



Les obstacles à la répression de la personne morale : les activités criminelles des sociétés militaires privées (SMPs) étude comparative

Malek Hamad

► To cite this version:

Malek Hamad. Les obstacles à la répression de la personne morale : les activités criminelles des sociétés militaires privées (SMPs) étude comparative. 2022. hal-03774316

HAL Id: hal-03774316

<https://univ-artois.hal.science/hal-03774316>

Preprint submitted on 12 Oct 2022

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.

Les obstacles à la répression de la personne morale : les activités criminelles des sociétés militaires privées (SMPs) - étude comparative.

Malek HAMAD

Docteur en Droit pénal

**Enseignant chercheur à l'université d'Artois-Faculté de droit d'Alexis de Tocqueville à
Douai, France**

Résumée:

Cette recherche jette la lumière sur les obstacles à un engagement efficace de la responsabilité pénale à l'encontre des activités criminelles des sociétés militaires privées (SMPs). Certaines sociétés MPs exercent des activités économiques légales en tant que personne morale. Toutefois, elles s'activent également dans plusieurs zones de guerre, commettant des activités criminelles très graves, comme la disparition des personnes. Y a-t-elle une riposte pénale efficace permettant de les poursuivre devant une juridiction nationale ou celle internationale ?

A travers d'une recherche comparée, Cette contribution va envisager les obstacles qui sont dû aux textes pénaux du droit interne, avant d'arriver à une obstacle majeur liée à l'absence d'un texte d'incrimination international permettant de combler un vide juridique concernant ces sociétés ou de les encadrer dans le cas où les textes internes ne contribuent pas effectivement d'une poursuite efficace.

En somme, un texte d'incrimination international vis-à-vis de la personne morale(SMPs) pourrait renforcer la justice interne ou la coopération avec celle-ci. Il permet également d'engager la justice pénale internationale, surtout que ces sociétés s'activent dans des zones des conflits internationalisés.

Summary:

This research sheds light on the obstacles to effective criminal liability engagement for the criminal activities of private military companies (PMSs). Some MPs companies carry out legal economic activities as a legal person. However, they are also active in several war zones, committing very serious criminal activities, such as the disappearance of people. Is there an effective criminal response allowing them to be prosecuted before a national or international court? Through a comparative research, this contribution will highlight the obstacles which are due to the criminal texts of internal law, before arriving at a major obstacle related to the absence of an international criminalization text allowing to fill this void legal concerning these companies or to control them in the event that the internal texts do not effectively contribute to an effective prosecution. In short, an international criminalization act against the legal person (SMPs) could strengthen internal justice or cooperation with it. It also makes it possible to engage international criminal justice, especially as these companies are active in areas of internationalized conflicts.

Titel:Obstacles to the repression of the legal entity: the criminal activities of private military companies (SMPs) - comparative study.

INTRODUCTION

Dans l'ère du néolibéralisme¹, les sociétés militaires privées (SMPs) sont des personnes morales qui exercent des activités sécuritaires ou militaires dans l'intérêt d'un État, à travers un contrat, entre autres pour assurer la protection de personnes particulières ou de lieux sensibles². Ces sociétés recrutent des employés de diverses nationalités³, leurs activités dépassent les frontières du pays d'origine où se trouve leur siège et leurs missions se déroulent dans des zones de conflit comme l'Irak, la Syrie ou la Libye. Ces personnes morales constituent aujourd'hui un phénomène *contemporain majeur* de la privatisation de la guerre⁴.

Certaines activités des SMPs, comme les crimes de guerre ou le mercenariat, violent tangiblement la loi pénale interne et internationale. En ce qui concerne le mercenariat, il est juridiquement difficile de l'appréhender car les textes juridiques le pénalisant sont destinés aux comportements criminels commis par un individu (personne physique). Autrement dit, la définition du mercenariat ne s'applique pas à ce type d'activités lorsqu'elles sont menées par une personne morale⁵.

¹ V. à ce propos la théorie néolibérale selon laquelle « l'État favorise fortement les droits de propriété privée, les obligations contractuelles et les institutions de marchés libres et de libre-échange », Cf. Harvey, D.: *A Brief History of Neoliberalism*, OUP, Oxford, 2005, p. 64.

² Cf. la définition de la SMPs in Joel AC Baum and Anita M McGahan Rotman, "Outsourcing War: The Evolution of the Private Military Industry after the Cold War, School of Management", University of Toronto, Toronto, February 20, 2009 rev. October 5, 2009 p.5. , available at: http://chaire.eppp.org/files_chaire/10_14_2009_TCE_paper.pdf, site consulté le 29/11/2020.

³ Selon Friedman, « un accord de libre-échange approprié [pour les forces armées appréciant le marché libre pour trouver des forces militaires volontaires]; c'est-à-dire engager des hommes pour servir », Cf. Friedman, M.: *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press, London, 2002, p. 36.

⁴ Julian fernandez, « *Relations internationales* », 1 éd., Dalloz, 2018, p. 15.

⁵ Cf. le protocole I du 8 juin 1977 additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux. L'article 47 de ce protocole définit le mercenaire de la façon suivante : « Un mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre. Le terme mercenaire s'entend de toute personne : qui est spécialement recrutée pour se battre dans un conflit armé ; 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 promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette partie ; qui n'est pas ressortissant d'une partie au conflit, ni résident d'un territoire contrôlé par une partie au conflit ; qui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit ; et qui n'a pas été envoyée par un État autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit État ».

D'ailleurs, le législateur national, dans plusieurs systèmes juridiques, a créé des textes pénaux, adoptant la responsabilité pénale des personnes morale de toutes les infractions pénales; c'est le cas du droit pénal français. Pourtant, l'engagement de cette responsabilité n'est pas systématique quand ce type de criminalité se commet à l'étranger. Cela peut constituer un obstacle eu égard à la poursuite pénale. Toutefois, l'obstacle majeur réside dans le fait que la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas encore adoptée par les législations internes de certains pays ni par le droit pénal international⁶.

Il peut alors être intéressant de mettre en évidence les obstacles qui entravent la poursuite pénale des SMPs, tant au niveau du droit interne (I) qu'au niveau du droit international (II).

I. Les sociétés militaires privées commettant des crimes de guerre, en droit interne

Souvent, le droit interne ne pourrait pas permettre de poursuivre les sociétés militaires privées; en effet, des obstacles de plusieurs formes – soit mineures, soit majeures – entraveraient la justice pénale interne.

A. Les 'obstacles mineurs

Dans ce domaine, l'obstacle mineur signifie que l'application de la loi vis-à-vis des SMPs soit est subordonnée à la réalisation de plusieurs conditions, soit est suspendue en attendant que soient colmatées certaines lacunes.

1. La subsidiarité juridique

Selon le principe de l'universalité du droit pénal⁷, la juridiction d'un pays neutre peut avoir compétence quant à une infraction commise à l'étranger par un étranger. En l'occurrence, être un pays neutre signifie que la société ne porte pas la nationalité de ce pays; cela indique aussi l'absence de membres de la nationalité de ce pays au sein d'une société impliquée dans la criminalité, et, de plus, ce pays n'est pas contractant et il n'accueille pas ce type de société.

De prime abord, l'affaire n'est pas complexe lorsque le droit interne d'un pays neutre comporte un principe général sur la responsabilité pénale de la personne morale, comme c'est

⁶ À cet égard, une partie de la doctrine déclare que l'intervention du droit international devient « *une nécessité car ce type de sociétés dépendent potentiellement de trois États, celui de leur immatriculation, celui qui les emploie et celui sur le territoire duquel s'effectue leur prestation de service* », Cf. Julian FERNANDEZ, *op. cit.*, p.18.

⁷ V. l'article 122-2,1° du Code pénal français.

le cas en droit pénal français. Le législateur l'a instauré avec le nouveau code pénal français⁸. Plus tard, ce principe a été généralisé afin d'appréhender les personnes morales pour toutes les infractions qui peuvent être imputées à une personne physique, tant que l'infraction a été commise par les représentants ou les organes des personnes morales pour le compte et au nom de ces dernières.

Toutefois, la poursuite pénale des SMPs ne sera pas systématique, car la compétence de la juridiction nationale devrait respecter les conditions d'applicabilité d'un autre principe général du droit pénal, à savoir le principe d'universalité.

Si le droit français permet d'appréhender facilement les sociétés françaises, en vertu de la définition que donne le code pénal de la personne morale, la question restera de savoir si le droit français peut poursuivre les sociétés militaires étrangères pour des infractions du droit international commises à l'étranger par un non Français. Dans le cadre de la violation du droit international humanitaire, la juridiction française joue un rôle complémentaire et coopératif avec les juridictions pénales internationales, comme dans le cas de l'ex-Yougoslavie⁹ ou l'exécution des peines prononcées par la CPI¹⁰. La juridiction française accepte aussi, dans les limites des conventions internationales, de poursuivre les affaires de génocide commises par des personnes résidant en France¹¹. D'ailleurs, le droit français a transposé des textes internationaux vis-à-vis de la criminalité des personnes morales au niveau international. À titre d'exemple, la France a ratifié la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Cette convention a défini les personnes responsables de l'infraction en les désignant par le pluriel « les personnes »¹². Bien que cette convention internationale, comme tous les textes du droit pénal international, n'utilise pas l'expression « personne morale » dans son vocabulaire en adoptant la même définition¹³, le droit

⁸ Le nouveau code pénal français du 1 mars 1994, l'article 121-2 du code pénal français.

⁹ La loi n°95-1 du 2 janvier 1995. TPIR, Chambre de première instance, 20 nov. 2007, *Procureur c/ Laurent B.*, aff. n° ICTR-2005-85-I, décision relative à la requête du procureur aux fins de renvoi de l'acte d'accusation contre Laurent B. aux autorités françaises (publiée sur le site du TPIR, <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm> in « Affaires », « État des affaires »).

¹⁰ La loi n°2010-930 du 9 août 2010.

¹¹ X. PIN « *Droit pénal général* », 12 éd. Dalloz, 2021, p. 169.

¹² V. les articles 2 et 6 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n°47/133 du 18 décembre 1992.

¹³ V. l'article 212-12 du code Pénal français.

français a instauré une sanction pénale pour la disparition forcée dont est responsable une personne morale¹⁴.

En revanche, cette poursuite est limitée à certaines conditions la rendant procédure subsidiaire. Ainsi, le ministère public doit s'assurer qu'aucune autre juridiction nationale ou internationale ne demande la remise et que la Cour pénale internationale a décliné expressément sa compétence¹⁵.

De plus, la subsidiarité du droit français exige une « *résidence habituelle*¹⁶ » du suspect sur le territoire français. Ainsi, en matière de personne morale, cette condition pourrait être interprétée comme l'existence d'un siège de la société ou d'une branche de celle-ci sur le sol français, pour la poursuivre devant la juridiction française.

Cela peut être une voie longue et même rare pour que les victimes d'une société étrangère puissent poursuivre celle-ci devant la juridiction française.

Maintenant, demandons-nous quelle est la position du droit américain. Les dispositions du droit américain peuvent-elles faciliter la poursuite de ces sociétés ?

2. L'inefficacité juridique

Dans la *Common law*, il est possible d'engager la responsabilité pénale à l'encontre de la personne morale. À cet égard, les juridictions américaines acceptent d'appréhender la personne morale sous le régime de la responsabilité indirecte, selon la théorie *vicarious liability*. Cela veut dire que la personne morale peut voir sa responsabilité pénale retenue concernant des infractions commises par ses employés, lorsqu'elles sont commises dans son intérêt¹⁷.

Mais la question qui se pose est de savoir si ce fondement peut toutefois faciliter l'engagement de la responsabilité pénale vis-à-vis des SMPs concernant les crimes commis à l'étranger.

La réponse à cette question soulignera les obstacles qui ont surgi eu égard à la criminalité commise à travers la SMPs, soit au niveau de la responsabilité individuelle, soit au niveau de la personne morale.

¹⁴ V. l'article 221-7 du code pénal français.

¹⁵ Xavier PIN, « *Droit pénal général* », 21 éd. Dalloz, 2021, p. 157.

¹⁶ L'article 689-11 Code des procédures pénales, mod.2019 exige, pour la compétence de la juridiction française, une « résidence habituelle en France, une double incrimination, et l'État fait partie de la convention de Rome ».

¹⁷ Grondin, R. « La responsabilité pénale des personnes morales et la théorie des organisations ». *Revue générale de droit*, 25 (3), 1994, p. 386.

À cet égard, la société *Black water*, la fameuse SMP américaine fortement active durant la guerre en Irak en 2003 et impliquée dans des crimes de guerre¹⁸, n'a guère fait l'objet d'une responsabilité pénale en tant que personne morale. Cette société (*Black water*) est aujourd'hui devenue une *Académie*¹⁹. Pourtant, quatre ans après la guerre, la juridiction américaine n'a jugé que certains employés de cette société pour l'affaire de la prison d'*Abou Ghraib* en Irak²⁰.

Il convient de constater qu'il était difficile de procéder à des poursuites pénales à l'encontre de la criminalité des SMPs, soit pour les membres ou soit pour les sociétés elles-mêmes.

L'une de ces problématiques de la compétence des juridictions américaines concerne les employés de ces sociétés. Il est question de civils, non de militaires, mais commandés par des militaires. Quant aux violations liées au droit de guerre (*law of war*), la juridiction militaire est compétente. Cependant, le droit américain ne permettait de poursuivre les civils accompagnant les militaires à l'étranger que durant la période de la guerre, devant les cours martiales. Pourtant, ce droit donnait implicitement une *immunité de fait* pour les civils et les militaires commettant des crimes dans une guerre à l'étranger²¹. En effet, la guerre n'a pas été déclarée pour l'Irak par le congrès.

Le droit américain a adopté des lois qui permettent de combler les lacunes qui ont eu de nombreuses répercussions concernant la criminalité de ces sociétés militaires²².

Le congrès américain a adopté le droit (MEJA) afin d'instaurer un cadre juridique pour les sociétés travaillant à l'étranger à travers des contrats établis avec *DOD*²³. Pourtant, ce droit contenait, lui aussi, une lacune. En effet, il n'était pas applicable, car certaines sociétés n'étaient pas seulement sous contrat avec *DOD*, mais aussi employées par le ministre des Affaires étrangères²⁴. En 2004, pour combler cette lacune du MEJA²⁵, le Congrès a étendu la compétence du MEJA pour couvrir les employés civils, les entrepreneurs et les employés des entrepreneurs de toute

¹⁸ V. le rapport du congrès américain en 2007, *Black water* est impliqué dans plus de 130 incidents armés en Irak, MEMORANDUM (cnn.net) <http://i.a.cnn.net/cnn/2007/images/10/01/blackwater.memo.pdf>, site internet consulté le 16/12/2020.

¹⁹ Jason Ukman « Ex-Blackwater firm gets a name change, again », 12 décembre 2011, <https://www.washingtonpost.com>, site consulté le 21/12/2020.

²⁰ Chukwuma Osakwe "private military contractors, war crimes and international humanitarian law", *Journal of military studies*, vol.42, 2014, P.37.

²¹ Anthony E. Giardino, "Using Extraterritorial Jurisdiction to Prosecute Violations of the Law of War: Looking Beyond the War Crimes Act" *B.C.L. Rev.*, volume n°48, (2007), p. 699.

²² Laura A. Dickinson, "Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law, *american society of international law*", vol. 11, issue 31, 2007.

²³ Département de la défense aux Etats unis, (*United States Department of Defense*)

²⁴ Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000 (MEJA), 18 U.S.C. Â§Â§ 3261-3267 (2004, USA PATRIOT Act of 2001 Â§ 804 comble également cette échappatoire dans une certaine mesure en élargissant la juridiction

maritime et territoriale spéciale des États-Unis (SMTJ) pour inclure les installations exploitées par les États-Unis à l'étranger.

²⁵ KATERINA GALAI « *The use and regulation of private military companies* », PhD thesis, university of Sussex, april 2017, 163-164.

agence fédérale ou autorité provisoire, ainsi que leurs personnes à charge, dans la mesure où l'emploi se rapporte à la mission du ministère de la Défense à l'étranger ou à des opérations sur le territoire que les États-Unis occupent uniquement ou conjointement.

En revanche, face à ces obstacles lacunaires, le droit américain n'aurait-il pu recourir à l'un des plus importants droits dans son arsenal juridique, pour juger les violations des droits de l'homme à l'étranger ?

À cet égard, aux États-Unis, les plaignants peuvent intenter des actions contre les SMPs en vertu de l'*Alien Tort Statut* (ATS)²⁶. Ce dernier confère une compétence aux tribunaux fédéraux pour examiner les délits en violation du droit des nations. Ce droit permet effectivement d'évoquer, devant les juridictions américaines, la violation des dispositions du droit international humanitaire et la violation du droit international coutumier, violations commises par une personne physique ou par une personne morale. De même, une action en vertu de l'ATS peut être intentée pour tout préjudice résultant d'une violation du droit international, quel que soit l'endroit où le préjudice est survenu ou l'individu qui a infligé le préjudice, à condition que le demandeur soit en instance sur le territoire américain²⁷.

En revanche, l'application de ce droit n'est pas systématique. Dans une affaire de terrorisme associée à une grande banque jordanienne disposant d'une branche à New York, les plaignants ont affirmé que certains responsables bancaires étaient complices du financement d'activités terroristes au Moyen-Orient. La Cour suprême américaine a statué que les justiciables, dans cette affaire, n'étaient pas susceptibles de recourir à l'*Alien Tort Statut*, 28 U.S.C. § 1350, pour poursuivre les sociétés étrangères. Cette décision a incité à emprunter des voies politiques pour demander des réparations. « La déférence judiciaire exige que toute imposition de responsabilité d'entreprise à des sociétés étrangères pour des violations du droit international soit déterminée en premier lieu par les branches politiques du gouvernement »²⁸.

²⁶ Ce droit a été voté en 1789, Cf. D. Fabre, Christophe. « Réflexions sur l'Alien Tort Statut (ATS) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, 2016, p. 506.

²⁷ The Court of appeals *Filártiga c. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir.1980).

²⁸ Johann Morri, « Alien Tort Statut : nouveau tour de vis sur la compétence des juridictions civiles américaines en matière de violations du droit international », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits Libertés, mis en ligne le 02 juin 2018, consulté le 29 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3865> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.386>.

En revanche, très récemment, s'agissant des violations des droits de l'homme, *The Court of appeals* a admis de condamner la société *Nestlé* sur le fondement de l'ATS²⁹.

Même si les critères de son application sont variés, manquent de clarté, reflètent une application fluctuante et que la Cour suprême américaine délimite le champ de son application eu égard aux procès se déroulant aux États-Unis, à la nationalité américaine des justiciables et à l'intérêt américain, ce droit constitue toutefois un élément important dans la justice américaine de sorte que les États-Unis ne soient pas un refuge pour les sociétés américaines, étrangères, ou pour les criminels qui ont commis des crimes en violation du droit international à l'étranger.

En conséquence, le droit américain se rapproche du droit français, en quelque sorte, car il permet de poursuivre les sociétés américaines ; il peut aussi les appréhender d'une façon subsidiaire.

Suite à cette présentation des obstacles mineurs du droit interne face à la poursuite pénale des sociétés militaires privées, il est temps d'envisager les obstacles majeurs à la responsabilité pénale des sociétés militaires privées en droit interne.

B. Les obstacles majeurs

Quand un obstacle est qualifié de majeur, cela signifie que la société militaire privée est à totalement l'abri de toute responsabilité pénale. Cela reviendrait soit aux dispositions juridiques nationales mettant la société dans l'ombre juridique, comme le droit russe, soit aux circonstances affaiblissant le système judiciaire, comme le droit des pays en conflit.

1. L'ombre juridique

À ce sujet, selon un rapport de l'ONU, le gouvernement russe a confirmé que la législation russe ne porte pas sur les activités militaires ou sécuritaires des sociétés exerçant à l'étranger³⁰. Ces sociétés forment un domaine propice pour enrôler des mercenaires. Le recrutement dans ces groupes peut se faire sous une la forme du bénévolat ou du volontariat pour éviter la répression du droit pénal fédéral russe qui sanctionne le mercenariat au terme de l'article 359³¹ de son code pénal. Sur ce point, il est bien de constater que les termes de la définition du mercenariat, en droit pénal fédéral russe, n'entraînent pas une incrimination des

²⁹ *Doe v. Nestle, S.A.*, 2019 U.S. App. LEXIS 20050 (9th Cir. Jul. 5, 2019). Il faut bien noter que cette condamnation n'est pas épargnée d'une réponse contraire de la part de la Cour suprême américaine.

³⁰ V. le conseil des droits de l'homme, 30, 2015, 25 p. 9.

³¹ Code pénal de la fédération russe n°64-FZ du 13 juin 1996, chapitre 34.

actes du mercenaire recruté via un groupe ou même via une personne morale. Le texte ne vise que les individus en tant que personnes physiques et uniquement si ces sociétés prennent la structure d'un groupe ou d'une société. Toutefois, elles restent sans existence légale en tant que personne morale. L'État russe préfère conserver une certaine ambiguïté autour de l'existence juridique de ces sociétés³².

De surcroît, le droit fédéral pénal russe ne comporte pas de texte pénal pour la responsabilité des personnes morales. C'est pourquoi les infractions de ces entités ne font l'objet que d'une responsabilité administrative³³. Ainsi, la personne morale peut être sanctionnée par des amendes citées dans le code des infractions administratives, comme le travail sans autorisation.

Ces sociétés militaires privées, surtout le groupe *Wagner*, jouent un rôle de relais officiel des coopérations militaires entre la Russie et les États locaux. Pourtant, l'État russe, sur le territoire duquel se forment ces sociétés, refuse de reconnaître leurs activités criminelles par le « déni plausible ». Ces SMPs russes prolifèrent dans les pays qui sont en guerre. En 2019, la société Russe *Wagner* crée l'une des sociétés militaires qui s'active actuellement dans le conflit qui se déroule dans certains pays arabes comme la Syrie et la Libye³⁴. Elle participe à la guerre en Libye avec les milices du général libyen *Haftar* (armé non officiel), ce dernier est en guerre en face d'un gouvernement légitime reconnu par la communauté internationale (rapport). La Russie soutient cette société dans sa mission guerrière en Libye³⁵.

Toutefois, il convient de rappeler que le gouvernement russe étudie le projet d'adopter des règles juridiques concernant le travail de ces sociétés. En effet, ces sociétés n'ont toujours pas de loi qui gouverne leur travail³⁶.

Une telle position, comme celle du droit russe, est effectivement différente de la position du droit américain et du droit français. En effet, la position du droit russe constitue un obstacle majeur

³² Emmanuel DREYFUS, « Les SMP en Russie, à l'est, quoi de nouveau », note de recherche n°63, Institut de recherches stratégiques de l'école militaire (France), 2018, p. 7.

³³ Le Code administratif de la fédération Russe cite précisément les infractions qui peuvent être commises par la personne morale. Ainsi, la personne morale ne peut être administrativement responsable que de certaines infractions commises dans les domaines du commerce, du travail et de l'environnement. Cf. Article 2.1 du code administratif fédéral russe N° 196-FZ, 30 décembre 2001.

³⁴ Amendine DUSOULIER, « Le retour de la Russie en Afrique subsaharienne : sécurité et défenses au service de la politique étrangère de Vladimir Poutine », Institut royal supérieur de défense, Bruxelles, focus paper n° 39, juillet 2019, p. 32.

³⁵ Tarek Megrisi « Les enjeux stratégiques de la guerre civile en Libye », Bulletin de la sécurité africaine, n° 37, 2020, p. 5.

³⁶ Sergey SUKHANKIN, « Sociétés militaires privées russes en Afrique subsaharienne : atouts, limites, conséquences ». Nei.Visions, n° 120, IFRI, septembre 2020, p. 15.

dans la poursuite pénale à l'encontre de ces sociétés, soit au niveau de la coopération juridictionnelle entre les États, soit au niveau d'une éventuelle coopération avec une juridiction internationale *ad hoc* ou devant la Cour pénale internationale, soit au niveau des droits des victimes à obtenir des réparations ou, à minima, de la reconnaissance de la criminalité par une juridiction russe.

En effet, si cette position accorde « *une immunité pratique*³⁷ » aux SMPs, ces sociétés pourraient en profiter aussi dans le cadre d'un système juridique faible.

2. La faiblesse juridique

La faiblesse juridique se caractérise lorsque le droit du pays hôte de sociétés est impuissant devant leurs activités illégales, soit parce que ces sociétés sont imposées sur ce pays, soit parce que le pays hôte a signé des contrats avec elles pour des intérêts partagés.

En Irak, en 2014, l'administrateur civil américain Paul Bremer a fait entrer des sociétés pour exercer des activités sécuritaires³⁸. Dans sa décision, il a accordé à ces sociétés l'immunité contre toutes les procédures juridiques qui pouvaient être initiées par la juridiction irakienne. Bien que cette décision fût illégale eu égard aux normes supérieures du droit irakien, néanmoins, il était *ipso facto* difficile de poursuivre les employés américains devant la juridiction pénale irakienne, avec la forte présence militaire américaine et la faiblesse des institutions (militaires ou policières) irakiennes. En revanche, loin de la responsabilité pénale, l'État irakien, reconnaissant sa faiblesse, a accepté une responsabilité sur le fondement de la responsabilité de l'État du pouvoir exécutif de ce type de préjudice³⁹.

La faiblesse du droit du pays hôte peut être liée aux circonstances de la guerre ; l'autorité qui a contracté avec ce type de société est celle qui maintient l'ordre judiciaire dans le pays, comme en Syrie où *Wagner* s'active depuis 2015. L'État syrien n'a aucun intérêt à déclencher des poursuites pénales par l'entremise de son procureur contre cette société. Ces sociétés se trouvent bénéficier d'une *immunité de fait* ou plutôt juridique à court terme, en quelque sorte.

De même, dans le conflit interne, les deux parties du conflit peuvent recourir au service des sociétés militaires privées étrangères, comme c'est le cas en Libye où l'une des parties du conflit

³⁷Cathy Leblanc, « Réflexion sur la responsabilité des sociétés privées de sécurité dans le monde anglo-saxon », *Revue les Cahiers de la justice*, n°1, 2017, p. 34.

³⁸ le 28 juin 2004 *Ordre* n°17.

³⁹ Cette responsabilité est basée sur un lien de causalité entre le dommage et les actions de l'administration. L'État irakien a indemnisé les victimes de ces sociétés en contrat avec l'État irakien.

est soutenue par des sociétés russes⁴⁰ et l'autre partie par des sociétés turques (*Sadat*)⁴¹. Cet environnement d'insécurité et d'instabilité politique entrave l'efficacité du droit pénal et l'impartialité de la justice nationale.

Dès lors, les victimes auront besoin de l'assistance d'une juridiction puissante et impartiale. Les victimes de ces sociétés mettent leur espoir dans la juridiction pénale internationale pour répondre aux atrocités commises par ces sociétés.

II. Les sociétés militaires privées commettant des crimes de guerre, en droit international

En droit international, l'obstacle pour engager des procédures pénales contre ces sociétés est majeur. Il s'agit d'un vide juridique impliquant tant la jurisprudence internationale (A), que le statut de la Cour pénale internationale (B).

A. Vide juridique, la jurisprudence internationale

Selon le tribunal pénal international de *Nuremberg*, les crimes contre le droit international sont commis par des hommes, non par des entités abstraites⁴². L'origine de cet obstacle dans le droit international (vis à vis de la personne morale) réside dans le fait que l'État, en tant que personne morale, ne peut pas faire l'objet de procédures de poursuites pour des crimes de guerres⁴³, car la souveraineté de l'État et l'indépendance des États forment un principe fondamental en droit international, accordant aux États une immunité « procédurale » de

⁴⁰ Pour les États-Unis, « il n'y a pas de place pour les mercenaires étrangers ou les forces par procuration en Libye, y compris le mandataire du Ministère russe de la défense "*Wagner Group*" qui combat aux côtés et en soutien des forces de l'ANL » ; Cf. [communiqués de presse](#), « Libye: le Conseil de sécurité appelé à l'action pour prévenir une escalade des tensions et une fragmentation accrue du pays », [conseil de sécurité Sc/14293](#), 2 septembre 2020. www.un.org.

⁴¹ Hamza Rissoul, « Les sociétés militaires privées, le mercenariat », 19 octobre 2020, <https://www.middleeasteye.net/>, site consulté le 21/12/2020.

⁴² Cathy Leblanc, « Réflexion sur la responsabilité des sociétés privées de sécurité dans le monde anglo-saxon », *Revue les Cahiers de la justice*, n°1, 2017, p. 40.

⁴³ La Cour de cassation égyptienne, chambre civile, (pourvoi n° 2703, année judiciaire n° 87, audience du 15 juin 2020), a énoncé l'incompétence des juridictions égyptiennes pour une action de réparation contre la France (en l'occurrence l'ambassadeur de France) pour demander des réparations d'un crime de guerre commis à l'encontre d'un officier égyptien (prisonnier de guerre) lors de l'intervention française en Égypte en 1956. En l'espèce, la Cour de cassation a motivé sa décision par l'immunité juridictionnelle de la France en tant qu'État souverain au fondement de l'article 35 du droit des procédures qui consacre le principe du droit international coutumier pour l'immunité juridictionnelle des États. Cf. aussi la décision de la Cour de justice internationale sur l'immunité des États, C.I.J. Recueil, 2012, p. 99 ss, par. 80-97, ILM, 2012, p. 569.

juridiction⁴⁴, sauf en cas d' accord entre les États rendant la poursuite possible et accessible pour les parties afin d'obtenir une réparation. Cette immunité exclut la responsabilité des États des infractions pénales.

Si cette immunité est justifiée eu égard à l'État, sur la base de l'absence d'une doctrine interne ou internationale pour la responsabilité pénale de l'État, ainsi que de la difficulté d'établir la responsabilité civile de l'État quant à ces sociétés⁴⁵, il est légitime maintenant de s'interroger sur la responsabilité pénale des sociétés militaires privées dans le droit international, surtout avec l'existence d'un régime général ou spécial dans les droits internes permettant la responsabilité pénale des personnes morales.

Par rapport à cet objet, la dangerosité des sociétés militaires privées a exhorté la communauté internationale à tirer la sonnette d'alarme. Ainsi, le document de Montreux de 2008 caractérise une bonne étape contre la criminalité des SMPs. Il énonce des obligations à la charge des sociétés militaires privées pour respecter les droits internationaux⁴⁶.

D'un point de vue critique, ce document n'oblige que les États membres qui l'ont signé. De plus, est aussi critiquable le fait que la détermination de la période de l'engagement aux obligations concernées soit limitée au temps du conflit armé. Pourtant, ces sociétés peuvent violer le droit international et les droits de l'homme dans les temps de paix. D'ailleurs, dans la même optique, ce document ne comporte pas de régime pertinent pour la responsabilité pénale contre ses sociétés. Ce document ne vise que la possibilité de poursuivre les dirigeants de la société dans le cas où les employés, *de facto* sous leur surveillance effective, ont commis des infractions prohibées par le droit international. En conséquence, comme ce document n'a pas encore fait l'objet d'une adaptation générale ou d'une pratique générale de la part des États de sorte qu'il devienne une coutume qui intégrerait les règles du droit international, il ne comble pas effectivement le vide juridique dans le droit international vis-à-vis des SMPs.

Dès lors, le recours à la Cour pénale internationale peut-il réaliser cette mission de justice ?

⁴⁴ Dans son préambule, la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 a, à juste titre, rappelé que « *les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier* ».

⁴⁵ Selon l'article 3 du traité de La Haye de la guerre sur terre de 1907, l'État peut être responsable des dommages causés par les membres de son armée. L'article 99 du protocole additionnel de 1977 énonce également que l'État est responsable des faits commis par ceux qui font partie de l'armée de l'État. D'ailleurs, l'article 5 du rapport de la commission du droit international de 2001 rend l'État responsable de la violation du droit international humanitaire commise par les entités et les individus civils de l'État. Effectivement, il faut prouver la direction ou l'observation de l'État sur le travail de ces sociétés selon le fondement de l'article 8 de ce rapport.

⁴⁶Cf. l'introduction du Document de Montreux du 17 septembre 2008. p. 14-15.

B. Vide juridique dans le statut de la cour pénale internationale

À vrai dire, aucun tribunal international n'a compétence pour engager des poursuites contre des personnes morales en tant que telles pour les crimes internationaux⁴⁷.

Au stade de la responsabilité, le droit pénal international, représenté par le statut de Rome, porte précisément sur la responsabilité pénale individuelle des infractions commises par des individus physiques⁴⁸. Autrement dit, ce droit n'a pas adopté le terme juridique de la personne morale dans ses thématiques. En effet, le procureur de la CPI est impuissant devant les sociétés dont les membres auraient commis des crimes contre l'humanité. Ainsi, le procureur de la CPI ne peut pas agir même contre les SMPs qui commettent des crimes de guerre dans le pays où ils ont compétence pour enquêter sur ces crimes, comme dans le cas libyen.

L'absence de la personne morale dans ce statut revient à son projet de fondation. Le comité préparatoire de la CPI avait discuté des propositions visant à conférer à la CPI la possibilité d'exercer sa compétence sur les personnes morales en plus des personnes physiques. Pourtant, il était impossible de parvenir à un consensus à ce moment-là, pour deux raisons. La première était liée à la compétence de la Cour fondée sur le principe de la complémentarité, et la deuxième concernait les systèmes nationaux du droit pénal qui varient dans leurs approches au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales.

En revanche, à notre avis, les deux raisons ne s'opposent pas à ce que le droit pénal international adopte la responsabilité pénale des personnes morales. Quant à la première raison, le principe de complémentarité ne serait pas une barrière. *A contrario*, il permet une coopération entre les États et la CPI, afin d'écarter le cas des pays qui sont impuissants ou partiels à l'égard de ces personnes.

Quant à la deuxième raison qui concerne la variété des systèmes juridiques internes au sujet de la responsabilité pénale des personnes morales, cela ne peut pas être un obstacle face à l'adoption d'un régime juridique spécial par le droit pénal international contre la criminalité des personnes morales, en tant que complices ou auteurs. À ce sujet, il est possible de considérer la personne morale responsable comme complice, lorsque ses représentants connaissent les crimes commis ailleurs par ses employés. La jurisprudence, en matière de crimes

⁴⁷ Chia Lehnardt, « I Law Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law » The European Journal of International Law, Vol. 19 n° 5, 2008, p.1033.

⁴⁸ Le statut de la cour pénal international de 17 juillet 1998, entré en vigueur en 2002.

internationaux, a accepté la théorie de la connaissance pour la complicité de celui qui n'était pas présent lors de la commission de l'infraction et qui a seulement fourni un soutien secondaire aux auteurs. De même, dans le cas des SMPs qui participent effectivement à la guerre, prouver auprès de leurs représentants, que cela est fait en connaissance de cause semble plus facile. Cette preuve peut être basée sur les documentations au sujet des crimes et des témoignages récurrents.

De surcroît, la jurisprudence internationale (ICTR) a accepté la connaissance des faits pour retenir la culpabilité du complice⁴⁹. Il en va de même en droit interne dans plusieurs pays. Ainsi, la théorie « *The shared intent* » en *Common law*, comme dans le droit américain, se contente de la connaissance du crime pour imposer la culpabilité de la complicité⁵⁰.

Par conséquent, tout cela peut dégager une voie pour intégrer la responsabilité pénale de la personne morale dans le droit pénal international.

Conclusion

Nous pouvons conclure de cela que la protection pénale contre des crimes commis par des SMPs exige l'élaboration d'une doctrine juridique internationale pour la responsabilité pénale des personnes morales. Ce serait nécessaire pour combler un vide juridique qui peut se manifester dans plusieurs situations. C'est le cas des pays qui pourraient appréhender cette personne morale pour ses crimes mais qui ne le font pas par respect de la courtoisie internationale ou le cas d'un pays qui ne pénalise pas les personnes morales pour des infractions pénales ou encore celui d'un pays qui a une juridiction faible ou partielle pour faire face à ces personnes morales.

L'élaboration d'un texte pénal international comportant une incrimination et une pénalisation des personnes morales constituerait un gardien alternatif et effectif contre l'impunité de la criminalité de ce type de personnes.

D'ailleurs, réaliser une harmonisation entre les textes internes qui citent la responsabilité pénale de la personne morale et ceux du droit international qui ne la citent pas, exige la consécration de la personne morale dans le vocabulaire du droit international de façon à créer les effets d'un principe général en droit, à savoir la prévisibilité et l'accessibilité. En effet, l'impunité résulterait souvent de l'ambiguïté des textes juridiques.

⁴⁹ Andrew Clapham and Scott Jerbi "categories of corporate complicity in human rights abuses", 24 Hasting; INT'L and comp L Rev. 2001, p.339.

⁵⁰ Ramasastry, A., & Thompson, R. C. (2006). *Commerce crime and conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, Rapport Fafo, Oslo, 2006, p. 18.

De plus, la prolifération de ces sociétés ainsi que le nombre croissant des victimes des activités de ces sociétés rendent indispensable une telle incrimination de la personne morale dans le droit pénal international.

De même, une telle incrimination est une nécessité pour réaliser l'équilibre entre les dispositions internationales quant au droit des victimes⁵¹, car le droit des victimes à une réparation des crimes de guerre est garanti, comme un principe fondamental, par le droit international général⁵² et par le statut de la Cour pénale internationale⁵³. À cet égard, les États devraient encourager la poursuite pénale à l'encontre de ce type de sociétés, car ces sociétés changent et mutent rapidement pour se dissimuler. D'ailleurs, il n'est pas contraire au droit international coutumier d'engager une telle poursuite, sous prétexte de la courtoisie internationale ou de l'immunité juridictionnelle de l'État. En effet, ce sont des sociétés privées et elles n'exercent pas d'activités souveraines⁵⁴ ou ni d'activités liées dans l'intérêt de l'État.

La Bibliographie:

Andreas Bucher, « La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux Universal civil jurisdiction with regard to réparation for international crimes », *Annuaire de l'Institut de droit international* - Session de Tallinn - Volume 76, 2015, p.113.

Anthony E. Giardino, "Using Extraterritorial Jurisdiction to Prosecute Violations of the Law of War: Looking Beyond the War Crimes Act" *B.C.L. Rev*, volume n°48, (2007), p. 699.

Amendine DUSOULIER, « Le retour de la Russie en Afrique subsaharienne : sécurité et défenses au service de la politique étrangère de Vladimir Poutine », *Institut royal supérieur de défense*, Bruxelles, focus paper n° 39, juillet 2019, p. 32.

Andrew Clapham and Scott Jerbi, "categories of corporate complicity in human rights abuses", 24 *Hasting; INT'L and comp L Rev*. 2001, p.339.

Cathy Leblanc, « Réflexion sur la responsabilité des sociétés privées de sécurité dans le monde anglo-saxon », *Revue les Cahiers de la justice*, n°1, 2017, p. 34.

Chia Lehnardt, « I Law Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law" *The European Journal of International Law*, Vol. 19 n° 5, 2008, p.1033.

Chukwuma Osakwe "private military contractors, war crimes and international humanitarian law", *Journal of military studies*, vol.42, 2014, P.37.

D. Fabre, Christophe. « Réflexions sur l'Alien Tort Statut (ATS) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, 2016, p. 506.

Emmanuel DREYFUS, « Les SMP en Russie, à l'est, quoi de nouveau », note de recherche n°63, Institut de recherches stratégiques de l'école militaire (France), 2018, p. 7.

Friedman, M. « *Capitalism and Freedom* », The University of Chicago Press, London, 2002, p. 36.

Grondin, R. « La responsabilité pénale des personnes morales et la théorie des organisations ». *Revue générale de droit*, 25 (3), 1994, p. 386.

Hamza Rissoul, « Les sociétés militaires privées, le mercenariat », 19 octobre 2020, <https://www.middleeasteye.net/>, site consulté le 21/12/2020.

Harvey, D.: « *A Brief History of Neoliberalism* », OUP, Oxford, 2005, p. 64.

Joel AC Baum and Anita M McGahan Rotman, "Outsourcing War:The Evolution of the Private Military Industry after the Cold War, School of Management", University of Toronto,

Toronto, February 20, 2009 rev. 5 October, 2009, p.5. , available at: http://chaire.eppp.org/files_chaire/10_14_2009_TCE_paper.pdf, site consulté le 29/11/2020.

Julian fernandez, « *Relations internationales* », 1 éd., Dalloz, 2018, p. 15.

Jason Ukman « Ex-Blackwater firm gets a name change, again », 12 December 2011, <https://www.washingtonpost.com>, site consulté le 21/12/2020.

Johann Morri, « Alien Tort Statut : nouveau tour de vis sur la compétence des juridictions civiles américaines en matière de violations du droit international », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits Libertés, mis en ligne le 02 juin 2018, consulté le 29 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3865> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.386>.

Laura A. Dickinson, "Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law, *American society of international law*", vol. 11, issue 31, 2007.

Sergey SUKHANKIN, « Sociétés militaires privées russes en Afrique subsaharienne : atouts, limites, conséquences ». *Nei.Visions*, n° 120, *IFRI*, septembre 2020, p. 15.

Ramasastri, A., & Thompson, R. C. *Commerce crime and conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, Rapport Fafo, Oslo, 2006, p. 18.

Sulzer Jeanne. « Le statut des victimes dans la justice pénale internationale émergente », *Archives de politique criminelle*, vol. 28, no. 1, 2006, pp. 29-40.

Tarek Megrisi « Les enjeux stratégiques de la guerre civile en Lybie », *Bulletin de la sécurité africaine*, n° 37, 2020, p. 5.

X. PIN, « *Droit pénal général* », 12 éd. Dalloz, 2021, p.169.

⁵¹ V. rapport du groupe de travail onusien qui a référé à « l'absence de responsabilisation et de voies de recours utiles pour les victimes, en cas de violations des droits de la personne commises par ces sociétés et les membres de leur personnel », Assemblée nationale des Nations unies, 29 juillet 2019, A/74/244, p.26.

⁵² Dans son préambule, la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 a, à juste titre, rappelé que « les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens procèdent d'un principe généralement accepté du droit international coutumier ». CF Sulzer Jeanne. « Le statut des victimes dans la justice pénale internationale émergente », *Archives de politique criminelle*, vol. 28, no. 1, 2006, pp. 29-40.

⁵³ L'article 85 du statut de la CPI.

⁵⁴ Andreas Bucher, « La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux Universal civil jurisdiction with regard to réparation for international crimes », *Annuaire de l'Institut de droit international - Session de Tallinn - Volume 76*, 2015, p.113.