents textes de protection des droits de l'homme, leur régulation doit ainsi traduire cette prise en compte (B).

A. Le nécessaire respect du droit international humanitaire en raison de son application aux agents des E.M.S.P.

Opérant majoritairement sur des terrains de conflits armés, international ou non¹³⁵, le premier droit que l'on envisage comme étant applicable aux E.M.S.P, et dont le respect est une

¹³¹ *Ibid.*, spéc. pp. 17-18.

¹³² Voir par exemple P.C. JESSUP, « Modernization of the Law of International Contractual Agreements », *Am. J. Int'l L.* 1947, vol. 41, p. 389.

¹³³ Voir par exemple F. OST et M. KERCHOVE (VAN DE), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p., spéc. p. 326.

¹³⁴ S.R. RATNER, « Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility », *Yale Law Journal*, 2002 2001, vol. 111, pp. 443-546, spéc. p. 449.

¹³⁵ L'engagement des E.M.S.P. sur le théâtre de conflits armés non internationaux survient parfois lorsqu'elle est engagée par une compagnie privée pour protéger ses sites d'activités sur un territoire en crise.

condition de validité des normes d'autorégulation de ces entreprises, est le droit international humanitaire. Puisque ce droit a pour objectif premier de limiter les effets des conflits armés. Il protège les personnes ne participant pas – ou plus – aux combats et restreint et encadre les moyens de guerre. Dans le cadre de leurs missions, notamment celles de protection de bâtiments ou convois, les E.M.S.P. sont amenées à prendre une part active aux hostilités et doivent dès lors respecter les règles contenues dans le droit international humanitaire. La réalité est en fait bien plus complexe que cela. En effet, en vertu du *Document de Montreux*, le statut des employés des E.M.S.P. est « déterminé par le droit international humanitaire, au cas par cas, en particulier selon la nature et les circonstances des fonctions dans lesquelles ils sont impliqués »¹³⁶. Ainsi, le régime des E.M.S.P. face au droit international humanitaire n'est pas uniforme et devra être défini en fonction notamment des missions des agents pris individuellement. Initialement, les E.M.S.P. étaient titulaires de tâches d'appui logistique ou administratif. Or, la situation évolue et l'on assiste à une participation accrue des E.M.S.P. à des tâches de sécurité et à des activités militaires dans le cadre de conflits armés¹³⁷. Ainsi, même si les E.M.S.P. ne sont pas détentrices d'obligations en vertu du droit international humanitaire, ce dernier s'applique à leurs agents¹³⁸ et les E.M.S.P. doivent ainsi en intégrer les impératifs dans leurs normes. Le débat anime encore aujourd'hui les juristes de savoir si les agents des E.M.S.P. relève du statut de civil ou de combattant¹³⁹. Et même si les Etats ne peuvent de toute évidence pas esquiver leur responsabilité en vertu du droit international humanitaire en déléguant des missions, toujours plus intimement liées aux combats, à des prestataires privés, il ne fait plus guère de doute que les E.M.S.P. sont elles aussi soumises au respect des règles des conflits armés contenues dans le droit international humanitaire. A ce titre, leur régulation privée doit elle aussi en intégrer chacune des obligations.

En outre, les E.M.S.P. deviennent aussi débitrice des obligations contenues dans les traités internationaux des droits de l'homme.

¹³⁶ COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE, « 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 », *op. cit.*, spéc. déclaration 24.

¹³⁷ M. BETTATI, *Droit humanitaire*, Précis Droit public, science politique, Paris, Dalloz, 2012, 321p., p. 87.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 53.

¹³⁹ A. CLAPHAM, « Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations », *International Review of the Red Cross*, 2006, vol. 88, n° 863, pp. 491-523, spéc. p. 519.

B. Les E.M.S.P., débitrice d'obligation en vertu du droit international des droits de l'homme

Comme nous l'avons déjà développé précédemment, les entreprises sont devenues des sujets du droit international notamment parce qu'elles sont titulaires de droits internationaux. La doctrine n'aura jamais manqué de relever qu'il est bien surprenant de constater que les sociétés détiennent des droits, mais qu'il est bien rare de les voir être débitrices d'obligations en droit international¹⁴⁰. Nous le verrons dans la deuxième partie de ce mémoire, le développement de la titularité des droits internationaux par les entreprises n'a pas été suivi par la mise en place d'un régime de responsabilité des personnes morales autres que l'Etat. Pour autant, affirmer que l'entreprise n'est pas débitrice d'obligations en vertu du droit international, et notamment des droits de l'homme nous paraît être une conception erronée de ce que le droit international exige malgré tout de ces sujets. Par exemple, dans l'affaire *Doe v. Unocal Corp*, le juge américain avait déclaré que certaines violations particulièrement graves du droit international étaient susceptibles d'engager la responsabilité d'acteurs privés, notamment les entreprises¹⁴¹. Cette décision expose la position qui va croissante selon laquelle les Etats ne sont pas les seuls titulaires d'obligations internationales.

Il ne fait plus guère de doute que les droits de l'homme ont un « effet horizontal » certain, signifiant qu'ils ne sont plus seulement une donnée jouant dans les rapports verticaux entre les individus et le pouvoir¹⁴², mais qu'ils doivent aussi jouer entre les individus eux-mêmes. Ainsi une entreprise n'est pas seulement débitrice de droit à l'égard de l'Etat, elle est aussi titulaire d'obligations envers les individus¹⁴³.

Les références aux obligations s'adressant à d'autres sujets qu'aux Etats sont, il nous faut le confesser, relativement éparpillées dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Pour autant, elles ne sont pas inexistantes. Par exemple, les deux pactes internationaux¹⁴⁴ prennent en compte, dans leur préambule, que « l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte ».

¹⁴⁰ B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹ « Doe I v. Unocal Corp. », 395 F. 3d 932 9th Cir. 2002.

¹⁴² M. KARAVIAS, *Corporate obligations under international law*, Oxford monographs in international law, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013, 228 p., spéc. p. 20.

¹⁴³ S.R. RATNER, « Corporations and Human Rights », *op. cit.*, pp. 475 et suivantes.

¹⁴⁴ « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », New York, 16 décembre 1966, ONU Recueil des Traités, vol. 999, I-14668, pp. 187-201 ; « Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », New York, 16 décembre 1966, ONU Recueil des Traités, vol. 993, I-14531, pp. 13-21.

En outre, l'intégration de clause d'abus de droit dans de nombreuses conventions¹⁴⁵ a souvent été interprétée comme envisageant la mise en place d'obligations à l'égard des personnes et groupes de personnes. La rédaction de ces clauses est relativement toujours identique et se lit comme suit :

« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention »¹⁴⁶.

C'est ainsi que l'existence d'obligations, de devoirs, à destination des groupements privés, des individus et groupes d'individus¹⁴⁷ permet d'affirmer que les E.M.S.P sont destinataires des obligations contenues dans les traités relatifs aux droits de l'homme, et qu'elles ne peuvent dès lors pas se départir de ces dispositions lorsqu'elles se dotent de normes d'autorégulation. Là encore, le droit international pose des limites importantes non pas à la délégation de la puissance normative, mais au bagage qui y est attaché. La délégation de la puissance normative n'est en aucune manière laissée libre, dans ses effets, par le droit international. En tout état de cause, elle ne peut aboutir à une limitation du champ d'application du droit international au seul motif que le pouvoir normatif a quitté les mains de l'Etat, destinataire originel du droit international. Le droit international pose une limite importante à la liberté de délégation du pouvoir normatif : elle ne se fera pas sans qu'il fasse partie des obligations transférées.

Nous avons distingué le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme. Il convient cependant de reconnaître que les « deux corps de règles de droit tendent [...] aujourd'hui à se rapprocher [...] »¹⁴⁸ et qu'ils constituent ensemble, un corps de règles que les E.M.S.P. ont pour obligation de respecter lorsqu'elles édictent leurs normes d'autorégulation.

¹⁴⁵ « Convention américaine relative aux droits de l'homme "Pacte de San José de Costa Rica" », San José, 16 décembre 1960, Recueil des Traités, vol. 1144, I-17955, pp. 183-202 ; « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *op. cit.* ; « Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.* ; « Déclaration universelle des droits de l'homme », Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948) 71 (10 décembre 1948).

¹⁴⁶ « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Rome, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe, Recueil des Traités, vol. 223, 2889, pp. 221-262, spéc Article 17.

¹⁴⁷ J.J. PAUST, « Human Rights Responsibilities of Private Corporations », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2002, vol. 35, pp. 801-826, spéc. p. 815.

¹⁴⁸ M. BETTATI, *Droit humanitaire*, *op. cit.*, p. 53.

Mais comme le souligne le Professeur Benyekhlef, l'« exercice d'examen de conformité n'est pas aisé et on peut se demander qui, hormis le juge dans le cadre somme toute restreint d'un conflit, sera appelé à jouer ce rôle »¹⁴⁹. Surement les années à venir auront à répondre à cette question.

En plus d'avoir un impératif de contenu, au moins en des termes négatifs relevant de la non-violation des corps de droit international dont sont désormais destinataires les E.M.S.P., ces dernières sont confrontées à une condition émergente du droit international qui leur posera de réels problèmes tant cette condition semble aux antipodes de ce que peut fournir l'autorégulation et de sa procédure d'adoption. Cette condition émergente est celle de la légitimité démocratique des normes.

II. L'émergence d'une condition de légitimité démocratique des normes d'autorégulation : le grand défi de la régulation des sociétés militaires privées

Le courant de consolidation de la démocratie au niveau étatique a coïncidé de manière presque sarcastique avec le développement au niveau international de nouveaux sites de production de la norme internationale et globale sans qu'il soit cherché – contrairement à ce qui s'est fait au niveau européen – à reproduire les institutions démocratiques qui légitiment l'autorité domestique¹⁵⁰. Ainsi, la prolifération des sources de normes a constitué un large déficit pour la démocratie, éloignant les peuples de la décision politique, économique et sociale. Pourtant, le droit international s'était préalablement engagé dans une voie de légitimation démocratique (A) que l'autorégulation, notamment des E.M.S.P., semble faire vaciller, autant qu'elle est incapable de s'y plier (B).

A. La légitimation démocratique croissante du droit international

Initialement fruit de l'Etat seul, le droit international souffrait indubitablement d'une carence de légitimité démocratique. L'autodétermination démocratique implique que les peuples soient en capacité de décider des questions politiques. Ainsi faut-il que « tous les Etats soient en mesure de faire entendre leur point de vue et de participer à la prise de décision »¹⁵¹ puisqu'en droit international, la représentation des peuples passe par le biais de leurs Etats.

¹⁴⁹ K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, op. cit., p. 794.

¹⁵⁰ S. WHEATLEY, *The democratic legitimacy of international law*, Studies in international law, Oxford, Hart, 2010, 400 p., p. 1.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 12.

Mais au-delà de la participation des Etats aux débats et au processus de création de la norme, l'ancien Secrétaire-Général des Nations Unies, Kofi Anan, avait aussi rappelé que le processus de création devait s'ouvrir à tous les acteurs qui participent à la globalisation¹⁵². Ainsi, la participation à l'édiction de la norme constitue-elle un critère de la démocratie.

Certains auteurs de droit international, ne constituant pas un courant minoritaire, affirment que les instances les plus puissantes du droit international devraient être « parlementarisées » pour y faire participer de manière plus directe les peuples à l'élaboration des normes¹⁵³. Impliquant directement les peuples dans la décision, la création d'un parlement international permettrait aussi une meilleure transparence concernant l'activité internationale. Il ne s'agit pas, dans ces développements, de se demander si cette solution est la bonne, ni même si elle est matériellement envisageable. Mais cette proposition doctrinale dit inévitablement quelque chose de ce que la communauté peut attendre du droit qui s'y attache. L'humanisation du droit international, le remplacement de l'être humain, du respect de ses droits et de ses conditions de vies comme nouvelles préoccupations du droit international¹⁵⁴ ont sans aucun doute fait naître, au sein de la doctrine, de grands espoirs tout autant que de grandes attentes, l'attente que l'individu, devenu nouveau paradigme du droit international, en devienne aussi le nouveau créateur. Il convient de remarquer qu'aujourd'hui, hormis au sein de l'Union européenne, il n'existe pas de parlement populaire au niveau international. Pour autant, le mouvement de légitimation démocratique du droit international est palpable.

L'intégration, dans le jeu normatif, de nouveaux acteurs permet d'affirmer que le droit international n'est plus le seul fruit des Etats et entend aujourd'hui, peut-être de manière plus directe, la voix des sujets des normes édictées initialement loin d'eux. L'une des critiques les plus récurrentes du droit international est qu'il opère à l'ombre d'un discours hégémonique et libéral contre lequel il ne fait pas bon s'élever¹⁵⁵. Or, il ne fait aucun doute que la démocratisation du droit international nécessite d'ouvrir l'espace à la contestation et aux contrepoids¹⁵⁶. Or, nous constatons que la société civile est de plus en plus associée à la création

¹⁵² K.A. ANNAN, *We the peoples: the role of the United Nations in the 21st century*, New York, United Nations, Department of Public Information, 2000, 80p. spéc. p. 13 : " Better governance means greater participation, coupled with accountability. Therefore, the international public domain—including the United Nations—must be opened up further to the participation of the many actors whose contributions are essential to managing the path of globalization".

¹⁵³ J. KLABBERS, A. PETERS et G. ULFSTEIN, *The constitutionalization of international law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009, 393p. spéc. p. 324.

¹⁵⁴ A.A.C. TRINDADE, *International law for humankind: towards a new jus gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 726 p., spéc. p. 593 et suivantes.

¹⁵⁵ Voir généralement U. BECK, *What is globalization?*, Cambridge, UK ; Malden, MA, Polity Press, 2000, 180 p.

¹⁵⁶ M. MOORE, « Globalization and Democratization: Institutional Design for Global Institutions », *Journal of Social Philosophy*, mars 2006, vol. 37, n° 1, pp. 21-43, spéc. p. 30.

du droit international. Le cas de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*¹⁵⁷ est un merveilleux exemple de ce rôle croissant que joue la société internationale dans la création de la norme. Au cours du processus de rédaction de cette convention, un groupe de travail *ad hoc* est créé en 1979 et est ouvert à la participation d'organisations non gouvernementales (ci-après O.N.G.). Plus tard, un groupe spécial sera créé à Genève auquel une cinquantaine d'organisations participera. Il fera des propositions au groupe de travail *ad hoc*. Il ne fait aucun doute que la participation de ce groupe spécial aura été à l'origine de l'insertion de l'article 45 qui se lit comme suit :

« Pour promouvoir l'application effective de la Convention et encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la Convention :

a) Les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des dispositions de la présente Convention qui relèvent de leur mandat. Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tous autres organismes qu'il jugera appropriés à donner des avis spécialisés sur l'application de la Convention dans les domaines qui relèvent de leurs mandats respectifs. Il peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies à lui présenter des rapports sur l'application de la Convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité ;

b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents tout rapport des Etats parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication ;

c) Le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant ;

d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et recommandations d'ordre général sont transmises à tout Etat partie intéressé et portées à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des Etats parties ».

Ainsi cet article consacre-t-il la participation active et consultative d'acteurs privés au rôle d'expert¹⁵⁸. Le rôle de la société civile dans l'élaboration du droit international se fait

¹⁵⁷ « Convention relative aux droits de l'enfant », New York, 20 novembre 1989, ONU, Recueil des Traités, vol. 1577, I-27531, pp. 62-80.

¹⁵⁸ Voir sur le cas de la Convention internationale des droits de l'enfant K. MARTIN-CHENUT, « Droit international et démocratie », *Diogenes*, 2007, vol. 220, n° 4, pp. 21-43, spéc. p. 41 et suivantes.

encore plus pressant lorsqu'elle a lieu en amont de la création du droit international, dans ce que le Professeur Pierre-Marie Dupuy appelle l'« initiative implicite »¹⁵⁹ qui consiste en la promotion par la société internationale de la création d'une nouvelle norme internationale. Un exemple de cette participation en amont de la société civile réside dans la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*¹⁶⁰. Les acteurs de la société civile ont provoqué une prise de conscience mondiale sur l'objet de la convention, poussant les acteurs internationaux à engager un travail de réflexion et d'écriture d'une convention internationale.

Ainsi, l'ouverture du droit international aux acteurs non étatiques a participé à la démocratisation de ce dernier¹⁶¹, donnant voix au chapitre à la société civile internationale qui ne saurait rester tout à fait étrangère à la formation de ce droit qui a pour vocation de la réguler.

Cependant, si l'intégration des acteurs de la société civile semble profiter à la démocratisation du droit international, l'externalisation de la fonction normative et sa délégation par les Etats apparait au contraire en fragiliser le mouvement. Ce dernier pourrait-il limiter la liberté de délégation ? Constitue-t-il une exigence que les nouveaux acteurs privés, lorsqu'ils adoptent des régulations privées, doivent prendre en compte ?

B. La difficulté de la démocratisation des normes d'autorégulation : le défi futur des E.M.S.P. et de leur code de conduite ?

Selon Jürgen Habermas, la globalisation a fini par disperser les centres de création de la norme et ce faisant, par sortir les peuples du processus de formation de la norme puisque ces derniers étaient représentés par leurs Etats¹⁶². En déléguant une partie de ses pouvoirs normatifs, l'Etat est sortie de la chaîne de création de la norme dans certains domaines, dont fait partie l'encadrement des E.M.S.P. et ce faisant il a entraîné vers la sortie les peuples dont il était – au moins officiellement – le porte-voix. L'exercice de la démocratie est rendu compliqué par la multiplication des niveaux auxquels s'exercent les fonctions régulatrices. La démocratisation du droit pousse probablement à la reconnaissance d'acteurs nouveaux, non étatiques, nous l'avons présenté précédemment. Mais la démocratisation, qui a été à la source de leur reconnaissance selon certains auteurs, pourrait être aussi aujourd'hui leur plus grand obstacle

¹⁵⁹ P.-M. DUPUY, « Conclusions », in P.-M. DUPUY et M. BETTATI (éds.), *Les ONG et le droit international*, Paris, *Economica*, 1986, pp.251-265, spéc. p. 256.

¹⁶⁰ « Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », Paris, 20 octobre 2015, ONU, Recueil des Traités, vol. 2440, I-43977, pp. 364-381.

¹⁶¹ K. MARTIN-CHENUT, « Droit international et démocratie », *op. cit.*, p. 43.

¹⁶² Voir l'étude de la théorie d'Habermas dans S. WHEATLEY, *The democratic legitimacy of international law*, *op. cit.*

quant aux normes qu'ils édictent. En effet, si beaucoup d'incertitudes persistent encore au sujet des règles de régulation d'origine privée, « [u]ne chose est sûre : elles sont élaborées en dehors de tout processus démocratique, par des acteurs qui en définitive ne s'autorisent que d'eux-mêmes »¹⁶³. Si les codes de conduites sont rendus publics, s'il leur communication est un outil marketing sur lequel capitalisent nombres d'entreprises et d'E.M.S.P. pour convaincre de leur inoffensivité, ils demeurent des règles dont le processus d'adoption est obscur et constitue un héritage de ce qu'était le droit international avant qu'il ne soit fait de lui un outil de promotion et d'expression des droits de l'homme. Les codes de conduites se développent, nous l'avons traité plus tôt dans ce mémoire, là où l'Etat et la société internationale ne parviennent pas à exprimer leur pleine puissance normative. Mais à ce titre, les règles d'autorégulation semblent constituer un excellent moyen d'échapper au blocage des institutions internationales pourtant chargées d'assurer la pleine expression des positions de tous les Etats. C'est notamment le cas avec les E.M.S.P. puisque toutes les tentatives de réglementations internationales sont restées des projets et la société internationale n'est jamais parvenue à se mettre d'accord sur le cadre juridique à imposer aux Etats.

Il reste que la corégulation et l'intégration des normes d'autorégulation dans un système hybride de régulation permettront peut-être de palier, pour l'instant, l'absence de légitimité démocratique des normes d'autorégulation. Mais la question se posera sûrement, si le système évolue dans le sens d'une plus grande responsabilité internationale des entreprises, de savoir comment maintenir la participation de la société civile au processus normatif. Faudra-t-il envisager un forum universel, la mise en place d'institutions spécialisées ? Sûrement la réponse doit-elle être positive tant ce qui semble marquer l'encadrement moderne des entreprises transnationales et de l'autorégulation en général est une « sous institutionnalisation du droit cosmopolitique »¹⁶⁴.

Outre les impératifs du droit international limitant la liberté de régulation des E.M.S.P., les Etats eux-mêmes ne sont pas libérés de leurs obligations internationales au seul motif qu'ils ont transféré leurs compétences normatives aux E.M.S.P. dans certains domaines. Ils restent malgré tout liés par le droit international et conservent un contrôle, même résiduel, sur les normes issues de l'autorégulation.

¹⁶³ B. FRYDMAN, « Stratégie de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in T. BERNS *et al.* (éds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1-50, spéc. p. 47.

¹⁶⁴ J. HABERMAS et R. ROCHLITZ, *Après l'État-nation une nouvelle constellation politique*, Paris, Pluriel, 2013.

Section 2. Un transfert de compétence normative ne libérant pas l'Etat de son rôle déterminant concernant l'encadrement de la norme d'autorégulation

Le contenu de la norme d'autorégulation tout autant que son processus de formation ne sauraient échapper tout à fait à l'Etat. Tout d'abord, en ce qui concerne le contenu de la norme d'autorégulation, il convient de rappeler que l'Etat est tenu de faire respecter le droit international par ses sujets, et qu'à ce titre, l'intégration du droit international dans le droit interne joue un rôle majeur (I). Ensuite, l'entreprise à la moralité qu'on lui impose, il revient donc aux Etats de chercher à influencer cette dernière (II). Enfin, en ce qui concerne le processus d'autorégulation, l'Etat a aussi un rôle à jouer en posant les règles du jeu qui présideront à la création de la norme (III).

I. Le devoir de l'Etat de faire pénétrer le droit international dans l'ordre interne

En vertu de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (ci-après *Convention de Vienne*), « [à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire »¹⁶⁵. Ainsi l'Etat est-il responsable de l'exécution du droit international, ici des traités, et ce de bonne foi¹⁶⁶. Ce principe de l'exécution du droit international impose qu'il soit introduit dans l'ordre interne des Etats afin qu'il puisse s'imposer effectivement « vis-à-vis non seulement de toutes les autorités étatiques, gouvernants et administration, à quelque échelon de la hiérarchie qu'elles se trouvent placées, mais encore des ressortissants de l'Etat »¹⁶⁷. C'est ainsi que la ratification des traités entraîne pour l'Etat l'obligation de mettre en place des mesures domestiques – s'il s'agit d'un régime dualiste – qui permettront de faire apparaître le droit international dans l'ordre interne. Quoi qu'il en soit, le droit interne doit en tout cas, au-delà même de le refléter, respecter le droit international et permettre à l'Etat de remplir ses obligations.

Ainsi, le droit international constitue-t-il une norme gouvernant les sujets nationaux. Reste une question en suspens. Le juge ordinaire est chargé du contrôle de conventionalité des lois, qu'en est-il du contrôle de conventionalité des normes d'autorégulation ? Le Professeur

¹⁶⁵ « Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, article 29.

¹⁶⁶ *Ibid*, article 26.

¹⁶⁷ P. DAILLIER *et al.*, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009, 1709p., spéc. p. 251.

Karim Benyekhlef émettait l'hypothèse d'un contrôle de conformité par le juge dans le cadre d'un conflit de norme, tout en reconnaissant que la question du conflit n'était pas aisée et que le rôle du juge interne jouerait dans le cadre restreint d'un conflit de norme qui lui serait soumis¹⁶⁸. Le cadre européen apporte sûrement une réponse satisfaisante à la solution qui pourrait être intégrée aux différents droits nationaux. En effet, la réglementation européenne met de l'avant le recours à l'autorégulation tout en instaurant un contrôle de conformité. L'article 17 de l'*Accord inter-institutionnel « mieux légiférer »* de 2003 dispose comme suit :

« La Commission veille à ce que le recours aux mécanismes de corégulation et d'autorégulation soit toujours conforme au droit communautaire et qu'il respecte les critères de transparence (publicité des accords notamment) et de représentativité des parties impliquées. Il doit en outre représenter une valeur ajoutée pour l'intérêt général. Ces mécanismes ne sont pas applicables si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu ou dans des situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans tous les Etats membres. [...] »¹⁶⁹.

Ainsi, si l'Etat entend favoriser l'autorégulation des E.M.S.P., il lui appartient de toujours transposer en droit interne, conformément à la procédure attachée à son système juridique¹⁷⁰, les règles de droit international. Il lui appartient aussi d'y soumettre l'autorégulation afin que cette dernière ne constitue pas une violation des obligations internationales. A ce jour, il nous est impossible de savoir qu'elle réalité recouvrira ce contrôle de validité de la norme d'origine privée. Il est en revanche certain que l'Etat ne peut pas permettre le contournement du droit international par la délégation du pouvoir normatif, d'autant que l'Etat est responsable du respect, par ses sujets, du droit international. Lorsqu'une E.M.S.P. est enregistrée dans un Etat, elle en est le sujet. Oui ses activités seront, avec quasi-certitude, transnationales et échapperont, en raison des données que nous avons déjà présentées, au contrôle de la législation nationale. En revanche, le contrôle de la conformité du code de conduite d'une E.M.S.P. avec le droit international devenu droit interne ne semble pas pouvoir échapper à l'Etat d'enregistrement de cette entreprise. Le droit international, en imposant sa transposition interne, impose ainsi une limite au désengagement de l'Etat au regard du contenu de la norme.

Une autre limite, reliée à la première, est celle de la moralisation de l'entreprise qui repose en partie sur les orientations qu'un Etat peut imposer aux entreprises.

¹⁶⁸ K. BENYEKHLF, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, op. cit., p. 794.

¹⁶⁹ « Accord inter-institutionnel "Mieux légiférer" », Journal officiel de l'Union Européenne, 2003/C 321/01, spéc. article 17.

¹⁷⁰ Moniste ou dualiste.

II. L'entreprise, entité à la moralité flexible

Une entreprise, quelle qu'elle soit, n'est pas une entité morale, et n'a, par nature pas de fonction politique définie. L'on doit considérer une entreprise comme « ne disposant d'un sens naturel, mais comme se définissant, et de manière particulièrement laborieuse, par les droits et les responsabilités qui lui sont reconnus »¹⁷¹. Il ne s'agit pas d'avoir la conviction de l'entreprise responsable¹⁷² ou son exact contraire. Mais il s'agit plus sûrement de prendre conscience que l'entreprise, comme produit économique et social, acteur d'une société économique et politique, revêt la conscience qu'on lui impose, que le système énoncé lui impose. Parler de la morale que l'entreprise a, elle a la morale qu'on lui impose. Le droit interne impose aujourd'hui de plus en plus de morale aux entreprises. Mouvement global de responsabilisation de l'entreprise, de l'utilisation de l'entreprise comme un outil de promotion du droit international. Pensée par certains comme une entité dont l'unique vocation est de faire du profit, pensée par d'autres comme un véritable acteur responsable, l'entreprise est une expression juridique et ne saurait dès lors avoir d'autres fonctions que celles que le droit, celui qui précisément lui donne naissance, lui assigne. Le Professeur Thomas Berns explique en effet que, concernant l'entreprise, tout ne peut pas « exclusivement être pensé à l'aune de la liberté de choix, [de l']autonomie première, [de la] liberté de conscience »¹⁷³. Il nous faut penser l'entreprise non comme une entité douée de raison, elle n'en a pas plus que l'Etat, il nous faut à tout prix nous détacher des concepts de l'intention et de la conscience pour comprendre qu'il ne s'agit pas de faire de l'entreprise une entité convaincue par les droits de l'homme, moins encore d'en faire une fervente croyante. Il s'agit simplement d'exposer que l'entreprise évolue dans un contexte politique, social et moral qui ne saurait rester sans effets sur ce qui est attendu d'elle. Ainsi, l'Etat a-t-il le rôle de guider l'entreprise et de lui accoler une fonction qui ferait d'elle une arme au service du droit international, en tout cas de l'éloigner de la voie qui la mènerait peut-être à le violer pour la bonne marche des affaires. L'entreprise n'a point de conscience mais elle a très certainement des intérêts qui tiennent à sa vie économique et financière. Il convient, pour l'Etat de faire en sorte que ces intérêts en question ne transforment pas l'entreprise, par la mégarde de l'Etat, en un danger pour le respect du droit international dans l'ordre interne autant que dans l'ordre international. Ce faisant, l'Etat conserve une mission de contrôle et d'orientation sur le

¹⁷¹ T. BERNS, « Si les entreprises ont une âme », in T. BERNS *et al.* (éds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 51-78, spéc. p. 51.

¹⁷² Responsable étant ici entendu au sens non juridique du terme, responsable comme étant dotée d'un sens de la responsabilité, d'une conscience par exemple sociale.

¹⁷³ T. BERNS, « Si les entreprises ont une âme », *op. cit.*, p. 53.

contenu des normes d'autorégulation que toutes les entreprises enregistrées sur son sol pourraient adopter.

Enfin, le rôle de l'Etat au cours du processus de création de la norme d'autorégulation se fait prégnant en amont de cette dernière, par le jeu de la concertation.

III. La concertation dans la procédure d'élaboration de la norme : encadrement partiel en amont

La gouvernance des nouveaux acteurs internationaux, au premier rang desquels les entreprises transnationales, ne peut reposer sur un recours systématique à une normativité étatique et rigide, établie loin de ses cibles. La concertation dans l'élaboration de la norme permet sans doute une meilleure efficacité de la norme. Elle permet aussi assurément à l'Etat de conserver un certain contrôle sur la norme qui sera édictée ensuite. Il s'agit ici « d'associer les sous-systèmes sociaux sur lesquels [on] veut agir »¹⁷⁴. Elle passe avant tout par une procéduralisation, « le droit, au lieu de proposer directement des normes de conduite sociale – droit matériel-, doit se contenter de régler l'organisation, les procédures et la redistribution des compétences, ce que [Gunther] Teubner appelle les 'préconditions juridiques structurelles d'une autorégulation de la société' »¹⁷⁵. L'Etat doit donc poser les jalons de la normativité privée, en poser sûrement le cadre procédural afin de s'assurer que cette dernière ne puisse lui échapper tout à fait, afin de s'assurer en somme, que le droit international, par l'imposition de procédures et de données de base, ne puisse être dénié par les nouveaux acteurs à qui l'on offre – à raison sans aucun doute – voix au chapitre. Le processus de dialogue doit s'instaurer pour que la norme d'autorégulation ne devienne pas un abandon par l'Etat de l'encadrement des E.M.S.P. L'Etat reste malgré tout, au moins partiellement, le prisme par lequel le droit international s'applique aux E.M.S.P.

Ainsi, les développements de cette première partie ont-ils permis de mettre en lumière que la production des normes d'origine privée ne saurait se faire en dehors du cadre du respect du droit international, qu'il soit une obligation qui pèse directement sur les E.M.S.P. et en gouverne le contenu, ou qu'il passe par des obligations envers les Etats, les empêchant de se défaire totalement de leur fonction normative.

¹⁷⁴ K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, op. cit., p. 777.

¹⁷⁵ L. BOY, « Normes », *R.I.D.E.*, 1998, vol. 12, pp. 115-148, spéc. p. 134.

L'étude à venir des normes secondaires résultant de l'autorégulation permettra sans nul doute de parvenir à la même conclusion.

PARTIE II.

LES NORMES SECONDAIRES ET LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT : GARDEFOU DU LIBERALISME POLITIQUE

Dans le cadre des normes secondaires et de la responsabilité des Etats et des E.M.S.P. induite par les normes d'autorégulation, nous faisons face à l'émergence d'un régime privé de responsabilité des E.M.S.P. par la mise en place de mécanismes de contrôle privé de l'application des normes (Chapitre 1). En revanche, l'Etat continue de garder un rôle primordial dans l'application des normes d'autorégulation et reste garant du respect du droit international par les E.M.S.P. (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS DES ENTREPRISES MILITAIRES ET DE SECURITE PRIVEES PAR DES PROCEDURES NON ETATIQUES : LA TENTATIVE DE MISE EN ŒUVRE DE MECANISMES DE CONTROLE PRIVES

Une fois la règle de l'autorégulation adoptée, il faut en assurer le respect, en contrôler l'application et en sanctionner la violation. Les E.M.S.P. ont donc entrepris la mise en place d'un système relativement complet de supervision de leur code de conduite. L'exemple le plus emblématique de ce mouvement de contrôle privé est celui de l'*International Code of Conduct Association* (ci-après ICoCA) qui a développé un véritable processus de contrôle du respect de son code (Section 1). Cependant, cette tentative porte en elle les limites intrinsèques de l'autorégulation (Section 2).

Section 1. Les outils privés du contrôle du respect de leurs codes de conduite par les sociétés militaires privées : l'exemple de l'ICOCA

Nous l'avons évoqué précédemment, le développement, par les E.M.S.P., d'un code de conduite permet à ces entreprises de convaincre de leur professionnalisme, de mettre fin aux fantasmes qui pourraient circuler sur leur compte, et de satisfaire suffisamment l'Etat et la société internationale pour leur ôter l'envie ou le besoin de mettre en place une réglementation qui serait plus stricte. Pour garder un certain contrôle sur leur code, et pour finir de convaincre qu'elles n'ont rien à cacher, des E.M.S.P. se sont alliées pour créer une association, l'ICoCA. Cette dernière est une association multipartite à laquelle sont parties sept gouvernements¹⁷⁶, quatre-vingt-onze E.M.S.P. et vingt-six organisations de la société civile qui administre le *Code de conduite international des entreprises de sécurité privée* (ci-après *Code de conduite international*)¹⁷⁷. Elle est dépositaire d'un pouvoir de contrôle large et de suivi des activités des E.M.S.P. membres. Dans un premier temps, l'ICoCA dispose d'un pouvoir de contrôle de la bonne application du *Code de conduite international* par les entreprises membres (I). Dans un second temps, l'ICoCA dispose d'un pouvoir d'évaluation et de traitement des plaintes concernant les violations de ce code, couplé à l'obligation pour les membres de mettre en place

¹⁷⁶ Australie, Canada, Etats-Unis d'Amérique, Norvège, Suède, Suisse et Royaume-Uni.

¹⁷⁷ « Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, ICoCA, 9 novembre 2010, Genève », *op. cit.*

une procédure d'examen des plaintes (II). L'ensemble de ces prérogatives de contrôle permettent enfin la mise en place d'une certification des E.M.S.P. qui soit sérieuse et qui confère à ses membres une autorité certaine dans le domaine, et une réputation qu'ils devront s'attacher à défendre (III).

Avant de commencer l'étude de ces méthodes aux mains de l'ICoCA, il convient de souligner que, pour s'assurer du respect du *Code de conduite international*, l'ICoCA dispose d'un autre texte, *les Statuts de l'Association*¹⁷⁸, qui confère à cette dernière de véritables pouvoirs de contrôle et de suivi. Cette procédure de contrôle correspond au quinzième principe directeur mis en place par le Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies¹⁷⁹ (ci-après *Les principes directeurs*). Le quinzième principe directeur se lit comme suit :

« Afin de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme, les entreprises doivent avoir en place des politiques et des procédures en rapport avec leur taille et leurs particularités, y compris:

a) L'engagement politique de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme;

b) Une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient;

c) Des procédures permettant de remédier à toutes les incidences négatives sur les droits de l'homme qu'elles peuvent avoir ou auxquelles elles contribuent ».

Pour montrer que les entreprises respectent le droit international, et particulièrement les droits de l'homme, elles doivent mettre en place des procédures. Dans le cadre des E.M.S.P. membres de l'ICoCA, ces procédures consistent avant tout en un contrôle des résultats des E.M.S.P. au regard du *Code de conduite international*.

¹⁷⁸ « Les Statuts de l'Association », ICoCA, février 2013, Genève.

¹⁷⁹ « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en oeuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations Unies », HCDH, A/HRC/17/31, 2011. Ces principes ont été adoptés par le H.C.D.H. des Nations Unies dans le cadre de la mise en oeuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » qui vise à poser les bases d'une responsabilité des entreprises dans le cadre des droits de l'homme.

I. Le contrôle des rapports, le suivi et les évaluations de performances

Le *Code de conduite international* a été adopté à la suite du *Document de Montreux*¹⁸⁰ et poursuit la volonté de voir encadrer les E.M.S.P. Cependant, si le document sus-cité s'attachait à rappeler aux Etats leurs obligations en ce qui concerne l'encadrement des E.M.S.P., le *Code de conduite international* met l'accent sur les obligations des entreprises évoluant dans le domaine de la sécurité et des activités militaires. Or, un code seul, n'a guère d'influence et n'est guère plus qu'un merveilleux outil de communication pour l'E.M.S.P. Il ne devient un véritable outil de régulation que lorsqu'il est rendu possible de pouvoir vérifier qu'il est effectivement suivi, qu'il constitue véritablement une norme, une règle d'organisation et de conduite. C'est donc dans cette perspective que les Statuts de l'Association lui confère les prérogatives dont nous discutons dans ce paragraphe et qui sont inscrites à l'article 12 des *Statuts de l'Association*. Elles ont comme objectif « de contrôler la performance des entreprises membres conformément au Code, notamment en exerçant un suivi externe, en publiant des rapports »¹⁸¹. Cette surveillance s'opère par trois voies.

Dans un premier temps, l'ICoCA reçoit, de la part des entreprises, des évaluations écrites relatives à leurs performances en ce qui concerne le respect du *Code de conduite international*. Cette première option est relativement classique en ce qui a trait au contrôle d'application des codes de conduite. Conforme au volontariat que ces derniers incarnent, la transmission volontaire et autonome de rapports et d'évaluation par l'entreprise, de ses propres résultats en application du code ne constitue pas une méthode surprenante. Elle permet en outre à l'association qui gère le code de conduite d'avoir un retour sur les techniques mises en place par les entreprises, sur les difficultés qui émergent à l'application du code et sur les besoins d'encadrement plus aboutis que certaines dispositions spécifiques font émerger. La voie de la communication de rapports est inscrite au principe 21 des *Principes* directeurs en ces termes :

« Pour rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient être prêtes à communiquer l'information en externe [...] »

La responsabilité des entreprises de communiquer les informations est un élément constitutif de la responsabilité de respecter les droits de l'homme qui pèse sur les entreprises.

¹⁸⁰ COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE, « 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 », *op. cit.*

¹⁸¹ « Les Statuts de l'Association », ICoCA, février 2013, Genève, *op. cit.*

Il ne s'agit pas de respecter les droits de l'homme et de le savoir, il s'agit de le faire savoir et d'en apporter la preuve. En parallèle du vingt-et-unième principe, le principe directeur numéro dix-sept pose lui aussi ce devoir de communication. La communication à l'externe a une réelle influence sur l'application effective du code de conduite. En effet, une caractéristique originale de la régulation transnationale qu'incarne le code de conduite de l'ICoCA est le poids d'acteurs classiques du marché qui étaient habituellement oubliés par les Etats. Parmi ces acteurs figurent en bonne place les consommateurs, les clients, les cocontractants et les assureurs¹⁸². Ainsi le devoir de communication de rapports répond-il à l'exigence des *Principes directeurs* autant qu'aux exigences du marché lui-même.

La deuxième voie consiste pour le Secrétariat de l'ICoCA à recevoir et recueillir toutes les informations utiles en provenance du public et de la société civile afin d'établir si, sur le terrain, l'entreprise membre se conforme effectivement au code de conduite. Une fois encore, cette possibilité pour le public et la société civile de communiquer des informations directement à l'association dans une perspective de contrôle du respect du code de conduite traduit la place croissante et l'importance capitale qu'ont prises les acteurs de la société civile dans l'encadrement des S.T.N. Cette possibilité de communication par le public à l'association est une garantie majeure dans le cadre de la surveillance des E.M.S.P. parce qu'elle permet aux organisations non-gouvernementales de déployer tout leur pouvoir d'investigation et d'information au public. Les activités des E.M.S.P. se déroulent principalement sur des théâtres d'opérations ou dans des pays dont l'infrastructure est si fragilisée que les pouvoirs publics sont bien incapables ni d'encadrer efficacement les activités qui se déroulent sur leur territoire, ni même de faire usage de leur pouvoir de surveillance et de communication. Il devient alors impossible d'avertir les populations, la société internationale et le grand public des débordements et des violations du droit international qui s'y déroulent. Dans ce genre de situation, où la politique et l'information semblent avoir peu de chance de s'exprimer, les O.N.G. ont pour rôle et pour vocation de pallier les carences du système en place et de communiquer au plus grand nombre les infos qui restaient jusque-là dans l'ombre.

Ainsi le droit de communication de la société civile constitue-t-il un moyen de pression à l'encontre des E.M.S.P. Cet effet de pression n'est pas comparable à celui qu'effectue directement les consommateurs habituels d'une grande entreprise de vente de biens ou de services. Lorsqu'une compagnie vendant des chaussures est l'objet d'un rapport par une O.N.G.

¹⁸² C. SCOTT, « Regulating in Global Regime », in D. LEVI-FAUR (éd.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, UK Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2011, PP. 563-575, spéc. p. 566.

sur les conditions de travail déplorables de ses employés ou sur le non-respect de sa politique de respect des droits de l'homme, le vivier de consommateurs est tel que ces derniers ont un véritable poids, leur acte d'achat – ou de non-achat – devenant un acte politique, revendicateur ou contestateur. Dans le cas des E.M.S.P. il faut admettre que le vivier de clients est bien plus restreint, on peut donc s'interroger sur le poids de ces derniers et sur l'influence de la publicité des résultats ou de rapports externes concernant le respect des politiques internes dont s'est dotée l'E.M.S.P. Pourtant, lorsqu'un État contracte avec une telle société, elle se soumet à la pression de l'opinion publique et de la société civile de la même manière qu'une entreprise qui ne respecterait pas son code de conduite. Une entreprise qui contracterait avec une E.M.S.P. se soumettrait elle aussi à cette pression. Ainsi, la pression du marché, les attentes des consommateurs et le jeu de la réputation jouent de la même manière pour les E.M.S.P., de manière indirecte mais sur le même principe : le consommateur de ses services sera lui-même soumis à la pression de la société civile, à son jugement, et fera jouer cette attente dans les exigences de respect du code de conduite qu'il imposera à l'E.M.S.P.

Enfin, la troisième voie dont dispose l'ICoCA pour contrôler le respect du *Code de conduite international* est celle des enquêtes sur le terrain, diligentées de sa propre initiative. Ces enquêtes peuvent aussi être diligentées à la demande d'un membre de l'association.

Une fois ces outils de contrôle utilisés, et en cas de violation constatée, l'ICoCA fait des observations à l'entreprise fautive. Elle peut lui demander de prendre des mesures correctives dans un délai fixé. Si l'entreprise s'abstient de suivre les remarques de l'association, cette dernière peut engager une procédure de suspension de la certification¹⁸³.

En outre, l'ICoCA dispose que les E.M.S.P. doivent développer des procédures de traitements des plaintes relatives à des violations du code de conduite.

¹⁸³ Nous traiterons de l'importance de la certification eu égard au respect du code de conduite au III. de cette section.

II. Un processus de traitement des violations du code

Le processus de traitement des violations du code de conduite mis en place par le code lui-même et les *Statuts de l'Association* repose sur deux pans. Le premier réside en l'obligation pour les E.M.S.P. membres de mettre en place des procédures de traitement des plaintes (A). Le second consiste en un pouvoir d'appréciation des plaintes aux mains de l'association elle-même (B).

A. *L'exigence de mise en place de procédures de traitement des plaintes par les entreprises membres*

Le vingt-neuvième principe directeur du H.C.D.H. dispose que « [p]our pouvoir examiner rapidement les plaintes et y remédier directement, les entreprises devraient établir des mécanismes de réclamation au niveau opérationnel ou y participer pour les individus et les collectivités qui risquent d'être lésés ». Sur le fondement de cette disposition des *Principes directeurs*, l'ICoCA impose à ses membres de mettre « en place des procédures de traitement des plaintes émanant de leur propre personnel ou de tiers et portant sur une possible violation par l'entreprise des principes figurant dans le présent Code »¹⁸⁴. Cette obligation est rappelée dans les *Statuts de l'Association* à l'article 13. Ces procédures doivent être « équitables, accessibles et offrir des mesures correctives efficaces pour traiter des violations présumées du code »¹⁸⁵. L'existence de procédure de réparation devant être équitable correspond à l'exigence en droit international d'un droit à un procès équitable garanti par toutes les conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Ainsi, cette exigence exprimée en toutes lettres par le *Code de conduite international* et par les *Statuts de l'Association* garantit que le code de conduite soit traité comme une norme donnant lieu à des droits dont on pourrait se prévaloir pour réclamer une réparation. En effet, le Professeur Frédéric Sudre le rappelait, « l'affirmation internationale des droits et libertés est une chose, [mais] la garantie du respect de ces droits en est une autre »¹⁸⁶. La mise en place de procédure permettant aux victimes de violation du code de conduite de demander réparation constitue véritablement une garantie des droits que ce code leur confère. Mais au-delà de cette garantie des droits, la procédure de plainte et de réclamation constitue un outil véritable de sanctionner les violations dont l'E.M.S.P. ou ses agents pourraient s'être rendus coupables. La procédure telle qu'elle est présentée par l'association sur

¹⁸⁴ « Code de conduite international des entreprises de sécurité privées », ICoCA, *op. cit.*, spéc. para. 66.

¹⁸⁵ « Les Statuts de l'Association », *op. cit.*, spéc. article 13.

¹⁸⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Droit fondamental classiques, Paris, P.U.F 2016, 1005p, spéc. 13.

son site internet¹⁸⁷ dispose aussi que le plaignant devra obtenir une réponse à sa plainte, réponse contenant la suite de la procédure et les propositions de recours, dans un délai de trente jours. Cette condition et ce délai paraissent effectuer un parallèle entre le droit à un procès équitable défendu par le droit international, et qui comprend une condition de délais raisonnables, et la procédure de contrôle interne aux E.M.S.P. telle que signifiée par le *Code de conduite international et les Statuts de l'Association*.

En plus des procédures prévues au sein des E.M.S.P., l'ICoCA est titulaire de compétences propres relatives au règlement des différends.

B. Compétences propres de l'ICoCA

En plus de répartir les plaintes qu'elle reçoit entre les différentes procédures existantes susceptibles d'y apporter une réponse satisfaisante en termes de respect des principes de la justice, l'ICoCA possède de véritables compétences de règlement des différends par des voies moins « juridictionnalisées ». Il s'agit plus sûrement de « coopération avec les bons offices de l'Association, la fourniture d'une médiation neutre et confidentielle ou toute autre modalité à même d'aider l'entreprise membre à offrir des mesures correctives efficaces »¹⁸⁸. Il s'agit toujours de s'assurer que la réponse apportée à la plainte permettra d'obtenir une réparation en cas de violation du code.

L'existence de ces procédures, qu'ils s'agissent des procédures internes aux E.M.S.P. ou des compétences de l'ICoCA, apportent la preuve que le code de conduite ne peut pas seulement être utilisé comme un outil de communication mais que sa violation peut faire naître vis-à-vis de l'E.M.S.P. en cause, un devoir de réparation. Le *Code de conduite international et l'ICoCA* procèdent donc à l'institutionnalisation du code et de son respect, et ce, en prenant exemple sur les procédures et les principes de justice qui prévalent en droit international.

Enfin, pour s'assurer du respect du code de conduite, la certification joue un rôle important en constituant un incitatif majeur pour les E.M.S.P.

¹⁸⁷ < <https://icoca.ch/en/complaints#procedure> > [dernière visite le 15 mai 2018].

¹⁸⁸ « Les Statuts de l'Association », *op. cit.*, spéc. article 13.2.5.

III. Une procédure de certification : le rôle majeur de la réputation des E.M.S.P.

Le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, avait réaffirmer la validité et la légitimité internationale des règles d'autorégulation, tout autant que leur importance dans l'encadrement des S.T.N., mettant l'accent sur les initiatives de régulation impliquant différents acteurs¹⁸⁹. Dans le cadre des E.M.S.P., l'encadrement de leurs activités par le biais d'un code multipartite et impliquant un certain nombre d'entreprise traduit le besoin pour toute la profession d'améliorer l'image dont jouit le secteur¹⁹⁰. Cette politique d'amélioration de l'image d'un secteur d'activité motive avec certitude la mise en place d'une procédure de certification par l'ICoCA.

Pour obtenir une certification et ainsi être recensé comme membre de l'ICoCA et bénéficier de sa réputation, il faut que l'E.M.S.P. remplisse les critères et respecte chacune des dispositions du code. Pour ce faire, il revient à l'entreprise de fournir la preuve qu'elle respecte les dispositions du code, qu'elle les a insérées dans sa politique interne et qu'elle a mis en place une procédure de surveillance. Elle doit en outre avoir été contrôlée par l'association afin que cette dernière s'assure de la bonne conduite de l'entreprise, y compris sur le terrain.

Cette procédure de certification est un cercle vertueux. En effet, la mise en place d'un code et de l'exigence de son respect permet à l'association de développer une image de marque et une réputation propres à rassurer la société civiles et les potentiels co-contractants des membres de l'ICoCA. Les entreprises voulant bénéficier de la réputation de l'association devront se conformer à ses exigences afin de ne pas provoquer une dépréciation de la certification. La perspective de la certification et sa conservation constituent une motivation certaine pour les E.M.S.P., finissant de les convaincre du bien-fondé du respect du code de conduite, pour leurs affaires notamment. En effet, l'ICoCA délivre sa certification pour une durée de trois ans et opère un contrôle continu des performances des entreprises. Elle peut aussi, en cas de manquement que l'entreprise n'aurait pas entendu réparer, retirer la certification et ainsi priver l'E.M.S.P. du privilège de la réputation et du sérieux attachés à l'association, à son code et à ses membres. Le poids de la certification est d'autant plus important que le jeu de la

¹⁸⁹ « Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises Additif - Techniques de gestion et politiques en matière de droits de l'homme : Résultats des questionnaires envoyés aux gouvernements et aux 500 entreprises du classement du magazine Fortune », A/HRC/4/35/Add.3, 28 février 2007, spéc. para. 52-53.

¹⁹⁰ N. JÄGERS, « Will transnational private regulation close the governance gap? », in S. DEVA et D. BILCHITZ (éds.), *Human Rights Obligations of Business - Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2013, pp. 295-328, spéc. p. 304.

concurrence et la pression du marché qui s'exerce sur les E.M.S.P. conduisent celles-ci à vouloir s'assurer la publicité et la réputation d'un label ou d'une certification comme une carte de visite lui ouvrant sans aucun doute les portes de relations contractuelles avec des clients rassurés. La certification est un argument commercial autant qu'un atout pour la vente de services.

L'ICoCA n'est pas la première association dont la mission est d'encadrer le respect d'un code de conduite. Avant elle, l'*International Peace Operations Association (IPOA)* et la *British Association of Private Security Companies (B.A.P.S.C.)* étaient sensées remplir la même fonction pour leurs codes respectifs. Pourtant, aucune d'elle n'a entrepris la mise en place de mécanisme d'autorégulation leur permettant de contrôler l'application effective de leurs codes de conduite¹⁹¹. La mise en place d'un véritable processus de suivi et de contrôle du comportement des E.M.S.P., eu égard aux règles d'autorégulation dont elles se dotent, est d'autant plus fondamentale que, dans le cadre des E.M.S.P., l'Etat effectue une véritable délégation de pouvoir normatif, laissant ainsi un « vide » législatif. C'est pourquoi les outils dont s'est dotée l'ICoCA constituent le plus bel exemple de ce que l'autorégulation et son contrôle par des moyens privés peuvent accomplir. Si l'Etat se défait de sa puissance normative au profit d'une entité qui n'en fait pas un usage ni complet ni satisfaisant aboutirait à un véritable vide régulateur qui laisserait une matière entière hors de tout champ de régulation. Or, la mise en place de processus privés est non seulement une entreprise qui reste encore aujourd'hui rare, mais au-delà de sa rareté, souffre de limites qui ne manqueront pas d'en fragiliser les rouages autant que l'efficacité. *Les Statuts de l'Association* constituent un bel espoir d'effectivité tant l'institutionnalisation du contrôle constitue le point essentiel à l'application et au respect des codes de conduite autant qu'à l'effectivité du contrôle dont il est ici question¹⁹².

Pourtant, même s'il permet de croire en un meilleur suivi de l'application du code de conduite – des codes de conduite en général s'il venait à devenir la procédure classique –, le contrôle privé de l'application des règles d'autorégulation des souffre de handicaps qui ne sont pas de nature à compenser pleinement l'absence de procédures étatiques.

¹⁹¹ R. DE NEVERS, « The Effectiveness of Self-Regulation by the Private Military and Security Industry », *Journal of Public Policy*, août 2010, vol. 30, n° 2, pp. 219-240, spéc. p. 221.

¹⁹² L.A. DICKINSON, « Regulating the Privatized Security Industry: The Promise of Public/Private Governance The 2013 Randolph W. Throver Symposium Privatization: Managing Liability and Reassessing Practices in Local and International Contexts », *Emory Law Journal*, 2014 2013, vol. 63, pp. 417-454, spéc. p. 425.

Section 2. Les indubitables limites intrinsèques à ces procédures

Les procédures de suivi de l'application du code de conduite mises en place par l'ICoCA et ses statuts constituent certainement un bel exemple de ce que l'autorégulation a de mieux et sûrement de plus efficace. La mise en place d'un véritable système de contrôle n'efface pourtant pas les limites intrinsèques et communément reprochées à l'autorégulation. La première limite à l'efficacité de l'autorégulation est le volontarisme qu'elle traduit et qui l'irrigue perpétuellement, y compris la procédure de contrôle (I). La seconde limite tient au manque de transparence des procédures de contrôle malgré les efforts faits (II).

I. Les limites du volontarisme

Les codes de conduites, comme l'ensemble des règles d'autorégulation, sont dirigés par le principe du volontarisme qui s'immisce à deux niveaux : au niveau de l'adoption d'une telle règle, et au niveau de son respect. Il ne s'agit pas ici de se pencher sur la question du volontarisme comme élément de l'adoption ou non de telles normes. Le sujet de nos développements à ce moment de notre étude relève plus certainement de la portée de la volonté au moment du respect de la norme et de la mise en place de procédures. Procédures qui seront elles-mêmes teintées d'un volontarisme patent. Ainsi le volontarisme qui teinte la procédure de contrôle elle-même nourrit-il le volontarisme qui gouverne le respect de la norme en question par les E.M.S.P.

Dans le cadre de l'encadrement des E.M.S.P., ce volontarisme se traduit par l'absence de mécanismes contraignants lors du contrôle de l'application des codes de conduite, y compris dans le cadre de l'ICoCA. En effet, « l'Association ne peut pas imposer des dommages et intérêts spécifiques aux parties »¹⁹³. Ce faisant, l'association ne peut contraindre aucune entreprise à procéder à la réparation de dommages infligés à une population ou à un individu en particulier. Même si l'ICoCA peut aider les plaignants à se tourner vers les procédures les plus efficaces pour obtenir une réparation, elle ne peut garantir que la procédure en question sera celle instaurée par l'entreprise en cause et ne peut contraindre cette dernière à mettre en place une véritable procédure de réparation bien qu'une telle procédure soit exigée en vertu du *Code de conduite international* et des *Statuts de l'Association*. La procédure de contrôle du respect des normes d'autorégulation repose ainsi sur le consensus et le

¹⁹³ « Les Statuts de l'Association », *op. cit.*, spéc. article 13.2.5.

pragmatisme¹⁹⁴. Misant plus sur les intérêts commerciaux des entreprises et la pression du marché dans lequel elles évoluent, l'association n'a pas entendu exercer de contrainte sur les entreprises membres. La politique qui gouverne l'autorégulation et les procédures de contrôle de son respect relève plus certainement de l'incitation que de la sanction.

Le seul élément évoquant discrètement la sanction dans le cadre de l'ICoCA est celui de la perte de la certification en cas de violation avérée du code et de l'absence de bonne foi de l'entreprise en question. Il ne s'agit pas selon nous d'une sanction, mais bien plus certainement du retrait de ce qui constituait un véritable incitatif. L'entreprise en question n'est d'ailleurs nullement empêchée de redemander la certification et de suivre la procédure pour y accéder une fois qu'elle se sera conformée aux exigences. En l'absence de répercussions adéquates en cas de violation du code de conduite, il est à craindre que la procédure mise en place par l'ICoCA, bien qu'elle soit la plus aboutie à ce jour, ne constitue qu'un espoir, et que la protection du droit international et des droits de l'homme par les codes de conduite soit tout au mieux incertaine¹⁹⁵. Soyons bien conscients que la procédure de l'ICoCA est le plus aboutie actuellement et qu'elle-même ne parvient pas à complètement effacer les failles classiques de l'encadrement des E.M.S.P. et du respect par elles de leurs codes de conduite. C'est d'autant plus vrai lorsque lesdites entreprises évoluent en dehors de toute association et qu'elles se chargent elles-mêmes du contrôle de leur respect.

Le volontarisme est d'autant plus prégnant que les procédures de contrôle restent, malgré toutes les tentatives, majoritairement l'apanage des E.M.S.P. elles-mêmes, ce qui contribue de ce fait à la deuxième faille du système actuel de contrôle du respect des codes de conduites des E.M.S.P., il reste très opaque et secret.

II. L'indiscutable opacité de la régulation des E.M.S.P.

La transparence de la procédure est un élément majeur de la crédibilité du contrôle de l'application de la norme, de la norme elle-même¹⁹⁶. Elle est une qualité majeure attendue de toute norme et procédure dans le monde de la gouvernance globale¹⁹⁷. En effet, il est difficile

¹⁹⁴ J. NOLAN, « The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law? », in S. DEVA et D. BILCHITZ (éds.), *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cheltenham, UK Northampton, MA, Cambridge University Press, 2013, pp. 138-161, spéc. p. 154.

¹⁹⁵ S.-P. LU, « Corporate Codes of Conduct and the FTC », *op. cit.*, p. 616.

¹⁹⁶ P. SIMONS, « Corporate Voluntarism and Human Rights », *op. cit.*, p. 126.

¹⁹⁷ L.A. DICKINSON, « Regulating the Privatized Security Industry », *op. cit.*, p. 434.

de croire dans l'effectivité d'une procédure de contrôle ni dans une norme si les résultats des études et des enquêtes demeurent secrets.

La procédure de l'ICoCA n'est pas la plus emblématique de la difficulté à faire preuve de transparence en ce qui concerne la supervision de l'application des normes d'autorégulation. En effet, elle fait preuve d'une grande ouverture à la société civile. L'engagement d'organisations internationales et d'organisations de la société civile ainsi que leur possibilité de transmettre des remarques à l'association montrent que cette dernière est peut-être la meilleure incarnation du grand principe de transparence inclus dans le *Document de Montreux* et le *Code de conduite international*¹⁹⁸.

Mais ce que l'ICoCA permet de transparence n'est pas l'apanage de toutes les procédures d'autorégulation et de leur suivi. L'industrie des E.M.S.P. souffre d'une réputation sulfureuse, sombre et secrète. Et le manque de transparence dont souffre l'industrie est de nature à diminuer grandement l'effectivité de l'autorégulation de ces entreprises¹⁹⁹. La difficulté à obtenir des informations précises sur les missions et les faits de ces entreprises sur le terrain constitue un obstacle majeur à la garantie du respect des codes de conduite.

La nécessité de transparence apparaît au dix-septième principe directeur en termes de communication des informations et au vingt-et-unième principe directeur dans les termes suivants :

21. Pour rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient être prêtes à **communiquer l'information en externe**, en particulier lorsque des préoccupations sont exprimées par les **acteurs concernés** ou en leur nom. Les entreprises dont les activités ou les cadres de fonctionnement présentent des **risques d'incidences graves** sur les droits de l'homme doivent faire connaître officiellement la manière dont elles y font face.

Dans tous les cas, les communications devraient :

a) S'effectuer selon des modalités et à une fréquence en rapport avec les incidences sur les droits de l'homme de l'entreprise et être faciles d'accès pour les publics auxquels elles s'adressent ;

b) Fournir des **informations suffisantes pour évaluer l'efficacité** des mesures prises par une entreprise pour remédier à l'incidence sur les droits de l'homme dont il est plus particulièrement question ;

c) Éviter à leur tour de présenter des risques pour les acteurs et le personnel concernés, sans préjudice des prescriptions légitimes en matière de confidentialité des affaires commerciales 200.

¹⁹⁸ « Code de conduite international des entreprises de sécurité privées », *op. cit.*, article 3.3.2.

¹⁹⁹ N. JÄGERS, « Will transnational private regulation close the governance gap? », *op. cit.*, p. 313.

²⁰⁰ Nos soulignés.

La prescription par les *Principes directeurs* de la communication des informations aux individus concernés et au public n'est en revanche pas exempte de faiblesses. Le principe 21 parle de transmettre les informations aux acteurs concernés lorsque ceux-ci ont exprimé des préoccupations ou que de telles préoccupations ont été exprimées en leur nom. Mais cette disposition semble méconnaître les circonstances d'exercice des E.M.S.P. Dans nombre de cas, les individus concernés n'auront nullement la capacité de soulever des préoccupations tant leur situation les affaiblit. C'est le cas des victimes de débordements des agents des E.M.S.P. sur le terrain²⁰¹. Ainsi, sans leur requête, l'information ne sera pas diffusée.

Ensuite, le principe directeur suscité permet aux entreprises de ne pas divulguer d'informations qui pourraient porter préjudice aux prescriptions de confidentialité des affaires commerciales.

L'ICoCA constitue donc avec certitude une évolution rare de ce que les codes de conduite des E.M.S.P. et leur procédure de contrôle peuvent devenir²⁰². Mais elle ne fait pas oublier qu'elle constitue encore aujourd'hui une exception aux procédures habituelles.

C'est d'autant plus vrai que les E.M.S.P. qui ne s'organisent pas en association s'autor gulent et s'autocontr lent. La publicité de la procédure dont bénéficie l'ICoCA n'est pas la règle dans le cas des E.M.S.P. qui se régulent seules. Ce caractère autocontr l  de l'autorégulation lui a toujours valu une bien piètre réputation et fait naitre plus de réserve que d'enthousiasme quant à son possible succès.

Pourtant, en raison de l'absence de contrainte légale pesant sur les normes d'autorégulation, le contrôle de l'application et du respect des codes de conduite par les E.M.S.P. est avant tout une tâche leur incombant en premier lieu. Bien qu'il s'agisse d'un contrôle non juridictionnel et imparfait, il n'en demeure pas moins qu'il présente des caractéristiques le rendant efficace malgré l'absence de contrainte ou d'exécution forcée. Cependant, malgré ces procédures en développement et l'émergence de véritables procédures de suivi de l'application des normes d'autorégulation au sein des E.M.S.P. et des associations les regroupant, l'état reste le seul garant du respect du droit international par les E.M.S.P. Il est

²⁰¹ Voir par exemple l'affaire du Nisour Square dépeint dans G. PINZAUTI, « THE BLACKWATER SCANDAL », *op. cit.*, p. 125.

²⁰² Peut-être les qualités de l'ICoCA et de sa procédure de contrôle relèvent-elles de sa nature de partenariat public/privé. Peut-être que de tels normes et procédures impliquant autant d'acteurs différents sont la garantie de l'efficacité. Nous ne croyons pour autant pas qu'une telle association ne puisse pas être le fruit des E.M.S.P. seule et qu'elles puissent dès lors être capables de se soumettre à l'autorité d'une organisation qui serait chargée de contrôler leur respect d'un code de conduite commun.

le seul à pouvoir voir sa responsabilité internationale engagée et à l'obligation de faire respecter le droit international.

CHAPITRE 2. L'ÉTAT, SEUL GARANT ACTUEL DU RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL PAR LES ACTEURS PRIVÉS

Le rôle de l'État dans les procédures de garantie de respect du droit international par les acteurs privés, particulièrement les E.M.S.P., joue de deux façons. Tout d'abord, l'État peut s'assurer de l'application des normes d'autorégulation par les acteurs privés en en reprenant le contenu dans des normes de droit dur, soumises à sa coercition (Section 1). Ensuite, le rôle de l'État joue au niveau de l'échec de l'application des normes d'autorégulation, lorsqu'il s'agit de la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur de la violation du droit international. A ce stade de la vie de la norme, l'État est le seul dont la responsabilité peut être engagée devant la justice internationale pour l'instant, et ce malgré le mouvement de responsabilisation internationale des entreprises (Section 2).

Section 1. Le rôle de l'Etat dans la mise en œuvre des normes d'origine privée : la judiciarisation des normes d'autorégulation

Lorsqu'il s'agit de s'assurer de l'application des codes de conduite adoptés par les E.M.S.P., les Etats n'ont guère de réelle compétence. Les codes de conduite constituent un système normatif qui ne bénéficie pas de l'appui de la coercition judiciaire en ce qu'ils constituent un ensemble de règles facultatives et volontaristes. Le droit mou peut devenir du droit dur, il faut pour cela que l'Etat entende en intégrer les normes dans des textes de droit positif, et donc coercitifs. Pour ce faire, l'Etat peut légiférer sur la base des normes d'autorégulation, les reprendre à son compte pour en faire des normes impératives de droit dur (I). L'autre moyen de rendre les normes d'autorégulation impératives et contraignantes est de leur conférer une valeur contractuelle (II). Enfin, le juge lui-même peut avoir recours à la norme d'autorégulation (III).

- I. L'intégration des normes originellement privées dans le droit « dur » de l'Etat : utilisation du pouvoir normatif étatique comme biais vers une sanction de la violation des normes d'autorégulation.

Une fois la norme alternative élaborée, il lui est possible, par le truchement de l'action normative de l'État, de recouvrir des formes plus « juridiques ». La norme alternative peut pénétrer l'ordre juridique et se voir ainsi, dans son contenu, sanctionnée et garantie par un

système juridique contraignant. A ce sujet, le Professeur Guy Rocher parle du « transfert ou passage d'une norme ou d'une règle d'un système normatif à un autre »²⁰³. Les dispositions contenues dans les normes alternatives, les normes d'autorégulation, peuvent être, par l'autorité du droit positif, intégrées dans son domaine²⁰⁴.

A l'égard de la norme alternative, le système de droit positif peut exprimer quatre attitudes qui sont, selon les propos de Professeur Gérard Farjat, « la condamnation, l'indifférence, l'incitation, la juridicisation »²⁰⁵. Dans le cadre de la mise en œuvre de la norme d'autorégulation par l'activité réglementaire ou législative de l'État, nous traitons du dernier cas évoqué par le Professeur Farjat, celui de la juridicisation et plus précisément, l'hypothèse de la législation comme porte d'entrée des codes de conduite dans le droit positif.

Le Professeur Benyekhlef présente cette possibilité d'intégration de la norme alternative dans le droit dur comme pouvant être double, directe ou par renvoi. La législation de la norme alternative est directe si le législateur intègre ladite norme dans le texte de la loi. Elle est indirecte lorsque le législateur fait un renvoi à la norme alternative comme moyen d'interprétation de la norme législative. Le renvoi peut aussi avoir lieu dans les règlements et n'est pas l'apanage de la loi.

Au sujet de la prise en compte des normes alternatives par l'État, le Professeur Gendron écrit que « l'industrie est prête à mettre de l'avant des mesures volontaires en autant que le gouvernement vient sanctionner par la suite les nouveaux niveaux de performance atteints »²⁰⁶. Ainsi la loi doit-elle permettre de cristalliser les nouvelles règles. En souscrivant à cette procédure, l'État permet de garantir le respect des normes d'autorégulation en les intégrant dans le droit « dur » et ainsi élève les standards s'appliquant aux entreprises. « [M]esures volontaires et réglementations sont les deux faces d'une même médaille »²⁰⁷.

En outre, l'Etat peut aussi jouer un rôle majeur dans l'application des codes de conduite en les faisant intégrer la sphère contractuelle, les soumettant alors au droit applicable aux contrats.

²⁰³ G. ROCHER, « Les 'phénomènes d'internormativité' : faits et obstacles », in J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 1996, p. 27.

²⁰⁴ K. BENYekhLEF, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, op. cit., p. 806.

²⁰⁵ G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privées », in J. CLAM et G. MARTIN (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 151-164, spéc. p. 161.

²⁰⁶ C. GENDRON, « Mesures volontaires et réglementation : deux volets d'une seule et même stratégie », *Les Affaires*, 1996, vol. 68, n° 14, p. 30.

²⁰⁷ C. GENDRON, A. LAPOINTE et M.-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *Relations industrielles*, 2004, vol. 59, n° 1, pp. 73-100, spéc. p. 78.

II. L'intégration du code de conduite dans la sphère contractuelle

En tant que cocontractant des E.M.S.P., l'Etat a la possibilité de faire du respect des codes de conduite une condition de la signature d'un contrat. Il peut en effet faire des codes de conduite une condition à l'obtention d'un contrat de marché public²⁰⁸. La référence au respect d'un code de conduite dans le cahier des charges n'est pas rare. L'obtention d'un label peut être par exemple une condition.

« Dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises, les clauses contractuelles constituent un instrument privilégié pour imposer le respect de normes sociale et environnementales aux entreprises cocontractantes »²⁰⁹. S'il peut imposer le respect de certaines règles particulières à l'obtention d'un contrat de marché public, l'État peut aussi explicitement demander à l'entreprise de se doter d'un code de conduite dont le respect sera une condition à l'exécution du contrat. Ce code de conduite sera alors explicitement intégré dans le contrat.

En cas de violation des règles d'autorégulation ainsi inscrites dans le contrat, de façon directe ou indirecte sous forme d'un renvoi, l'E.M.S.P. pourra faire l'objet d'action en justice sur le fondement du droit des contrats. Il s'agira d'une exécution fautive du contrat dont les conséquences sont la rupture du contrat entre l'État et l'E.M.S.P. en cause, mais aussi d'autres conséquences telles que le paiement de dommages-intérêts.

Il convient de remarquer que dans cette situation, la « victime » de la violation du droit contractuel, l'État, ne coïncide pas avec la victime sur le terrain de la violation du droit international des droits de l'homme par exemple. Cependant l'objectif recherché est de judiciariser la norme d'autorégulation afin d'en assurer le plus largement possible le respect, il ne s'agit pas d'assurer une réparation aux victimes de la violation des normes qu'il contient.

Enfin, les codes de conduite peuvent être utilisés par les juges comme filtre interprétatif.

III. L'utilisation du code de conduite par la jurisprudence

Selon le Professeur Benyekhlef, « [l]es tribunaux peuvent [...] recourir à la norme dite alternative lorsqu'ils interprètent la loi, le contrat des parties ou, encore, le comportement de celles-ci dans une situation particulière »²¹⁰. Le biais d'intégration de la norme alternative est

²⁰⁸ B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : Source du droit global? », *op. cit.*, p. 200.

²⁰⁹ L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*, p. 175.

²¹⁰ K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 788.

ainsi relativement large et peut s'appliquer en de nombreuses situations. L'utilisation par le juge des codes de conduite pour l'interprétation de textes législatifs permet d'assurer, de manière indirecte, l'application de ce code. Contrairement aux hypothèses que l'on a évoquées dans les deux paragraphes précédents, la norme alternative, et donc le code de conduite, restent une norme dont l'adoption est volontaire.

L'utilisation de la norme d'autorégulation comme norme d'interprétation permet au juge, de manière indirecte, de garantir, dans les affaires impliquant les entreprises en question. Or, nous allons le voir immédiatement, la responsabilité et la présence des E.M.S.P. devant les juridictions nationales et internationales demeure pour l'instant une exception, bien qu'elle soit envisageable dans un avenir plus ou moins proche.

Section 2. La responsabilité, pour l'instant unique, de l'Etat en cas de violation du droit international résultant de la non-application des normes d'origine privée

Nous partons ici du postulat que les normes d'origine privée respectaient le droit international et que leur application en permettait d'en garantir le respect. Or, tel ne fut pas le cas et le code de conduite de l'entreprise, malgré les procédures privées et l'engagement de l'Etat dans le suivi de l'application de ces normes, a été violé. Il s'agit alors de voir de quelle manière l'Etat est impliqué en cas de non-respect de la norme primaire émanant d'une entité privée.

Dans un premier temps, nous verrons que l'Etat est responsable en cas de non-respect du droit international. Il a en effet l'obligation de faire respecter le droit (I). Cette obligation trouve à s'appliquer dans le cas de la violation d'un code de conduite qui respecterait le droit international, en prônerait l'application. En effet une telle violation constituerait inévitablement une violation du droit international, c'est ce postulat qui sous-tend l'ensemble de nos réflexions à venir. Dans un second temps, nous exposerons que cette intermédiation de la responsabilité de l'Etat pour faire respecter les codes de conduite n'est sûrement pas destinée à perdurer. En tout cas en cherche-t-on aujourd'hui le dépassement avec une réflexion nourrie sur la question de la responsabilité des entreprises elles-mêmes (II).

I. La responsabilité internationale des Etats : l'obligation de faire respecter le droit international

En droit international, « l'Etat ne peut voir sa responsabilité internationale engagée qu'en conséquence de ses propres faits »²¹¹. Pourtant, ce constat historique devenu lieu commun ne saurait être compris comme n'impliquant que les organes que l'État a bien voulu entendre comme constitutifs de l'entité étatique. En effet, dans le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait international illicite*²¹² écrit par la Commission du droit international (ci-après *Projet d'articles de la C.D.I.*) l'imputabilité à l'État d'un fait internationalement illicite ne saurait être soumis à la qualification d'organe de l'État par le droit interne. Les articles 5 à 11 du *Projet d'articles de la C.D.I.* en témoignent. Ainsi le droit international impose-t-il à l'État des limites quant à sa liberté d'organisation. En tout état de cause, le droit international affirme que la liberté d'organisation reconnue à l'État ne saurait conduire à ce que les règles du droit international souffrent de ne point être appliquées et respectées²¹³.

En matière de normes secondaires, cette limitation de la liberté d'organisation de l'État s'exprime avec une puissance particulière, qui conduit l'entité étatique à être responsable de la violation du droit international par des entités privées. Cette responsabilité se conçoit de trois manières différentes. La première réside dans l'obligation pour l'État de mettre en place des procédures de sanction en cas de violation du droit international (A). La deuxième voie de responsabilité de l'État est plus directe, elle constitue une simple application du *Projet d'articles de la C.D.I.* dans le cas où l'État serait un cocontractant de l'E.M.S.P. qui n'aurait pas respecté son code de conduite (B). Enfin, la responsabilité de l'Etat en cas de violation d'un code de conduite par l'E.M.S.P. qui l'a adopté relève du régime du *due diligence* qui tend à devenir un régime global pesant sur les épaules de l'État (C).

²¹¹ L. CONDORELLI, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, n°189, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2015, pp. 19-216, spéc. p. 26.

²¹² CDI, « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », A/56/10, 53^e session, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001.

²¹³ Voir par exemple « A/RES/2625(XXV), Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies », *op. cit.*

A. *Les obligations procédurales découlant du droit à un procès équitable*

Lorsque les codes de conduites des E.M.S.P. sont conformes au droit international et en constitue une reprise, leur violation constitue une violation du droit international. Dans ces circonstances, l'État est tenu, par ce dernier, à la mise en place de procédure permettant que soit sanctionner ces manquements, fruits de l'action des entités privées. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²¹⁴ des Nations Unies impose aux États d'aménager leur système judiciaire de manière à garantir un recours contre les violations des droits de l'homme à l'article 2 paragraphe 3 en ces termes :

« Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié. »

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ajoute quelques précisions quant aux éléments devant constituer ce recours utile, qu'il s'agisse de la mise en place d'un système de tribunaux compétents, indépendants et impartiaux, du déroulement convenable de la procédure ou encore de l'existence d'un double degré de juridiction²¹⁵. La liberté d'organisation de l'Etat, en cas de violation du droit international, y compris lorsque celle-ci découle de la non application d'un code de conduite, se trouve donc limitée par la responsabilité de l'État qui n'aurait pas souscrit à ces obligation d'un procès équitable.

Pesant sur l'État, l'obligation de garanties procédurales en cas de violation d'un droit participe de la responsabilité de ce dernier en cas de non-application d'une norme d'autorégulation à laquelle l'État n'aurait pas attaché de procédure en droit interne. Cette dernière permet que soit appliqué et respecté le droit international, y compris par les entreprises qui disposent en droit interne de la personnalité juridique et peuvent être déclarées responsables

²¹⁴ « Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *op. cit.*

²¹⁵ *Ibid*, article 14.

devant les juridictions internes. Si l'État venait à manquer à son obligation de mise en œuvre de procédures visant au respect du droit à un recours et à un procès équitable, il serait responsable d'une violation du droit international en conséquence de son inaction face à une violation, par une entreprise, du droit international. Pour exprimer l'objectif du droit à un recours effectif de manière claire, elle participe sans nul doute du devoir de l'État à faire respecter le droit international. Et donc, dans le cadre des E.M.S.P. dotées de normes d'autorégulation, le droit à un procès équitable permet à l'État de s'assurer que l'E.M.S.P. en question appliquera la politique interne dont elle s'est dotée. Le recours efficace permet de s'assurer du respect des politiques internes par une relation indirecte entre le droit international, l'État et l'autorégulation, faisant de l'État le prisme par lequel passe l'application forcée des codes de conduite des E.M.S.P.

L'État est ainsi responsable s'il n'a pas réagi à la violation, par une E.M.S.P., de son code de conduite. Il peut aussi être responsable de la violation elle-même, lorsque celle-ci, en vertu du droit de la responsabilité, lui est attribuable.

B. L'État cocontractant responsable pour fait illicite

Le développement à venir n'est valable que lorsque l'État est cocontractant de l'E.M.S.P., pas lorsque cette dernière est employée par une autre entreprise pour assurer des missions de sécurisation des lieux ou de protection des employés à l'étranger.

En vertu de l'article 2 du *Projet d'articles de la C.D.I.*, il y a un fait internationalement illicite de l'Etat, engageant sa responsabilité, lorsque « un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable, d'après le droit international, à l'État », à condition « que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale ». Cette règle générale s'applique-t-elle aux E.M.S.P. lorsque l'État est cocontractant ? Trois situations sont à envisager.

La première est celle de l'article 4 du *Projet d'articles de la C.D.I.* qui dispose que

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

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

L'acceptation du concept d'organe est très large, mais ne semble pourtant pas recouvrir les E.M.S.P. en dehors de quelques situations exceptionnelles. Par exemple lorsque le personnel de l'entreprise est intégré aux forces armées régulières de l'État cocontractant il est envisageable qu'il soit qualifié d'agent de l'État. Ce fût notamment le cas lorsque la Nouvelle Guinée a contracté avec la société *Sandline International* à la fin des années 90 et avait qualifié les membres de l'entreprise de « *special constable* », soit agents spéciaux intégrés dans les forces armées régulières²¹⁶. Cependant, l'intégration des agents des E.M.S.P. dans les forces armées régulières est relativement peu fréquente. Il faut ajouter à cela que les législations nationales ne qualifient jamais les E.M.S.P. d'agent de l'État, ce qui ne leur permet pas de rentrer dans les conditions de l'alinéa 2 de l'article 4. Il sera donc bien rare que l'État voie engager sa responsabilité pour les manquements des E.M.S.P. en vertu de leur qualité d'agent de l'État.

La deuxième situation est celle de l'article 5 du *Projet d'articles de la C.D.I.* qui prévoit que :

« Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international. »

Dans son ouvrage commentant le *Projet d'articles de la C.D.I.*, le juge Crawford affirmait que le terme d'entité était suffisamment générique pour recouvrir une grande diversité d'organismes. Il cite comme exemple les entreprises de sécurité privées qui seraient chargées d'assurer des fonctions de gardien de prison qui impliqueraient l'exercice de pouvoir disciplinaire²¹⁷. Ainsi la véritable interrogation réside-t-elle dans la qualification de ce qui relève des prérogatives de puissance publique. Si les fonctions de combat ou de maintien de l'ordre ne semblent pas pouvoir poser de problème, la situation est plus compliquée lorsqu'il s'agit de tâches de soutien, de transport, d'approvisionnement. Ainsi, aucune réponse tranchée ne peut véritablement être apportée concernant les E.M.S.P. La responsabilité de l'État en cas de violation du droit international, et donc du non-respect du code de conduite, sera conditionnée à l'existence d'une délégation de puissance publique de sa part.

²¹⁶ S. DINNEN *et al.* (éds.), *Challenging the state: the Sandline Affair in Papua New Guinea*, Pacific policy paper, Canberra, National Centre for Development Studies and Department of Political and Social Change, Research School of Pacific Studies, Australian National University, 1997, 227p.

²¹⁷ J. CRAWFORD, NACIONES UNIDAS et COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, 462 p., p. 120.

Le troisième cas de figure relève de l'article 8 du *Projet d'articles de la C.D.I.* qui dispose que :

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat. »

Il ne s'agit plus ici de l'exercice de prérogative de puissance publique, ni même de délégation. Il faut en revanche que soit apportée la preuve de l'existence d'instructions, de directives ou, plus difficile encore, d'un contrôle par l'État. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*²¹⁸, la C.I.J. a jugé que l'existence d'un contrôle effectif était nécessaire pour imputer à l'État le comportement d'une entité privée et ainsi engager sa responsabilité pour ce comportement. Dans l'affaire *Tadic*²¹⁹, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après T.P.I.Y.) opère une diminution de l'exigence et assure qu'un contrôle global suffit. En 2007, dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la répression du crime de génocide*²²⁰, réaffirme le principe du contrôle effectif et le précise en imposant qu'il soit présent « à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites, et non pas en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations »²²¹. Cette conception réduit indubitablement les possibilités de mise en cause de la responsabilité de l'État car même si les E.M.S.P. venaient à rentrer dans le champ du contrôle de l'État, il serait difficile d'apporter la preuve du contrôle exercé²²².

Enfin, la responsabilité de l'État en cas de non-application des normes d'autorégulation peut être le fruit de son obligation de *due diligence*.

²¹⁸ « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) », *op. cit.*

²¹⁹ TPIY, Chambre d'appel, Affaire « Le Procureur c. Dusko Tadic », arrêt du 15 juillet 1999, ILM, vol. 38, n°6, pp. 1518-1623.

²²⁰ « Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) », arrêt, C.I.J. Recueil 2007, pp. 43-201.

²²¹ *Ibid.*, p. 208.

²²² C. OLSSON, « Vrai procès et faux débats : perspectives critiques sur les argumentaires de légitimation des entreprises de coercition para-privées », *Cultures & conflits*, décembre 2003, n° 52, paragr. 26.

C. L'émergence d'un régime global de due diligence à l'intention des Etat

Dans la sentence arbitrale de 1928 *Ile de Palmas*²²³, Max Huber définit la *due diligence* – devoir général de vigilance – dans les termes suivants :

« La souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger, à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger ».

Il s'agit ainsi d'une obligation de moyens consistant pour l'État en une obligation de mettre en œuvre les moyens dont il dispose pour faire respecter les règles du droit international. « Cette obligation de comportement impose à l'Etat, en l'absence de fait illicite qui lui serait attribuable, de veiller à ce que des personnes privées sous son contrôle ou relevant de sa juridiction ne commettent pas de violations du droit international »²²⁴.

Visant initialement à encadrer les activités dangereuses, notamment dans le cadre de la protection de l'environnement, la *due diligence*, régime spécial appliqué à un domaine particulier, semble devenir aujourd'hui un régime général, devenu parallèle à celui de la responsabilité pour fait internationalement illicite. Consacré par quelques conventions encadrant des domaines d'activité particulièrement porteurs de risques tels que la *convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux*²²⁵. Or, la responsabilité sans faute de l'État est aujourd'hui un principe général du droit international qui vocation à s'appliquer dans toutes les matières, sorte de régime parallèle et permanent de la responsabilité de l'État.

Appliqué aux E.M.S.P., le devoir de *due diligence* de l'État dépendra, en intensité, de sa capacité à « influencer l'action de la société »²²⁶. Son alors pris en compte l'éloignement géographique et « l'intensité des liens politiques et de tous ordres entre les autorités dudit État et les acteurs directs de ces événements »²²⁷.

Cette obligation de *due diligence* appliquée à l'encadrement des E.M.S.P. permet surement de « pallier les difficultés de prouver qu'un État a commis un fait illicite pour mettre

²²³ « Ile de Palmas (Etats-Unis/Pays-Bas) », *op. cit.*

²²⁴ Voir par exemple « Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) », *op. cit.*

²²⁵ « Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux », Londres, Moscou, Washington, 29 mars 1972, ONU, Recueil des traités, vol. 961, I-13810, pp. 203-261.

²²⁶ B. CISSE, *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires. A la recherche d'une réglementation juridique appropriée*, *op. cit.*, p. 336.

²²⁷ « Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, pp. 43-201 », *op. cit.*, p. 221.

en cause plus directement sa responsabilité »²²⁸. Elle constitue en tout cas une limite supplémentaire concernant la liberté d'organisation de l'État.

En revanche, si l'État semble avoir une importance capitale en droit de la responsabilité quant au respect du droit international par l'application des codes de conduite, il semblerait que son intermédiation ne soit pas destinée à durer éternellement. La question est en tout cas posée – et l'on sait combien poser la question est bien souvent y répondre – de savoir si l'on peut reconnaître une responsabilité internationale aux E.M.S.P. et à leurs agents.

II. Une intermédiation de l'Etat destinée à ne pas durer : la question de la responsabilité internationale directe des entreprises

Bien qu'il soit établi que l'entreprise et sa réglementation dépassent le cadre de l'État, il reste tout de même aujourd'hui le principal biais de la responsabilité des entreprises. Pourtant, il nous apparaît que le développement international de la responsabilité sociale des entreprises (ci-après R.S.E.) prend la voie d'une responsabilisation sans l'État (I). La responsabilité directe existe déjà en droit pénal (II).

A. Le développement de la RSE au niveau international

Nos développements ont jusque-là entendu exprimer en filigrane la grande autonomie aujourd'hui reconnue aux entreprises. « Cette nouvelle configuration des relations États-Entreprises a progressivement miné le pouvoir régulateur des États à l'égard d'agents économiques en position de négocier leurs conditions d'opération »²²⁹. Devenu acteur majeur et concurrent de l'État, l'entreprise se régule, avec l'aide du marché, en dehors de tout État mondial. La R.S.E. se veut alors un système hybride de régulation, alliant acteurs privés et publics, volontarisme et impératifs, dont la fluidité des formes permettrait de pallier les carences de la régulation étatique et le manque de cadre international²³⁰. La R.S.E. inscrit la recherche de l'intérêt commun dans la mission de l'entreprise²³¹. Or, la revendication de l'intérêt commun comme voix de gouvernement et de contrôle s'insère dans la marche générale des affaires, des institutions et de la politique. En effet, comme l'a démontré le Professeur Melucci, les nouveaux

²²⁸ T. GARCIA, *Les entreprises militaires et de sécurité privées appréhendées par le droit*, op. cit., p. 123.

²²⁹ C. GENDRON, A. LAPOINTE et M.-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *Relations industrielles*, 2004, vol. 59, n° 1, pp. 73-100, spéc. p. 74.

²³⁰ *Ibid.*, p. 76.

²³¹ E. CHAMPION et C. GENDRON, « De la responsabilité sociale à la citoyenneté corporative: L'entreprise privée et sa nécessaire quête de légitimité », *Nouvelles pratiques sociales*, 2005, vol. 18, n° 1, p. 90-103.

acteurs sociaux mènent leurs combats en s'appuyant tant sur la politique que sur les systèmes institutionnalisés. Il affirme en effet que « la mobilisation n'a pas impliqué seulement des 'mouvements', mais au contraire qu'elle a été conduite par des formes institutionnelles. Les deux choses sont vraies et elles renvoient à un thème crucial, celui du rapport entre les mouvements et les systèmes de représentation »²³². C'est donc naturellement qu'elle a pesé de tout son poids sur l'encadrement des entreprises puisqu'elle ne pouvait pas être institutionnalisée par un État mondial qui n'existe pas. Le Professeur Corinne Gendron expose alors que « [ces pressions] pourraient présider à l'émergence d'un cadre réglementaire international porté par de nouvelles instances de régulation »²³³. Elle ajoute que le cadre réglementaire est encore en développement et que bien qu'il ne recouvre pas encore les traits qui seront ceux du système arrivé à maturité, il est possible d'en cerner les contours en se penchant sur l'expérience européenne.

Le cadre européen est une entreprise lancée en 2000 par l'appel de Lisbonne puis incarnée par le *Livre vert* « *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* » de la Commission des communautés européennes²³⁴ et la communication de cette dernière relative à la responsabilité sociale des entreprises²³⁵. Dans ces deux derniers outils, la Commission des communautés européennes définit la R.S.E. comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »²³⁶ et reconnaît par ailleurs qu'il existe aujourd'hui un nouveau régulateur incarné par la société civile. La multiplicité des acteurs et des procédures est « annonciateur d'un système réglementaire en émergence elle internationale [...] [reposant] sur une multiplicité d'acteurs, de mécanismes et de fondements »²³⁷. Encourageant la prise en considération de ces nouveaux acteurs et mécanismes, le cadre européen « pourrait même utiliser ces [derniers] comme vecteur d'application des conventions internationales en lieu et place d'États jusque-là incapables de

²³² A. MELUCCI, « Mouvements sociaux, mouvements post-politiques », *L.S.P.*, 2016, n° 75, pp. 173-190, spéc p. 177.

²³³ C. GENDRON, A. LAPOINTE et M.-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *op. cit.*, p. 84.

²³⁴ « Livre vert Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », Commission des communautés européennes, Bruxelles, 18 juillet 2001, COM(2001) 366 final.

²³⁵ « Communication de la commission concernant la responsabilité sociale des entreprises: Une contribution des entreprises au développement durable », Bruxelles, 2 juillet 2002, COM(2002) 347 final.

²³⁶ « Livre vert Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 18 juillet 2001, COM(2001) 366 final », *op. cit.*, paragr. 20.

²³⁷ C. GENDRON, A. LAPOINTE et M.-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *op. cit.*, p. 92.

les appliquer »²³⁸. Daniel Aguirre partage cette opinion et l'étend à l'international en affirmant que les tâches incombant initialement à l'État pourraient être déléguées aux S.T.N. elles-mêmes. Elles seraient alors responsables des violations du droit international. C'est par exemple ce qui a cours aujourd'hui aux États-Unis d'Amérique en vertu de l'*Alien Tort Claims Act* qui permet de tenir pour civilement responsables les S.T.N. en cas de violation du droit international coutumier²³⁹.

Ainsi, la responsabilité civile découlant directement d'une violation du droit international, sans passer par le prisme classique de l'État, est-elle une hypothèse que la doctrine formule. Cette responsabilité directe existe déjà en droit pénal.

B. La responsabilité pénale des E.M.S.P. et de leurs agents

La responsabilité en question est double, d'un côté il s'agit de traiter de la responsabilité des membres des E.M.S.P. (1), de l'autre il s'agit d'étudier la possibilité d'une responsabilité pénale des E.M.S.P. elles-mêmes (2).

1. La responsabilité pénale des agents de E.M.S.P.

La responsabilité pénale des agents des E.M.S.P. est envisageable, tant au niveau national, qu'au niveau international.

Au niveau national, la juridiction compétente est généralement celle de l'État sur le territoire duquel la violation du droit international a eu lieu. Mais cette compétence n'exclut pas celle de la nationalité des agents eux-mêmes. Cette compétence de l'État de nationalité est la plus probable d'un point de vue de stabilité judiciaire. L'État d'exercice étant souvent un État en crise, il n'est guère probable que la poursuite des méfaits des agents des E.M.S.P. soit sa priorité. En outre, des raisons diplomatiques entravent souvent les procédures. Ce fut le cas par exemple en Irak lors de l'étude des plaintes contre les *contractors* de la société *Blackwater*. Le Département américain de la justice a alors inculpé ces agents responsables de la mort de civils au cours d'une fusillade à Bagdad le 16 septembre 2007²⁴⁰. Cette affaire est à ce jour l'unique qui ait mis en cause pénalement les agents d'E.M.S.P. Cette exception caractérise sûrement ce que l'on est en droit de craindre, que les États contractants avec des E.M.S.P. ne soient pas enclins à les attirer devant leurs juridictions pénales afin de garder le secret, autant

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ « Alien Tort Statute », 28 U.S.C. § 1350.

²⁴⁰ « US. v. Slough et al. (Blackwater Indictment) », D.C. Cir. Dec. 4, 2008.

que possible, sur les débordements dont sont parfois les responsables, les E.M.S.P. avec qui les États contractent. La responsabilité pénale internationale de ces agents serait sûrement une réponse adéquate.

En principe la responsabilité pénale internationale des agents des E.M.S.P. peut tout à fait être engagée si ces derniers commettent des violations du droit international. L'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale²⁴¹ (ci-après C.P.I.) dispose que

«1) La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut.

2) Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni pour un crime relevant de la compétence de la Cour [...]. »

Cette définition de la compétence *ratione personae* inclut donc les personnels des E.M.S.P. Il faut ajouter à cela que l'article 28 du Statut de la C.P.I. conçoit la responsabilité des dirigeants d'entreprise en leur qualité de supérieur hiérarchique. Cette conception est reprise dans le *Document de Montreux* à l'article 27 qui énonce que

« Les directeurs et les gérants de l'EMSP, peuvent être tenus responsables des crimes de droit international commis par les membres du personnel de l'EMSP sous leur autorité et contrôle effectifs, lorsqu'ils n'ont pas exercé sur eux le contrôle qui convenait, conformément aux règles du droit international ».

Encore faut-il que les actes reprochés aux agents de l'E.M.S.P. relèvent de la compétence *ratione materiae* de la C.P.I., c'est-à-dire qu'ils constituent les crimes les plus graves tels que le crime d'agression, le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

Si la responsabilité est envisageable, elle paraît tout de même relativement peu probable. Trois facteurs expliquent cela. Le premier tient au fait que la saisine de la C.P.I. se fait selon des conditions restrictives en vertu desquelles la C.P.I. peut exercer sa compétence sur plainte d'un État, sur déferrement du Conseil de sécurité ou sur décision du Procureur. Le deuxième facteur tient à la subsidiarité de la procédure devant la C.P.I. qui est complémentaire des procédures nationales. Le troisième critère, le plus important selon le Professeur Garcia, tient à la conclusion massive d'accords bilatéraux d'immunité entre les États-Unis et les États parties au *Statut de Rome*²⁴².

²⁴¹ « Statut de Rome de la Cour pénale internationale », Rome, 17 juillet 1998, ONU, Recueil des traités, vol. 2187, I-38544, pp. 160-219.

²⁴² T. GARCIA, *Les entreprises militaires et de sécurité privées appréhendées par le droit*, op. cit., p. 100.

La responsabilité pénale des agents des E.M.S.P. est donc difficile à mettre en œuvre et semble conférer à l'exceptionnel. La responsabilité pénale des entreprises elles-mêmes souffre de la même conclusion.

2. *La responsabilité pénale limitée des E.M.S.P.*

Les poursuites pénales dirigées contre les personnes morales sont possible dans la plupart des États et ne semblent pas souffrir de difficultés particulières lorsqu'il s'agit de traiter des E.M.S.P. C'est le cas par exemple de la législation de l'*Alien Tort Claims Act* que nous évoquions précédemment au sujet de la responsabilité civile des E.M.S.P. en vertu d'une violation du droit international. La responsabilité pénale est donc étendue aux personnes morales. S'il existe des législations allant en ce sens dans nombre de pays, parmi lesquels le Canada, la Grande-Bretagne, la France, l'Autriche, le Danemark ou la Norvège²⁴³, son application n'a eu lieu que dans le cadre de la législation américaine. La prudence est de mise devant les juridictions des autres États.

En ce qui concerne la responsabilité pénale internationale des E.M.S.P., il convient de remarquer, sans que plus de détours soient nécessaires, que l'irresponsabilité pénale internationale prévaut pour les personnes morales. L'article 2 du *Statut de Rome* ne fait preuve d'aucune ambiguïté à ce sujet. Rappelons en revanche que durant les négociations relatives à l'adoption du *Statut de Rome* il était question que la C.P.I. soit aussi compétente à l'égard des personnes morales²⁴⁴. Cette disposition n'a pas été adoptée au motif, développé par la majorité des pays développés, que la plupart des États n'auraient pas les moyens nécessaires pour engager la responsabilité internationale d'une personne morale²⁴⁵.

Ainsi, si la pratique ne semble pas prompte à se tourner vers la responsabilité directe des E.M.S.P. et de leurs agents dans le droit international, il convient de constater que majoritairement, les différents régimes de responsabilité pénale leur sont ouverts, au moins en

²⁴³ *Ibid.*, p. 107.

²⁴⁴ « Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale », A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998, spéc. art. 23, para. 5.

²⁴⁵ F. PARODI, « Les États face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *R.G.D.I.P.*, 2010, vol. 3, spéc. p. 525.

théorie²⁴⁶, et qu'elle pourrait constituer une évolution de la pratique dans les années à venir, en même temps que la R.S.E. trouvera à s'appliquer avec plus de précision.

²⁴⁶ Hormis la responsabilité pénale internationale des E.M.S.P. elles-mêmes.

CONCLUSION

Un sujet si vaste que les limites du droit international à la liberté d'organisation de l'État mériterait qu'on lui consacre bien plus que les quelques modestes pages qui précèdent cette conclusion. Le choix des E.M.S.P. comme objet d'étude nous semblait naturel tant leurs activités relèvent, *a priori*, de manière presque intrinsèque, à des fonctions étatiques (au moins lorsque l'on réfléchit l'État selon les canons de la Paix de Westphalie). Pourtant l'on assiste sans conteste à un dépassement de cet État, pensé tout puissant et sans égal. Qu'il s'agisse pour lui de reconnaître qu'il ne parvient pas à encadrer pleinement certains acteurs, au premier rang desquels se trouvent les S.T.N., ou qu'il s'agisse pour le droit international d'admettre que l'État n'a plus la place centrale qu'il occupait jadis, l'État semble un empire sur le déclin.

Il s'agissait, dans ce mémoire, de rechercher dans le droit international les limites qui pourraient être imposées à la liberté d'organisation reconnue, et sans cesse réaffirmée, au bénéfice de l'État. La conclusion de ce travail de recherche réside en une simple phrase : il apparaît avec clarté que le libéralisme organisationnel ne saurait aboutir à un désengagement complet de l'Etat, moins encore à la « déresponsabilisation » de ce dernier. Le droit international pose une limite au désengagement de l'État relevant du respect du droit international par la norme d'autorégulation tant dans son contenu que dans son application. Le retrait de l'État, dans la phase d'écriture et d'adoption de la norme d'autorégulation, est important et très peu encadré. Cependant, il apparaît avec clarté que malgré l'émergence d'une responsabilité sociale des entreprises et la reconnaissance de l'entreprise comme destinataire de droits autant que de devoirs en vertu du droit international, les E.M.S.P. ne sont pas encore attirés devant les juridictions pour répondre de leurs méfaits. La responsabilité de l'Etat prévaut donc encore.

Les limites existent et tiennent au droit international tel que construit par les États. C'est en tout cas la manière dont nous les avons présentées. Pourtant, si nous avons tenu la barre et le cap, affirmant que le paradigme avait changé en droit international, nous aurions dû, sans nul doute, nous détacher nous-même de l'État comme centre de l'étude et nous tourner non pas vers les limites au désengagement de l'État mais vers les libertés certaines et la place croissante que le droit international offre aux entreprises, y compris en termes de régulation. Il eut été préférable que nous opérions ce recentrage de l'étude que nous reprochons bien souvent à la doctrine de couvrir, par pudeur, d'un mouchoir. Cette étude aura donc fait émerger qu'il est bien difficile de se détacher de l'État comme centre de l'étude, même lorsqu'on en a l'envie. Le courage, parfois, manque.

SOURCES

Conventions internationales

« Déclaration universelle des droits de l'homme », Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n°13, Doc. NU A/810 (1948) 71 (10 décembre 1948).

« Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Rome, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe, Recueil des Traités, vol. 223, 2889, pp. 221-262.

« Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n°11 », Paris, 20 mars 1952.

« Convention américaine relative aux droits de l'homme "Pacte de San José de Costa Rica" », San José, 16 décembre 1960, Recueil des Traités, vol. 1144, I-17955, pp. 183-202.

« Pacte international relatif aux droits civils et politiques », New York, 16 décembre 1966, ONU Recueil des Traités, vol. 999, I-14668, pp. 187-201.

« Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », New York, 16 décembre 1966, ONU Recueil des Traités, vol. 993, I-14531, pp. 13-21.

« Convention de Vienne sur le droit des traités », Vienne, 23 mai 1969, ONU, Recueil des Traités, vol. 1155, I-18232, pp. 354-377.

« Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux », Londres, Moscou, Washington, 29 mars 1972, ONU, Recueil des traités, vol. 961, I-13810, pp. 203-261.

« Convention relative aux droits de l'enfant », New York, 20 novembre 1989, ONU, Recueil des Traités, vol. 1577, I-27531, pp. 62-80.

« Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires », New York, 4 décembre 1989, ONU, Recueil des Traités, vol. 2163, 1-37789, pp.75-127.

« Statut de Rome de la Cour pénale internationale », Rome, 17 juillet 1998, ONU, Recueil des traités, vol. 2187, I-38544, pp. 160-219.

« Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », Paris, 20 octobre 2015, ONU, Recueil des Traités, vol. 2440, I-43977, pp. 364-381.

Jurisprudence

CPJI/CIJ

« Compétence des tribunaux de Dantzig », (avis consultatif), [1928] CPJI Rec, Série B 15.

« Réparation des dommages subis au service des Nations Unies », Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1949, p. 174-220.

« Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) », fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14-150.

« Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro) », arrêt, C.I.J. Recueil 2007, pp. 43-201.

Cours régionales

Com. EDH, déc., 5 mai 1979, *Church of Scientology / Suède*, D.R. 16, p. 75.

Cour EDH, 22 mai 1990, *Autronic AG*, série A n° 178.

Cour EDH, 16 avril 2002, *Soc. Colas / France*, Rec. 2002-III.

CJCE, 14 février 2008, *Varec / Belgique*, C-450/06.

Sentence arbitrale

« Ile de Palmas (Etats-Unis/Pays-Bas) », CPA, SA Max Huber, 4 avril 1928, RGDIP 1935, p. 156.

« Aminoil c. Koweit », SA, 24 mars 1982, J.D.I. 1982, pp. 869-909.

« TPIY, Chambre d'appel, Affaire Le Procureur c. Dusko Tadic, arrêt du 15 juillet 1999, ILM, vol. 38, n°6, pp. 1518-1623 », s.d.

Jurisprudence nationale

« US. v. Slough et al. (Blackwater Indictment) », D.C. Cir. Dec. 4, 2008.

Sources régionales

« Accord inter-institutionnel “Mieux légiférer” », Journal officiel de l'Union Européenne, 2003/C 321/01.

« Livre vert Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », Commission des communautés européennes, Bruxelles, 18 juillet 2001, COM(2001) 366 final.

Résolutions d'organisations internationales

A/RES/2131(XX), Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté, 21 décembre 1965.

A/RES/2625(XXV), Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, 24 octobre 1970.

Législations nationales

« Loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire », JORF n°89 du 15 avril 2003 pp. 6636 et suivantes.

« Uniform Code of Military Justice », 64 Stat. 109, 10 U.S.C. §§ 801–946.

« Alien Tort Statute », 28 U.S.C. § 1350.

« Foreign Enlistment Act 1870 », 33 & 34 Vict. c.90.

Codes de conduites

« Code de conduite international des entreprises de sécurité privées », ICoCA, 9 novembre 2010, Genève, [En ligne]. <https://www.icoca.ch/fr/the_icoc>.

« Les Statuts de l'Association », ICoCA, février 2013, Genève.

Autres sources

SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », 26 août 2003.

« Communication de la commission concernant la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable », Bruxelles, 2 juillet 2002, COM(2002) 347 final.

« Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale », A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998.

« Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en oeuvre du cadre de référence "protéger, respecter et réparer" des Nations Unies », HCDH, A/HRC/17/31, 2011.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

ANNAN, K.A., *We the peoples: the role of the United Nations in the 21st century*, New York, United Nations, Department of Public Information, 2000.

BECK, U., *What is globalization?*, Cambridge, UK ; Malden, MA, Polity Press, 2000.

BENYEKHLEF, K., *Une possible histoire de la norme: Les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2015.

BETTATI, M., *Droit humanitaire*, Précis Droit public, science politique, Paris, Dalloz, 2012.

BLUMANN, C. et DUBOIS, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Manuel, Paris, LexisNexis, 2013.

BROWNLIE, I., *The rule of law in international affairs: international law at the fiftieth anniversary of the United Nations*, The Hague ; Boston : Cambridge, MA, M. Nijhoff Publishers ; Sold and distributed in North, Central and South America by Kluwer Law International, 1998.

CHAPLEAU, P., *Les mercenaires de l'Antiquité à nos jours*, Histoire, Rennes, éditions Ouest-France, 2006.

CRAWFORD, J., NACIONES UNIDAS et COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003.

DAILLIER, P. *et al.*, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009.

DINNEN, S. *et al.* (éds.), *Challenging the state: the Sandline Affair in Papua New Guinea*, Pacific policy paper, Canberra, National Centre for Development Studies and

Department of Political and Social Change, Research School of Pacific Studies, Australian National University, 1997.

GARCIA, T., *Les entreprises militaires et de sécurité privées appréhendées par le droit*, Droit de la sécurité et de la défense, Paris, Mare & Martin, 2017.

GHERARI, H. et KERBRAT, Y. (dirs.), *L'entreprise dans la société internationale: colloque des 11 et 12 décembre 2008*, Journées internationales du CERIC, Paris, Éditions A. Pedone, 2010.

HABERMAS, J. et ROCHLITZ, R., *Après l'État-nation une nouvelle constellation politique*, Paris, Pluriel, 2013.

HIGGINS, R., *Problems and process: international law and how we use it*, Oxford, Clarendon Press, 2001.

JOERGES, C., SAND, I.-J. et TEUBNER, G. (éds.), *Transnational governance and constitutionalism*, International studies in the theory of private law, Oxford, Hart, 2004.

KARAVIAS, M., *Corporate obligations under international law*, Oxford monographs in international law, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013.

KLABBERS, J., PETERS, A. et ULFSTEIN, G., *The constitutionalization of international law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009.

KLAMBERG, M., *Power and law in international society: international relations as the sociology of international law*, Routledge research in international law, London, Routledge, 2015.

OST, F. et KERCHOVE (VAN DE), M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PELTON, R.Y., *Licensed to kill: hired guns in the war on terror*, New York, Three Rivers Press, 2007.

ROSI, J.-D., *Privatisation de la violence. Des mercenaires aux sociétés militaires et de sécurité privées*, Paris, l'Harmattan, 2009.

SALMON, J. (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SHAND, A.I., *Soldiers of fortune in camp and court*, Londres, Archibald Constables, 1907.

SINGER, P.W., *Corporate warriors: the rise of the privatized military industry*, Cornell studies in security affairs, Ithaca, NY, Cornell Univ. Press, 2008.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Droit fondamental classiques, Paris, Presses univ. de France, 2016.

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

TRINDADE, A.A.C., *International law for humankind: towards a new jus gentium*, The Hague Academy of International Law Monographs, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

TUDOR, I., *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment*, Oxford monographs in international law, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2008.

WHEATLEY, S., *The democratic legitimacy of international law*, Studies in international law, Oxford, Hart, 2010.

Chapitres d'ouvrages

BERNS, T., « Si les entreprises ont une âme », in BERNS, T. *et al.* (éds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 51-78.

CHEVALLIER, J., « Propos introductifs », in LOCHAK, D. (éd.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Paris, 2007, pp. 15-30.

COCKAYNE, J., « Private military and security companies », in CLAPHAM, A. et GAETA, P. (éds.), *The Oxford Handbook of International Law and Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 624-655.

CONDORELLI, L., « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 189, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2015, pp. 19-216.

DOCQUIR, P.-F. et HENNEBEL, L., « L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme », in BERNS, T. *et al.* (éds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79-145.

DUPRE DE BOULOIS, X., « Les droits fondamentaux des personnes morales », in BIOY, X. (éd.), *La personnalité juridique*, Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, Toulouse, Presses de l'Univ. Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 203-219.

DUPUY, P.-M., « Conclusions », in DUPUY, P.-M. et BETTATI, M. (éds.), *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, pp. 251-265.

FARJAT, G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privées », in CLAM, J. et MARTIN, G. (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 151-164.

FRYDMAN, B., « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in BERNS, T. *et al.* (éds.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Penser le droit, Bruxelles, 2007, pp. 1-50.

FRYDMAN, B. et LEWKOWICZ, G., « Les codes de conduite : Source du droit global? », in HACHEZ, I. *et al.* (dirs.), *Les sources du droit revisitées - Normativités concurrentes*, 3, Bruxelles, 2013, pp. 179-210.

HENNEBEL, L. et LEWKOWICZ, G., « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », in BERNS, T. *et al.* (éds.), *Entreprise responsable et corégulation*, Bruxelles, 2007, pp. 147-225.

IETTO-GILLIES, G., « The Role of Transnational Corporations in the Globalisation Process », in MICHIE, J. (éd.), *The Handbook of Globalisation*, 2^{de} éd., Oxford, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 139.

JÄGERS, N., « Will transnational private regulation close the governance gap? », in DEVA, S. et BILCHITZ, D. (éds.), *Human Rights Obligations of Business - Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2013, pp. 295-328.

KLABBERS, J., « (I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors », in LEIDEN, J.P. et KLABBERS, J. (éds.), *Nordic Cosmopolitanism. Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, 2003, pp. 350-370.

KOBRIN, S.J., « Multinational Corporations, the Protest Movement, and the Future of Global Governance », in CHANDLER, A. et MAZLISH, B. (éds.), *Leviathans: Multinational corporations and the new global history*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2005, pp. 219-235.

LEWKOWICZ, G., « La protection des civils dans les nouvelles configurations conflictuelles : retour au droit des gens ou dépassement du droit international humanitaire? », in SOREL, J.-M. et POPESCU, C.-L. (éds.), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, 2010, pp. 5-46.

MAYNE, R., « Regulating TNCs: the Role of Voluntary and Governmental Approaches », in PICCIOTTO, S. et MAYNE, R. (éds.), *Regulating International Business*, London, Palgrave Macmillan UK, 1999, pp. 235-254.

NOLAN, J., « The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law? », in DEVA, S. et BILCHITZ, D. (éds.), *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cheltenham, UK Northampton, MA, Cambridge University Press, 2013, pp. 138-161.

REINISCH, A., « Legality of Expropriations », in REINISCH, A. (éd.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 11 septembre 2008, pp. 171-204.

ROCHER, G., « Les 'phénomènes d'internormativité' : faits et obstacles », in BELLEY, J.-G. (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 1996, p. 25.

RUGGIE, J., « Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection », in HELD, D. et KOENING-ARCHIBUGI, M. (éds.), *Taming Globalization: Frontiers of Governance*, Cambridge, UK, 2003, pp. 93-129.

SCOTT, C., « Regulating in Global Regime », in LEVI-FAUR, D. (éd.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, UK Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 563-575.

TEUBNER, G., « The corporate codes of multinationals: company constitutions beyond corporate governance and co-determination », in NICKEL, R. (éd.), *Conflict of Laws ad Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Oxford, 2009.

Articles de revues

BARNIDGE, R., « The Due Diligence Principle Under International Law », *International Community Law Review*, avril 2006, vol. 8, n° 1, pp. 81-121.

CAZALA, J., « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, vol. 66, n° 1, pp. 41-84.

CHAMPION, E. et GENDRON, C., « De la responsabilité sociale à la citoyenneté corporative: L'entreprise privée et sa nécessaire quête de légitimité », *Nouvelles pratiques sociales*, 2005, vol. 18, n° 1, pp. 90-103.

CLAPHAM, A., « Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations », *International Review of the Red Cross*, 2006, vol. 88, n° 863, pp. 491-523.

DICKINSON, L.A., « Regulating the Privatized Security Industry: The Promise of Public/Private Governance The 2013 Randolph W. Thorer Symposium Privatization: Managing Liability and Reassessing Practices in Local and International Contexts », *Emory Law Journal*, 2014 2013, vol. 63, pp. 417-454.

GENDRON, C., « Mesures volontaires et réglementation: deux volets d'une seule et même stratégie », *Les Affaires*, 1996, vol. 68, n° 14, p. 30.

GENDRON, C., LAPOINTE, A. et TURCOTTE, M.-F., « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », *Relations industrielles*, 2004, vol. 59, n° 1, pp. 73-100.

HABERMAS, J., « Toward a cosmopolitan Europe », *Journal of Democracy*, 2003, vol. 14, pp. 86-100.

JESSUP, P.C., « Modernization of the Law of International Contractual Agreements », *American Journal of International Law*, 1947, vol. 41, pp. 378-405.

LIMA, G.G.B., « Different Compensation Mechanisms in the Judicial Protection of the Environment: A Challenge for Juridical Epistemology », *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional (Colombian Yearbook of International Law)*, 2014, vol. 7, pp. 161-188.

LU, S.-P., « Corporate Codes of Conduct and the FTC: Advancing Human Rights through Deceptive Advertising Law Note », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2000 1999, vol. 38, pp. 603-630.

MARTIN-CHENUT, K., « Droit international et démocratie », *Diogenes*, 2007, vol. 220, n° 4, pp. 36-48.

MELUCCI, A., « Mouvements sociaux, mouvements post-politiques », *Lien social et Politiques*, 2016, n° 75, pp. 173-190.

MENON, P.K., « The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine », *Journal of Transnational Law & Policy*, 1992, vol. 1, pp. 151-182.

MOCKLE, D., « Gouverner sans le droit ? - Mutation des normes et nouveaux modes de regulation », *Cahiers de Droit*, 2002, vol. 43, pp. 143-212.

MOORE, M., « Globalization and Democratization: Institutional Design for Global Institutions », *Journal of Social Philosophy*, mars 2006, vol. 37, n° 1, pp. 21-43.

OLSSON, C., « Vrai procès et faux débats : perspectives critiques sur les argumentaires de légitimation des entreprises de coercition para-privées », *Cultures & conflits*, décembre 2003, n° 52, pp. 11-48.

OMOTESO, K. et YUSUF, H., « Accountability of transnational corporations in the developing world: The case for an enforceable international mechanism », *Critical perspectives on international business*, mars 2017, vol. 13, n° 1, pp. 54-71.

PARODI, F., « Les États face à l'activité des sociétés militaires et de sécurité privées », *Revue Générale de Droit International Public*, 2010, vol. 3, p. 525.

PINZAUTI, G., « The Blackwater Scandal: Legal Black Hole or Unwillingness to Prosecute Private Military Contractors? », *The Italian Yearbook of International Law Online*, janvier 2007, vol. 17, n° 1, pp. 123-142.

RACINE, J.-B., « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », in *Revue Juridique de l'Environnement (R.J.E.)*, Strasbourg, 1996, p. 410 .

RATNER, S.R., « Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility », *Yale Law Journal*, 2002 2001, vol. 111, pp. 443-546.

RUGGIE, J.G., « Reconstituting the Global Public Domain — Issues, Actors, and Practices », *European Journal of International Relations*, décembre 2004, vol. 10, n° 4, pp. 499-531.

SIMONS, P., « Corporate Voluntarism and Human Rights: The Adequacy and Effectiveness of Voluntary Self-Regulation Regimes », *Relations industrielles*, 2004, vol. 59, n° 1, pp. 101-141.

STOKER, G., « Governance as theory: five propositions », *International Social Science Journal*, mars 1998, vol. 50, n° 155, pp. 17-28.

SUR, S., « L'Etat entre l'éclatement et la mondialisation », *Revue belge de droit international*, 1997, vol. 1, pp. 5-20.

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. 75-162.

Acte de colloque

NOWROT, K., « New Approaches to the International Legal Personality of Multinational Corporations: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities », présenté au Forum de recherche sur les droit international de la Société européenne de droit international de 2005, [En ligne]. <<http://www.ridi.org/adi/special/2005/sediforum2005.pdf>>. (Consulté le 24 avril 2018).

Rapports

CICR, « Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux », Genève, CICR, 2008, p. 32.

SCHWARTZ, M. et SWAIN, J., « Department of Defense Contractors in Afghanistan and Iraq: Background and Analysis », Washington, Congressional Research Service, 13 mai 2011.

« Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises Additif - Techniques de gestion et politiques en matière de droits de l'homme: Résultats des questionnaires envoyés aux gouvernements et aux 500 entreprises du classement du magazine Fortune », A/HRC/4/35/Add.3, 28 février 2007.

Thèses

CISSE, B., *L'externalisation des activités militaires et sécuritaires. A la recherche d'une réglementation juridique appropriée*, Université Lille 2, 12 février 2014.

TABLE DES MATIERES

Remerciements	III
Liste des abréviations et des sigles	V
Introduction	1
I. La réapparition d’acteurs privés dans le domaine régalien de l’usage de la force	2
II. L’incapacité des états à encadrer les sociétés militaires privées	4
A. Les inadaptations des législations nationales aux e.m.s.p.	5
B. L’insaisissable phénomène des sociétés transnationales	7
III. L’absence d’un encadrement international efficace.....	8
Partie I. L’édiction des normes primaires : la liberté limitée de délégation du pouvoir normatif aux mains de l’état	13
Chapitre 1. L’affirmation par le droit international de la possibilité d’une normativité non étatique	14
Section 1. Une régulation privée compatible avec le droit international.....	14
I. L’inexistence de matières relevant par nature de la compétence exclusive de l’état : la liberté d’organisation laissée à ces derniers	15
A. La liberté d’organisation laissée aux états	15
B. Aucune interdiction de délégation à des acteurs privés de la réglementation des activités militaires.....	17
II. L’émergence de l’entreprise comme sujet du droit international.....	18
A. Le droit international classique, un droit ouvert aux acteurs non étatiques.....	19
B. Les entreprises, détentrices de droits en vertu du droit international ---	21
III. Les codes de conduits des sociétés militaires privées : outil de promotion au service des droits de l’homme	22
Section 2. Une régulation privée des entreprises militaires privées promue par le droit international.....	24
I. Le développement de l’autorégulation comme un régime parallèle, processus encouragé par la société internationale.....	25
A. La multiplication de codes de conduite aux contours variés	25
B. Les codes de conduite : un droit sans l’état	27
II. L’intégration des normes d’autorégulation dans un système hybride : la corégulation	29
A. Des exemples de corégulation non spécifiques aux e.ms.p. bien que s’y appliquant.....	30
B. La corégulation propre aux e.m.s.p.	31
Chapitre 2. Une liberté de délégation du pouvoir normatif aux sociétés militaires privées ne constituant pas un blanc-seing	33
Section 1. Le respect du droit international, exigence de validité de la norme émise par les sociétés	33

I. Les sociétés militaires privées, devenues destinataires des obligations du droit international-----	33
A. Le nécessaire respect du droit international humanitaire en raison de son application aux agents des e.m.s.p.-----	34
B. Les e.m.s.p., débitrice d'obligation en vertu du droit international des droits de l'homme -----	36
II. L'émergence d'une condition de légitimité démocratique des normes d'autorégulation : le grand défi de la régulation des sociétés militaires privées-----	38
A. La légitimation démocratique croissante du droit international-----	38
B. La difficulté de la démocratisation des normes d'autorégulation : le défi futur des e.m.s.p. et de leur code de conduite ? -----	41
 Section 2. Un transfert de compétence normative ne libérant pas l'état de son rôle déterminant concernant l'encadrement de la norme d'autorégulation-----	43
I. Le devoir de l'état de faire pénétrer le droit international dans l'ordre interne -----	43
II. L'entreprise, entité à la moralité flexible -----	45
III. La concertation dans la procédure d'élaboration de la norme : encadrement partiel en amont-----	46
 Partie II. Les normes secondaires et la responsabilité internationale de l'état : garde-fou du libéralisme politique-----	49
 Chapitre 1. La mise en œuvre des obligations des entreprises militaires et de sécurité privées par des procédures non étatiques : la tentative de mise en œuvre de mécanismes de contrôle privés-----	50
 Section 1. Les outils privés du contrôle du respect de leurs codes de conduite par les sociétés militaires privées : l'exemple de l'icoca -----	50
I. Le contrôle des rapports, le suivi et les évaluations de performances ----	52
II. Un processus de traitement des violations du code -----	55
A. L'exigence de mise en place de procédures de traitement des plaintes par les entreprises membres-----	55
B. Compétences propres de l'icoca-----	56
III. Une procédure de certification : le rôle majeur de la réputation des e.m.s.p. -----	57
Section 2. Les indubitables limites intrinsèques à ces procédures -----	59
I. Les limites du volontarisme -----	59
II. L'indiscutable opacité de la régulation des e.m.s.p. -----	60
 Chapitre 2. L'état, seul garant actuel du respect du droit international par les acteurs privés -----	64
Section 1. Le rôle de l'état dans la mise en œuvre des normes d'origine privée : la judiciarisation des normes d'autorégulation -----	64
I. L'intégration des normes originellement privées dans le droit « dur » de l'état : utilisation du pouvoir normatif étatique comme baies vers une sanction de la violation des normes d'autorégulation. -----	64
II. L'intégration du code de conduite dans la sphère contractuelle-----	66
III. L'utilisation du code de conduite par la jurisprudence -----	66

Section 2. La responsabilité, pour l'instant unique, de l'état en cas de violation du droit international résultant de la non-application des normes d'origine privée -	67
I. La responsabilité internationale des états : l'obligation de faire respecter le droit international-----	68
A. Les obligations procédurales découlant du droit à un procès équitable	69
B. L'état cocontractant responsable pour fait illicite-----	70
C. L'émergence d'un régime global de due diligence à l'intention des états -----	73
II. Une intermédiation de l'état destinée à ne pas durer : la question de la responsabilité internationale directe des entreprises -----	74
A. Le développement de la rse au niveau international -----	74
B. La responsabilité pénale des e.m.s.p. et de leurs agents-----	76
1. La responsabilité pénale des agents de e.m.s.p. -----	76
2. La responsabilité pénale limitée des e.m.s.p. -----	78
Conclusion -----	81
Sources -----	83
Bibliographie -----	88
Table des matières -----	Erreur ! Le signet n'est pas défini.