



Strasbourg, le 29 juin 2009

CDL-AD(2009)038

Etude n° 531 / 2009

Or. angl.

**COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**RAPPORT**

**SUR LES ENTREPRISES MILITAIRES ET DE SÉCURITÉ PRIVÉES  
ET SUR L'ÉROSION DU MONOPOLE ÉTATIQUE  
DU RECOURS À LA FORCE**

**adopté par la Commission de Venise  
lors de sa 79<sup>e</sup> session plénière  
(Venise, 12-13 juin 2009)**

**sur la base des observations de**

**M. Iain CAMERON (membre, Suède)**

**TABLE DES MATIÈRES**

I. <i>Introduction</i> .....	3
II. Approche générale de la Commission .....	3
III. Nécessité d'une réglementation internationale des sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire .....	4
IV. Réglementation juridique internationale existante des EMSP et jurisprudence applicable .....	5
V. Généralités sur la faisabilité d'un traité et autres travaux réglementaires en cours dans le domaine .....	6
VI. Observations relatives à des éléments précis de la recommandation – Sécurité interne/externe et fonctions intrinsèquement gouvernementales .....	8
VII. Prévention des conflits.....	12
VIII. Critères et normes en matière d'octroi de licences.....	12
IX. Autoréglementation .....	15
X. Droit pénal et procédure pénale .....	17
VII. Droit civil .....	18
VIII. Approbation parlementaire .....	19
IX. Adoption du Document de Montreux .....	20
X. Elaboration d'une recommandation avant d'engager des négociations sur un traité et conclusions .....	20

## I. Introduction

1. Lors de sa 1048<sup>e</sup> réunion tenue les 11 et 12 février 2009, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a examiné la Recommandation 1858(2009) de l'Assemblée parlementaire intitulée « Sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et érosion du monopole étatique du recours à la force ». A cette occasion, les Délégués des Ministres ont décidé de transmettre cette recommandation à la Commission de Venise pour information et pour qu'elle en tienne compte dans ses travaux futurs.

2. Compte tenu de l'importance croissante du sujet et de ses travaux antérieurs sur le contrôle démocratique des forces armées, la Commission de Venise a décidé d'élaborer un rapport sur ladite recommandation. Ce rapport porte essentiellement sur les implications juridiques des diverses propositions de l'Assemblée parlementaire et pourra être utile au Comité des Ministres lorsqu'il élaborera sa réponse à la recommandation. Il est souvent renvoyé au « 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 opérant pendant les conflits armés », téléchargeable sur internet<sup>1</sup>.

3. M. Iain Cameron est intervenu en qualité de rapporteur pour le compte de la Commission de Venise<sup>2</sup>. Le présent rapport a été adopté par la Commission de Venise lors de sa 79<sup>e</sup> session plénière (Venise, 12-13 juin 2009).

## II. Approche générale de la Commission

4. Conformément à son mandat, la Commission a privilégié les aspects juridiques de la recommandation de l'Assemblée parlementaire. Les aspects juridico-techniques de l'élaboration d'un traité supposent cependant inévitablement des commentaires sur certains aspects du fond des propositions formulées dans la recommandation et sur leur faisabilité. Dans le présent avis, la Commission emploie l'expression « entreprises militaires et de sécurité privées (EMSP) ». Des tentatives ont été faites dans le passé pour distinguer les sociétés privées à vocation militaire (SPM) des sociétés privées à vocation sécuritaire (SPS). Cette distinction présente un certain intérêt par rapport au système existant de réglementation nationale, car la majorité des Etats réglementent déjà les activités des sociétés à vocation sécuritaire sur leur territoire tandis qu'aucun Etat européen ne dispose d'une réglementation générale des activités des sociétés à vocation militaire ou sécuritaire dans d'autres Etats. Cela étant, ce n'est pas le « caractère » de l'entité mais les activités de cette dernière qui sont importantes. Les sociétés ayant des activités « militaires » peuvent aussi avoir des activités « sécuritaires ». La Commission a déjà abordé un certain nombre de points évoqués par l'Assemblée parlementaire dans sa recommandation dans ses rapports sur le contrôle démocratique des forces armées<sup>3</sup> et sur la supervision démocratique des services de sécurité<sup>4</sup>. Il peut être utile de lire le présent rapport en ayant à l'esprit ces rapports antérieurs.

---

<sup>1</sup> 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 opérant pendant les conflits armés » [http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0057.File.tmp/Montreux%20Document%20\(e\).pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0057.File.tmp/Montreux%20Document%20(e).pdf).

<sup>2</sup> Le rapporteur était assisté de M. Kaarlo Tuori, membre de la Commission de Venise au titre de la Finlande.

<sup>3</sup> Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées adopté par la Commission de Venise lors de 74<sup>e</sup> session plénière (Venise, 14-15 mars 2008), CDL-AD(2008)004.

<sup>4</sup> Rapport sur la supervision démocratique des services de sécurité adopté par la Commission de Venise lors de sa 71<sup>e</sup> session plénière (Venise, 1<sup>er</sup>-2 juin 2007), CDL-AD(2007)016.

### III. Nécessité d'une réglementation internationale des sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire

5. L'Assemblée parlementaire est d'avis qu'il est impérieux d'améliorer la réglementation des EMSP. Les Etats décident librement de ratifier ou non un nouveau traité de sorte que cette ratification doit être perçue comme répondant à un besoin important, et ils doivent le faire de manière appropriée. Les EMSP fournissent des services très divers dans des contextes très différents<sup>5</sup>. De nombreux services supposent un soutien quotidien aux forces militaires d'un Etat servant à l'étranger en termes notamment de nourriture, de transport, d'acheminement d'armes et de munitions et de formation à l'utilisation d'armes sophistiquées. Le gros du marché pour les EMSP se trouve en Amérique du Nord et en Europe et la fourniture de ces services ne fait d'ordinaire pas l'objet d'une controverse politique<sup>6</sup>. Cela étant, la controverse se déclenche différemment selon le contexte. Elle apparaît par exemple lorsque les EMSP accomplissent des fonctions davantage orientées vers le combat ou destinées à assurer la sécurité dont les forces armées nationales s'acquittent lors d'opérations d'imposition de la paix à l'étranger. Pour plusieurs raisons, le risque d'absence de responsabilité est alors important et les conséquences d'abus de pouvoir sont particulièrement graves (pertes en vies humaines, blessures graves, etc.). Il se peut aussi que des sociétés multilatérales opèrent dans un autre Etat dont les institutions sont « faibles », ou que le gouvernement de l'Etat en question passe un contrat avec des EMSP pour qu'elles assument différentes fonctions qui, dans un Etat où les institutions sont « fortes », seraient exécutées par l'Etat lui-même. Il peut s'agir de fonctions de protection/sécurité mais aussi de fonctions décisionnelles lorsqu'une partie de la politique sécuritaire est externalisée, ou de fonctions administratives de base comme la formation de la police ou des forces armées.

6. Le droit international public repose sur le principe de la souveraineté des Etats. La réalité est toutefois différente : il se peut que les Etats « faibles » ne contrôlent guère tout ou partie de leur territoire ni les activités des sociétés multinationales sur ces territoires. Par exemple, une EMSP peut faciliter le maintien au pouvoir d'une élite irresponsable dans un Etat faible. Elle peut être employée pour affaiblir ou déstabiliser un gouvernement légitime. Elle peut faciliter l'exploitation par une multinationale des ressources naturelles d'un Etat faible.

7. Les Etats européens réglementent les activités des sociétés privées à vocation sécuritaire sur leur territoire (voir infra, paragraphe 38) mais non, d'une manière générale, les activités extraterritoriales des EMSP. Si l'on reconnaît que l'Etat faible X est, pour une raison ou une autre, dans l'incapacité de superviser comme il convient les activités d'une EMSP enregistrée dans un Etat européen Y, il convient logiquement, du moins dans la perspective du Conseil de l'Europe, organisation fondée sur le respect des droits de l'homme et l'Etat de droit, d'insister pour que Y comble le vide au niveau de la réglementation et soit, en partie au moins, responsable de la EMSP.

8. Les EMSP sont enregistrées dans un Etat mais sont des sociétés multinationales en ce sens qu'elles peuvent recruter les membres de leur personnel dans d'autres Etats et intervenir dans d'autres pays. Lorsqu'un Etat choisit de réglementer leurs activités extraterritoriales, le risque de voir ces sociétés s'installer dans un pays où elles ne sont pas réglementées, ou le

---

<sup>5</sup> Pour des informations générales, voir par exemple Singer, P., *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press (2003), Holmqvist, C., *Private Security Companies, the case for regulation*, SIPRI policy paper 9, January 2005, Chesterman S. and Lehnardt, C. *From Mercenaries to Market. The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford UP (2007).

<sup>6</sup> Il ne faut pas pour autant en déduire que le secteur de la *sécurité* privée ne pose pas de problème, loin s'en faut. La symbiose entre les activités de police privées et les activités de police publiques d'une part et entre le secteur de la sécurité privée et celui de l'assurance d'autre part donne sans conteste lieu à de graves problèmes de responsabilité et doit être prise en considération dans l'élaboration de cadres réglementaires. Voir par exemple O'Reilly C. and Ellison G., *Eye Spy Private High: Re-Conceptualizing High Policing Theory*, 46 *Brit. J. Criminology* 641–660 (2006).

sont moins, est évident. Il s'ensuit logiquement que l'on cherchera à adopter une réglementation au niveau international au moyen d'un traité énonçant des normes communes minimales que les Etats contractants appliqueront aux EMSP.

#### **IV. Réglementation juridique internationale existante des EMSP et jurisprudence applicable**

9. Le domaine dans lequel l'Assemblée parlementaire souhaite un nouvel instrument est déjà partiellement réglementé par des traités dans les domaines du droit international humanitaire, des droits de l'homme, du droit pénal international et du contrôle des armes. La majorité de ces traités présente un caractère mondial. Dans les autres cas, les principes du droit international coutumier réglementent la responsabilité des Etats en cas d'actes et d'omissions contraires au droit international et l'attribution de la responsabilité pour les actes d'acteurs privés. Il est inutile d'entrer dans le détail ici. L'Assemblée parlementaire renvoie dans sa recommandation au document de Montreux<sup>7</sup>. Cette initiative du Gouvernement suisse a réuni un groupe d'Etats, des ONG et des EMSP et a donné lieu à un document final. Le statut juridique de ce document en droit international est, sur le plan formel, limité. Il s'agit de la description, par un Etat (la Suisse) de la pratique des Etats à laquelle souscrivent d'autres gouvernements participants.

10. La première partie du document de Montreux résume très utilement les obligations qui existent actuellement pour trois groupes différents d'Etats : les Etats qui mandatent des EMSP, l'Etat « d'origine » de la EMSP et l'Etat territorial dans lequel la EMSP intervient. Ces obligations relèvent en grande partie du droit international humanitaire, du droit pénal international et du droit des droits de l'homme. Les EMSP n'interviennent donc pas dans un vide juridique.

11. En ce qui concerne le droit humanitaire, on peut dire que lorsque le point limite d'un conflit interne ou international est atteint, les cadres du droit humanitaire applicables à ces conflits interviennent. Toutefois, la situation sécuritaire dans laquelle de nombreuses EMSP interviennent ne sera pas nécessairement suffisamment grave pour être régie par le droit humanitaire<sup>8</sup>. En ce qui concerne le droit des droits de l'homme, l'étendue des obligations de l'Etat « d'origine » et de l'Etat « contractant » n'est pas tout à fait claire. Pour les Etats européens, l'étendue des obligations d'un Etat en matière d'activités « extraterritoriales » a fait l'objet d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui continue de se développer<sup>9</sup>. La Cour a déclaré que l'Onu est responsable des activités qui relèvent officiellement du mandat de son Conseil de sécurité<sup>10</sup>. Cela vaudra probablement aussi pour d'autres organisations internationales. En droit international général, l'Etat contractant est responsable lorsque la EMSP est un organe de fait de l'Etat ou lorsqu'elle exerce des prérogatives de puissance publique, lorsqu'elle agit sur les instructions ou sous le contrôle de l'Etat ou encore lorsqu'elle exerce des prérogatives de puissance publique si les autorités officielles sont absentes ou empêchées, et pour finir lorsque le comportement de la EMSP est

---

<sup>7</sup> Document de Montreux sur « les obligations juridiques et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés », [http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0057.File.tmp/Montreux%20Document%20\(e\).pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0057.File.tmp/Montreux%20Document%20(e).pdf).

<sup>8</sup> Voir par exemple Cameron, L., Les entreprises militaires privées : leur statut en droit international humanitaire et l'influence de ce dernier sur leur réglementation, *Revue internationale de la Croix-Rouge* N° 863 (2006), pages 573-598. Pour un complément d'informations :

[http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/section\\_review\\_2006\\_863?opendocument](http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/section_review_2006_863?opendocument).

<sup>9</sup> Dans le cas où une partie à la Convention européenne des droits de l'homme est l'Etat territorial (A) et où une SMPS d'un autre Etat européen intervient sur une partie du territoire de A qui n'est pas sous le contrôle de A, voir par analogie l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*.

<sup>10</sup> *Behrami et Behrami c. France*, et *Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, arrêt du 2 mai 2007.

reconnu et adopté par un Etat comme étant le sien<sup>11</sup>. Toutefois, si ces conditions ne sont pas remplies, un Etat contractant peut estimer qu'il n'est pas responsable des activités d'une EMSP<sup>12</sup>. En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'un Etat européen est responsable des activités de ses propres agents<sup>13</sup>, ce qui pourrait comprendre dans certaines circonstances les EMSP mandatées, mais qu'il doit uniquement prendre des mesures concrètes pour contrôler les actions d'autrui, entités ou individus, sur le territoire sur lequel il exerce un « contrôle complet »<sup>14</sup>. En tant que personnes morales, les EMSP ne sont pas directement responsables en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'elles agissent dans des Etats européens ou non.

12. Il importe de se rappeler les situations très diverses dans lesquelles les EMSP peuvent être actives et le degré de contrôle étatique qui leur est appliqué dans la pratique, c'est-à-dire le contrôle qui est, et peut être, exercé par l'Etat qui les mandate (A), l'Etat territorial (B) et leur Etat d'origine (C). Par exemple, le gouvernement de B peut entièrement contrôler l'ensemble de son territoire ou dans la pratique, il peut n'en contrôler que certaines parties. Il peut chercher à (ré)affirmer son contrôle ou il peut l'avoir abandonné à A ou à une entreprise multinationale qui a mandaté la EMSP ou à la EMSP elle-même, en tout ou en partie. A et B pourraient exercer conjointement le contrôle, dans la pratique ou sur le papier. A peut ne pas contrôler matériellement certaines parties du territoire, il peut exercer un certain contrôle ou il peut exercer un contrôle militaire « complet » au sens juridique où il est responsable, mais être engagé dans la lutte contre une insurrection et n'avoir donc qu'un contrôle limité dans la pratique. B peut avoir accordé, plus ou moins volontairement, aux EMSP l'immunité complète ou partielle de juridiction devant ses tribunaux civils ou pénaux. L'Etat C peut très bien ne pas être présent diplomatiquement ou d'une autre manière dans l'Etat B ou l'être de façon limitée et donc ne guère avoir la possibilité de savoir ce qui se passe. Il est facile de voir les problèmes de responsabilité qui peuvent apparaître, tant en ce qui concerne le cadre varié de la loi applicable qu'en ce qui concerne le *respect* des obligations juridiques qui pourraient exister.

## **V. Généralités sur la faisabilité d'un traité et autres travaux réglementaires en cours dans le domaine**

13. Le fait qu'un domaine soit déjà partiellement réglementé par des obligations conventionnelles à l'échelon mondial n'exclue pas un nouveau traité régional liant les Etats européens et supposant des obligations plus lourdes ou progressives pour ces Etats. Un nouveau traité ne peut modifier les obligations qui incombent déjà aux Etats européens en vertu d'autres traités. Cependant, le réseau existant d'obligations de droit international rend certainement la rédaction d'un nouveau traité plus complexe. Le document final de Montreux, qui résume les discussions entre un groupe relativement restreint d'Etats, montre aussi à quel point il est difficile de s'entendre sur de nouvelles règles communes dans ce domaine : il

---

<sup>11</sup> Pour la position selon les lois sur la responsabilité de l'Etat, voir à toutes fins utiles Lehnardt, C. *Private Military Companies and State Responsibility*, in Chesterman S. and Lehnardt, op. cit. pp 139, 143.

<sup>12</sup> La position retenue dans le document de Montreux (1<sup>re</sup> partie, paragraphe 7) est la suivante : le fait de nouer des relations contractuelles avec des EMSP n'engage pas la responsabilité des Etats contractants, ce qui n'exclut cependant pas qu'un Etat ait des devoirs de vigilance dans certaines circonstances pour veiller à ce que les EMSP respectent les droits de l'homme. Cockayne J., *Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document*, 13 *Journal of Conflict & Security Law* 401 (2009).

<sup>13</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Öcalan c. Turquie*, arrêt [GC] du 12 mai 2005.

<sup>14</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Issa c. Turquie*, arrêt du 6 novembre 2004. Pour une affaire dans laquelle l'Etat a été jugé responsable pour avoir permis à des personnes privées de détenir d'autres individus, voir *Riera Blum c. Espagne*, arrêt du 14 octobre 1999. La question des établissements de détention gérés par le secteur privé est un vaste sujet en soi. Pour un résumé des critiques du Comité pour la prévention de la torture (CPT) à ce sujet, voir Born et Caprini, op. cit.

indique expressément que les bonnes pratiques présentées dans la partie 2 ne sont pas contraignantes.

14. Un traité du Conseil de l'Europe dans ce domaine pourrait être ouvert à la ratification par des Etats non européens. L'Assemblée parlementaire ne prend pas position sur cette question dans sa recommandation. Ouvrir un traité à la ratification par des Etats non européens présente des avantages et des inconvénients. D'une part, il semblerait judicieux qu'un nombre d'Etats aussi élevé que possible soit lié par certaines normes minimales dans le domaine, que les Etats aient recours à des EMSP ou que des EMSP interviennent sur leur territoire. Les Etats-Unis ont été les premiers à avoir recours à des EMSP. Si l'on essaie véritablement de persuader les Etats-Unis d'adhérer à un futur traité européen réglementant les EMSP, il faut de toute évidence tenir dûment compte des préoccupations, de la pratique et de l'expérience de ce pays en la matière lors de la rédaction du traité. Si cela suppose par contre de rejeter des principes jugés importants par une majorité d'Etats européens, il faut alors choisir la meilleure option.

15. Les travaux actuellement menés par l'Onu dans le domaine doivent aussi être pris en considération. Le Groupe de travail de l'Onu sur l'utilisation de mercenaires n'a pas encore élaboré de projet de traité officiel. Sous peine de simplification, on peut toutefois dire que l'approche générale jusqu'à présent adoptée par le groupe de travail est beaucoup moins favorable aux EMSP que le document de Montreux. De nombreux Etats africains en particulier sont hostiles, ce qui se conçoit sans peine, à l'idée de réglementer et donc de légitimer les activités des EMSP. Si l'on prend comme point de départ pour rédiger un traité européen le document de Montreux, il est peu probable que le traité soit ratifié par de nombreux Etats non européens. Un traité européen risque même d'être perçu négativement, compromettant les travaux de l'Onu dans le domaine.

16. Par ailleurs, on peut affirmer avec force qu'il est irréaliste d'attendre qu'un consensus mondial s'ébauche tout seul. Le Conseil de l'Europe a ouvert la voie dans le passé en réglementant des domaines que l'on pensait relever de la souveraineté nationale, dans lesquels l'idée même de réglementation internationale était jugée trop difficile ou trop controversée, l'exemple le plus parlant étant celui de la Convention européenne des droits de l'homme.

17. Pour les Etats européens cependant, la dimension sous-régionale, UE, doit aussi être prise en considération. Si le traité comporte des obligations qui ne sont pas conformes aux principes fondamentaux du droit communautaire ou qui sont incompatibles avec les intentions de la PESC de l'UE, les Etats membres de l'Union ne pourront pas ratifier le traité ou cela leur sera à tout le moins beaucoup plus difficile. L'UE est le principal donneur d'aide dans le monde. Elle joue un rôle essentiel et croissant dans le domaine de l'aide au développement, de la réforme du secteur de la sécurité, du renforcement des institutions de l'Etat, etc. Un traité européen réglementant les EMSP auquel les Etats membres de l'UE ne participeraient pas serait tout simplement sans intérêt.

18. Actuellement, le droit communautaire et celui de l'UE ne réglementent qu'en partie le secteur des sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire<sup>15</sup>. L'offre de sécurité privée dans un Etat membre de l'UE est un service, en principe dans le cadre du marché intérieur<sup>16</sup>. Cela dit, les sociétés privées à vocation sécuritaire ont été exclues de la directive de l'UE relative aux services sur le marché intérieur. L'offre de services en dehors de l'UE par des EMSP enregistrées dans un Etat membre de l'UE peut, selon les circonstances, relever en partie d'autres régimes réglementaires, par exemple le régime relatif aux exportations d'armes<sup>17</sup>, celui des exportations à double usage<sup>18</sup> ou encore celui du courtage en armements<sup>19</sup>. Lorsque des mesures restrictives de l'UE ont été prises contre un Etat ou un territoire, qu'il s'agisse de sanctions autonomes de l'UE ou de l'application par cette dernière de sanctions du Conseil de sécurité de l'Onu, les EMSP tendent à être couvertes par les restrictions ou les interdictions plus vagues sur l'exportation d'armes/services de formation<sup>20</sup>.

19. De nouveau, la simple existence de l'UE, seul cadre partiel de réglementation qui existe et qui entend jouer un rôle au niveau mondial, ne signifie pas que l'action du Conseil de l'Europe pour réglementer les obligations des Etats européens en ce qui concerne les EMSP est bloquée. L'action législative dans l'UE, jugée souhaitable, y compris par une majorité d'Etats membres de l'UE, peut être paralysée par des conflits de compétence : dans le cadre de quel pilier de l'UE des mesures devraient-elles être prises, quelle institution est compétente pour formuler des propositions, etc. ? Le Conseil de l'Europe peut jouer un rôle de catalyseur pour les Etats membres et les institutions de l'UE qui souhaitent une action progressive. Un traité du Conseil de l'Europe ou même une recommandation du Comité des Ministres peut favoriser une dynamique créative et permettre de sortir d'une impasse législative au sein de l'UE.

20. L'Assemblée parlementaire propose qu'un tel instrument comprenne, au minimum, un certain nombre d'éléments sur lesquels la Commission reviendra.

## **VI. Observations relatives à des éléments précis de la recommandation – Sécurité interne/externe et fonctions intrinsèquement gouvernementales**

21. L'Assemblée parlementaire est d'avis que l'instrument devrait inclure les éléments suivants : définition des domaines de la sécurité intérieure et extérieure qui doivent continuer de relever de la compétence souveraine des Etats et qui sont de par leur nature « intrinsèquement gouvernementaux », uniformisation des principes permettant de préserver le

---

<sup>15</sup> Krahnmann, E. "Regulating Private Military Companies: What Role for the EU?" 26(1) Contemporary Security Policy, 103-125 (2005), Dekker G., The Regulatory context of private military and security services at the European Union level National Reports Series 04/09 <http://priv-war.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/05/nr-04-09-eu.pdf>, Buzatu, A., European Practices of Regulation of PMSCs and Recommendations for Regulation of PMSCs through International Legal Instruments, DCAF, 2008.

<sup>16</sup> *Commission c. Espagne*, affaire C-114/97, arrêt du 29 octobre 1998 ; *Commission c. Belgique*, affaire C-355/98, arrêt du 9 mars 2000 ; *Commission c. Italie*, affaire C-283/99, arrêt du 31 mai 2001 ; *Commission c. Portugal*, affaire C-171/02, arrêt du 29 avril 2004 ; *Commission c. Pays-Bas*, affaire C-189/03, arrêt du 5 mai 2003 ; *Commission c. Espagne*, affaire C-514/03, arrêt du 26 janvier 2006 ; *Commission c. Italie*, affaire C-465/05, arrêt du 13 décembre 2007. Voir Decker, 2009, p. 8.

<sup>17</sup> Position commune 2008/944/PESC du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires L 335/99 13.12.2008.

<sup>18</sup> Règlement du Conseil (CE) n° 1334/2000 du 22 juin 2000 instituant un régime communautaire de contrôles des exportations de biens et technologies à double usage. Voir d'une manière générale Wetter, A., Enforcing European Union Law on Exports of Dual Use goods, SIPRI research report 24, Oxford UP, 2009.

<sup>19</sup> Position commune 2003/468/PESC du Conseil du 23 juin 2003 sur le contrôle du courtage en armements L 156/79 25.6.2003.

<sup>20</sup> Krahnman, op. cit. Pour la liste actuelle, voir les sanctions ou les mesures restrictives en vigueur (mesures adoptées dans le cadre de la PESC). Dernière mise à jour : 10 mars 2009

[http://ec.europa.eu/external\\_relations/cfsp/sanctions/measures.htm](http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/measures.htm).

monopole étatique en matière de recours à la force et affirmation claire de la ligne de démarcation entre sécurité intérieure et sécurité extérieure telle que définie par la loi et la Constitution<sup>21</sup>.

22. Les problèmes qui sous-tendent ces deux premiers points sont bien connus, à savoir l'absence de responsabilité due au recours à des prestataires privés notamment en Irak et en Afghanistan pour interroger les prisonniers, ce qui a parfois débouché sur des actes de torture et le recours présumé à des EMSP, notamment dans ces pays, pour engager des dispositifs armés offensifs (combats).

23. Certaines obligations conventionnelles relevant du droit humanitaire ne peuvent être déléguées<sup>22</sup> mais au-delà, le droit international ne donne pas d'orientation.

24. Le premier problème consiste à définir ce qui est « intrinsèquement gouvernemental ». L'expression proprement dite vient de la politique suivie aux Etats-Unis<sup>23</sup>, mais visiblement même lorsque le droit interdit expressément de déléguer des prérogatives de puissance publique plusieurs problèmes graves de responsabilité peuvent se poser. Les commentateurs ont considéré que le critère de l'« intrinsèquement gouvernemental » n'avait pas permis de se prononcer sur l'opportunité ou non de sous-traiter une fonction publique particulière<sup>24</sup>. La question qui se pose est la suivante : qui est compétent pour interpréter la phrase ? Quand un organisme public est en sous-effectifs, mais a de lourdes responsabilités et dispose de fonds pour employer des prestataires extérieurs, on peut imaginer qu'il n'existe aucune limite à ce qu'il voudra sous-traiter. Même lorsque l'on s'efforce en toute bonne foi de trouver un sens profond à l'expression « intrinsèquement gouvernemental », des problèmes se posent. Par exemple peut-on qualifier de fonction gouvernementale le fait d'assurer des services d'interprétation lors d'un interrogatoire ? Qu'en est-il si l'interprète pose des questions ?

25. On peut probablement affirmer sans risque d'erreur que tous les Etats européens considèrent que le « combat » est intrinsèquement une prérogative de puissance publique. Tel est même le point de vue de représentants de l'Etat aux Etats-Unis<sup>25</sup>. Qu'en est-il cependant de confier à du personnel de sécurité doté de petites armes lourdes (par exemple des mitrailleuses) des fonctions de surveillance d'installations pétrolières ? Dans le cadre de ces fonctions, ce personnel risque d'être partie non seulement à des échanges de feu avec des groupes armés attaquant les installations mais aussi à des échanges de feu en poursuivant ces groupes. La pose de mines est un combat ou est du moins liée au combat mais qu'en est-il des opérations de déminage ? Ces opérations sont effectuées à la fois par des EMSP et par des ONG humanitaires.

---

<sup>21</sup> Recommandation 1858 (2009) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « Sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et érosion du monopole étatique du recours à la force », paragraphes 13.1 à 13.3.

<sup>22</sup> Par exemple l'exercice de l'autorité de l'officier responsable sur le camp de prisonniers de guerre ou sur les lieux d'internement de civils, article 39 de la Convention (III) de Genève et article 99 de la Convention (IV) de Genève respectivement. Au paragraphe 2 de la première partie du document de Montreux, il est expressément reconnu que ces fonctions ne peuvent être déléguées. Voir également Cockayne op. cit.

<sup>23</sup> Voir par exemple *Chesterman, S. We Can't Spy if We Can't Buy*, 19 EJIL 5 (2008).

<sup>24</sup> Voir par exemple, *Chesterman, ibid.* and *Huskey K. A and Sullivan S. M., The American Way: Private Military Contractors & U.S. Law After 9/11 National Reports Series 02/08* <http://priv-war.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/05/nr-02-08-usa.pdf>.

<sup>25</sup> Voir les observations de W. Hays Parks à l'adresse suivante :

<http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0072.File.tmp/Presentation%20The%20Perspective%20of%20Contracting%20and%20Headquarters%20States.pdf>.

26. La question n'est naturellement pas de savoir ce qu'est la réalité dans des Etats désintégrés, en voie de désintégration ou défailants, car ce que les Etats européens considéreraient comme des prérogatives de puissance publique, y compris le *Gewaltmonopol des Staates*, n'est pas, dans ces Etats, dans la pratique, un monopole étatique. La question consiste plutôt à se demander ce que la situation *devrait être*. Cela étant, des problèmes évidents se posent en relation avec les Etats B-F qui essaient *de changer* la réalité dans l'Etat A en énumérant dans un traité certaines fonctions que les EMSP des Etats B-F ont l'interdiction d'accomplir dans l'Etat A, quelles que soient les circonstances. Cette interdiction devrait être double. Premièrement, les Etats contractants se doivent de ne pas autoriser de telles activités (ce qui suppose naturellement l'obligation pour les EMSP de demander des licences pour toutes leurs activités, voir infra). Deuxièmement, lorsqu'une EMSP n'a pas dans les faits respecté les termes de la licence, c'est-à-dire a mené une activité interdite, les Etats contractants doivent la sanctionner d'une façon ou d'une autre.

27. En pareil cas, la sanction peut relever du droit pénal, du droit administratif ou du droit civil. L'adjectif « interdit » a généralement le sens suivant : les Etats accepteraient que, conformément à leur droit pénal, une sanction soit imposée à une personne physique ou morale (dans les Etats dans lesquels une amende peut être imposée à des personnes morales) qui a exercé l'activité interdite ou, le cas échéant, qui n'a pas réussi à l'empêcher. Les principes européens exigent un degré élevé de sécurité juridique (prévisibilité, etc.) lors de l'établissement des infractions pénales. Pour les Etats qui appliquent le principe de légalité (poursuites obligatoires), la manière dont l'infraction est formulée est particulièrement importante, car la possibilité d'éviter des poursuites inappropriées grâce au pouvoir d'appréciation du ministère public est plus limitée. Dans tous les Etats, les éléments matériels et immatériels d'une telle infraction doivent être établis au-delà du doute raisonnable. De plus, sans enquête appropriée, et même en faisant preuve d'un grand professionnalisme, une infraction n'existera que sur le papier.

28. Si par contre on entend une « interdiction » administrative ou contractuelle, le comportement interdit n'a pas besoin d'être formulé de manière aussi précise et le niveau de la preuve du (non-) respect peut être inférieur. (Cela dit, il est d'ordinaire plus facile de prévoir la responsabilité contractuelle en cas d'activités *non autorisées* par la licence ; ce point sera traité plus loin). Même dans ce cas, les litiges concernant des contrats sont des litiges qui sont des « droits de caractère civil » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un contrat peut autoriser une partie, en l'occurrence l'Etat contractant, à mettre fin au contrat avec préavis, sans donner de raison. Toutefois, les principes fondamentaux du droit administratif exigent pour mettre fin à une licence une décision attestant du non-respect de la licence, ce qui suppose qu'un organe soit en mesure de mener une enquête approfondie en toute impartialité, sur toute violation présumée des termes de la licence et/ou atteinte au droit administratif.

29. Des listes de fonctions « gouvernementales » figurent certes dans les constitutions de certains Etats européens, mais elles servent d'ordinaire à distinguer les compétences du gouvernement fédéral/central de celles des Etats/administrations locales<sup>26</sup> ou pour distinguer les compétences du parlement de celles du gouvernement<sup>27</sup>. Certains Etats réglementent la délégation de prérogatives de puissance publique à des autorités privées dans leur Constitution, en exigeant par exemple une loi, pour ce qui est à tout le moins de la prise de décisions concernant des subalternes de décideurs, ce qui est d'ordinaire le cas s'agissant de la sécurité<sup>28</sup>. Il est courant d'interdire, expressément ou non, aux autorités d'autres Etats d'exercer des prérogatives de puissance publique, en particulier dans le domaine des services

<sup>26</sup> Voir par exemple les articles 70 à 75 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne.

<sup>27</sup> Voir par exemple l'article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

<sup>28</sup> Voir par exemple le chapitre 11, article 6, paragraphe 3 de l'instrument du gouvernement de la Suède de 1974.

de police, sur son propre territoire, sauf si la loi le prévoit (en application souvent d'une obligation découlant d'un traité, comme le traité de Schengen). Cela étant, du point de vue du droit et de la pratique constitutionnels, les fonctions exactes dans le domaine de la sécurité qui sont considérées comme « intrinsèquement gouvernementales » et comme relevant du « monopole étatique » du recours à la force varieront vraisemblablement d'un Etat européen à l'autre et dans le temps. Toute tentative de dégager un accord pour recenser clairement dans un traité les domaines dans lesquels il est interdit de déléguer des prérogatives en dehors de celle du « combat » risque donc d'être vaine. Elle peut aussi être excessivement rigide. Dans certaines situations particulièrement chaotiques dans lesquelles un groupe d'Etats européens mène des activités de promotion de la paix, il pourrait être temporairement nécessaire de confier à une EMSP des activités de sécurité « limites » aux frontières qui relèvent de la puissance publique. Toute tentative de dresser la liste des activités interdites (en dehors du combat) dans une recommandation ou un traité est-elle vraiment *nécessaire* pour parvenir à éviter de mandater des EMSP lorsque le risque de responsabilité est important et que les conséquences d'abus de pouvoir sont graves ?

30. La ligne de « démarcation » entre sécurité intérieure et sécurité extérieure renvoie au désir de distinguer les activités des « SPS » sur son propre territoire, dont la réglementation relève de la compétence de l'Etat territorial (compte dûment tenu pour les Etats membres de l'UE du droit communautaire), de celles des « SPM » dont les opérations sont extraterritoriales. Le paragraphe 13.3 de la Recommandation 1858 (2009) de l'APCE semble être une tentative de trouver une autre méthode pour définir ce qu'est une « SPM » en la distinguant d'une « SPS » ce qui, d'après la plupart des commentateurs n'est pas un parti constructif. Comme indiqué, ce n'est pas la vocation de l'entité mais les activités qu'elle mène qui sont importantes. Certaines sociétés ayant des activités de « SPM » ont aussi des activités de « SPS ». Les sociétés d'armement ont des activités dans les domaines du conseil, de la technique et de la formation (« SPM »). Sur un marché fluide, les services offerts correspondent aux services souhaités par le client.

31. On trouve dans certaines constitutions européennes des dispositions relatives à la sécurité extérieure et intérieure<sup>29</sup> qui visent toutefois à délimiter la compétence fonctionnelle entre les autorités fédérales et les autorités locales ou entre les organes de l'administration centrale et le parlement. On retrouve des divisions fonctionnelles analogues dans les Etats qui disposent d'un service de sécurité extérieure et intérieure<sup>30</sup>. Essayer de définir de manière exhaustive ce qu'est ou non une menace à la sécurité est une autre question. Les universitaires s'accordent largement pour dire qu'il n'existe plus de ligne de démarcation satisfaisante du point de vue théorique (si tant est qu'une telle ligne ait jamais existé) entre *les menaces* « extérieures » et/ou « intérieures » à la sécurité. La distinction est aujourd'hui gommée. Aucun traité ne peut la rétablir.

32. Un traité peut par contre prévoir des *niveaux de réglementation* différents pour les activités de sécurité privées transnationales (dans les Etats européens) et en dehors des Etats européens. Si telle est l'intention de l'Assemblée parlementaire, il est plus simple, et plus judicieux, d'être plus modeste en choisissant cette solution plutôt que d'essayer de donner une définition théorique dans un traité. Différents niveaux de réglementation peuvent être obtenus de diverses manières : on peut par exemple exiger que toutes les activités extraterritoriales

---

<sup>29</sup> Par exemple l'article 57 de la Constitution suisse dispose que 1 la Confédération et les cantons pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives. 2 Ils coordonnent leurs efforts en matière de sécurité intérieure. L'article 58 énonce que ... 3 La mise sur pied de l'armée relève de la compétence de la Confédération. Les cantons peuvent engager leurs formations pour maintenir l'ordre public sur leur territoire lorsque les moyens dont disposent les autorités civiles ne suffisent plus à écarter une grave menace pesant sur la sécurité intérieure.

<sup>30</sup> Etude n° 388/2006 de la Commission de Venise sur le contrôle démocratique des services de sécurité adoptée par la Commission de Venise lors de sa 71<sup>e</sup> session plénière (Venise, 1<sup>er</sup> et 2 juin 2007, CDL-AD(2007)016).

d'une EMSP soient réglementées en les soumettant à une licence, mais faire une distinction entre le type et l'étendue des conditions fixées dans la licence en fonction du lieu où le contrat doit être exécuté, par exemple en répartissant les Etats en catégories. Le gouvernement accordant la licence serait chargé de classer les Etats dans les différentes catégories, ce qui permettrait d'adapter le niveau de réglementation en fonction de l'endroit où la société interviendra.

## VII. Prévention des conflits

33. L'Assemblée parlementaire propose qu'un traité/recommandation inclue une disposition confirmant que « priorité est accordée à la prévention des conflits sur la réaction rapide et à la résolution civile des crises sur le règlement des conflits par le recours à la force »<sup>31</sup>. Il s'agit incontestablement d'un principe raisonnable que tous les Etats considèreront vraisemblablement comme un objectif politique. Il est toutefois difficile de voir comment en faire une règle juridique concrète.

## VIII. Critères et normes en matière d'octroi de licences

34. L'Assemblée parlementaire recommande qu'un traité/recommandation tente d'uniformiser les principes applicables au recours aux EMSP, de définir des critères relatifs aux activités, aux obligations, aux devoirs, aux responsabilités, y compris l'obligation de rendre compte des infractions au droit humanitaire international et des violations des droits de l'homme, ainsi qu'aux domaines d'activité et de compétence des EMSP, de définir des critères à appliquer pour autoriser les EMSP à fournir des services militaires et sécuritaires et de mettre en place un système d'enregistrement et de licence pour les EMSP<sup>32</sup>. Elle souhaite en outre la mise en place d'un cadre juridique et réglementaire pour les EMSP qui souhaitent exporter leurs services<sup>33</sup>. Les réglementations doivent inclure les éléments suivants : des systèmes efficaces de vérification approfondie et de formation pour le personnel des EMSP, un système efficace de surveillance et d'enquête, un système efficace de mise en œuvre et de protection des droits sociaux des employés des EMSP<sup>34</sup>. Ces points sont au centre de la recommandation de l'Assemblée parlementaire et peuvent avantageusement être traités conjointement.

35. Comme indiqué ci-dessus, si l'on reconnaît le fait qu'un Etat, pour une raison ou une autre, n'est pas en mesure de superviser comme il convient les activités d'une EMSP intervenant sur son territoire, il convient logiquement, du moins dans la perspective du Conseil de l'Europe, organisation fondée sur le respect des droits de l'homme et l'Etat de droit, d'insister pour que A et/ou C comblent les insuffisances en matière de réglementation / respect et soient, du moins en partie responsables de la EMSP.

36. Un système d'enregistrement / licence serait un élément essentiel. L'octroi de licences permettrait à un Etat d'imposer, selon les conditions énoncées dans la licence, des obligations aux EMSP pour qu'elles respectent certaines normes minimales dont, sans s'y limiter, les normes relatives aux droits de l'homme (qui, sinon ne s'appliqueraient pas, comme indiqué ci-dessus, aux personnes morales). Ces normes seraient à leur tour imposées dans le cadre du contrat au personnel employé par la EMSP. Il importerait que les licences interdisent ou contrôlent la sous-traitance, pratique apparemment courante dans le domaine.

---

<sup>31</sup> Recommandation 1858 (2009) de l'APCE «Sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et érosion du monopole étatique du recours à la force», paragraphe 13.4.

<sup>32</sup> Ibidem, paragraphes 13.5 à 13.8.

<sup>33</sup> Ibidem, paragraphe 13.11.

<sup>34</sup> Ibidem, paragraphe 13.16.

37. De solides arguments peuvent être avancés pour justifier que les Etats « d'origine » des EMSP demandent que les services de ces sociétés soient enregistrés ou soumis à une forme ou une autre de licence. Il est conseillé au minimum que tous les Etats européens dont des EMSP exportant des services de type militaire étudient à titre prioritaire la nécessité d'une législation nationale sur la question. Il conviendrait de noter que le droit international fixe des limites, même si elles sont vagues, à la mesure dans laquelle un Etat peut réglementer les activités de filiales enregistrées à l'étranger d'une société « mère » enregistrée sur son territoire. Comme indiqué, les EMSP sont un phénomène multinational ; il semble donc judicieux de développer une certaine forme de coopération internationale pour éviter que des normes incohérentes soient imposées et pour décourager la « fuite réglementaire » d'une EMSP préférant un régime réglementaire moins strict.

38. L'instrument proposé par l'Assemblée parlementaire chercherait à imposer aux Etats européens des critères *harmonisés* d'enregistrement et des normes en matière d'octroi de licences. Il y a de bonnes raisons pour défendre de tels critères harmonisés. Il semblerait même que certaines dispositions conventionnelles soient nécessaires. Cela dit, il serait plus facile de rédiger ces dispositions si l'on pouvait s'inspirer de modèles nationaux éprouvés. Un aspect essentiel des négociations sur un instrument consistera à dégager un accord non seulement sur l'étendue de la supervision qui est *conseillée*, qui variera raisonnablement en fonction des circonstances (voir supra paragraphes 7 et 12), mais aussi sur ce qui est *faisable*. Une telle disposition exigera naturellement la mise en place d'organes réglementaires administratifs disposant de ressources et de personnel suffisants au niveau national et pouvant superviser des activités extraterritoriales. On peut noter que si la totalité, ou la quasi-totalité des Etats européens a réglementé le secteur des SPS, le niveau et le type de réglementation varient de même que ceux de la supervision<sup>35</sup>. Aucun Etat européen ne semble avoir réglementé les activités extraterritoriales des EMSP en tant que telles même si (d'ordinaire) avant d'offrir des services de sécurité *dans* un Etat européen et d'exporter des services sécuritaires/militaires, une société a accompli les formalités d'enregistrement, d'agrément et d'octroi de licences qui existent dans l'Etat européen en question. De plus, certains Etats européens incluent « l'entraînement militaire » dans la catégorie des services pour lesquels une licence de contrôle des exportations est accordée<sup>36</sup> et exercent ainsi, ou du moins peuvent exercer, une certaine supervision des activités extraterritoriales. La question de l'octroi de licences et des différentes possibilités de réglementation a été examinée de manière approfondie ces dernières années au Royaume-Uni, Etat européen qui, pour diverses raisons, semble compter le plus grand nombre de EMSP se livrant à la vente extraterritoriale de services « militaires »<sup>37</sup>. Aucune législation n'en a cependant découlé<sup>38</sup>. Les Etats-Unis et l'Afrique du Sud sont deux Etats qui ont expressément réglementé les activités extraterritoriales des EMSP. Les systèmes de réglementation de ces deux pays ont été critiqués par la doctrine

---

<sup>35</sup> Voir Born, H., Caparini, M. and Cole E., *Regulating Private Security in Europe: Status and Prospects* Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces (DCAF) Policy Paper No. 20, 2007, *Panoramic Overview of Security Industry in the 25 Member States of the European Union, CoESS and UNI-Europa*, à l'adresse suivante : [www.coess.org](http://www.coess.org) and the country reports in the Priv-war projects à l'adresse suivante : [http://priv-war.eu/?page\\_id=49](http://priv-war.eu/?page_id=49).

<sup>36</sup> Voir Sweden, Lag (1992:1300) om krigsmateriel, section 10 (duty to seek a licence), section 24 (criminal penalties).

<sup>37</sup> Voir Foreign and Commonwealth Office Green [discussion] Paper, *Private Military Companies: Options for Regulation*, HC 577, 2002, Ninth Report of the Foreign Affairs Committee, Session 2001-02, *Private Military Companies*, HC 922, Response of the Secretary of State to the Ninth Report of the Foreign Affairs Committee (2001-2002), Session 2001-02, *Private Military Companies*, HC 922.

<sup>38</sup> Pour un résumé et une analyse de la position en droit britannique, voir Alexander K. and White N., *The Regulatory Context of Private Military and Security Services in the UK National Priv-war Report Series 01/09*.

<http://priv-war.eu/wordpress/wp-content/uploads/2008/10/nr-01-09-uk.pdf>.

qui les juge inadaptés<sup>39</sup>. Dans le cas des Etats-Unis, la critique semble avoir essentiellement porté sur l'adéquation de la procédure de passation de marchés, à laquelle s'ajoutent les nombreux contrats passés en peu de temps avec des EMSP pour qu'elles interviennent en Irak en particulier, et l'absence grave de contrôle du respect des clauses contractuelles énonçant éventuellement des normes minimales en ce qui concerne le comportement du personnel des EMSP<sup>40</sup>. Les problèmes de responsabilité qui se sont posés ont été aggravés par l'immunité de juridiction devant les tribunaux iraqiens dont les EMSP jouissaient et continuent de jouir dans certaines situations.

39. L'essentiel de la critique semble donc refléter la critique quasi- universelle de l'absence totale de préparation qui a caractérisé l'occupation menée par les Etats-Unis et non de la législation de ce pays en tant que telle.

40. Quant aux critères à prendre en compte avant d'accorder une autorisation à une EMSP, un autre modèle, cette fois-ci européen, dont s'inspirer est la position commune de l'UE sur les exportations d'armes<sup>41</sup>. Le document de Montreux donne en outre des exemples de bonnes pratiques à cet égard.

41. En conclusion, on peut s'appuyer sur *certain*s modèles pour examiner les modalités appropriées d'octroi de licences, les normes de conduite et les degrés de contrôle du respect. Toutefois, face à tout traité imposant des solutions harmonisées, les Etats veulent savoir ce qu'ils acceptent, comment ces solutions internationales s'articuleront par rapport à leurs propres cadres juridiques et dans quelle mesure ces derniers devront être modifiés. Le problème tient à ce que les Etats membres du Conseil de l'Europe n'ont guère de lois régissant l'application extraterritoriale des règles relatives aux EMSP et donc peu d'expérience pratique. Les coûts liés à la mise en place de mécanismes nationaux de contrôle de l'exécution des contrats dans d'autres Etats sont aussi très importants. Ces coûts varieront naturellement en fonction du nombre et du type de licences de EMSP délivrés par l'Etat d'origine. Pour certains Etats, ils seront faibles alors que pour d'autres ils risquent d'être très élevés. Il conviendrait aussi de préciser que le contrôle du respect par les sociétés des clauses contractuelles concernant la fourniture de services dans des Etats connaissant des « situations d'urgence complexes » n'est pas facile. On a toutefois une grande expérience des problèmes que pose le contrôle de la fourniture, par les sociétés privées et les ONG, de services dans le cadre de l'aide au développement et de l'aide en temps de crise dans des situations d'urgence complexes sur laquelle se fonder a priori.

42. La question se pose de savoir si le système de licence devrait être national ou international. Comme indiqué ci-dessus, une EMSP peut être multinationale dans la mesure où les membres de son personnel sont originaires de différents pays et où elle intervient dans des pays divers. D'un autre côté, une EMSP a un Etat d'origine où se trouve son siège. Ce sont aussi les Etats qui disposent des ressources nécessaires pour procéder aux enquêtes nécessaires concernant les sociétés qui opèrent à partir de leur territoire. De plus, les EMSP seront très réticentes à révéler des informations pouvant être transmises à un concurrent ou portant préjudice à leurs relations avec un client (en particulier lorsque celui-ci est l'Etat territorial lui-même). En l'état actuel du développement des relations internationales, la création

---

<sup>39</sup> Pour une critique de la loi sud-africaine, voir Malan M. and Cilliers J., *Mercenaries and Mischief: The Regulation of Foreign Military Assistance Bill* (Institute for Security Studies, South Africa, Occasional Paper, 1997) and Caprini, M. Domestic regulation: Licencing regimes for the export of military goods and services. Pour une analyse critique du système de réglementation des Etats-Unis, voir Caprini, *ibid.* and Dickinson, L., Public Values in a Privatized World, 31 Yale J. Int'l L. 383 2006.

<sup>40</sup> Voir par exemple Dickinson, *ibid.*

<sup>41</sup> Position commune 2008/944/PESC du Conseil définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires L 335/99 13.12.2008.

d'un organe international qui serait chargé d'octroyer des licences semble donc aussi peu utile que praticable.

43. Toutefois, comme l'Assemblée parlementaire le reconnaît, des dispositions régissant la coopération et l'échange d'informations entre les Etats, régulièrement ou à la demande, seront nécessaires pour savoir quel type de licence a été attribué et à quelle fin. Ces dispositions ne seront pas faciles à élaborer. Comme indiqué, les EMSP offrent un service « discret » à leurs clients et sont, semble-t-il, très réticentes à en divulguer les détails. Les modalités d'échange d'informations prévues dans certaines des normes de l'UE (voir le paragraphe 18) peuvent cependant servir de modèles, dans la mesure où elles combinent une certaine transparence avec une certaine confidentialité. Il faudra aussi échanger des informations sur le respect des conditions de licence. Si l'Etat A, très présent diplomatiquement dans l'Etat B, a connaissance d'informations selon lesquelles la EMSP X ayant obtenu une licence dans l'Etat D est responsable de violations de droits de l'homme dans l'Etat B, il faut que A soit obligé de communiquer cette information à D et que D soit (au minimum) obligé d'enquêter et d'informer A du résultat de son enquête.

44. Obliger les Etats à légiférer sur les droits des employés de EMSP honorant des contrats à l'étranger suppose d'examiner dans le détail la législation des Etats sur la protection de l'emploi, certaines questions de droit international privé et pour les Etats membres de l'UE, le droit communautaire par exemple.

45. Dernier point, il faudrait tenir compte pour définir les conditions standards d'une licence non seulement des bonnes pratiques recensées dans le document de Montreux, mais aussi des consultations en cours avec le secteur des EMSP proprement dit, avec le soutien du Gouvernement suisse, dans le but d'élaborer un code de conduite pour les EMSP. Cette question est traitée dans la partie suivante.

## **IX. Autoréglementation**

46. L'Assemblée parlementaire est d'avis que l'instrument devrait comporter l'obligation pour « le secteur des EMSP, de mettre en place un cadre d'autoréglementation, y compris un code de conduite contraignant, et d'instituer un médiateur des EMSP et/ou une équipe chargée d'enquêter sur les violations commises par les EMSP. Il est entendu que cette autoréglementation complète mais ne remplace pas le contrôle de légalité exercé par les organes publics compétents chargés de l'application de la loi, qui doivent être automatiquement saisis lorsqu'une violation est détectée grâce aux mécanismes d'autoréglementation proposés »<sup>42</sup>.

47. Certains codes de conduite sont déjà appliqués<sup>43</sup>. Le Gouvernement suisse, aidé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et le Centre pour le contrôle démocratique des forces armées de Genève (DCAF), pilote une série de réunions pour les étoffer. Les discussions en cours ne signifient pas que le Conseil de l'Europe doive attendre d'en connaître le résultat avant d'engager des discussions interétatiques en vue d'adopter une recommandation ou une résolution. Comme dans le cas du processus législatif de l'UE, les discussions entre Etats menées dans le cadre du Conseil de l'Europe peuvent servir de catalyseur à l'adoption d'un code de conduite sectoriel. De plus, comme l'Assemblée

---

<sup>42</sup> Recommandation 1858 (2009) de l'APCE «Sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et érosion du monopole étatique du recours par la force», paragraphe 13.15.

<sup>43</sup> Voir IPOA\_Code\_of\_Conduct

[http://www.unwg.rapn.ru/en/legislation/IPOA\\_Code\\_of\\_Conduct\\_and\\_Enforcement\\_Mechanism.pdf](http://www.unwg.rapn.ru/en/legislation/IPOA_Code_of_Conduct_and_Enforcement_Mechanism.pdf)

and the BAPSC\_Charter [http://www.unwg.rapn.ru/en/legislation/BAPSC\\_Charter.pdf](http://www.unwg.rapn.ru/en/legislation/BAPSC_Charter.pdf).

parlementaire le fait observer à juste titre, un code de conduite approprié ne supprime pas la nécessité d'un contrôle national mais le facilite.

48. Cela étant, comme avec l'UE, les débats en cours au sein du secteur compliquent la rédaction d'un instrument du Conseil de l'Europe.

49. L'intérêt de l'autoréglementation dans la pratique dépendra d'un certain nombre de facteurs dont l'acceptation véritable, par les principales EMSP, des normes du code, la stabilité du secteur des EMSP, l'intégrité et l'efficacité des mécanismes de contrôle mis en place par le secteur et les mécanismes que les Etats et les autres clients de EMSP ont pour sanctionner le non-respect du code. Un mécanisme de contrôle pourra-t-il en particulier critiquer l'un de ses principaux membres et lui demander des améliorations ? La principale méthode de sanction informelle sera le « marché », c'est-à-dire le refus d'accorder d'autres contrats à une EMSP qui ne respecte guère le code. Un certain nombre de complications apparaissent. Un Etat souhaitant passer un contrat pour un service donné, en particulier s'il est pressé par le temps, peut n'avoir guère d'autre solution que de mandater une EMSP donnée à un moment précis. En d'autres termes, le marché peut être favorable aux vendeurs.

50. Un Code de conduite des EMSP suppose naturellement des mécanismes de mise en œuvre et une certaine forme « d'évaluation » du respect des règles. Une EMSP peut juger que l'évaluation « médiocre » dont elle a fait l'objet n'est pas juste et réagir soit en quittant le secteur, soit en essayant d'engager des poursuites judiciaires contre le secteur pour action préjudiciable au commerce. Si l'on veut renforcer l'intégrité du mécanisme de mise en œuvre en protégeant le secteur contre des attaques en justice, une législation sera vraisemblablement nécessaire. Là encore, la dimension du droit communautaire doit être prise en considération pour les Etats membres de l'UE.

51. L'Assemblée parlementaire souhaite un code de conduite « contraignant ». En d'autres termes, ce code devrait lier les EMSP qui y adhèrent. Toutefois, qu'en sera-t-il si une autorité publique, une société ou une ONG mandate une EMSP qui n'adhère pas au code ou qui y adhère pour la forme mais ne le respecte guère ? Pour éviter ce type de situation, le traité devra imposer une obligation aux Etats soit de légiférer pour exiger des EMSP qu'elles se conforment au code, soit d'interdire de mandater des EMSP qui n'adhèrent pas au code ou qui ne le respectent pas. Qu'en est-il des EMSP non européennes ? Interdira-t-on aux ONG européennes et aux multinationales de mandater des EMSP locales ou régionales ? Les Etats ne sont pas les seuls à mandater des EMSP. Une multinationale ou une ONG décide seule si elle souhaite ou non passer un contrat avec une EMSP. A moins que la législation ne l'y empêche, elle sera libre de mandater des EMSP qui n'adhère pas au code ou qui ne le respecte guère. L'ONG ou la multinationale sera « sanctionnée » par une mauvaise publicité, à condition toutefois que l'on ait connaissance de son contrat. Cette mauvaise publicité sera, semble-t-il, un frein suffisant pour une ONG humanitaire, mais pas nécessairement pour une société. Il faudra donc pour que le code soit « contraignant » pour les sociétés, et que les Etats contractants s'engagent à légiférer pour limiter la liberté de contrat des sociétés à cet égard. L'appel lancé par l'Assemblée parlementaire aux fins de la mise en place de règles et de réglementations (par exemple code de conduite et obligation de s'enregistrer auprès du ministère des Affaires étrangères) pour les sociétés, les organisations non gouvernementales ou humanitaires, etc. qui souhaitent faire appel à des EMSP pour assurer leur sécurité à l'étranger est aussi pertinent à cet égard<sup>44</sup>. Toutefois, une obligation administrative d'enregistrement risque, pour les raisons évoquées ci-dessus, de ne pas être suffisante si le code doit être « contraignant ».

---

<sup>44</sup> Recommandation 1858 (2009) de l'APCE « Sociétés privées à vocation militaire ou sécuritaire et érosion du monopole étatique du recours à la force », paragraphe 13.14.

## X. Droit pénal et procédure pénale

52. L'Assemblée parlementaire est d'avis qu'un traité/recommandation doit inclure une disposition sur l'adaptation et l'harmonisation du droit pénal national et international (notamment en ce qui concerne les règles relatives à l'application de la loi) ayant trait aux infractions pénales commises par les EMSP et leur personnel<sup>45</sup>, et l'application, également aux EMSP, des lois et règlements régissant le déploiement des forces armées et de police nationales à l'étranger<sup>46</sup>.

53. Les règles nationales sur la compétence juridictionnelle sont compliquées et varient considérablement d'un Etat européen à l'autre. Certains Etats européens, et probablement la majorité, sont déjà compétents en matière pénale pour la totalité ou la quasi-totalité des crimes commis par leurs ressortissants employés dans des Etats étrangers. Certains Etats prévoient au moins une compétence juridictionnelle en matière pénale pour tous les crimes, ou du moins pour certaines infractions graves, commis par des ressortissants étrangers dans des Etats étrangers, mais posent des conditions à la compétence en matière de double incrimination (à quelques exceptions près). De nombreux traités multilatéraux, internationaux et régionaux, prévoient d'étendre la compétence. Par exemple, tous les Etats parties au Statut de la Cour pénale internationale (CPI) doivent étendre leur compétence, du moins en ce qui concerne leurs ressortissants, aux crimes de guerre commis dans le cadre de conflits internationaux et internes, et aux crimes contre l'humanité. Dans certains Etats, les infractions commises par des mercenaires sont érigées en infractions pénales. Toutefois, au vu de la définition du « mercenaire », du moins lorsque l'infraction nationale réunit les six conditions cumulatives énoncées à l'article 47 du Protocole additionnel n° 1 de 1977 aux Conventions de Genève, il est extrêmement difficile de prouver une telle infraction<sup>47</sup>. Dans d'autres Etats, des infractions peuvent être liées au recrutement, dans l'Etat, de personnes qui interviendront dans des conflits dans d'autres Etats<sup>48</sup> ; toutefois, ces infractions peuvent facilement être neutralisées par un « recrutement » en dehors de l'Etat en question.

54. Les différences d'« idéologie » entre les pays en matière de compétence juridictionnelle rendent l'harmonisation difficile. Si l'Assemblée parlementaire est d'avis que la compétence doit porter sur tous les actes criminels commis par des membres de EMSP *indépendamment de leur nationalité*, les Etats européens risquent d'adopter des approches différentes quant à l'opportunité, voire la légitimité de cette initiative, d'où la difficulté d'élaborer une telle disposition. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas souhaitable que l'Etat d'origine de la EMSP ne soit pas, pour une raison quelconque, compétent pour juger les actes de membres du personnel de EMSP dont on a de bonnes raisons de penser qu'ils ont commis des actes graves de violence dans d'autres pays. Une EMSP peut facilement être enregistrée dans un Etat alors que les auteurs présumés des actes sont ressortissants d'un autre Etat. Il peut ne pas être possible d'extrader l'auteur présumé d'une infraction dont l'Etat d'origine peut ne pas être compétent ou ne pas être intéressé par des poursuites alors que la situation des droits de l'homme dans l'Etat territorial peut être très mauvaise. Une compétence juridictionnelle générale pour toutes les infractions graves, quelle que soit la nationalité de l'auteur des infractions, sous réserve d'une double incrimination, réglerait ces problèmes sans porter atteinte à la règle de droit international interdisant la non-intervention. Comme indiqué ci-dessus, de nombreux pays procèdent ainsi. A l'opposé, le Royaume-Uni combine, ce qui est regrettable, un grand nombre de EMSP enregistrées sur son territoire et des actions extraterritoriales très limitées. Quoi qu'il en soit, il est fortement recommandé à tous les Etats européens de revoir leur système de justice pénale et leur compétence afin de savoir s'il y a

<sup>45</sup> Ibidem, paragraphe 13.9.

<sup>46</sup> Ibidem, paragraphe 13.13.

<sup>47</sup> Cameron, op. cit.

<sup>48</sup> Pour la liste de ces infractions, voir FCO Green Paper, op. cit.

des failles dans leur système d'action en justice, du moins en ce qui concerne les ressortissants, et dans l'affirmative, d'y remédier et de prévoir des accords d'extradition lorsque, pour une raison ou une autre, ils ne sont pas compétents.

55. Il est toutefois vraisemblable que la plupart des Etats compétents pour toutes les infractions pouvant être commises par des membres du personnel de EMSP ou pour la majorité des infractions extraterritoriales graves considéreront que le problème réside dans *l'obtention de preuves suffisantes* de l'infraction pénale. Enquêter sur des infractions pénales présumées commises à l'étranger prend généralement beaucoup de temps et exige de nombreuses ressources. La tâche est d'autant plus difficile lorsque l'Etat territorial ne coopère pas.

56. Lorsqu'un Etat a des forces militaires et des ressortissants parmi les membres du personnel de EMSP sur le territoire d'un autre Etat, l'une des façons de combler les insuffisances au niveau des moyens d'enquête/de la mise en œuvre est de légiférer pour que le personnel des EMSP relève des procureurs militaires et des tribunaux militaires. Cela ne sera toutefois pas possible pour les Etats européens (ou entraînera des difficultés considérables) en raison de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne permet pas que des civils soient jugés par des tribunaux militaires<sup>49</sup>.

57. En résumé, la rédaction de ces dispositions sera difficile techniquement et prendra du temps.

## VII. Droit civil

58. L'Assemblée parlementaire propose qu'un traité/recommandation contienne une disposition sur la mise en place, dans le droit civil, de règles spécifiques aux EMSP, notamment en ce qui concerne les conditions de responsabilité<sup>50</sup>. Cette proposition semble viser les difficultés qui apparaissent lorsque des membres du personnel de EMSP blessent des personnes dans un autre pays ou leur causent un préjudice sans que celles-ci soient en mesure, pour des raisons pratiques ou juridiques (par exemple accords portant sur l'immunité des EMSP), d'attaquer efficacement en justice les EMSP devant les tribunaux de ce pays. Dans certains Etats européens, une société pourra, semble-t-il, à condition d'être enregistrée dans l'un de ces Etats, être poursuivie en justice pour les dommages découlant d'actes qu'elle a commis dans un autre Etat. Dans les Etats qui appliquent leurs propres règles de droit international privé, cela sera plus difficile, voire impossible. La question de la compétence juridictionnelle en matière civile pour les filiales de EMSP enregistrées à l'étranger, sachant que la sous-traitance caractérise ces sociétés, ajoute à la difficulté. Un autre aspect qu'il faut prendre en considération ici est la question délicate de l'assurance des EMSP et de la possibilité d'attaquer en justice l'assureur.

59. En pratique, tout comme pour la compétence juridictionnelle en matière pénale, il sera difficile d'obtenir les preuves des irrégularités commises dans un autre Etat dans des circonstances – très probablement – contestées. Divers mécanismes existent pour alléger la charge de la preuve, même si les inconvénients secondaires d'une réduction de la charge de la

---

<sup>49</sup> Voir *Ciraklar c. Turquie*, arrêt du 28 octobre 1998, paragraphe 38, *Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, *Atlay c. Turquie*, n° 22279/93, arrêt du 22 mai 2001. Dans *Ergin c. Turquie* (n° 6), n° 47533/99, arrêt du 4 mai 2006, la Cour a affirmé au paragraphe 44 : « Le fait que pareils tribunaux décident d'accusations en matière pénale dirigées contre des civils ne peut être jugé conforme à l'article 6 que dans des circonstances exceptionnelles... Le pouvoir de la justice pénale militaire ne devrait s'étendre aux civils que s'il existe des raisons impérieuses justifiant une telle situation et ce, en s'appuyant sur une base légale, claire et prévisible. L'existence de telles raisons doit être démontrée pour chaque cas, *in concreto*.» Voir également la Recommandation n° R (94) 12 du Comité des Ministres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges.

<sup>50</sup> Recommandation de l'APCE 1858 (2009) «Sociétés privées à vocation militaire et érosion du monopole étatique du recours à la force», paragraphe 13.10.

preuve doivent aussi être pris en considération. Toutefois, sans ces mécanismes, cette solution risque de rester à l'état de projet. Une autre difficulté est d'assurer une représentation en justice pour les requérants qui portent leur affaire devant une autre juridiction. Une façon de traiter cette dernière difficulté est d'étendre les règles relatives à la capacité d'ester en justice, d'autoriser les ONG à intenter une action au nom des requérants qui résident dans un autre Etat, ou de permettre aux ONG d'assister ces requérants. Il faut naturellement agir avec précaution dans ce domaine. Les recours garantissent la possibilité de renforcer le respect des bonnes pratiques par les EMSP, et ce, quel que soit le code de conduite qui pourrait découler des négociations sectorielles en cours. Toutefois, quel que soit le traité qui pourra être rédigé sous l'égide du Conseil de l'Europe, il ne créera naturellement d'obligations que pour les parties. Lorsqu'une EMSP estime que les responsabilités découlant des recours deviennent trop lourdes, elle peut choisir de déplacer son activité et de s'enregistrer dans un Etat non contractant, d'où l'utilité d'une solution internationale. Il faudra évidemment rechercher, lors des négociations, un équilibre pour d'une part garantir l'existence d'un vrai recours dans la pratique et, d'autre part, éviter d'imposer des exigences irréalistes aux EMSP, ce qui risquerait de « les faire fuir » vers des Etats qui ne ratifieront pas le traité.

60. Néanmoins, tout comme en droit pénal, la situation serait évidemment très problématique s'il existait de fortes raisons de soupçonner des membres du personnel d'une EMSP d'avoir par exemple tué ou blessé gravement des personnes et si, pour une raison ou pour une autre, l'Etat d'origine de la EMSP n'était pas compétent pour connaître des recours introduits contre la EMSP par les victimes ou par des membres de leur famille. Ainsi, en dépit des difficultés exposées ci-dessus, il est fortement conseillé à tous les Etats européens d'examiner leur système de droit civil pour savoir s'il est possible d'introduire de tels recours et, si ce n'est pas le cas, d'envisager d'adopter une législation appropriée en la matière.

61. En résumé, comme dans le cas du droit pénal, la rédaction d'une disposition sur ce sujet risque d'être longue et techniquement difficile.

### **VIII. Approbation parlementaire**

62. L'Assemblée parlementaire propose qu'un traité/recommandation contienne des dispositions exigeant l'approbation parlementaire pour les missions effectuées par les EMSP à l'étranger<sup>51</sup>. La question du contrôle démocratique des forces armées, y compris l'approbation parlementaire des missions, a été récemment traitée par la Commission<sup>52</sup>.

63. La Commission a réparti les Etats européens en trois groupes, en fonction du pouvoir dont les parlements disposent en matière d'envoi de troupes à l'étranger : *élevé*, pour les parlements qui ont un pouvoir d'approbation préalable ; *moyen*, pour ceux dont le pouvoir d'approbation préalable est limité par des exceptions significatives ; *faible*, pour ceux qui n'ont pas de pouvoir d'approbation préalable. Même si la Commission préfère nettement un degré d'approbation élevé, il est évident que des différences considérables existent entre les Etats européens. Sous l'angle de la légitimité démocratique, à supposer que le parlement contrôle pleinement l'utilisation des forces armées à l'étranger, il y a, sans l'ombre d'un doute, un déficit démocratique si cet organe ne peut pas superviser, et *a fortiori* contrôler, l'engagement par le gouvernement de EMSP chargées de promouvoir et de faire respecter la paix. Dans la mesure où de telles opérations sont clandestines, la Commission de Venise a déjà indiqué que des arrangements doivent être prévus pour assurer au parlement un niveau adéquat d'information

---

<sup>51</sup> Recommandation de l'APCE 1858 (2009) "Sociétés privées à vocation militaire et érosion du monopole étatique du recours à la force", paragraphe 13.12.

<sup>52</sup> Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées adopté par la Commission de Venise lors de sa 74e session plénière (Venise, 14-15 mars 2008, CDL-AD(2008)004), plus particulièrement pages 45 à 49.

et de contrôle sur ces activités<sup>53</sup>. D'excellents arguments vont dans le sens d'un contrôle, par les parlements, de tout recours « d'envergure » aux EMSP, si leurs mécanismes de contrôle budgétaire actuels ne le permettent pas déjà. Cela dit, les EMSP sont, semble-t-il, très rarement engagées par des Etats européens pour des missions de grande envergure et de haut niveau. La plupart des EMSP ont des missions beaucoup moins controversées politiquement : formation aux systèmes d'armement et fourniture de services (nourriture, transports, etc.) aux contingents des troupes nationales ou aux armées étrangères par exemple. Il faut aussi garder à l'esprit les détails pratiques. Les mécanismes d'approbation parlementaire sont utiles non seulement parce qu'ils permettent aux représentants du peuple de décider, mais aussi parce qu'ils donnent lieu à un débat exhaustif, transparent et approfondi au parlement, principale tribune publique de l'Etat. Ces procédures prennent du temps, ce qui est normal. Ce type de débat est tout à fait impossible quand le ministre des Affaires étrangères se rend dans un pays dangereux dans lequel il a besoin d'être escorté par des agents armés lors de ses déplacements. Lorsque, pour une raison ou pour une autre, les lois nationales disposent que la police ou l'armée du pays en question ne peut pas recevoir l'ordre d'exécuter des fonctions de garde du corps des ministres voyageant à l'étranger, ces fonctions doivent alors être confiées à une EMSP.

64. Compte tenu du fait que « le recours » à une EMSP va du remplacement plus ou moins étendu des forces armées d'un territoire à la simple mise à disposition de gardes du corps pour la visite d'hommes d'Etat, et que les pratiques relevées par la Commission dans son rapport sur le contrôle démocratique des forces armées varient d'un Etat à l'autre, il semble que cette question ne puisse pas encore être réglemantée par un traité. Les Etats sont libres de déterminer le degré approprié de supervision et de contrôle parlementaire de l'utilisation de EMSP par le gouvernement en fonction de leurs propres pratiques juridiques et constitutionnelles, mais dans le respect des grands principes de la démocratie qu'ils ont acceptés lors de leur adhésion au Conseil de l'Europe.

## **IX. Adoption du Document de Montreux**

65. L'Assemblée parlementaire propose de commencer par adopter une recommandation qui irait au minimum dans le sens du document de Montreux sur les entreprises militaires et de sécurité privées, lequel récapitule les obligations juridiques découlant du droit international et les bonnes pratiques liées aux activités de ces entreprises, et invite les Etats membres qui ne l'ont pas encore fait à y adhérer. La deuxième partie du Document de Montreux peut être considérée comme un « répertoire » et un programme pour les travaux futurs. Son adoption est vivement conseillée.

## **X. Elaboration d'une recommandation avant d'engager des négociations sur un traité et conclusions**

66. Il résulte de ce qui précède que la Commission de Venise considère que certaines des questions soulevées par l'Assemblée parlementaire – qui présentent indéniablement un intérêt pour la communauté internationale – ne relèvent pas d'un traité du Conseil de l'Europe. D'autres parties de la recommandation de l'Assemblée parlementaire pourraient servir de base aux dispositions d'un futur traité. En particulier, de solides arguments peuvent être avancés en faveur de l'insertion dans un traité de dispositions sur les conditions d'enregistrement/d'octroi de licences, sur la compétence juridictionnelle en matière pénale des Etats dans lesquels les EMSP sont enregistrées en cas d'infractions graves commises par des membres du personnel de ces sociétés et sur les possibilités de recours offertes par les Etats dans lesquels les EMSP sont enregistrées aux victimes d'irrégularités dont sont accusées les EMSP. Cependant, pour les raisons exposées dans le présent avis, un traité du Conseil de l'Europe sur les EMSP

<sup>53</sup> Voir le Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité adopté par la Commission de Venise lors de sa 71ème Session plénière (Venise, 1er-2 juin 2007) CDL-AD(2007)016.

prendrait, à l'heure actuelle, beaucoup de temps et serait difficile à rédiger. Il est toutefois essentiel de ne pas interrompre le dynamisme créé. Les insuffisances observées en matière de réglementation et de respect (voir paragraphes 11 et 12) sont réelles et importantes. Pour la Commission de Venise, que le Comité des Ministres choisisse ou non de commencer à rédiger un traité, certaines des questions soulevées par l'Assemblée parlementaire pourraient donner lieu à une recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe :

1. Premièrement, la question de l'adhésion au Document de Montreux. Comme nous l'avons déjà vu, ce document peut être considéré comme un programme pour l'action législative future des Etats, avec des objectifs identifiables qui peuvent être suivis par l'Assemblée parlementaire.
2. Deuxièmement, les Etats devraient passer en revue leur législation nationale sur l'enregistrement des EMSP et l'octroi de licences, pour voir si les activités extraterritoriales des EMSP sont bien réglementées, comme le préconise le Document de Montreux. Toutefois une disposition expresse d'une recommandation attirerait l'attention des Etats sur la nécessité impérieuse de traiter la question.
3. Troisièmement, les Etats devraient passer en revue leur droit pénal et leur procédure pénale pour savoir s'il existe une compétence juridictionnelle pour les crimes graves commis par le personnel des EMSP, du moins lorsque les membres de celles-ci sont des ressortissants de l'Etat en question, comme le préconise le Document de Montreux (voir 2e partie, paragraphes 19, 49 et 71). Toutefois, une disposition expresse d'une recommandation attirerait l'attention des Etats sur la question.
4. Enfin, les Etats devraient passer en revue leur système de droit civil afin de savoir s'il est possible de faire une demande d'indemnisation pour les irrégularités extraterritoriales commises pas les EMSP enregistrées dans l'Etat, voire par leurs filiales enregistrées à l'étranger. Si tel n'était pas le cas, ils devraient envisager d'adopter une législation appropriée sur la question, comme le préconise à nouveau le Document de Montreux (voir 2e partie, paragraphes 22, 50 et 72). Toutefois, une disposition expresse d'une recommandation attirerait l'attention des Etats sur la question.