

SECTION II

MÉCANISMES JUDICIAIRES

* * *



➤ Bhopal : une catastrophe industrielle environnementale. En 1984, un nuage toxique s'est échappé d'une usine de pesticides dirigée par une filiale de Union Carbide Company (États-Unis), causant la mort de plus de 25 000 personnes.

© CC-BY-SA-2.0 / Simone.lippi

SECTION II

MÉCANISMES JUDICIAIRES

PARTIE I

LA RESPONSABILITÉ CIVILE EXTRATERRITORIALE DES SOCIÉTÉS MULTINATIONALES POUR VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME

En droit international, les entreprises multinationales ne bénéficient pas à l'heure actuelle de la personnalité juridique. Elles jouissent de facto d'une immunité qui les protège contre toute mise en cause. Engager la responsabilité civile d'une entreprise multinationale ne pourra dès lors se faire qu'au niveau national, soit dans le pays d'origine de la société, soit dans son pays hôte.

Dans les pays d'origine des entreprises multinationales, à savoir là où est basée leur maison mère, différents systèmes ont été progressivement utilisés permettant de poursuivre les personnes morales pour leurs exactions, malgré la complexité de leur structure et de leur fonctionnement. Cette évolution est très importante puisque les personnes affectées par les activités de l'entreprise ont une probabilité souvent faible d'obtenir réparation dans leur propre Etat, pays hôte de l'investissement. L'absence de volonté politique ou de moyens juridiques suffisants des autorités locales (absence de législation adéquate, manque d'infrastructures, politisation ou corruption du système judiciaire, inexistence de l'assistance judiciaire, etc.) – due en partie à la pression exercée par l'attrait des investissements étrangers – sont en effet courants en ce domaine. En outre, il n'est pas rare que l'intermédiaire local de l'entreprise (filiale, sous-traitant ou partenaire commercial), auteur des faits, soit insolvable ou ne soit pas assuré, ou encore que les preuves soient localisées dans le pays d'origine de la multinationale, lorsqu'elle est elle-même l'auteur des faits incriminés ou, à tout le moins, à l'origine des décisions qui ont conduit à la violation. Les obstacles restent nombreux, tant au niveau des normes substantielles que procédurales, et le coût de la procédure ainsi que l'accès à l'information limiteront souvent l'accès des victimes à la justice.

Dans cette étude, nous nous limiterons à examiner deux systèmes législatifs distincts : les Etats-Unis et l'Union européenne¹. Au-delà de considérations pratiques liées à l'impossibilité d'être exhaustif, ce choix s'explique essentiellement pour trois raisons :

- 1 – les maisons mères d'entreprises multinationales sont fréquemment implantées sur ces deux territoires ;
- 2 – depuis une décennie, les procédures judiciaires se sont multipliées dans ces pays d'origine des multinationales, introduites par des victimes soucieuses de voir leurs dommages reconnus et indemnisés et ;
- 3 – ces deux systèmes législatifs ont développé, d'avantage que d'autres, des procédures particulières permettant d'imputer une responsabilité civile aux personnes morales pour leurs actes commis à l'étranger. Des références à certaines affaires portées devant des juridictions étrangères seront toutefois ponctuellement insérées dans le texte.

Quelles sont les possibilités actuelles d'attirer une entreprise multinationale devant un juge civil d'un Etat membre de l'Union européenne ou des Etats-Unis pour obtenir réparation lorsque, dans le cadre de ses opérations à l'étranger, cette entreprise viole les droits de ses travailleurs ou de la communauté locale avoisinante ?

Une telle hypothèse relève du droit international privé en ce qu'elle concerne des relations privées présentant un caractère d'extranéité (élément étranger). Elle fait donc l'objet de réglementations internes à chaque Etat. L'application du droit international privé s'examine sous deux angles :

Le conflit de juridictions

(a) la compétence internationale : devant quelles juridictions l'affaire sera-t-elle jugée? Quel sera l'Etat compétent ?

(b) la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères

Ce point concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers par le tribunal saisi : il s'agit de déterminer la force obligatoire et exécutoire de la décision judiciaire prise par une autorité étrangère. Il ne sera pas abordé dans le Guide puisqu'une telle analyse ne s'inscrit pas dans une étude consacrée aux moyens d'intenter une action contre une entreprise multinationale en cas de violation des droits de l'Homme.

¹ Voir aussi Oxford Pro Bono Publico, Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse – A Comparative Submission Prepared for Prof. John Ruggie, UN SG Special Representative on Business and Human Rights, 3 Novembre 2008, www.law.ox.ac.uk/opbp. Ce rapport examine les systèmes législatifs des pays suivants : Australie, République démocratique de Congo, Union européenne, France, Allemagne, Inde, Malaisie, Chine, Russie, Afrique du Sud, Royaume-Uni et Etats-Unis. Dans ce chapitre et en guise d'illustration, nous évoquerons quelques décisions des juridictions canadiennes, sans analyser la législation précise en la matière.

Le conflit de lois : quel ordre juridique s'appliquera au litige en cause ?

Grâce à plusieurs règlements communautaires, l'Union européenne a uniformisé les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois au sein des 27 ordres juridiques différents qui la composent. Ces normes communautaires sont obligatoires et applicables dans tous les Etats membres immédiatement dès leur publication². Au niveau européen, l'étude est donc principalement consacrée à ces normes communautaires et leur application au sein des Etats membres.



➤ Dans ce groupe apparaît la première plaignante dans l'affaire Chevron/Texaco. Ce procès historique dure depuis 18 ans et regroupe 30 000 plaignants qui demandent réparation à l'entreprise pour les dégâts environnementaux et sanitaires causés par les activités de l'entreprise.

© Natalie Ayala

² Nous verrons qu'il existe toutefois une exception. Le règlement Rome II n'est pas applicable au Danemark.

CHAPITRE I

Établir la compétence du juge américain et déterminer la loi applicable au litige

* * *

Sous quelles conditions le juge américain se reconnaît-il compétent ?

Les principaux instruments utilisés par les juridictions américaines pour fonder leur compétence dans notre hypothèse sont d'une part l'*Alien Tort Claims Act 1789* (ATCA) et d'autre part, le *Torture Victim Protection Act 1991* (TVPA)³.

→ Un aperçu de l'ATCA

Edicté en 1789 pour des raisons encore discutées, l'ATCA est devenu une **base incontournable** invoquée dans la majorité **des actions en responsabilité civile** introduites sur le territoire américain à l'encontre d'entreprises multinationales pour violation des droits de l'Homme commises à l'étranger.

Les juridictions fédérales américaines ont une compétence quasi-universelle. Elles peuvent connaître de toute action en responsabilité civile :

- introduite par un **étranger** ;
- victime d'une **violation grave du droit des nations en vigueur aux Etats-Unis, entendu comme le droit international coutumier** ;
- **indépendamment** du lieu où le délit a été commis ;
- **indépendamment** de la nationalité de l'auteur du délit (de nationalité américaine ou étrangère⁴) ;
- sachant que **le défendeur à l'action doit se trouver sur le territoire américain au moment où l'action est introduite**⁵ (seul critère de rattachement).

³ Nous recommandons vivement la lecture du chapitre consacré aux Etats-Unis dans le rapport suivant : Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, pp. 303 et suiv.

⁴ First Judiciary Act 1789 (ch. 20, §9(b)), tel que codifié dans 28 U.S.C. § 1350 : « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ».

⁵ B. Stephens and M. Ratner, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Irvington-on-hudson, Transnational publishers Inc., New-York, 1996, pp. 9 et suiv.

Outre l'*Alien Tort Claim Act*, un autre instrument permet aux juridictions américaines de juger d'affaires portant sur des violations du droit international commises à l'encontre de personnes privées : le **Torture Victim Protection Act (TVPA)**.

➔ Un aperçu du Torture Victim Protection Act

Adopté en 1991, le TVPA permet aux ressortissants *américains ou étrangers* d'introduire devant les juridictions fédérales une **action civile en réparation à l'encontre des auteurs de tortures ou d'exécutions extrajudiciaires⁶ y compris pour des actes en dehors du territoire américain**. Le TVPA ne remplace pas l'ATCA, mais le complète. Sa portée est plus limitée que celle de l'ATCA puisque seuls sont justiciables en vertu du TVPA les actes de torture et d'exécutions extrajudiciaires. En revanche il étend la portée de l'ATCA, en ce sens qu'il ne limite plus le droit d'action aux seuls *étrangers* mais le confère également aux *citoyens américains*⁷.

1. Application de l'ATCA aux personnes privées et entreprises multinationales

L'application de l'ATCA aux violations du droit international des droits de l'Homme est le fruit d'une longue évolution. Au départ, l'ATCA ne s'appliquait que dans des hypothèses mettant en cause des violations de droits de l'Homme commises par des personnes physiques **agissant sous le couvert de la loi**, tel un agent public (voir *Filártiga c. Peña-Irala*)⁸. Par la suite, son champ d'application s'est étendu aux violations commises par des personnes physiques **agissant en dehors de toute qualité officielle** (voir *Kadic c. Karadzic*)⁹. Cela a ensuite mené à l'application de l'ATCA à des actions en responsabilité civile introduites sur le territoire américain **à l'encontre d'entreprises multinationales pour violation des droits de l'Homme commises à l'étranger**.

Quant au **TVPA**, la référence à un individu exclut les acteurs publics ou privés et, notamment les gouvernements. En ce qui concerne les personnes morales¹⁰, il existe une controverse, certaines cours ayant décidé que c'était possible¹¹, d'autres

⁶ Contrairement à l'ATCA qui laisse au droit international le soin de définir la notion de dommage (l'action intentée sur la base de l'ATCA reste néanmoins soumise aux règles internes de *subject matter jurisdiction*, *personal jurisdiction* et autres règles de procédure), le TVPA définit la torture et l'exécution sommaire.

⁷ B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 25 ; B. Stephens, « Corporate Accountability : International Human Rights Litigation Against Corporations in US Courts », in M. T. Kamminga and S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 210 ; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, F.Supp.2d, 2002 WL 319887 (S.D.N.Y., 2002).

⁸ *Filartiga v. Pena-Irala* 577 F Supp 860 (DC NY 1980) 867.

⁹ *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2nd Cir. 1995).

¹⁰ Voir notamment : *Beanal v. Freeport-McMoran, Inc.*, 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999).

¹¹ *Sinaltrainal et al. v. Coca Cola Company et al.*, 256 F. Supp. 2D 1345 ; *In re Sinaltrainal Litig.*, 474 F. Supp. 2D 1273.

que non¹². En toute hypothèse il s'applique aux personnes physiques préposées ou mandatées par celles-ci¹³(par exemple un employé).

a) Conditions pour l'application de l'ATCA aux personnes privées

L'arrêt *Kadic v. Karadzic* a permis de clarifier les règles présidant à l'**application de l'ATCA à des personnes privées**. Il ressort de cette affaire que pour certaines des violations des droits de l'Homme les plus graves, la responsabilité civile des personnes privées n'agissant pas sous le couvert de la loi peut directement être invoquée. Dans les autres cas, une complicité *de jure* ou *de facto* de l'acteur privé avec un gouvernement doit être établie. Deux hypothèses sont donc à distinguer :

- **Responsabilité directe** : la complicité de l'acteur privé avec l'Etat ne doit pas être démontrée si les actes en cause peuvent être qualifiés de *piraterie, d'esclavage, de génocide, de crime de guerre, de crime contre l'humanité ou de travail forcé*¹⁴. La personne privée peut être poursuivie directement sur la base de l'ATCA.
- **Responsabilité indirecte** : pour les autres violations de droit international, la personne privée doit avoir *agi en tant qu'agent étatique* ou « *under the color of law* »¹⁵. Il s'agit par exemple des cas de torture, exécutions extrajudiciaires, détention arbitraire prolongée, traitements cruels, inhumains ou dégradants ou de discrimination raciale.

Dans cette hypothèse, les activités de la personne privée ne peuvent constituer une violation du droit international que lorsque, conformément au droit international, la personne en cause **a agi avec la complicité d'un Etat** et, est considérée comme un **agent public**. A défaut, l'un des **critères alternatifs** suivants doit être rempli, conformément au droit interne (la référence dans la jurisprudence à ces différents critères n'est toutefois pas systématique¹⁶) :

- (a) les activités de la personne privée relèvent traditionnellement des fonctions étatiques (*public function test*) ;
- (b) les activités de la personne privée sont imposées par l'Etat (critère de la *state compulsion*) ;

¹² *Beanal v Freepport-McMoran, op. cit.*, 1999.

¹³ *Oxford Pro Bono Publico, op. cit.*, p. 303.

¹⁴ *Doe v. Unocal*, 2002 U.S. App. LEXIS 19263 (9th Cir. Cal. 2002).

¹⁵ Voir notamment : *Kadic v. Karadzic, op. cit.*, 1995, p. 239 ; *Doe Iv. Unocal Corp., 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000)* ; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co, op. cit.*, 2002; *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002 (Meurtre, enlèvement et torture exigent une state action, sauf s'ils sont constitutifs de génocide, crime de guerre, esclavage ou piraterie). Sur les difficultés liées à la doctrine de la *state action* : O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

¹⁶ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002 (Principes de droit international : référence à la jurisprudence des tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo et à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Opinion dissidente du juge Reinhart : référence aux critères de responsabilité classique de *Common Law*). En ce sens : R.A. Tyz, « Searching for a corporate liability standard under the *alien tort claims act* in *Doe v. Unocal* », *Oregon Law Review*, 82, summer 2003, p. 572.

- (c) lorsque la conduite de l'individu est fortement entremêlée à l'action de l'Etat de manière à rendre l'individu responsable de cette action comme si l'action avait été commise par l'Etat (l'implication de l'Etat dans la violation du droit international doit être importante) (*nexus test*)¹⁷ ;
- (d) la violation résulte d'une action conjointe (degré substantiel de collaboration) de la personne privée et de l'autorité publique (*joint action*)¹⁸ ou ;
- (e) la personne privée exerce un contrôle sur les décisions du gouvernement relatives à la perpétration des violations (critère de la *proximate cause*)¹⁹.

Quant au **TVPA**, une action ne peut être intentée qu'à l'encontre d'un individu ayant commis les actes de torture ou actes d'exécution extrajudiciaires **sous couvert d'une autorité réelle ou apparente (agent public) ou sous l'autorité de la loi²⁰ d'un Etat étranger**. Cette *state action* doit avoir été commise par un Etat étranger, ou par un agent public du gouvernement américain s'il a agi sous la direction ou en partenariat avec un gouvernement étranger²¹. La responsabilité individuelle ne peut donc pas être invoquée directement.

b) Application de l'ATCA aux violations commises par des entreprises multinationales

Bien que l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*²² soit probablement l'affaire la plus souvent citée en lien avec l'application de l'ATCA pour des violations commises par des multinationales, plus de quatre-vingt affaires avaient été portées devant l'ATCA avant l'affaire *Sosa c. Alvarez-Machain*.²³

¹⁷ Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 310.

¹⁸ Voir : *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, *op. cit.*, 2002 ; *Doe v. Unocal Corp.*, 963 F.Supp. 880 (C.D. Cal., 1997), p. 891 ; *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003), 453F. Supp. 2D 633 (S.D.N.Y 2006), No. 07-0016cv (2d Cir. Oct. 2, 2009). Cette jurisprudence prend appui sur les critères développés dans le cadre du droit interne (42 U.S.C. § 1983) qui régissent l'action en responsabilité visant à la réparation des dommages causés pour violation de droits constitutionnels (*Dennis v. Sparks*, 449 U.S. 24, 27-28, 101 S. Ct. 183, 186, 66 L. Ed., 2d 185 (1980)).

¹⁹ *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2000. R.L. Herz, « Litigation Environmental Abuses Under the *Alien Tort Claims Act* : A Practical Assessment », *Virginia J. Int'l L.*, 2000, 40, p. 559. A.K. Sacharoff, « Multinationals in host countries: can they be held liable under the *Alien Tort Claims Act* for human rights violations ? », *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 23, p. 943.

²⁰ TVPA, 28 U.S.C. § 1350 note § 2(a) : « An individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation ».

²¹ Earthrights International, *Transnational Litigation Manual for Human Rights and Environmental Cases in United States Courts – A resource for Non-Lawyers*, Rev. Sec. Ed., 2006, p. 26.

²² *Sosa v Alvarez-Machain* 542 US 692 (US SC 2004).

²³ B. Stephens, « Corporate Liability for Grave Breaches of International Law: Judicial Deference and the Unreasonable Views on the Bush Administration », 33 *Brooklyn Journal of International Law* (2008) 773. Voir également K. Gallagher, « Civil Litigation & Transnational Business: An Alien Tort Statute Primer », *Journal of International Criminal Justice* (2010), pp. 1-23.

➔ **Sosa c. Alvarez-Machain (542 U.S. 692)**

A la demande d'une agence du gouvernement des Etats-Unis spécialisée dans la lutte contre la drogue (U.S. Drug Enforcement Agency), M. Alvarez-Machain, médecin mexicain, avait été conduit de force par un groupe de nationaux mexicains sur le territoire américain pour y être jugé. Déclaré non coupable, M. Alvarez-Machain déposa une plainte devant les tribunaux américains sur la base de l'ATCA pour arrestation et détention arbitraire contre Jose Francisco Sosa, l'un des Mexicains auteurs des faits litigieux. Ce fut la **première fois que la Cour suprême des Etats-Unis a été saisie non seulement d'une action fondée sur l'ATCA, mais également d'un litige transnational relatif aux droits de l'Homme.**

La Cour a, dans un premier temps, considéré que l'ATCA octroie la possibilité pour un individu d'intenter une action pour un nombre limité de violations de droit international (*cause of action* ou droit d'ester en justice) ; un droit qui n'était jusque là pas reconnu.

C'est alors que la Cour suprême a donné une **définition plus précise du droit des nations** (*law of nations*) contenu dans l'ATCA. Peuvent être introduites toutes les actions fondées sur le **droit international contemporain compris comme une norme de caractère international acceptée par toutes les Nations civilisées et dont les caractéristiques sont similaires à celles des normes entendues comme tel en 1789**²⁴ (*traduction libre*). A cette époque, ce type de normes incluait notamment le crime de piraterie ou l'immunité conférée aux ambassadeurs. La Cour reste toutefois vague quant au contenu et aux spécificités de ces normes.

Elle a précisé que les litiges portant sur les droits de l'Homme pouvaient être invoqués sur le fondement de l'ATCA à la condition qu'il s'agisse d'une **violation d'une norme internationale universelle, obligatoire, spécifique et définie**, telle que la prohibition de la torture ou l'interdiction du génocide. En l'espèce, la Cour considéra que la détention arbitraire ne constituait pas une violation bien établie du droit international coutumier. Elle a en conséquence rejeté l'existence d'une *cause of action*²⁵.

Dans cette affaire, la Cour suprême a également reconnu qu'un individu pouvait invoquer l'ATCA pour violation d'une norme internationale **contre un acteur privé**. Elle considéra en effet qu'il fallait **examiner si, dans l'affaire en cause, le droit international étendait la responsabilité** pour la violation de la norme en cause **au défendeur visé, dans l'hypothèse où le défendeur est un acteur privé tel une entreprise ou un individu**²⁶. Le juge Breyer se prononce en faveur de l'application de l'ATCA aux entreprises multinationales dans son opinion individuelle²⁷.

24 *Ibid.*, p. 2761 et 2762 : « *a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th century paradigms.* »

25 *Ibidem.*, p. 2768 et 2769.

26 *Ibidem.* : « *to consider whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual.* » ; commenté par Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 309.

27 *Sosa v Alvarez-Machain*, 2004, p. 2782. En ce sens : R.A. Tyz, *op. cit.*, p. 565.

Suite à l'affaire *Sosa*, de nombreuses victimes étrangères saisissent les juridictions américaines pour obtenir réparation des dommages subis à la suite d'une violation des droits de l'Homme par une entreprise multinationale dans le cadre de ses activités à l'étranger, qu'elle ait agi en tant qu'**auteur** ou en tant que **complice** du gouvernement hôte de l'investissement. Parmi celles-ci on retrouve des entreprises dont le siège social est situé aux Etats-Unis – Chevron Texaco, Wal-Mart, ExxonMobil, Shell Oil, Coca-Cola, Southern Peru Copper, Pfizer, Ford, Del Monte, Chiquita, Firestone, Unocal, Union Carbide, Gap, Nike, Citigroup, IBM, and General Motors – et d'autres au Royaume-Uni, en Australie ou au Canada - Rio Tinto, Barclays Bank et Talisman Energy.

Le Gouvernement fédéral américain, ainsi que des groupes industriels, interviennent activement dans ces affaires en particulier au travers d'*amicus curiae* ou de poursuites²⁸. Confronté à la multiplication des procédures à l'encontre des entreprises multinationales et préoccupé par les interférences potentielles de ces procédures dans la lutte contre le terrorisme, dans la politique étrangère américaine ainsi que sur le commerce et l'investissement, le Département d'Etat de l'administration Bush considéra dans l'affaire suivante, au moyen d'un *amicus curiae*, que l'ATCA n'offre pas aux victimes un droit d'agir.

➔ **National Coalition Government of the Union of Burma et Federation of Trade Union of Burma v. Unocal, Inc. (Roe I)**²⁹

Un consortium d'entreprises pétrolières, parmi lesquelles Unocal – entreprise reprise en juillet 2005 par ChevronTexaco (entreprise californienne), et Total (entreprise française) exploite depuis 1992 le gisement gazier de Yadana en joint-venture avec la *Myanmar Oil and Gaz Enterprise* (ci-après la MOGE), entreprise pétrolière birmane contrôlée intégralement par le *State Law and Order Restoration Council* (ci-après le SLORC), à savoir le gouvernement de la junte birmane. Le gazoduc transporte le gaz naturel puisé dans la mer d'Andaman vers la Thaïlande. Il traverse la région du Tenasserim en Birmanie. L'affaire Roe I fut la première plainte déposée en septembre 1996 à l'encontre de Total, Unocal et MOGE. Elle fut introduite par la Fédération syndicale de Birmanie, la Coalition nationale du gouvernement de l'Union birmane et 4 villageois birmans. Les motifs de la plainte sont le travail forcé et l'atteinte au droit de propriété des citoyens birmans en raison de la construction du gazoduc. Ces derniers n'avaient en outre pas reçu de compensation en échange.

²⁸ Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 303.

²⁹ *National Coalition Government of the Union of Burma and Federation of Trade Union of Burma v. Unocal, Inc.* (Roe I) 176 F.R.D.329, 334 (C.D. Cal. 1997).

Les parties ayant conclu à une transaction financière, la **juridiction saisie** ne s'est malheureusement pas prononcée sur le mémoire déposé par le gouvernement des Etats-Unis en qualité d'*amicus curiae* devant la *District Court for the Central District of California*³⁰. Selon ce mémoire *amicus curiae*, ni l'ATCA, ni d'ailleurs les normes de droit international insérées dans des traités que les Etats-Unis n'ont pas ratifiés ou qui sont *non self-executing* et dans des résolutions des Nations unies non contraignantes, ne permettent de fonder un droit d'ester en justice devant les juridictions fédérales (*cause of action*). Les tribunaux ne seraient donc pas à même d'octroyer pareille *cause of action* en vue d'assurer l'effectivité du droit international. A titre subsidiaire, le Département d'Etat considère que, même si l'ATCA devait accorder un droit d'ester en justice, son application serait limitée aux faits commis sur le territoire américain et, de manière exceptionnelle, en haute mer, l'ATCA n'octroyant pas de *cause of action* pour des faits commis dans un Etat tiers.

► NOTE

La détermination de la **responsabilité directe d'une entreprise multinationale**, est sujette à quelques controverses. La question est de savoir si elle doit être guidée par les normes de droit international ou les normes des lois fédérales³¹. Quant à la **responsabilité indirecte des entreprises multinationales**, l'affaire *Kadic v. Karadzic* a apporté une précision. Dans l'hypothèse où ces entreprises agissent en complicité avec des groupes armés non gouvernementaux, qui exercent *de facto* une forme d'autorité étatique, la responsabilité indirecte des entreprises multinationales peut être invoquée sur la base de l'ATCA³². Dans les autres cas, la question reste ouverte. Aucune procédure visant une entreprise multinationale pour violation des droits de l'Homme n'est encore arrivée à son terme. Certaines d'entre elles ont abouti à une transaction financière entre les parties. L'évolution de l'utilisation de l'ATCA par les juridictions américaines ainsi que les nombreuses exceptions pouvant être soulevées en cours de procédure rendent en effet **l'application de l'ATCA relativement difficile et aléatoire**.

➔ **Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111 (2^d Cir. 2010)**

De la même manière que dans l'affaire *Wiwa vs. Royal Dutch Petroleum Co* détaillée précédemment, ce cas fut présenté en septembre 2002 par Esther Kiobel (l'épouse d'un des « Ogoni 9 », exécuté de manière extrajudiciaire) et les membres du Mouvement pour la Survie du Peuple Ogoni (*Movement for the Survival of the Ogoni People - MOSOP*) contre la Compagnie de Développement Pétrolier de Shell au Nigeria Ltd. (*Shell Petroleum Development Company- SPDC*) pour des activités présumées de l'entreprise et du gou-

³⁰ *Doe v. Unocal*, Brief for the United States of America as amicus curiae for the Central District of California in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, n°00-56603, 00-56628, May 2003. Voir aussi : *Doe v. Unocal*, Supplemental Brief for the United States of America as Amicus Curia for the Central District of California in the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, n° 00-56603, 00-56628, August 2004.

³¹ Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 311.

³² *Ibid.*, p. 312.

vernement nigérian visant à faire taire la campagne environnementale de MOSOP contre les opérations d'extraction de pétrole de SPDC dans la région des Ogoni au Nigéria. Par une demande collective (class action) présentée par les pétitionnaires devant la Cour du second district de New-York, ils ont allégué, sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act* (ATCA), que les forces armées nigérianes, avec la collaboration de SPDC, ont attaqué des membres de la population Ogoni, tué des résidents et se sont approprié illégalement leur propriété. La collaboration supposée de SPDC aurait consisté à fournir des transports aux forces nigérianes, à permettre l'utilisation de leur propriété comme base de lancement des attaques et à fournir en alimentation et compensation les soldats impliqués dans les attaques. Sur la base de ces faits, les pétitionnaires estiment que l'entreprise s'est rendue complice de torture, d'exécution extrajudiciaire et d'autres violations de droit international.

En mars 2008, la Cour de district a rejeté cette demande en considérant qu'elle ne pouvait pas exercer sa compétence dans cette affaire. En novembre 2009, la Cour a reconsidéré sa position et à demandé aux requérants de démontrer une relation directe d'affaires entre les États-Unis et le SPDC pour que la Cour puisse exercer sa compétence à l'égard de SPDC sur le fondement de l'ATCA. En juin 2010, la Cour de district a considéré que **les pétitionnaires ne démontraient pas une telle relation d'affaires** et a de nouveau rejeté la demande formulée contre SPDC. Les demandeurs ont fait appel de cette décision et le 17 septembre 2010, par une majorité des juges, la Cour d'appel du second circuit des États-Unis a confirmé la décision de rejet de la demande et précisé que **l'ATCA ne pouvait servir de fondement à la poursuite de sociétés pour la violation du droit international**.

Par cette décision, la majorité des juges a d'abord considéré que ce n'était pas au droit international mais au droit national de « common law » d'établir le champ d'application de l'ATCA. Puis, la Cour a précisé que le droit international n'établissait pas de fondement coutumier à la responsabilité des entreprises. C'est-à-dire qu'ils ont considéré qu'il n'existait pas de norme de droit international qui permette de rendre responsable des entreprises pour des violations de droit international. Par conséquent, la Cour a estimé qu'elle ne pouvait pas exercer sa compétence vis-a-vis de SPDC sur le fondement de l'ATCA. De plus, la Cour a précisé que les pétitionnaires n'ont pas suffisamment mis en avant le caractère intentionnel des actes litigieux, ce qui avait été retenu comme critère déterminant dans une affaire similaire de la Cour d'appel du second circuit *Presbyterian Church de Sudán v. Talisman Energy* (voir supra)³³.

Le 4 février 2011, la Cour d'appel du second circuit a rejeté une demande de réexamen présentée par les demandeurs. En juin 2011, les demandeurs ont formulé un recours devant la Cour Suprême des États-Unis. En juillet et décembre 2011, le *Centre for Constitutional Rights* (CCR), organisation membre de la FIDH aux États-Unis, conjointement avec la FIDH, d'autres organisations et professeurs de droits de l'Homme, ont présenté un mémoire

³³ Dans l'affaire *Talisman*, la Cour d'appel du Second district a déclaré qu'une entreprise ne peut pas être considérée comme responsable pour avoir commis des actes de complicité sur le fondement de l'ATCA sauf s'il apparaît qu'elle agit de manière intentionnelle. Il faut souligner que dans cette affaire la cour n'a pas déclaré, contrairement à l'affaire *Kiobel*, qu'une entreprise, compte tenu de sa seule condition de personne morale, ne pouvait être soumis à la juridiction des juges américains sur le fondement de l'ATCA.

d'*amicus curiae* à la Cour Suprême en faisant valoir que les principes généraux de droit international, comme les dispositions de droit américain, permettent de poursuivre des entreprises pour la violation du droit international³⁴. Le 21 décembre 2011, le gouvernement des États-Unis a également déposé un mémoire d'*amicus curiae* auprès de la Cour Suprême. En appui aux arguments développés par les ONG, il estime que la recherche de responsabilité d'une entreprise sur le fondement de l'ACTA ne doit pas être considérée par les juridictions américaines comme un motif d'irrecevabilité des demandes : elles auraient donc l'obligation d'examiner sur le fond les arguments du demandeur. De plus, le gouvernement considère que les juridictions américaines peuvent examiner de telles demandes sur le seul fondement de l'ACTA sans rechercher l'existence d'un principe général de droit international. Étant donné que l'ACTA n'établit pas de distinction entre personne physique et morale, le mémoire soutient que la responsabilité d'une entreprise pour violation du droit international est donc possible³⁵.

La décision du Second Circuit dans l'affaire *Kiobel* est importante car, **pour la première fois, une Cour d'appel des États-Unis se déclare incompétente pour se prononcer sur les allégations de violation des droits de l'Homme commises par des entreprises multinationales sur le fondement de l'ATCA**. La Cour Suprême des États -Unis devra se prononcer en juin 2012.

Au moment de rédiger ce guide, la Cour d'appel du district de Columbia des États-Unis³⁶ et la **Cour d'appel du Septième Circuit des États-Unis**³⁷ ont adopté une

³⁴ Pour plus d'informations sur la demande d'*amicus curiae*, voir « Human Rights Groups Urge Supreme Court to Uphold Corporate Liability for Human Rights Violations », <http://www.fidh.org/Human-Rights-Groups-Urge-Supreme>.

³⁵ Pour plus d'informations sur la demande du Gouvernement américain, voir Business and Human Rights Ressource Center : <http://www.business-humanrights.org/>

³⁶ Voir *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 2011 U.S. App. LEXIS 13934 (D.C. Cir. July 8, 2011) : la Cour d'appel du Circuit de D.C. a confirmé la décision de la Cour de district de rejeter les allégations des requérants fondées sur la *Torture Victims Protection Act* et a déclaré que les entreprises pouvaient être poursuivies sur le fondement de l'ATCA. Il s'agit de la première décision d'une Cour d'appel de circuit aux États-Unis à la suite de l'affaire *Kiobel*. Dans l'affaire *Exxon Mobil*, le circuit de D.C. a vivement critiqué le raisonnement développé dans l'affaire *Kiobel* concernant l'application de l'ATCA aux entreprises. Cependant, dans l'affaire *Exxon Mobil Corp*, la Cour a, de son côté, rejeté l'argument adopté par le second circuit dans l'affaire *Talisman* s'agissant de l'élément moral (l'intention ou *mens rea*) requis pour établir, sur le fondement de l'ATCA, la responsabilité d'une entreprise qui collabore ou assiste à la commission de violations de droits de l'homme. Dans l'affaire *Talisman*, les juges ont précisé qu'une entreprise seule pouvait être tenue pour responsable de toute violation de droits de l'homme qui serait commise de manière intentionnelle, c'est-à-dire, lorsque l'objectif de l'entreprise est de contribuer, par sa propre action, à la commission de violations de droits de l'homme. En revanche, dans l'affaire *Exxon Mobil*, les juges ont estimé que l'entreprise pouvait être responsable, sur le fondement de l'ATCA, sur la base de la simple connaissance par l'entreprise que ses propres actions contribuent à des violations de droits de l'homme, qu'elle ait ou non eu l'intention d'en devenir le complice ou l'auteur principal.

³⁷ Voir *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co., LLC*, 643 F.3d 1013 (7th Cir. Ind. 2011), où la Cour d'appel du 7ème Circuit a confirmé la décision de la Cour de district rejetant la demande du fait que les requérants ne démontraient pas la violation d'une norme coutumière de droit international. La Cour a cependant ajouté que les entreprises pouvaient être poursuivies sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act*.

décision différente de celle de l'affaire *Kiobel*, respectivement dans les **affaires Doe v. Exxon Mobil Corp. et Flomo v. Firestone Naturel Rubber Co.** De la même manière, comme il en a déjà été fait mention, la Cour d'appel du Onzième Circuit des États-Unis avait aussi décidé³⁸ (avant même l'affaire *Kiobel*) que les entreprises pouvaient être poursuivies sur le fondement de l'ATCA. Enfin, une décision est encore en suspend dans l'affaire *Sarei v Río Tinto* devant la Cour de district du Neuvième Circuit des États-Unis (voir *supra*).

2. Conditions à l'introduction d'une action sur la base de l'ATCA

a) Un étranger victime d'un dommage

La première condition matérielle à l'introduction d'une action sur la base de l'ATCA est que la victime du dommage invoqué ne soit pas américaine. **L'ATCA ne peut être invoqué que par des étrangers.**

Il faut cependant relativiser l'incidence concrète de la restriction imposée par l'ATCA puisque, dans l'hypothèse qui est la nôtre, les victimes seront généralement de nationalité étrangère, la violation étant commise par l'entreprise multinationale dans le cadre de ses opérations à l'étranger. En revanche, **la localisation du dommage ou de ses effets sont sans incidence.**

De plus, **il n'est pas nécessaire que la victime ait épuisé les voies de recours internes** dans son Etat de résidence pour pouvoir introduire une plainte sur la base de l'ATCA³⁹. A l'inverse, le TVPA requiert l'épuisement des voies de recours internes.

➔ La class action aux Etats-Unis

En matière de procédure civile, les tribunaux américains admettent les *class action*. La class action peut être envisagée sous deux modalités différentes :

- celle de l'*opt in* : pour faire partie de la *class action*, tout individu doit déclarer son intention d'y participer. C'est le cas du Royaume-Uni ou du Québec par exemple.
- celle de l'*opt out* : tout individu dans une situation identique vis-à-vis du défendeur fait automatiquement partie de la *class action*. Pour s'en retirer il doit le faire savoir. Ce système est celui adopté aux Etats-Unis.

Aux Etats-Unis, un individu ou un groupe d'individus (personnes physiques ou morales) dont les droits ont été lésés peut tenter une action au nom d'un nombre illimité de victimes se trouvant dans une situation similaire. La décision aura autorité à l'égard de toutes les victimes qui sont dans une situation identique, qu'elles soient parties à l'instance ou non.

³⁸ Voir *Sinaltrainal v. Coca-Cola*, 578 F.3d 1252, 1263 (11th Cir. 2009) et *Romero v. Drummond Co., Inc.*, 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008).

³⁹ Bien que la Cour se soit prononcée de manière ambiguë sur cette question dans l'affaire *Sosa. Sosa v Alvarez-Machain*, *op. cit.*, 2004, commenté dans: Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 315-316.

L'intérêt est de regrouper des plaintes qui peuvent parfois être des milliers, et faciliter l'accès à la justice de personnes ayant toutes subi le même préjudice. Ce type d'action collective présente un intérêt financier pour les victimes, car il permet de diminuer les coûts de procédure.

Outre les possibilités d'introduire des *class action*, la procédure américaine présente de nombreux avantages, notamment la procédure de *discovery* ou le système de *contingency fees*. Ces aspects sont brièvement examinés en annexe à la fin du chapitre III.

b) Une violation du droit international

Pour que l'ATCA soit applicable, il faut que le **dommage ait été causé par une violation du droit international**, en l'espèce du droit international des droits de l'Homme. Cette violation du droit international susceptible de fonder la compétence du juge américain, peut être de deux types :

Une violation d'un traité qui lie les Etats-Unis

Peu d'affaires font référence à cette base de compétence, les Etats-Unis ayant refusé dans la majorité des cas de reconnaître le caractère directement applicable des traités qu'ils ont conclu dans le domaine des droits de l'Homme⁴⁰.

Une violation du droit international coutumier (*law of nations*)

Pour qu'une norme de droit international des droits de l'Homme puisse être qualifiée de droit international coutumier, elle doit être **universelle, définie et contraignante** (*universal, definable and obligatory*)⁴¹. Ces normes ne doivent pas nécessairement relever du *jus cogens*. La notion renvoie aux usages coutumiers et principes clairement définis par la communauté internationale⁴². Elle est évolutive et doit s'interpréter de manière dynamique⁴³.

Cependant, la violation d'une **norme de jus cogens** fonde sans aucun doute la

⁴⁰ B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 60.

⁴¹ *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987), p. 1539; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2000, p. 1304; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, *op. cit.*, 2002; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2002; *Presbyterian Church of Sudan, et al. v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan*, *op. cit.* Voir aussi : R.L. Herz, *op. cit.*, 2000, p. 556-557; B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 52; B. Stephens, *op. cit.*, 2000, p. 405.

⁴² *Filartiga v. Peña-Irala*, *op. cit.*, 1980; *Beanal v. Freeport-McMoran Inc.*, *op. cit.*, 1999; *Estate of Rodriguez v. Drummond Co.*, 256 F. Supp. 2d 1250, 1264 (N.D. Ala. 2003); R.L. Herz, *op. cit.*, p. 554; *Kadic v. Karadzic*, *op. cit.*, 1995, p. 238; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 1997; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2000, p. 1304; B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 54.

⁴³ *Filartiga v. Peña-Irala*, *op. cit.*, 1980, p. 878; *Kadic v. Karadzic*, *op. cit.*, 1995, p. 238; *Beanal v. Freeport-McMoran Inc.*, *op. cit.*, 1999; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2000, p. 1304; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, *op. cit.*, 2002; *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan*, *op. cit.* Voir aussi : R.L. Herz, *op. cit.*, p. 558; B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 53.

compétence du juge américain⁴⁴. Ainsi par exemple les allégations :

- de génocide, de crimes de guerre, de crimes contre l’humanité ;
- d’esclavage et de travail forcé ;
- d’exécution sommaire, de torture, de disparition ;
- de traitements cruels, inhumains et dégradants ;
- de détention arbitraire prolongée ;
- de violation grave du droit à la vie et à la sécurité de la personne ;
- de violation grave du droit de manifestation pacifique.

En revanche, pour le moment du moins, **ne sont pas constitutifs** de violations du droit international invocables dans le cadre de l’ATCA les **abus** environnementaux⁴⁵. Il est en effet plus utile d’introduire des actions judiciaires portant sur les violations des droits de l’Homme souvent connexes à ce type de dommage, afin de renforcer la recevabilité de la plainte⁴⁶.

Récemment certains droits de l’Homme au travail, à savoir la liberté d’association et le droit de négociation collective, ont été déclarés justiciables en vertu de l’ATCA à l’encontre d’une entreprise de nationalité américaine⁴⁷. Cependant le sort des droits sociaux reste incertain dans l’hypothèse d’une action intentée contre une entreprise de nationalité étrangère. Ni la liberté d’association, ni le droit de négociation collective ne sont encore considérés comme faisant partie intégrante du droit international coutumier, condition *sine qua non* à l’application de l’ATCA⁴⁸.

► COMMENTAIRE

L’arrêt rendu par la Cour suprême dans l’affaire *Sosa v. Alvarez Machain* confirme la définition donnée par la jurisprudence antérieure de ce que constitue une norme de droit international entendue au sens de l’ATCA (caractères universel, défini, et contraignant). Toutefois elle appelle les juges fédéraux à faire preuve d’une **grande prudence dans la détermination des violations susceptibles de rencontrer ces critères**⁴⁹. Le juge américain doit mesurer l’impact de la recevabilité d’une plainte sur les relations extérieures⁵⁰, et ses conséquences pratiques avant de se déclarer compétente. En outre, si l’épuisement des voies de recours internes et internationales n’est pas une condition à l’introduction d’une plainte sur la base de l’ATCA, le juge américain pourra, selon la Cour, en tenir compte en tant qu’élément de fait avant de se déclarer compétente.

⁴⁴ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002 ; *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan, op. cit.*, note 18. En ce sens : W.S. Dodge, « Which Torts in Violation of the Law of Nations ? », *Hasting Int’l & Comp. L. Rev.*, 2000-2001, 24, p. 351 ; R.L. Herz, *op. cit.*, p. 554.

⁴⁵ *Beanal v. Freeport-McMoran Inc., op. cit.*, 1999, p. 166 ; *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 1587224 (S.D.N.Y. 2002).

⁴⁶ Pour un aperçu de la question, voir aussi : Earthrights International, *op. cit.*, 2006.

⁴⁷ *Estate of Rodriguez v. Drummond Co., op. cit.*, 2003.

⁴⁸ Pour une étude approfondie sur le sujet voir : W.V. Carrington, « Corporate Liability for Violation of Labor Rights Under the *Alien Tort Claims Act* », www.law.uiowa.edu.

⁴⁹ Dans le même sens : E.J. Brav, « Recent Developments – Opening the Courtroom to Non-Citizens : Cautiously Affirming Filartiga for the Alien Tort Statute », *Harvard Int’l L.J.*, 2005, vol. 46, pp. 276 suiv.

⁵⁰ *Sosa v. Alvarez-Machain et al., op. cit.*, 2004, p. 2766 et note 21.

Procédant d'un souci de clarification, la Cour a demandé une intervention législative en la matière⁵¹. Il faudra attendre la jurisprudence future pour mesurer l'impact pratique de cet arrêt⁵².

La réunion des conditions précitées, et plus particulièrement de la condition relative à la violation du droit international coutumier, n'est pas chose aisée. Il est probable qu'elle soit encore plus difficile à l'avenir à la suite de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*.

En tout état de cause, force est de constater que la compétence attribuée aux juridictions américaines est quasi universelle.

Le juge fédéral américain peut, en théorie, se saisir d'une affaire **ne présentant aucun lien de rattachement avec le territoire américain**. Le droit interne détermine toutefois plusieurs règles de procédure dont l'une a pour objectif d'établir un lien entre l'affaire et le juge saisi.

c) Une condition procédurale : la compétence personnelle

Avant de pouvoir agir sur la base de l'ATCA, le demandeur doit établir la compétence personnelle du juge américain saisi (*personal jurisdiction*) à l'égard du défendeur, en l'occurrence l'entreprise multinationale, que son siège social soit situé ou non aux Etats-Unis. Cette exigence est complexe. Pour ce faire, il doit démontrer que, conformément à l'exigence constitutionnelle de *due process*, l'entreprise entretient un minimum de contacts avec l'Etat du tribunal saisi (*forum State*)⁵³. Le défendeur ne doit pas non plus pouvoir se prévaloir d'une quelconque immunité, tel peut être le cas s'il s'agit d'une entreprise contrôlée intégralement par un Etat (les immunités sont étudiées *infra*).

La notion de « contact minimum »

La notion de « contact minimum » de l'entreprise avec le forum varie en fonction de la législation applicable dans l'Etat fédéré de la juridiction saisie⁵⁴. Généralement, les Etats composant les Etats-Unis reconnaissent la compétence du juge, quelle que soit la localisation des faits de la cause, aux conditions suivantes⁵⁵ :

⁵¹ *Ibid.*, pp. 2762, 2763 et 2765.

⁵² Voir à ce propos : E. Kontorovich, « Implementing *Sosa v. Alvarez-Machain*: What Piracy Reveals About the Limits of the Alien Tort Statute », *80 Notre Dame L. Rev.* 111, 2004, pp. 111 suiv.

⁵³ *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945), p. 315.

⁵⁴ B. Stephens, *op. cit.*, in M.T. Kamminga and S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, note 53 : les juridictions fédérales appliquent, en effet, les règles étatiques locales pour déterminer leur compétence personnelle, y compris lorsque la procédure trouve son origine dans une législation fédérale (*Forum State's Long-arm Statute*).

⁵⁵ La majorité des Etats octroie aussi compétence si l'action se rapporte aux activités de l'entreprise localisées dans l'Etat du juge saisi, lesdites activités devant être substantielles (*specific jurisdiction*) (B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 100 ; *Doe v. Unocal*, 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001)).

- si l'entreprise est américaine, c'est-à-dire si son siège social est situé **dans le forum** (l'Etat fédéré dont la juridiction est saisie);
- ou, à défaut, **si l'entreprise** (étrangère ou de nationalité américaine mais dont le siège social est situé dans un autre Etat fédéré) **y déploie des activités continues et systématiques** (*doing business standard*)⁵⁶. L'affaire *Wiwa et al c. Royal Dutch Petroleum et al*, détaillée plus loin, en constitue un bon exemple. En raison de la présence d'un bureau de l'entreprise de nationalité étrangère à New-York, le juge a considéré que la cour fédérale américaine de l'Etat de New-York constituait le forum approprié. La compétence personnelle du juge américain à l'égard de Royal Dutch Shell / Shell Transport and Trade était établie.

L'exemple fictif suivant, issu d'un guide publié par *Earthrights International*, illustre bien la difficulté de la question⁵⁷ :

Big Oil Inc. est une entreprise multinationale dont le siège social est situé au Royaume-Uni. Elle possède deux filiales : Big Oil USA et Big Oil Soudan qui développent leurs activités aux Etats-Unis et au Soudan respectivement. Big Oil Soudan a commis des violations graves du droit international des droits de l'Homme. Les victimes veulent tenter une action devant les tribunaux américains. Trois possibilités s'offrent à eux :

- 1) **Poursuivre directement la société Big Oil Soudan** si elle a un lien de rattachement avec les Etats-Unis. Cependant cette hypothèse est peu probable dans la mesure où Big Oil Inc. (société-mère) aura veillé à ce que sa filiale au Soudan n'ait aucun lien ni aucune activité sur un autre territoire.
- 2) **Poursuivre Big Oil USA**. La filiale américaine est soumise à la compétence personnelle du juge américain, mais n'est pas impliquée dans la violation des droits de l'Homme. A moins qu'il n'existe un lien entre Big Oil USA et Big Oil Soudan, auquel cas ce lien doit être prouvé, Big Oil USA ne peut être poursuivi pour les violations des droits de l'Homme commises par Big Oil Soudan.

⁵⁶ Pour les individus, la compétence du juge se base soit sur la localisation dans le forum de son domicile ou de sa résidence, soit sur sa présence physique même temporaire. Voir : *Kadic v. Karadzic*, *op. cit.*, 1995, p. 247 ; B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 100 ; B. Stephens, *op. cit.*, in M.T. Kamminga and S. Zia-Zarif (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 220 ; S.M. Hall, S.M. Hall, « Multinational Corporations' Post-Unocal Liabilities for Violations of International Law », *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2002, 34, p. 408.

- Cette dernière exigence implique que « *such contact are not accidental but rather based upon purposeful availment of the benefits and protection of the forum's law* ». U. Mattei and J. Lena, « U.S. Jurisdiction Over Conflicts Arising Outside of the United States : Some of Hegemonic Implications », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2000-2001, 24, p. 389.

- *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, 226 F.3d 88, 92-93 (2d Cir. 2000), p. 95 ; voir aussi *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan*, *op. cit.*

⁵⁷ *Earthrights International*, *op. cit.*, 2006, p. 28.

3) Poursuivre la société mère domiciliée au Royaume-Uni devant les tribunaux américains.

Afin d'établir la compétence personnelle du juge américain, les requérants doivent prouver que Big Oil Inc. a des contacts suffisants avec les Etats-Unis; ce qui peut être le cas si l'entreprise est cotée sur le marché américain et possède des bureaux sur le territoire américain ou encore si la société-mère est tellement imbriquée dans les activités de sa filiale américaine qu'elles ne peuvent être tenues pour entités juridiques séparées. Afin ensuite d'établir la responsabilité de la société-mère, les victimes doivent démontrer que la société-mère Big Oil Inc. contrôlait sa filiale Big Oil Soudan ou que cette dernière agissait au nom de la société-mère ou encore que Big Oil Inc. était elle-même impliquée dans certaines activités ayant contribué aux violations des droits de l'Homme.

De telles conditions sont difficiles à réunir.

Prise en considération des activités de la filiale

Est-il envisageable de lier les activités de la filiale américaine à celles de la maison mère étrangère pour établir la compétence personnelle du juge fédéral américain à l'encontre de cette maison mère ? Si oui, selon quels critères ? Les questions sont nombreuses :

- La simple localisation sur le territoire américain de la filiale d'une entreprise multinationale étrangère satisfait-elle au critère de «contacts minimum» qui permet d'établir la compétence personnelle du juge américain saisi sur le fondement de l'ATCA?
- A défaut, est-il possible de prendre en considération les activités menées par la filiale américaine dans le forum, pour reconnaître que la maison mère étrangère exerce des activités continues et systématiques dans ce forum (critère *doing business*) et fonder ainsi la compétence personnelle du juge américain à son égard ? Cette question a été posée dans les affaires *Doe v. Unocal*⁵⁸ et *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*⁵⁹. Au-delà de leur caractère emblématique, elles abordent de nombreuses questions juridiques que pose l'application de l'ATCA aux activités des entreprises multinationales à l'étranger.

⁵⁸ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2001.

⁵⁹ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co, op. cit.*, 2000.

➔ Doe c. Unocal⁶⁰ (Doe I)

Cette affaire est la seconde plainte déposée en octobre 1996 dans le litige opposant le consortium d'entreprises pétrolières, composé d'Unocal, de Total, de la MOGE, et du SLORC aux victimes birmanes dont les droits ont été violés dans le cadre de la construction du gazoduc de Yadana en Birmanie (pour une description détaillée des faits, voir l'affaire Roe I *supra*). L'action est également dirigée contre deux cadres d'Unocal. Les allégations se fondent sur l'ATCA. Afin d'obtenir réparation pour les dommages causés aux populations, une *class action* est introduite devant les juridictions fédérales américaines par dix-huit villageois birmans, au nom de l'ensemble des habitants de la région affectée par le projet.

Selon les demandeurs, les soldats du SLORC, chargés de sécuriser le tracé du pipeline, ont agi en violation des droits des populations locales. Les demandeurs ont déclaré avoir été victimes de diverses exactions, à savoir le déplacement forcé de population, la confiscation et la destruction de maisons, de champs, de stocks de nourriture et autres biens, l'utilisation du travail forcé, les menaces, les coups, les actes de torture perpétrés à l'encontre de ceux qui refusaient de coopérer, et enfin les viols et les abus sexuels subis par certains d'entre eux. Unocal et Total savaient ou auraient dû savoir, selon eux, que le SLORC était coutumier de ce type de pratiques. Elles ont donc directement bénéficié de ces abus, en particulier du déplacement de population et de travail forcé. En dépit des informations que ces entreprises avaient ou auraient dû avoir en leur possession, elles ont rétribué le SLORC pour son intervention de sécurisation. En 1995, elles avaient déjà indemnisé 463 villageois, victimes de travail forcé, en dehors de toute poursuite judiciaire. Ce qui permet de constater qu'elles avaient pris conscience de ces abus et en avaient déjà connaissance dès 1995. Les entreprises étaient considérées par les requérants comme responsables des exactions commises par les militaires birmans dans le cadre du projet Yadana.

En 1997, une cour fédérale américaine à Los Angeles a déclaré recevable la plainte à l'encontre de Unocal et Total.

Sur la compétence personnelle du juge américain à l'égard de Total⁶¹ : la notion de « contacts minimum »

En 1998, le juge américain devait déterminer sa compétence personnelle à l'égard de Total, société française, disposant de plusieurs filiales sur le sol américain et, pour ce faire, se prononcer sur l'attribution des contacts des dites filiales à la maison mère. Il a été jugé que

⁶⁰ Les informations au sujet de cette affaire sont en partie extraites des communications rédigées à ce propos par *EarthRights International*. Voir aussi le documentaire *Total Denial* (2006) réalisé sur ce sujet par Milena Kaneva, *Oxford Pro Bono Publico*, *op. cit.*, p. 303 ; *Doe v. Unocal Corp.*, *op. cit.*, 1997 ; *National Coalition Government of the Union of Burma v. Unocal, Inc.*, *op. cit.*, 1997 ; *Doe v. Unocal*, 27 F. Supp. 2D 1174, 1184 (C.D. Cal. 1998), *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2001 ; *Doe I v. Unocal Corp.*, *op. cit.*, 2000 ; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2002 ; *Doe v. Unocal*, Brief of the United States of America as amicus curiae, *op. cit.*, 2003. Voir aussi : L. Bowersett, « Doe v. Unocal : Torturous Decision for Multinationals Doing Business in Politically Unstable Environments », *The Transnational Lawyer*, 1998, 11, p. 361 ; S.M. Hall, *op. cit.*, 2002, p. 402 ; R.A. Tyz, *op. cit.*, 2003, p. 559.

⁶¹ *Doe I v. Unocal corp.*, *op. cit.*, 1998.

La seule existence d'une relation entre les différentes personnes morales était insuffisante pour établir la « présence » de l'une de par la présence de l'autre et de fonder ainsi la juridiction à l'égard de l'entreprise multinationale⁶². Ainsi, l'identité entre leurs dirigeants ou une simple implication directe de la maison mère compatible avec son statut d'investisseur ne sont pas susceptibles de remettre en cause le principe général de séparation des entités juridiques différentes (*entity law*⁶³). En revanche, la preuve de l'existence entre elles d'une relation d'*alter ego* ou d'*agency* (la première opération juridique vise à établir que les entités ne sont pas juridiquement distinctes – la seconde à déterminer que l'une a agi au nom et pour le compte de l'autre, qui exerce un contrôle des activités entreprises par la première, le consentement mutuel des deux entités étant requis) a été soulevée. Elle permet d'établir la compétence du juge sur la société étrangère à partir des activités des filiales américaines. Cette question sera examinée au chapitre III.B.

Sur la détermination de la responsabilité de Unocal

Les preuves apportées au procès permettaient de considérer que Unocal avait connaissance des pratiques de travail forcé et en avait profité. Les témoignages avaient permis de constater l'existence d'actes de violence perpétrés contre les demandeurs. Cependant la cour de première instance a débouté les demandeurs en raison de l'absence de participation active de Unocal dans la l'utilisation du travail forcé. Il n'avait pas été établi que ces violations des normes internationales des droits de l'Homme commises par les militaires avaient été voulues par l'entreprise elle-même, par conséquent Unocal ne pouvait être tenu pour responsable. La décision de la *district court* était similaire dans l'affaire Roe I. En appel les deux plaintes on été jointes. La Cour d'appel de Californie a infirmé cette décision le 18 septembre 2002. Elle a créé un précédent en acceptant de juger une entreprise pour des violations de droits de l'Homme commises à l'étranger. Elle a reconnu que Unocal exerçait un certain degré de contrôle sur l'armée birmane affectée à la sécurisation du pipeline. Les éléments de preuve indiquaient que Unocal avait connaissance du risque et de l'utilisation effective du travail forcé par les militaires birmans avant et pendant la réalisation du projet. Il existait selon elle suffisamment d'éléments de preuve matériels permettant de déterminer si Unocal était complice ou non des violations des droits de l'Homme commises par l'armée birmane.

L'audience fut fixée pour le mois de juin 2005. La plainte fut limitée aux accusations de meurtres, viols et de travail forcé. En mars 2005, les parties sont parvenues à un accord. Si Unocal réfute formellement toute complicité, l'entreprise a indemnisé les demandeurs et créé des fonds destinés à améliorer les conditions de vie, les soins et l'éducation, et à protéger les droits des populations habitant à proximité du projet. Le procès fut interrompu. Bien que les termes de l'accord soient demeurés confidentiels, les montants s'élevaient à \$30 millions de dommages et intérêts.

⁶² *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2001, p. 926.

⁶³ P.I. Blumberg, « Asserting Human Rights Multinational Corporation Under United States Law : Conceptual and Procedural Problems », *American J. Comp. L.*, 2002, 50, pp. 496 suiv.

➔ **Wiwa et al c. Royal Dutch Petroleum et al**

Le *Center for Constitutional Rights* (CCR) et un avocat collaborateur de *EarthRights International* ont intenté trois actions au nom des parents d'activistes tués militant pour la protection des droits de l'Homme et de l'environnement au Nigéria. Ce sont les affaires *Wiwa c. Royal Dutch Petroleum*, *Wiwa c. Anderson*, et *Wiwa c. Shell Petroleum Development Company* dirigées à l'encontre des entreprises Royal Dutch Petroleum Company et Shell Transport and Trading Company – unifiées depuis 2005 sous le nom de Royal Dutch/Shell plc, dont le siège social est localisé à La Haye, Pays-Bas – (Royal Dutch/Shell) ; le chef des opérations au Nigéria Brian Anderson ; et sa filiale au Nigéria, Shell Petroleum Development Company (SPDC).

Les défendeurs sont accusés de complicité de violations des droits de l'Homme (exécution sommaires, crimes contre l'humanité, torture, traitement inhumain, détention arbitraire, homicides, coups et blessures, soumission à une détresse émotionnelle) contre le peuple Ogoni au Nigéria sur la base de l'ATCA et du TVPA. L'action intentée contre Royal Dutch/Shell se fonde également sur le Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act, une loi fédérale dont l'objectif est de combattre le crime organisé.

Dès 1958, Royal Dutch/Shell exploitait les sols au Nigéria dans une région où vivait le peuple Ogoni pour en extraire le pétrole. La pollution résultant de cette exploitation a contaminé l'approvisionnement en eau et les terres agricoles dont dépend l'économie de la région. Il est allégué que pendant des décennies, Royal Dutch/Shell travaillait avec le régime militaire nigérian pour éliminer toute opposition manifestée à l'encontre des activités de l'entreprise. L'entreprise pétrolière et sa filiale nigériane fournissaient un soutien financier et logistique à la police nigériane et ont corrompu les témoins pour produire de faux témoignages.

En 1995, la société mère et sa filiale ont organisé conjointement avec le gouvernement nigérian l'arrestation et l'exécution du groupe Ogoni 9. Ce groupe réunissait notamment trois leaders du Mouvement pour la Survie du Peuple Ogoni (MOSOP) et le Commissaire du Ministère du commerce et du tourisme, membre du Conseil exécutif de l'Etat du « Rivers ». Le procès du groupe Ogoni 9 s'est tenu devant un tribunal spécial militaire sur la base de fausses accusations. Ils ont été pendus le 10 novembre 1995. Les défenseurs des droits de l'Homme et leaders politiques ont condamné à la fois les exécutions et le non-respect du droit à un procès équitable pour les victimes.

Le 8 novembre 1996, CCR a déposé une plainte contre Royal Dutch Shell and Shell Transport and Trading Company au District Sud de New-York au nom de ces victimes et des parents de victimes décédées. En 2000, la Cour d'appel a reconnu que les Etats-Unis constituaient un forum approprié pour statuer sur l'affaire : les juges ont établi leur compétence personnelle à l'égard de Royal Dutch Shell/Shell Transport and Trade qui détenait un bureau à New-York. Le juge de la Cour du district, Kimba Wood, a admis la possibilité pour les demandeurs d'intenter leurs actions en vertu de l'ATCA, du TVPA et du RICO.

En septembre 2006, le juge Wood a retenu les plaintes pour crimes contre l'humanité, torture, détention arbitraire prolongée et complicité de ces crimes. Il a déclaré irrecevable les actions intentées contre les entreprises pour exécution sommaire, exil forcé, atteinte au droit à la vie, et au droit à la liberté de réunion et d'association. Le procès a débuté le 26 mai 2009 dans l'affaire *Wiwa c. RPDC* et *Wiwa c. Anderson*. Le 8 juin 2009 soit après 13 années de procédure dans l'affaire *Wiwa c. Shell*, les parties sont parvenues à un accord qui s'est étendu à l'ensemble des trois actions. Les termes de cet accord ont été rendus publics : \$15,5 millions de dommages et intérêts, la création d'un trust au bénéfice du peuple Ogoni, et le remboursement de certains coûts de procédure. En août 2011, le Programme des Nations Unies pour le Développement a constaté une insuffisance notable des mesures de dépollution pétrolière prise dans la région Ogoni et estime qu'il est nécessaire de mettre fin à 50 années de pollution dans cette région. Il suggère pour cela que les frais de remise en état soient répartis entre les partenaires de la SPDC, à hauteur de leur part dans la *joint venture*.

→ **Sinaltrainal et al. v. Coca Cola Company et al. (256 F. Supp. 2D 1345)**

– **Sinaltrainal I ; In re Sinaltrainal Litig. (474 F. Supp. 2D 1273) – Sinaltrainal II**

En juillet 2001, Sinaltrainal (syndicat colombien) a déposé une plainte devant une cour fédérale de Miami contre l'entreprise Coca-Cola et deux de ses partenaires latino-américains – *Bebidas y Alimentos* et *Panamerican Beverages, Inc. (Panamco)* - dont la mission est de mettre en bouteille les boissons fournies par Coca-Cola. Sinaltrainal représente les travailleurs au sein des entreprises de mise en bouteille et plus largement tous les ouvriers travaillant directement et indirectement pour Coca-Cola en Colombie. Sinaltrainal a longtemps dénoncé les relations existantes entre Coca-Cola et les groupes armés auteurs des exactions commises à l'encontre des travailleurs syndicaux. Ces opérations s'inscriraient dans une politique d'intimidation à leur égard. Cinq leaders syndicaux ont été kidnappés, détenus arbitrairement, et victimes d'actes de torture, l'un à été tué. Les cinq victimes ont accusé ces entreprises d'avoir engagé, ou sinon dirigé les forces de sécurité paramilitaires qui agissaient pour le compte de Coca-Cola et leurs partenaires commerciaux en Colombie en violation de l'ATCA.

Les demandeurs ne sont pas parvenus à démontrer la complicité entre les entreprises et les forces de sécurité paramilitaires. En 2003, la cour a rejeté l'action intentée contre Coca-Cola, mais a accepté de statuer sur celles intentées contre les deux entreprises de mise en bouteille. L'année suivante les demandeurs ont modifié leur plainte en y incluant Coca-Cola puisque cette dernière était devenue un actionnaire de la société Panamco en 2003.

La justiciabilité des meurtres et actes de torture en droit international

Afin de se déclarer compétente sur le fondement du droit international (ATCA) pour juger d'actes de torture ou de meurtres, les juridictions américaines considèrent que ces exactions :

- (1) si elles n'entrent pas dans le cadre d'un génocide ou de crimes de guerre, elles doivent être commises par un agent étatique ou un agent ayant agi *under the color of law* (sous couvert de la loi). Dans ce premier cas, Sinaltrainal devait prouver que les groupes armés,

- auteurs des exactions, avaient agi sous le couvert de la loi, puis démontrer l'existence d'un lien entre le gouvernement et les entreprises pour rendre ces dernières responsables.
- (2) si elles sont perpétrées pendant la conduite d'hostilités, elles constituent des crimes de guerre et violent le droit international, par conséquent, peu importe si l'auteur a agi *under the color of law* d'un Etat étranger ou en tant qu'agent privé. Dans ce cas, Sinaltrainal devait prouver que les actes de torture et le meurtre de l'un de ses membres avaient été commis pendant la **conduite d'hostilités**, c'est-à-dire pendant un conflit armé et non lors de simples troubles à l'ordre public.

En septembre 2006, n'ayant apporté (1) ni la preuve de l'existence d'un lien suffisamment proche unissant les forces de sécurité paramilitaires et le gouvernement colombien, ni celle de l'implication des entreprises défenderesses dans la perpétration des actes de torture avec le gouvernement colombien ; (2) ni encore l'existence d'un conflit armé, la plainte a été rejetée. La cour s'est déclarée incompétente pour juger de tels actes sur le fondement de l'ATCA. Les entreprises n'ont pas été déclarées responsables des violations des droits de l'Homme. La US Court of Appeals for the Eleventh Circuit a confirmé cette décision en août 2009.

d) Une limite temporelle : la prescription de l'action

La prescription de l'action, ou *statute of limitations* en droit américain, est un élément procédural qui s'applique à la fois aux actions civiles et pénales. Il est présent dans les systèmes juridiques américain et européen. La prescription de l'action oblige le demandeur à introduire une requête dans une période définie à partir du point de départ de la prescription, soit la commission du fait dommageable ou de la découverte du fait dommageable. A défaut, le demandeur sera privé de son droit d'action.

Les causes de suspension de la prescription

La prescription de l'action est un moyen de défense fréquemment invoqué par les défendeurs. Cependant aux Etats-Unis, peu de litiges transnationaux ont été déclarés irrecevables sur ce fondement. En effet le demandeur peut prouver que le cours de la prescription a été suspendu. Cet argument, s'il est accordé par le juge, a pour conséquence de différer la période pendant laquelle l'action peut être intentée (*tolling the statute of limitations*). Par exemple, il a été jugé que le délai pouvait être suspendu si :

- le demandeur a été détenu ;
- le demandeur n'était pas présent sur le territoire américain ;

- le demandeur a eu accès à des voies de recours inefficaces⁶⁴ ou ;
- il était difficile de rassembler des preuves pendant la durée d'une guerre civile, preuves que les défendeurs tentaient de supprimer⁶⁵.

Le délai de prescription court à nouveau à partir du moment où la cause de la suspension cesse de produire effet.

Toutefois si le défendeur a toujours été soumis à la compétence des tribunaux américains (tel un résident américain ou une entreprise dont le siège social est située aux Etats-Unis) et si la vie du requérant n'était pas en danger, la prescription de l'action ne pourra être suspendue.

La durée

La période de prescription est généralement définie par la loi. Le délai de prescription de l'action fondée sur le TVPA est de 10 ans à partir de la commission du fait dommageable. En revanche, aucun délai n'est expressément mentionné dans le cadre de l'ATCA. Dans ce cas, les juges américains déterminent la période par analogie avec une autre loi fédérale dont les caractéristiques sont proches. Ainsi plusieurs juridictions ont transposé la période de prescription de 10 ans d'une action fondée sur le TVPA à celle intentée en vertu de l'ATCA en tenant compte de leur objectif commun (la protection des droits de l'Homme), du type de procédure (actions civiles visant à protéger les droits de l'Homme) et de la place qu'ils occupent dans la législation américaine. De la même manière, certains cours ont repris les causes de suspension applicables au TVPA (mentionnés par le rapport du Sénat américain en 1991) à l'occasion de litiges invoquant l'ATCA⁶⁶.

Quels sont les obstacles à la compétence du juge américain ?

1. La doctrine du *forum non conveniens*

La doctrine du *forum non conveniens* part d'une logique appréciable. **Elle vise à permettre que soit jugée une affaire devant la juridiction la plus apte pour le faire**, généralement la juridiction du lieu de la survenance du dommage. Au

⁶⁴ Un rapport du Sénat américain en 1991 précise les causes de suspension de la prescription à propos du TVPA: «The statute of limitations should be tolled during the time the defendant was absent from the United States or from any jurisdiction in which the same or a similar action arising from the same facts may be maintained by the plaintiff, provided that the remedy in that jurisdiction is adequate and available. Excluded also from calculation of the statute of limitations would be the period in which the plaintiff is imprisoned or otherwise incapacitated. It should also be tolled where the defendant has concealed his or her whereabouts or the plaintiff has been unable to discover the identity of the offender.» S. Rep. No. 102-249, at 11 (1991). Voir aussi : H.R. Rep. No. 102-367(I), at 5 (1991), reprinted in 1992 U.S.C.C.A.N. 84, 88.

⁶⁵ *Romagoza Arce et al. v. Garcia and Vides Casanova*, 434 F.3d 1254 (11th Cir. 2006) : action fondée sur le TVPA et l'ATCA.

⁶⁶ S. Rep. No. 102-249, at 11 (1991), *op. cit.*

niveau américain, cette doctrine invite le juge, lorsqu'il est saisi d'une action en responsabilité sur la base de l'ATCA, à **examiner si les juridictions américaines sont les mieux placées pour connaître de l'affaire** – et, le cas échéant, accorder la réparation sollicitée – **ou si une juridiction étrangère semble plus appropriée** au regard des circonstances de l'espèce⁶⁷.

L'application de cette théorie dans l'hypothèse qui est la nôtre se trouve toutefois souvent confrontée aux difficultés liées au fait que **les systèmes judiciaires et législatifs des pays où surviennent les violations des droits de l'Homme – généralement des pays en développement – sont défectueux ou lacunaires** et ne permettent pas de poursuivre dans des conditions optimales les entreprises multinationales auteurs des violations. Pour cette raison, la doctrine du *forum non conveniens* est fréquemment invoquée par les entreprises défenderesses à l'action⁶⁸ et constitue ainsi une limite importante à la compétence quasi-universelle des juridictions américaines⁶⁹.

a) Les conditions déclinatoires de compétence

Pour que cette doctrine trouve à s'appliquer et que le juge américain décline sa compétence, il faut :

- qu'il soit convaincu non seulement *qu'il existe une autre juridiction* vers laquelle le demandeur en responsabilité pourrait se tourner pour réclamer la compensation des dommages qu'il estime avoir subis ;
- mais également que la pondération de l'ensemble des intérêts en jeu (y compris les intérêts publics)⁷⁰ l'amène à considérer *que ce forum alternatif est bien le plus approprié*.

En principe, la **charge de la preuve** de chacun de ces aspects pèse sur le défendeur à l'action en responsabilité⁷¹.

⁶⁷ Sur cette question, voir : Earthrights International, *op. cit.*, 2006, p. 32.

⁶⁸ Contrairement au Royaume-Uni, la juridiction fédérale américaine peut soulever d'office l'exception du *forum non conveniens*. En pratique cependant, cette faculté est peu utilisée. Voir : A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens – Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, 2004, p. 294, n°202.

⁶⁹ O. De Schutter, « The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law », in Ph. Alston (ed.), *Labour rights as human rights*, Oxford University Press, 2005.

⁷⁰ Les intérêts pris en compte sont tant privés – ceux des parties – que publics – ceux du forum saisi. Les intérêts privés susceptibles d'être appréciés par le juge portent notamment sur l'accessibilité des preuves, la disponibilité des témoins ainsi que l'ensemble des autres éléments qui font qu'un procès soit facile, rapide et peu onéreux. L'encombrement de la justice, l'intérêt du forum à juger l'affaire, la familiarité du juge avec la législation applicable permettent quant à eux d'apprécier l'intérêt public en cause.

⁷¹ B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 151, note 60 ; P.I. Blumberg, *op. cit.*, pp. 506 à 509 ; R.L. Herz, *op. cit.*, p. 568, note 152.

b) Forum alternatif « adéquat »

Le forum alternatif désigné (généralement le forum du lieu de survenance du dommage ou de domiciliation du/des défendeur(s) à l'action) peut être considéré comme adéquat **s'il offre une solution effective**, c'est-à-dire **s'il autorise l'action en cause sur une base adéquate et moyennant une réparation acceptable** en cas de prise en compte de l'argumentation du demandeur.

Ne satisfait pas à ces critères, par exemple, un système judiciaire dont l'indépendance est sujette à caution ou dans lequel des cas similaires n'ont jamais été pris en considération ou n'ont jamais abouti⁷².

Par contre, il a été par exemple jugé que l'inexistence d'un système de *contingency fees*, en vertu duquel un avocat est rémunéré uniquement en cas de résultats favorables, ne permet pas nécessairement d'écarter l'application de la théorie du *forum non conveniens*⁷³. Ce facteur pourra être pris en considération par le juge mais ne sera pas à lui seul déterminant.

➔ **Sequihua v. Texaco, Inc. (847 F. Supp. 61)**

Une plainte fut introduite sur la base de l'ATCA devant les juridictions américaines, par des citoyens équatoriens qui estimaient que les activités de Texaco provoquaient une pollution de l'air, de l'eau et des sols. En appel, la Cour fédérale de New-York rejeta la plainte sur la base de la théorie du *forum non conveniens*. La Cour considéra qu'il existait des facteurs cruciaux indiquant que les juridictions de l'Equateur seraient plus appropriées pour traiter de l'affaire, notamment concernant : l'accès aux preuves et aux témoins, la possibilité de se rendre sur les lieux du litige, le coût du voyage entre l'Equateur et les Etats-Unis ainsi que l'incertitude planant sur la possibilité d'exécuter en Equateur une décision judiciaire prise aux Etats-Unis⁷⁴.

Généralement, **une présomption favorable pèse sur le choix du forum effectué par le demandeur à l'action résidant sur le territoire**, qu'il soit national ou étranger⁷⁵. Tel n'est pas le cas du demandeur non résidant sur le territoire pour qui la doctrine du *forum non conveniens* s'applique davantage⁷⁶.

Le *forum non conveniens* constitue un **obstacle majeur** pour les actions sur la base de l'ATCA⁷⁷, les faits de la cause – et donc les parties, les preuves, les témoins, etc. – étant généralement localisés à l'étranger. En outre, son application a souvent

⁷² B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, pp. 151 suiv. ; R.L. Herz, *op. cit.*, p. 567 ; P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 504.

⁷³ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 507.

⁷⁴ 847 F Supp 61 (1994) 63–65, cité par : Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 324, disponible sur : www.law.ox.ac.uk/opbp.

⁷⁵ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, *op. cit.*, 2000.

⁷⁶ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 501.

⁷⁷ B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, p. 151 ; P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 503 ; S.M. Hall, *op. cit.*, p. 408.

pour conséquence le **rejet de facto de l'action en responsabilité civile**⁷⁸, peu d'affaires donnant lieu à une procédure dans le forum étranger.

Aux Etats-Unis, l'application du *forum non conveniens* entraîne le rejet définitif de l'action auprès des juridictions américaines. Le demandeur pourra introduire une nouvelle action si et seulement si, le défendeur (dans notre hypothèse l'entreprise) ne respecte pas les conditions éventuellement fixées par le juge initialement saisi lors du renvoi de l'affaire devant le tribunal compétent alternatif⁷⁹.

➔ **Filártiga v. Peña-Irala**

En 1979, deux citoyens paraguayens ont intenté un procès sur la base de l'ATCA devant une Cour fédérale américaine pour des faits de torture ayant entraîné la mort d'un membre de leur famille par un officier de police paraguayen présent sur le territoire américain. Ce fut la première affaire à avoir statué sur des actes de torture en vertu de l'ATCA. En 1984, les demandeurs ont finalement reçu \$10,375,000 de dommages et intérêts. Dans le cadre de cette affaire, la doctrine du *forum non conveniens* a été brièvement abordée : il était en effet impossible pour les victimes d'agir avec des chances raisonnables de succès devant les juridictions paraguayennes⁸⁰, en conséquence le juge américain s'est reconnu compétent.

➔ **Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co. And Shell Transport**

Dans cette affaire (déjà citée au chapitre I.A.2), la théorie du *forum non conveniens* a joué un rôle important. L'action était fondée à la fois sur l'ATCA et le TVPA. Si certains demandeurs résidaient sur le territoire américain, le premier juge saisi aux Etats-Unis avait toutefois considéré que les juridictions anglaises étaient les mieux placées pour connaître de l'action en réparation intentée par les représentants du peuple Ogoni contre les activités de la filiale nigériane de Royal Dutch/Shell, cette dernière étant domiciliée au Royaume-Uni⁸¹. La cour d'appel a infirmé cette décision. Elle a retenu plusieurs critères faisant obstacle à l'application de la théorie du *forum non conveniens*⁸² :

- (1) Elle nota, en particulier, le fait que plusieurs des victimes alléguées, demanderesse à l'action, résidaient aux Etats-Unis, ce qui constituait un élément particulièrement favorable à la recevabilité de leur action. Non pas que dans l'application de l'ATCA, les étrangers résidant aux Etats-Unis seraient à privilégier par rapport aux étrangers résidant à l'étranger ; mais parce que, pour des personnes résidant aux Etats-Unis, l'**obligation**

⁷⁸ A. Nuyts, *op. cit.*, p. 457.

⁷⁹ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 509 ; B. Stephens, *op. cit.*, in M.T. Kamminga and S. Zia-Zarif (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 228.

⁸⁰ *Filartiga v. Peña-Irala*, 577 F. Supp. 860, 865 (1984) : « The United States policy against forum shopping does not warrant a denial. Plaintiffs could get no redress in Paraguay and sued Peña where they found him ».

⁸¹ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, No. 96 Civ. 8386 (KMW)(HBP), 1998 U.S. Dist. LEXIS 23064 (S.D.N.Y. Sept. 25, 1998).

⁸² *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, *op. cit.*, 2000.

d'introduire l'action devant les juridictions d'un autre Etat serait particulièrement coûteuse, et pourrait conduire à l'impunité des auteurs des violations reprochées⁸³.

- (2) En outre, en écartant la recevabilité de l'action introduite devant lui sur la base de la doctrine du *forum non conveniens*, **le premier juge n'aurait pas accordé un poids suffisant à l'intention qu'a exprimée ainsi le législateur fédéral**, et à la conception qu'il a pu se faire de l'intérêt des Etats-Unis à offrir un forum aux victimes de violations de droit international commises par des personnes se trouvant sur le territoire des Etats-Unis.

La Cour affirme en effet la nécessité de prendre en considération le droit international des droits de l'Homme dans l'évaluation de l'intérêt qu'ont les Etats-Unis à connaître de l'affaire et, donc, **la prééminence de l'intérêt public sur les intérêts privés⁸⁴**. Selon elle, les actes de torture vont non seulement à l'encontre du droit international mais également du droit interne américain. Cela s'est traduit par l'adoption du TVPA en 1991 qui institue la possibilité pour les juridictions américaines de statuer sur les actes de torture et d'exécution extra-judiciaires commis par un agent public ou sous le couvert de la loi⁸⁵. Ce qui serait paradoxal selon la Cour serait de refuser la compétence des juridictions américaines sur la base de l'ATCA pour des actes de torture au nom de la doctrine du *forum non conveniens*, alors même que le législateur a exprimé clairement sa volonté de poursuivre les auteurs d'actes de torture à travers le TVPA d'une manière très étendue. En quelques sortes, l'adoption du TVPA par le Congrès fait pencher la balance en faveur de la reconnaissance par les juridictions américaines de leur compétence pour juger des actes de torture sur le fondement de l'ATCA, à moins que toutes les conditions conduisant à l'attribution d'un autre forum ne soient entièrement réunies⁸⁶.

L'arrêt rendu dans l'affaire *Presbyterian Church v. Talisman*, procédure basée uniquement sur l'ATCA, à l'exclusion du TVPA, adopte un raisonnement similaire⁸⁷ et le juge américain s'est déclaré compétent. Cette affaire sera abordée au chapitre III.

Il faudra analyser **l'impact de ces décisions importantes mais isolées** sur l'appréciation par la jurisprudence ultérieure de la doctrine du *forum non conveniens* et, notamment, de l'étendue de son applicabilité aux actions introduites sur la base de la seule ATCA, à l'exclusion de la TVPA, c'est-à-dire aux actions qui ne concernent pas des faits de torture ou d'exécutions extrajudiciaires⁸⁸. Certains auteurs estiment

⁸³ *Ibid.*, p. 101 et 102 : « the greater the plaintiff's ties to the plaintiff's chosen forum, the more likely it is that the plaintiff would be inconvenienced by a requirement to bring the claim in a foreign jurisdiction ».

⁸⁴ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, *op. cit.*, 2000 : « [...] the interests of the United States are involved in the eradication of torture committed under color of law in foreign nations ».

⁸⁵ *Ibid.* : « The new formulations of the Torture Victim Protection Act convey the message that torture committed under color of law of a foreign nation in violation of international law is "our business" ».

⁸⁶ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 521.

⁸⁷ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan*, *op. cit.*

⁸⁸ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 521.

cependant que l'appréciation souveraine du juge en la matière⁸⁹ et la multiplicité des facteurs à l'œuvre empêchent toute uniformité et prévisibilité⁹⁰.

On ne pourrait aborder la doctrine du *forum non conveniens* sans mentionner l'affaire *Bhopal*.

➔ L'affaire Bhopal

L'une des plus grandes catastrophes industrielles répertoriées à ce jour s'est produite dans la nuit du 2 au 3 décembre 1984 en Inde. Un nuage toxique s'est échappé d'une usine chimique exploitée par Union Carbide India Limited (UCIL), filiale indienne de la multinationale américaine Union Carbide (UCC). Ces substances se sont par la suite répandues en grande quantité dans l'atmosphère. Les conséquences humaines et environnementales de cet accident ont été désastreuses. D'après Amnesty international, entre 7 000 et 10 000 personnes sont mortes peu après la catastrophe, et 15 000 autres au cours des vingt années qui ont suivi. Plus de 100 000 personnes auraient été affectées⁹¹.

Le gouvernement indien ne possédait pas un cadre juridique adapté à ce type de dommages, et a été confronté à un afflux considérable de requêtes. Pour cette raison il a adopté le *Bhopal Act* le 29 mars 1985. Cette loi autorisait le gouvernement indien à représenter seul les intérêts des victimes devant les juridictions. L'Union indienne a donc intenté un procès devant la *Southern District court* de New-York. Le gouvernement indien invoquait précisément l'incapacité de son système juridique et du pouvoir judiciaire à faire face à un tel litige⁹² d'une part, et l'implication directe de la multinationale UCC dans le litige d'autre part. Rendre responsable la société mère était d'autant plus nécessaire que la filiale ne possédait pas de ressources financières suffisantes pour répondre aux besoins des victimes.

L'affaire a été rejetée en vertu de la doctrine du *forum non conveniens*, notamment car les témoins et les preuves étaient situées sur le territoire indien. La *Court of Appeal for the Second Circuit* a confirmé cette décision, mais n'a pas retenu l'une des trois conditions posées par le juge de première instance : l'obligation imposée à UCC de communiquer les pièces du dossier demandées par la partie adverse conformément à la procédure de *discovery* applicable aux Etats-Unis (la procédure de *discovery* impose aux parties de divulguer toutes les pièces se trouvant en leur possession, quelles leurs soient favorables ou non)⁹³. L'impossibilité d'invoquer la *statute of limitations* pour échapper à la compétence des tribunaux indiens, et l'obligation d'exécuter le jugement étranger qui serait adopté par le forum alternatif ont été maintenues.

En Inde, le procès s'est tenu le 5 septembre 1986. L'Union indienne demandait une réparation « juste et entière ». Elle a demandé des dommages dits « punitifs » visant à dissuader UCC et d'autres multinationales de commettre à nouveau de tels actes de manière volontaire, gratuite et malveillante au mépris des droits et de la sécurité des citoyens indiens. Au terme

⁸⁹ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 506 ; S.M. Hall, *op. cit.*, p. 408 ; R.L. Herz, *op. cit.*, pp. 567-568.

⁹⁰ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 505.

⁹¹ Amnesty International, *Clouds of injustice 20 years on – Bhopal disaster*, 2004.

⁹² *In Re Union Carbide Corp Gas Plant Disaster at Bhopal*, 634 F Supp 842 (SDNY 1986), 846-48.

⁹³ Union Carbide, 809 F.2d 195 - 2nd Cir 1987.

d'une longue bataille juridique, les parties sont parvenues à un accord : UCC acceptait de payer la somme de US \$470 millions. Cet accord empêchait, à l'avenir, tout individu de former une requête au civil comme au pénal.

La constitutionnalité du Bhopal Act a été mise en jeu dans plusieurs affaires, au motif qu'elle portait atteinte aux droits des citoyens indiens de poursuivre individuellement UCC. Les demandeurs invoquent également l'absence de consultation préalable des victimes à l'accord. Si la validité du Bhopal Act a été confirmée par la Cour suprême indienne, cette dernière a néanmoins autorisé l'engagement de poursuites pénales.

Cette affaire a conduit le gouvernement indien à renforcer son système juridique en matière de responsabilité pour dommages environnementaux et de responsabilité délictuelle en raison d'un accident de grande ampleur. Cependant il faut souligner que l'accès à la justice des victimes n'a pas été garanti en raison de la lenteur et de la complexité de la procédure. En outre la réparation octroyée aux victimes a été inadéquate. Par conséquent le contentieux relatif à la réparation se poursuit. Le 2 décembre 2009, date du 25^e anniversaire de la catastrophe, le site n'avait toujours pas été décontaminé⁹⁴.

Le 7 juin 2010, une cour de Bhopal a condamné 8 anciens employés de l'usine à 2 ans de prison pour homicide involontaire. Un des employés est d'ores et déjà décédé et les autres vont probablement faire appel. Les ONG ont trouvé ce verdict décevant notamment en raison du fait qu'il semble traiter cette catastrophe comme un simple accident⁹⁵. Finalement, en mai 2011 la Cour Suprême indienne a rejeté une requête du Bureau d'Investigation du gouvernement pour la réouverture du procès.

Quelques illustrations canadiennes intéressantes

➔ **Bil'in v. Greenpark International, Inc., et. al.**

Bil'in est un village agricole situé à l'est des territoires palestiniens occupés. Dès 1991, une partie des terres appartenant au village a été confisqué par des militaires israéliens pour la construction de bâtiments (l'implantation de colonies), des terres dont l'exploitation représente la première source de subsistance des villageois. Les travaux ont débuté en 2001. Deux entreprises canadiennes Green Park International, Inc. et Green Mount International, Inc. ont participé aux constructions. En 2005, une requête administrative fut déposée devant la Cour suprême israélienne au nom du village Bil'in contre les deux entreprises canadiennes, les autres entreprises israéliennes impliquées dans le projet ainsi que les organes gouvernementaux et militaires israéliens concernés. Étaient alléguées l'acquisition illégale de terres, et l'illégalité des plans et permis de construire. La requête ne mentionnait pas l'illégalité de la réglementation permettant l'implantation de colonies en territoires

⁹⁴ Amnesty International, « Bhopal : le gouvernement indien doit mettre fin à 25 ans d'injustice », www.amnesty.org.

⁹⁵ BBC, « Bhopal trial: eight jail over India gas disaster », 7 juin 2010.

occupés en vertu du droit international humanitaire. La Cour suprême israélienne avait déjà jugé que la légalité des colonies n'était pas justiciable devant le pouvoir judiciaire, seul le pouvoir exécutif était compétent à ce sujet.

Le village de Bil'in a intenté une action civile le 7 juillet 2008 devant la cour supérieure de Montréal au Québec contre les deux entreprises domiciliées au Canada. Les requérants ont invoqué le droit international humanitaire, plus précisément la IV^e Convention de Genève de 1949. Selon eux, les entreprises défenderesses agissant *de facto* comme des agents de l'Etat d'Israël construisaient illégalement des résidences et autres bâtiments, organisaient la promotion et la vente des appartements et autres zones constructibles existants sur les territoires occupés. Le public visé était uniquement la population civile de la puissance occupante. Elles créaient ainsi une nouvelle colonie voisine sur les terres appartenant au village de Bil'in. En participant à ce projet illégal, les entreprises agiraient en tant que complices de l'Etat d'Israël.

L'argument des requérants était le suivant : la juridiction canadienne avait compétence pour statuer sur cette affaire en raison des obligations de droit international et de droit national auxquelles le Canada a souscrit, dont la loi ratifiant le Statut de la Cour pénale internationale et la IV^e Convention de Genève. Trois demandes ont été adressées à la Cour :

- 1) reconnaître la violation par les entreprises des instruments de droit international et de droit national précitées ;
- 2) ordonner aux entreprises de cesser toute construction, vente, promotion et autres activités liées à l'implantation de colonies sur les terres du village de Bil'in, ainsi que de retirer tout le support matériel et équipements présents sur place puis de remettre en l'état les terres et,
- 3) condamner l'entreprise au paiement de dommages et intérêts dits « punitifs » de l'ordre de CA \$ 2 millions et les directeurs de ces entreprises au paiement de CA \$25,000.

Invoquant plusieurs exceptions préliminaires, telles que le fait que l'affaire avait déjà été jugée devant les juridictions israéliennes, ou encore que la doctrine du *forum non conveniens* faisait obstacle à la compétence des tribunaux canadiens, la Cour supérieure du Québec admit qu'elle n'avait pas compétence pour statuer, les cours israéliennes étant mieux placées pour y procéder.

Le village de Bil'in a fait appel de cette décision, mais l'appel a été rejeté par la Cour supérieure du Québec en mars 2011. Malgré tout, certains villageois de Bil'in ont récemment retrouvé une partie de leurs terres grâce à la déviation du mur de séparation construit par Israël sur les territoires palestiniens occupés. Si cette affaire n'implique aucune entreprise, et n'est aucunement liée au cas précédent, elle mérite toutefois d'être mentionnée puisque le même village de Bil'in avait été affecté par le tracé du mur. En 2002, Israël avait en effet commencé la construction d'une barrière de séparation sur les territoires palestiniens occupés en réaction aux attentats meurtriers visant les israéliens. Le 4 septembre 2007, la Cour suprême israélienne avait ordonné une modification du tracé du mur de séparation, qui privait certains villageois de Bil'in de la jouissance de leurs terres agricoles. Le 11 février 2010, soit deux ans et demi après le jugement, les autorités israéliennes ont commencé la

déviation de la partie du mur qui passe à proximité du village de Bil'in. Certains villageois de Bil'in pourront dès lors récupérer leurs terres.

➔ **Recherches Internationales Québec c. Cambior Inc**⁹⁶

Dans cette affaire, la rupture d'une digue de rétention des produits de lessivage du minerai en août 1995 avait gravement empoisonné un fleuve dont dépendaient la vie et la culture de près de 23 000 habitants de Guyana. La mine Omai à l'origine du dommage est détenue intégralement par Omai Gold Mines Limited (OGML), dont le principal actionnaire (65 %) à cette époque était la société canadienne Cambior Inc. En 2002, Cambior Inc. détenait 95 % des actions de l'entreprise OGML.

Un groupe de 23 000 victimes, assistées de l'organisation *Recherches Internationales Québec* (RIQ), ont introduit un recours collectif au Québec contre Cambior Inc. en vue d'obtenir une réparation de \$69 millions au titre des préjudices subis. Ayant d'abord retenu la compétence conjointe des juridictions canadiennes et guyanaises pour traiter ce litige, le tribunal a finalement rejeté sa compétence en août 1998 au nom de la doctrine du *forum non conveniens*, considérant que les tribunaux guyanais étaient le *forum* le plus adapté. Le domicile de l'entreprise au Québec ne constituait pas selon la cour un lien privilégié dans l'évaluation du caractère approprié de la compétence. Elle a par ailleurs rejeté l'argument de RIQ en vertu duquel, le système judiciaire guyanais ne garantissant pas les exigences d'un procès juste et équitable, était défaillant.

En 2002 la plainte a été rejetée par la juridiction guyanaise saisie du litige. Un nouveau procès a été intenté en 2003 contre Cambior Inc. visant à nouveau à obtenir réparation pour les dommages résultant de la rupture de la digue. En octobre 2006, la juridiction guyanaise a rejeté la plainte et a ordonné aux victimes de payer à Cambior Inc. les frais engagés par elle dans la procédure.

2. Immunités et *act of state*

a) L'immunité de juridiction en tant qu'Etat souverain

Le gouvernement des Etats-Unis

Le **gouvernement des Etats-Unis** bénéficie d'une immunité souveraine (*sovereign immunity*) pour toutes actions intentées sur le plan civil comme sur le plan pénal, à moins qu'il ne lève son immunité ou accepte d'être poursuivi dans une affaire particulière. Cette prérogative s'étend aux agences fédérales. Dans le cadre de l'ATCA, le requérant ne pourra donc pas poursuivre le gouvernement des Etats-Unis devant les cours fédérales américaines pour obtenir réparation. Il est toutefois arrivé dans certains cas spécifiques que le gouvernement lève son immunité.

En ce qui concerne les agents publics du gouvernement, la situation est plus complexe

⁹⁶ *Recherches Internationales Québec c. Cambior*, [1998], Q.J., n° 2554.

et dépend de la question de savoir si la personne a agi comme agent officiel dans le cadre de son autorité, c'est-à-dire dans la limite de ses fonctions (*within the scope of his or her authority*)⁹⁷, ce qui est souvent difficile à déterminer.

A cet égard, il faut noter que le *Federal Tort Claim Act* (FTCA) permet à un étranger résidant ou non sur le territoire américain d'intenter une action civile devant les tribunaux américains en raison du dommage causé par un agent étatique (« federal employee »). Cette loi souffre néanmoins de nombreuses exceptions qui rendent hypothétique la levée de l'immunité. Le litige sera en outre soumis au droit de la responsabilité délictuelle en vigueur dans les États fédérés (U.S State tort law) et non au droit international, plus précisément à la loi du lieu où l'acte commis par négligence ou l'omission s'est produit⁹⁸. Toutefois, certains pans du droit international sont incorporés dans le droit d'un État fédéré, dès lors ces dispositions de droit international sont considérées comme faisant partie intégrante du droit interne et sont justiciables en vertu du FTCA.

Les États étrangers

Les **États étrangers**, entendus comme les subdivisions politiques d'un État étranger ou une *agency* ou *instrumentality* de cet État⁹⁹, **bénéficient** devant les juridictions américaines statuant sur une action civile¹⁰⁰ **d'une immunité de juridiction absolue** en vertu du *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA). L'*agency* ou *instrumentality* est définie comme toute personne ou entité ayant une personnalité juridique séparée et qui est, soit un organe de l'État étranger, soit une entité dont la majorité des actions est détenue par cet État (par exemple une entreprise)¹⁰¹.

Il existe plusieurs exceptions à l'octroi de cette immunité. Elles sont limitativement énumérées. L'une d'elles est l'exception commerciale. Lorsqu'il s'agit d'un acte de puissance publique, c'est-à-dire pris par l'État étranger dans l'exercice de sa souveraineté, l'immunité est absolue. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un acte régi par le droit privé dans le cadre de transactions commerciales, c'est-à-dire lorsque l'État mène ses propres activités commerciales (acte de gestion par opposition à un acte de souveraineté), il ne bénéficiera pas de l'immunité si ces activités ont causé un dommage. L'exception commerciale recouvre par exemple les accords de prêts, les offres de placement, les contrats de vente ou d'acquisition de marchandises,

⁹⁷ Earthrights International, *op. cit.*, 2006, p. 29.

⁹⁸ *Richards v. United States*, 369 U.S. 1 (1962) : « An FTCA claim is decided under the law of the place in which the negligent act or omission occurred and not the place in which the act or omission had its operative effect ».

⁹⁹ Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. § 1330, 1602-11 (1988) : « a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state ». Voir aussi : B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, pp. 39 et 125 suiv. ; L. Bowersett, *op. cit.*, pp. 366 suiv.

¹⁰⁰ 28 U.S.C. § 1330(a) : « The district courts shall have original jurisdiction without regard to amount in controversy of any nonjury civil action against a foreign state [...] ».

¹⁰¹ 28 U.S.C. § 1603(b) : « An "agency or instrumentality of a foreign state" means any entity— (1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and (2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof ».

éventuellement les contrats de travail. Il faudra tout de même établir un lien de rattachement avec les Etats-Unis : le plus souvent lorsque l'activité commerciale est directement menée par l'Etat étranger sur le territoire américain (par exemple l'entreprise dont la majorité des actions est détenue par cet Etat est implantée aux Etats-Unis), ou lorsqu'un acte, lié à l'activité commerciale de l'Etat étranger, a été pris sur le territoire américain (par exemple, un contrat de marchandises conclu sur le territoire américain)¹⁰².

→ Doe v. Unocal

Les juges de première instance et d'appel ont reconnu l'immunité de juridiction au SLORC et à la MOGE, considérant que la sécurisation du pipeline de Yadana, dont ils avaient la charge dans le cadre de la *joint-venture*, n'était pas une activité de nature commerciale¹⁰³ au sens de la définition de l'exception permettant l'annulation de l'immunité. Cette dernière a donc pu se prévaloir de l'immunité octroyée par le *Foreign Sovereign Immunities Act*.

Quant aux agents d'un gouvernement étranger, la question est source de conflits entre les cours fédérales américaines. En janvier 2009, la *Fourth Circuit Court* dans l'affaire *Yousuf v. Samantar* a considéré que le texte lui-même ne donnait aucune indication en faveur de la reconnaissance de l'immunité de juridiction aux personnes physiques représentant l'Etat étranger. Cependant de nombreuses cours fédérales ont reconnu aux agents d'un Etat étranger le bénéfice de l'immunité sur la base du FSIA¹⁰⁴. Dans ce dernier cas, si l'agent a agi dans la limite de ses fonctions, il bénéficiera de l'immunité de juridiction.

En vertu de l'ATCA comme du FSIA, les chefs d'Etat ou de gouvernement bénéficient en principe d'une immunité absolue.

b) L'immunité de juridiction pour les actes de gouvernement

Le juge américain peut aussi prendre en considération **la doctrine de l'act of state** pour refuser de connaître d'une action judiciaire, notamment lorsque l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction en vertu du FSIA. Cette doctrine restreint davantage le champ de la responsabilité d'un Etat étranger. D'origine jurisprudentielle, elle est basée sur l'idée que **les juridictions d'un Etat n'ont pas à connaître des actes officiels d'un gouvernement étranger pris sur le territoire**

¹⁰² 28 U.S.C. § 1605 (a) (2): « [...] commercial activity carried on in the United States or an act performed in the United States in connection with a commercial activity elsewhere, or an act in connection with a commercial activity of a foreign state elsewhere that causes a direct effect in the United States; ».

¹⁰³ *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 1997, p. 897 ; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2002 ; L. Bowersett, *op. cit.*, p. 370.

¹⁰⁴ Voir notamment : C.A. Bradley, « Foreign Officials and Sovereign Immunity in U.S. Courts », *American Society of International Law*, vol. 13, 17 mars 2009, www.asil.org.

de ce même Etat¹⁰⁵, par exemple, l'adoption d'une loi, d'un décret, l'action des forces de police ou les activités militaires menées sur leur propre territoire. Cet acte est par nature gouvernemental comme son nom l'indique, c'est-à-dire pris par le pouvoir exécutif ; il présente également un caractère officiel, c'est-à-dire pris par un représentant du gouvernement agissant au nom et pour le compte de l'Etat étranger. La liste n'est pas exhaustive. La détermination d'un acte de gouvernement est soumise à l'appréciation du juge. Ce dernier, pour déterminer s'il s'agit d'un acte de gouvernement, vérifie l'implication de l'affaire dans la politique étrangère des Etats-Unis à partir de trois critères :

- *le comportement mis en cause*. Lors de l'évaluation du comportement litigieux, le juge prend en compte le **degré de consensus international** sur ce comportement. Certains auteurs considèrent que les violations graves des droits de l'Homme universellement condamnées (plus particulièrement les normes de *jus cogens*) ne peuvent être constitutives d'un *act of state*¹⁰⁶. Toutefois l'application de la doctrine au domaine des droits de l'Homme reste ambiguë, même si la plupart des juridictions américaines n'ont pas validé cette doctrine lorsqu'elles étaient confrontées à une violation des droits de l'Homme commises par un agent étatique.
- *la position américaine officielle* à l'égard dudit comportement. La doctrine de l'*act of state* est en quelques sortes l'équivalent de la *political question doctrine* (voir *infra*) sous l'angle des relations internationales. En effet le juge veille à ne pas interférer avec les activités menées, sur le plan des affaires étrangères, par le pouvoir exécutif ou législatif.
- *et la persistance du gouvernement*, auteur dudit comportement¹⁰⁷.

L'*act of state doctrine* n'a été retenue qu'à une seule reprise, dans l'affaire *Sarei v. Rio Tinto* relative à une action basée sur des dommages environnementaux et justifié par l'absence de consensus international quant à ce type de violation¹⁰⁸.

c) Political question doctrine et *International comity doctrine*

La *political question doctrine* et l'international *comity doctrine* sont d'autres exceptions dont peut se prévaloir la défense pour faire obstacle à une poursuite judiciaire dirigée à son encontre.

¹⁰⁵ *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 252, 42 L. Ed. 456, 18 S. CT 83 (1897) : « Every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the act of government of another, done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves ». Voir aussi : *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 1997 ; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*, *op. cit.*, 2002 ; *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2002.

¹⁰⁶ B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 139. *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 1997, p. 894.

¹⁰⁷ *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2002 : le juge ajoute un quatrième critère d'appréciation, celui de l'intérêt public.

¹⁰⁸ *Sarei v. Rio Tinto plc.*, 221 F. Supp. 2d 1116 (C.D. Cal. 2002), p. 1183. Voir aussi : L. J. Dhooge, « The *Alien Tort Claims Act* and the Modern Transnational Enterprise : Deconstructing the Mythology of Judicial Activism », *Geo J. Int'l L.*, 2003, n°35, p. 90.

La première est très souvent invoquée dans les litiges transnationaux relatifs aux droits de l'Homme, et plus généralement en matière de politique étrangère. Elle autorise les juridictions américaines à décliner leur compétence lorsque l'affaire en cause soulève une question de nature « politique » relevant du pouvoir exécutif et législatif de l'Etat. Une telle doctrine empêche le pouvoir judiciaire d'interférer dans des affaires politiquement sensibles et fait obstacle à l'application du droit international.

La seconde constitue davantage un acte de courtoisie de la part des juridictions américaines qu'une obligation à laquelle elles doivent se soumettre. Elles peuvent en effet décliner leur compétence au nom de l'*international comity doctrine* lorsqu'il existe un conflit de lois entre le système juridique américain et un système juridique étranger.

➔ **Aguinda v. Texaco, Inc., 945 F. Supp. 625, 627 (S.D.N.Y. 1996) - Jota v. Texaco, Inc., 157 F.3d 153, 158–61 (2d Cir. 1998) - Aguinda v. Texaco, Inc., 303 F.3d 470, 480 (2d Cir. 2002)**

Le litige oppose près de 30,000 autochtones et agriculteurs équatoriens à l'entreprise américaine Chevron-Texaco, qui a exploité entre 1972 et 1992 les ressources pétrolières de la région d'Orient en Equateur. L'entreprise aurait utilisé des méthodes d'exploitation abandonnées ou interdites dans d'autres pays en raison de leurs impacts néfastes sur l'environnement et la santé. Texaco, l'entreprise nationale équatorienne Petroecuador et le gouvernement d'Equateur n'ont cessé de se reporter la responsabilité des dommages environnementaux et sanitaires qui en ont résulté. Texaco est accusé d'avoir déversé depuis 1972 des déchets toxiques et plus de 70 milliards de litres d'eaux polluées dans les fleuves et rivières. Les sols ont été contaminés. Les populations autochtones et les agriculteurs, dont le mode de vie dépendait de ces ressources naturelles (approvisionnement en eau, culture de la pêche et irrigation des terres agricoles), ont été affectés par cette pollution. On enregistre des taux particulièrement élevés de cancers, leucémies, problèmes digestifs et respiratoires, malformations, fausses couches et autres affections.

En 1993, la première plainte est présentée par les communautés affectées devant la Cour fédérale de New York. Le gouvernement équatorien est intervenu au cours du procès, en faisant notamment valoir qu'il avait seul autorité pour statuer sur les litiges concernant les terres appartenant au domaine public de l'Equateur et que les particuliers ne pouvaient ester en justice pour défendre leurs droits à l'égard de ces terres. L'opinion du gouvernement équatorien, réticent à la conduite du procès aux Etats-Unis, a été un élément déterminant pour la Cour fédérale américaine qui, au nom de l'*international comity doctrine*, a décliné sa compétence. Ce n'est qu'après un changement de gouvernement en Equateur, qui a exprimé son souhait que le procès se poursuive, qu'une Cour fédérale américaine a finalement accepté de connaître de l'affaire en vertu de l'ATCA.

Entre temps, en 1999, le Parlement équatorien avait adopté une loi, *Environmental Management Act* (« EMA »), autorisant les particuliers à intenter une action pour obtenir réparation en cas de dommages environnementaux affectant le domaine public. Tout au long du procès, la théorie du forum non conveniens était l'argument principal de Chevron, qui affirmait que seules les juridictions équatoriennes sont un *forum* approprié. En 2002, la Cour d'appel de New York a décidé de renvoyer l'affaire devant les tribunaux équatoriens sur le fondement de cette théorie, à la condition que Chevron se soumette à la compétence des juridictions équatoriennes et à leur décision.

Les mêmes victimes déposent en 2003 une *class action* contre Chevron devant la Cour supérieure de Nueva Loja, Equateur, sur la base de l'EMA. Depuis, Chevron multiplie des manœuvres pour se soustraire à la justice équatorienne. Le 23 septembre 2009, l'entreprise a demandé à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) d'arbitrer le litige en invoquant la violation du traité bilatéral d'investissement entre la République d'Equateur et les Etats-Unis. En 2004, Chevron avait saisi un autre forum arbitral : l'Association d'arbitrage américain (American Arbitration Association) à New York. L'affaire s'était terminée en 2007 à la défaveur de Chevron.

Les avocats représentant le gouvernement équatorien dénoncent la pratique de « forum shopping » à laquelle se prête l'entreprise : (1) arbitrage de l'Association d'arbitrage américain devant les cours fédérales américaines (procédure entre 2004 et 2007), (2) arbitrage commercial devant un panel d'experts internationaux (UNCITRAL, sur le point de se constituer), (3) procès devant les juridictions équatoriennes.

Le 3 décembre 2009, le gouvernement équatorien a déposé une requête devant une cour fédérale à New-York¹⁰⁹. Il y dénonce le comportement de Chevron, qui demande à un tribunal d'arbitrage international non encore constitué (CNUDCI) d'ordonner à la cour équatorienne de se dessaisir. Cela aurait notamment pour effet d'écarter les victimes du litige puisqu'elles ne seront pas autorisées à participer à la procédure. Le gouvernement équatorien demande à la cour fédérale américaine qu'elle suspende la procédure d'arbitrage international et qu'elle oblige Chevron, au moyen d'une injonction, à se soumettre définitivement à la juridiction de la cour équatorienne. Le juge fédéral américain a statué le 11 mars 2010. Il a donné raison à Chevron en autorisant la poursuite de la procédure d'arbitrage. Le juge a toutefois précisé que cela ne devait pas porter atteinte à la procédure entamée devant les juridictions équatoriennes.

En février 2011, le juge équatorien a rendu un jugement, contraignant Chevron à payer 8.6 milliards de dollars de dommages et intérêts, et pouvant aller jusqu'à 18 milliards si Chevron ne présente pas publiquement des excuses. Chevron a fait appel, jugeant le verdict « illégitime ».

L'entreprise avait également porté plainte pour racket contre les avocats et les représentants des plaignants, prétendant que ceux-ci auraient tenté de lui extorquer 13 milliards de dollars

¹⁰⁹ *Republic of Ecuador v. Chevron*, Petition to stay arbitration, 09 CIV 9958 (S.D.N.Y.) www.jdsupra.com.

par le biais de la justice équatorienne. Chevron a obtenu d'un juge fédéral américain une ordonnance restrictive temporaire, reconduite jusqu'en mars 2011.

En août, le juge américain Lewis Kaplan a déclaré accorder une semaine aux plaignants pour fournir l'ensemble des documents demandés par Chevron sous peine de sanction. Chevron est critiquée pour utiliser tous les moyens à sa disposition afin de discréditer la justice équatorienne et d'éviter de payer pour les dommages causés. Chevron a notamment requis un arbitrage international arguant que l'Etat équatorien a violé un accord bilatéral avec les Etats-Unis.

Pourtant, le 4 janvier 2012, le tribunal équatorien a confirmé en appel la décision prise en février 2011 et condamné Chevron à payer une amende de 9,5 milliards de dollars : 8,5 millions au titre de l'indemnisation des victimes, en plus d'une amende de 10% pour non-respect de la loi environnementale, cette amende pouvant être doublée si Chevron se refuse à faire des excuses publiques aux victimes. Mais, de nouveau, Chevron ne semble pas vouloir mettre en œuvre cette décision, critiquant l'impartialité des juges équatoriens. L'entreprise a déjà fait appel de cette décision devant la Cour de Justice nationale équatorienne et renouvelé une demande faite devant le juge de district des États-Unis pour empêcher les juges équatoriens de faire exécuter leur décision sur les biens et avoirs de Chevron présents sur le territoire américain.

➔ L'affaire de l'apartheid devant les tribunaux américains¹¹⁰

En 2002, une action fut intentée sur la base de l'ATCA par un groupe de nationaux sud-africains à l'encontre de 20 banques et entreprises accusées de complicité de violations des droits de l'Homme commises durant l'apartheid par le gouvernement sud-africain. Les requérants ont été victimes d'exécutions extrajudiciaires, torture et viols. Le gouvernement sud-africain s'est opposé publiquement à ce procès à la fois devant la District Court et l'Appeal Court aux Etats-Unis. En octobre 2007, l'Appeal Court a infirmé le jugement de première instance qui avait rejeté l'affaire. Les entreprises défenderesses ont fait appel de cette décision, qui a été à nouveau confirmée par la Cour suprême des Etats-Unis en mai 2008. Le 8 avril 2009 la juge de la District Court a réduit un certain nombre de charges, tout en autorisant la poursuite du procès contre Daimler, Ford, General Motors, IBM et Rheinmetall Group. Elle a refusé l'application de la *political question doctrine* et l'*international comity doctrine* invoquées par les entreprises défenderesses. L'argument en vertu duquel le délai de prescription serait forclos a également été écarté (*statute of limitations*). En septembre 2009, le gouvernement sud-africain a finalement annoncé son soutien au bon déroulement du procès au travers d'une lettre adressée au juge par laquelle il qualifiait la District Court de « forum approprié ».

¹¹⁰ *In re Africa Apartheid Litig.*, 346F Supp.2d 538 (S.D.N.Y 2004) ; *In re Africa Apartheid Litig.*, 617F Supp.2d 228 (S.D.N.Y 2009) ; *In re Africa Apartheid Litig.*, 624 Supp.2d 336 (S.D.N.Y 2009).

Les défendeurs ont alors déposé un *interlocutory appeal* (appel déposé en cours de procédure en matière civile avant que le jugement ne soit rendu) auprès de la *Second Circuit Court of Appeal*. Avant de se reconnaître compétente, la Cour d'appel a demandé aux parties de lui communiquer leurs arguments sur la question de savoir si les entreprises peuvent être tenues responsables pour violation du droit international coutumier. Les victimes doivent prouver en particulier que les entreprises peuvent être déclarées responsables civilement et pénalement en vertu du droit international coutumier. L'audience s'est tenue en janvier 2010. La Cour devra donc se prononcer très prochainement sur les questions de compétence et de fond. Si elle ne se reconnaît pas compétente, l'affaire se poursuivra devant la District Court.

Entre temps, le 31 décembre 2009 la juge de la District Court Shira A. Scheindlin a délivré un avis. Elle a insisté sur un point important qui risque de constituer un obstacle supplémentaire pour les victimes. Afin d'engager la responsabilité d'une entreprise pour complicité de violations des droits de l'Homme commises par l'Etat hôte de l'investissement, il ne suffit pas de démontrer que cette entreprise a investi dans cet Etat. Selon elle, il faut distinguer entre la fourniture d'armes létales de la vente de matière première ou de prêts bancaires. Pour illustrer son propos elle a pris l'exemple des gaz toxiques, armes létales, vendus aux nazis dans les camps de concentration lors de la seconde guerre mondiale. La procédure est en cours.

Quelle loi le juge américain saisi appliquera-t-il ?

La formulation même de l'ATCA – *a tort only, committed in violation of the law of nations* – laisse à penser que c'est à l'aune du droit international que doit s'apprécier non seulement la compétence du juge saisi mais également les normes applicables à l'action en responsabilité civile. Ce point est sujet à controverses dans la jurisprudence et la doctrine américaines. En réalité, sur la question de la loi applicable, trois alternatives s'offrent au juge fédéral américain :

- 1 – le droit international ;
- 2 – la loi du lieu du tribunal saisi (loi du for), c'est-à-dire la *federal common law*¹¹¹ et ;
- 3 – la loi du lieu de survenance du dommage¹¹².

¹¹¹ Les pays de *common law* (tel que les Etats-Unis ou le Royaume-Uni), par opposition aux pays de droit romano-germanique, ont un système juridique marqué par la prééminence de la jurisprudence sur la loi. Les juges créent un « précédent » qui sert de fondement aux décisions judiciaires postérieures, davantage que la loi elle-même ou *statute*. Le système juridique des pays de droit romano-germanique est quant à lui caractérisé par la codification et l'importance de la loi. Lorsque l'on parle de *federal common law*, il est fait référence au droit en vigueur dans chaque Etat fédéré aux Etats-Unis, un droit principalement jurisprudentiel.

¹¹² B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, p. 120 ; R. A. Tyz., *op. cit.*, 2003, p. 572. Voir aussi : *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002, p. 14214 ; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co, op. cit.*, 2000, note 12.

1. Le droit international : le choix de la jurisprudence

La majorité de la jurisprudence relative à l'ATCA se réfère au droit international pour décider du droit applicable au fond du litige.

Ainsi, dans *Doe v. Unocal*, la Cour considère qu'en l'espèce¹¹³, il est préférable d'appliquer le droit international plutôt que la loi d'un pays particulier¹¹⁴, pour juger de la responsabilité d'Unocal dans les violations commises par les forces birmanes, en raison de la nature des violations alléguées, à savoir des violations de normes de *jus cogens*¹¹⁵.

C'est sur la base de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'Ex-Yougoslavie qu'elle a fondé sa décision¹¹⁶.

La référence au droit international peut :

– soit être **directe** ;

– soit trouver sa **source dans la *federal common law***¹¹⁷.

Les avis sont partagés quant au choix de l'une de ces deux alternatives. Dans l'arrêt *Unocal*, la cour ne tranche pas la question de l'origine de son choix en faveur du droit international, parce qu'en l'espèce, les normes applicables en droit international ou sur la base de la loi du for sont similaires¹¹⁸.

2. La loi du for (*federal common law*) : le choix de la doctrine

La doctrine, par contre, se prononce en faveur de la *federal common law*. Contrairement au droit international ou à la loi étrangère, elle offre une **flexibilité maximale pour déterminer les normes applicables en matière de responsabilité ou de réparation**. Elle n'empêche pas la prise en compte des objectifs du droit international, dans la mesure où ce dernier en fait partie. Elle présente, en outre, l'avantage d'être bien connue du juge. Une application du droit international en tant que loi applicable présente aux yeux de cette doctrine l'inconvénient de son caractère partiel et, notamment, de l'absence de critères permettant de déterminer une réparation adéquate¹¹⁹.

¹¹³ La cour précise expressément que son raisonnement est justifié par les faits de la cause et qu'en présence d'autres éléments de faits, l'application de la loi du for soit la loi du lieu du fait générateur de dommage (*lex loci delicti commissi*) aurait pu s'avérer appropriée.

¹¹⁴ Les défendeurs plaidaient en faveur de la loi du lieu de survenance du dommage, à savoir la loi birmane.

¹¹⁵ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002, p. 14214. Dans son opinion dissidente, le juge Reinhardt s'oppose à l'application du droit international comme loi applicable et se prononce en faveur des « *general federal common law tort principles* ».

¹¹⁶ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002, pp. 14216 suiv.

¹¹⁷ Voir notamment : *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002, pp. 14214 suiv.

¹¹⁸ *Ibid.*, 2002, p. 14214, note 23 ; R. A. Tyz, *op. cit.*, pp. 573-574.

¹¹⁹ B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, pp. 121-122 ; R. A. Tyz, *op. cit.*, pp. 574-575.

3. La loi du lieu de survenance du dommage : solution inadéquate

Sous réserve de décisions isolées¹²⁰, il semble admis tant par la jurisprudence que par la doctrine que **le recours à la loi du lieu de survenance du dommage (*lex loci damni*) est inadéquat**¹²¹.

En effet, l'application de la loi étrangère peut poser problème lorsque, par exemple :

- elle n'est pas suffisamment protectrice des victimes ;
- elle tolère, voire impose, le non-respect du droit international des droits de l'Homme ;
- elle octroie certaines amnisties ;
- elle ne prévoit pas l'octroi de dommages et intérêts ou ;
- elle organise un délai de prescription court.

¹²⁰ Voir : *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 517 F.Supp. 542 (D.D.C. 1981), 726 F.2d 774 (Feb. 3 1984), p. 781 ; *In Re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation/Trajano v. Marcos*, 978 F.2d 493 (9th Cir. 1992).

¹²¹ Voir notamment : *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), pp. 182-183.

CHAPITRE II

Établir la compétence du juge d'un Etat membre de l'Union européenne et déterminer la loi applicable au litige

* * *

Sous quelles conditions le juge d'un Etat membre de l'Union européenne se reconnaît-il compétent ?

Le principal instrument utilisé actuellement au niveau de l'Union européenne pour établir la responsabilité civile des entreprises multinationales pour des violations des droits de l'Homme commises hors du territoire de l'Union est le **Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I)** portant sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹²².

Le Règlement 44/2001 détermine, entre autres, les règles de compétence internationale, en matière civile et commerciale, communes aux différents Etats membres de l'Union européenne¹²³. Il est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002 et remplace la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968¹²⁴.

¹²² Règlement (CE) 44/2001 du Conseil des Communautés européennes du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L12, 13 janvier 2001, p. 1. Nous recommandons vivement la lecture du chapitre consacré à l'Union européenne dans le rapport suivant : Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, pp. 65 suiv.

¹²³ A noter aussi l'adoption le 30 juin 2005, par la Conférence de La Haye de droit international privé de la « Convention sur les accords d'élection de for » qui a permis de créer à l'échelle mondiale une alternative judiciaire aux modes de résolution de litiges entre entreprises lorsque les parties ont conclu un accord d'élection de for. Elle n'est toutefois pas encore entrée en vigueur : voir www.hcch.net. Voir aussi à ce sujet l'analyse d'impact de la ratification de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for par la Communauté européenne : Document de travail des services de la Commission européenne du 5 septembre 2008 (SEC(2008) 2390).

Sur ce sujet, voir notamment : B. Van Schaak, « In defense of civil redress : the domestic enforcement of human rights norms in the context of the proposed Hague judgments convention », *Harvard Int'l L.J.*, 2001, p. 141 ; B. Stephens, « Translating Filartiga : A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations », *Yale J. Int'l L.*, 2002, 27, p. 54.

¹²⁴ La Convention de Bruxelles continuera cependant à s'appliquer, d'une part, aux actions intentées avant le 1^{er} mars 2002 (Règlement (CE) n°44/2001, *op. cit.*, art. 66.1) et, d'autre part, aux relations entre le Danemark et les autres Etats membres de l'Union, le Danemark n'étant pas considéré comme Etat membre au terme de l'article 1.3 du Règlement (Règlement (CE) n°44/2001, *op. cit.*, considérants n° 21 et 22. Concernant cet Etat membre, voir : Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, 16 novembre 2005, L299/62).

En cas de litige transfrontalier, le Règlement permet au juge d'un Etat membre saisi de déterminer sa compétence internationale, si les conditions nécessaires à son application sont réunies.¹²⁵

1. La condition générale d'application du règlement 44/2001 : le domicile de l'entreprise sur le territoire d'un Etat membre

Pour que le Règlement 44/2001 trouve à s'appliquer, **il faut que le domicile de l'entreprise soit localisé dans un Etat membre.**

A défaut, aux termes de l'article 4§1 du Règlement, la compétence est déterminée dans chaque Etat membre sur la base de la loi de cet Etat¹²⁶. Chaque Etat membre possède en effet des règles de conflit de juridictions adaptées. En France, par exemple, les articles 14 et 15 du Code civil permettent aux juridictions de connaître d'un litige si le demandeur ou le défendeur est un Français, en absence de tout autre lien de rattachement. Par ailleurs, plusieurs pays permettent des poursuites contre une personne dont un effet personnel se trouve sur le territoire. Ce mécanisme s'appelle *the swedish umbrella rule* – expression connue internationalement – qui puise ses racines dans une règle suédoise qui permet aux juridictions nationales de poursuivre un individu qui oublierait son parapluie sur le territoire dont relèvent ces juridictions, pour toutes les obligations dont l'individu doit répondre¹²⁷.

Par contre, la nationalité de la victime ou la localisation du domicile de la victime, demandeur à l'action, ne sont pas pertinentes quant à l'application du Règlement, celle-ci pouvant être domiciliée dans un Etat tiers¹²⁸, non membre de l'Union européenne.

2. Trois alternatives principales offertes aux victimes

Les personnes affectées par les activités à l'étranger d'une entreprise multinationale domiciliée dans un Etat membre peuvent recourir à **trois principales bases de compétence** pour assigner l'entreprise devant un juge d'un Etat membre de l'Union européenne :

¹²⁵ A ce sujet, voir : Résolution du Parlement européen sur le livre vert de la Commission - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM(2001)366 – C5-0161/2002 – 2002/2069(COS), 30 mai 2002, § 50.

¹²⁶ Sous réserve des articles 22 et 23 relatifs respectivement aux compétences exclusives et à la prorogation de compétences, hypothèses non envisagées dans la présente étude.

¹²⁷ H. Smit, « Common and Civil Law Rules of In Personam Adjudicatory Authority: An Analysis of Underlying Policies », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 1972, p. 335., in B. Stephens, « Corporate Liability: Enforcing Human Rights Through Domestic Litigation », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2000-2001, p. 410; Y. Kryvoi, « Enforcing Labor Rights Against Multinational Corporate Groups in Europe », *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, Vol. 46, n° 2, pp. 366-386, Avril 2007.

¹²⁸ CJCE, *Group Josi Reinsurance Company SA c. Universal General Insurance Company*, 13 juillet 2000, C-412/98, Rec., p. I- 5940, §§ 57 et 59 (Le demandeur était domicilié au Canada).

a) Le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur

La règle générale de compétence énoncée à l'article 2§1 du Règlement 44/2001 dispose que les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne (en l'espèce l'entreprise multinationale) sont atraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat.

La notion de « domicile » des personnes morales

Le domicile des sociétés et personnes morales se détermine comme étant **leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement** (art. 60 du Règlement¹²⁹). Il appartiendra à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter ces notions de façon autonome¹³⁰.

Ainsi, une personne étrangère, par exemple un travailleur dont les droits fondamentaux ont été violés par l'entreprise multinationale, peut saisir le tribunal d'un Etat membre sur la base de l'article 2§1 du Règlement si le principal établissement, le siège statutaire ou l'administration centrale de la société mère en cause est localisé sur le territoire dudit tribunal.

C'est sur cette base juridique¹³¹ que des travailleurs et citoyens sud-africains ont intenté devant les tribunaux anglais, en 1997 et en 1999, différentes actions à l'encontre de *Cape plc*, entreprise anglaise dont les activités dans le secteur de l'amiante se localisaient pour partie en Afrique du Sud¹³².

¹²⁹ La Convention de Bruxelles assimile le domicile des sociétés et personnes morales, en son article 53, à leur siège et renvoie aux fins de détermination dudit siège aux règles de droit international privé de la juridiction saisie.

¹³⁰ Règlement (CE) n°44/2001, *op. cit.*, considérant n° 11.

¹³¹ En réalité, il s'agit de l'article 2 de la Convention de Bruxelles remplacée par le Règlement.

¹³² *Lubbe et al. v. Cape plc* (CA 30 July 1998) (1998) C.L.C. 1559 ; *Group Action Afrika et al. v. Cape plc* (QBD 30 July 1999) (2000) 1 Lloyd's Rep. 139 ; *Rachel Lubbe et al. v. Cape plc* (CA 29 Nov. 1999) (2000) Lloyd's Rep. 139.

b) Le tribunal compétent est celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire

L'article 5§3 du Règlement prévoit qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite dans un autre Etat membre en matière délictuelle ou quasi délictuelle¹³³, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire¹³⁴.

La notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit »

La Cour de Justice des Communautés européennes a considéré que le lieu où le fait dommageable s'est produit peut s'entendre de deux façons.

Il s'agit :

- du **lieu où le dommage lui-même est survenu** ;
- ou du **lieu de l'événement causal**, c'est-à-dire celui où s'est produit l'événement à l'origine du dommage¹³⁵. Par exemple, lorsqu'une décision est prise par un conseil d'administration dans un Etat différent de celui du domicile de la société, et que cette décision cause un dommage pour lequel le plaignant demande réparation, ce dernier pourra introduire son action dans l'Etat d'où la décision fut émise¹³⁶.

La notion de « lieu où le fait dommageable risque de se produire »

L'article 5§3 du Règlement permet de saisir la juridiction du lieu où le fait dommageable risque de se produire afin d'introduire des actions préventives. **L'admissibilité d'une telle action dépend néanmoins de la loi de la juridiction saisie et le risque invoqué doit dans tous les cas présenter un certain degré de matérialité (la menace de la violation doit être sérieuse ou immédiate)**¹³⁷.

¹³³ CJCE, *Athanasios Kalfelis c. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres*, 27 septembre 1988, 189/87, Rec., 1988, p. 5579, § 17 ; CJCE, *Réunion européenne SA e.a. c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV et Capitaine commandant le navire « Alblasgracht V002 »*, 27 octobre 1998, C-51/97, Rec., 1998, p. I-6511, § 22 : la Cour de justice des communautés européennes a considéré que les termes « matière délictuelle ou quasi délictuelle » devaient être définis de manière autonome et qu'ils visent « toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la 'matière contractuelle' au sens de l'article 5§1 ».

¹³⁴ Le Règlement 44/2001 modifie quelque peu les termes dudit article, d'une part, en remplaçant, dans le chapeau, les mots « le défendeur » par « une personne » et, d'autre part, en ajoutant au lieu où le fait dommageable s'est produit, les termes « ou risque de se produire ».

¹³⁵ Voir notamment : CJCE, *Sté Bier et Fond. Rheinwater c. Mines de Potasse d'Alsace*, Rec., 30 novembre 1976, 76.1735 ; CJCE, *Dumez France c. Helaba*, 1990, C-220/88 ; CJCE, *Réunion européenne*, op. cit., 1998.

¹³⁶ O. De Schutter, *The Role of EU Law in Combating International Crimes*, rapport préparé dans le cadre du projet de la Commission internationale des juristes : « Corporate Complicity in International Crimes », p. 34.

¹³⁷ G. Tritton, *Intellectual property in Europe*, 2 ed., Sweet & Maxwell, London, 2002, pp. 971-975 ; CJCE, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL et Chequepoint International Ltd contre Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, C-68/93, Rec. C.J.C.E., 1993, pp. 415 et suiv., § 24.

c) Le tribunal compétent est celui du lieu où est située une succursale, une agence ou tout autre établissement¹³⁸

Les règles spéciales de compétences énoncées à l'article 5§5 du Règlement permettent d'**attirer le défendeur, domicilié dans un Etat membre, devant les juridictions d'un autre Etat membre, celles du lieu où est situé une succursale, une agence ou tout autre établissement**. Deux conditions doivent être remplies :

- 1) le litige doit porter sur une contestation relative à l'exploitation (voir *infra*) ;
- 2) la maison-mère doit être située dans un Etat membre de l'Union.

Les notions de « succursale, agence ou tout autre établissement »

La Cour de justice des Communautés européennes a considéré que les termes «succursale, agence ou tout autre établissement» ne réfèrent pas à des réalités juridiques propres, mais supposent :

- **la dépendance de l'établissement secondaire** par rapport à la maison mère ;
- **et son intervention** dans la conclusion des affaires traitées¹³⁹.

Cet établissement peut, d'après la jurisprudence de la Cour, jouir d'une personnalité juridique propre à condition qu'il ait publiquement agi comme le **prolongement** de l'entreprise domiciliée dans l'autre Etat membre. Les tiers sont alors dispensés de s'adresser directement à la société mère dont le siège est situé dans un autre Etat membre, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations (succursale, agence ou autre établissement). Un lien de droit éventuel s'établira par la suite entre la société mère et le tiers.

La notion de « contestation relative à l'exploitation »

Il s'agit de contestations portant sur les droits et obligations d'origine contractuelle ou extracontractuelle. Plus précisément, le litige portera sur les obligations qui trouveraient leur origine dans **les activités que le centre d'opérations a lui-même**

¹³⁸ Ces règles spéciales de compétence dérogent à l'article 2§1. Elles permettent à un demandeur de soustraire une action à la compétence des juridictions de l'Etat dans lequel le défendeur est domicilié et de l'attirer devant le tribunal d'un autre Etat contractant (Voir notamment : CJCE, *Group Josi Reinsurance Company SA c. Universal General Insurance Company*, *op. cit.*, § 34), à condition qu'existe un lien de rattachement étroit entre la contestation et la juridiction qui est appelée à en connaître (CJCE, *SAR Schotte GmbH c. Parfums Rothschild SARL*, 9 décembre 1987, 218/86, Rec., p. 4905). Elles sont applicables, d'une part, dans le cas d'une entreprise domiciliée sur le territoire danois sur la base des dispositions correspondantes de la Convention de Bruxelles et, d'autre part, dans l'hypothèse d'une entreprise domiciliée en Suisse, en Norvège ou en Islande, – en Finlande ou en Suède uniquement pour les actions introduites avant le 1^{er} mars 2002 –, sur la base de la Convention de Lugano (Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano le 16 septembre 1988, *J.O.*, L319, p. 9).

¹³⁹ CJCE, *A. De Bloos SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 6 octobre 1976, 14/76, Rec., 1976, p. 1509, §21 ; CJCE, *Somafer SA c. Saar-Ferngas AG*, du 22 novembre 1978, 33/78, Rec., 1978, p. 2193, §12 ; CJCE, *Blanckaert et Willems PVBA c. Luise Trost*, 18 mars 1981, 139/80, Rec., 1981, p. 819, §13 (Exclusion de l'agent commercial indépendant, qui bien que représentant l'entreprise à l'étranger, «se borne à transmettre des commandes à la maison mère, sans participer ni à leur règlement ni à leur exécution»).

assumées¹⁴⁰ en matière de gestion proprement dite. C'est le cas par exemple d'un litige relatif à l'engagement sur place du personnel qui y travaille¹⁴¹. Le litige peut aussi porter sur **les engagements pris par le centre d'opérations (succursale ou agence) au nom de la maison mère**, et dans ce cas, l'exécution des obligations peut être localisée dans l'Etat membre où est établi l'établissement secondaire ou dans un autre Etat membre¹⁴².

Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple d'une maison-mère domiciliée sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, dont une filiale située sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne y exploite une raffinerie pour le compte de la maison-mère. La filiale a contaminé les eaux suite à une exploitation défectueuse de l'usine. Dès lors, la victime peut attirer le défendeur, maison-mère, devant le tribunal du lieu de la filiale en vertu de l'article 5§5.

L'hypothèse selon laquelle le dommage causé par l'activité de la succursale est commis ou subi en dehors du territoire de l'Union européenne n'est donc pas couverte par l'article 5§5, mais par l'article 5§3 vu précédemment.

3. Deux bases de compétences complémentaires

Le Règlement prévoit par ailleurs deux bases de compétence complémentaires :

Le lien de connexité entre les demandes

Si plusieurs entreprises domiciliées dans différents Etats membres sont concernées, l'article 6§1 du Règlement permet de les attirer devant **le tribunal du domicile de l'une d'elles, à condition qu'existe un lien de connexité entre les demandes¹⁴³**. Ainsi, est-il possible de mener une action conjointe contre une société mère et sa filiale établies toutes deux sur le territoire de l'Union européenne pour les dommages causés dans le cadre de leurs activités à l'étranger ; ou contre deux entreprises multinationales européennes distinctes qui opèrent dans un pays tiers en *joint-venture*.

Mesures provisoires ou conservatoires

L'article 24 permet, pour sa part, de **demandeur aux juridictions d'un Etat membre des mesures provisoires ou conservatoires¹⁴⁴**, alors même qu'un autre Etat contrac-

¹⁴⁰ CJCE, *Somafer op. cit.*, 33/78, §13.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² CJCE, *Lloyd's Register of Shipping c. Société Campenon Bernard*, 6 avril 1995, 439/93, *Rec.*, 1995, p. I-981, §22 ; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2^e éd., L.G.D.J., Paris, 1996, n°211, pp. 158-159.

¹⁴³ Cette condition, issue de la jurisprudence de la Cour (CJCE, *Athanasios Kalfelis c. Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie, et autres, op. cit.*, p. 5584, §13 ; H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, 1996, n°222 à 224, pp. 165-166), a été reprise à l'article 6§1 du Règlement 44/2001.

¹⁴⁴ CJCE, *M. Reichert, H.H. Reichert et I. Kockler c. Dresdner Bank AG*, 26 mars 1992, C-261/90, *Rec.*, 1992, p. I-2149, §34 : « Mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application de la Convention, sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge de fond ».

tant est compétent pour connaître du fond de l'affaire, à condition qu'existe « un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi¹⁴⁵ ».

➔ L'action d'intérêt collectif en Europe

D'une manière générale, en Europe, seule la victime alléguée, ou ses ayants droits, peuvent introduire une action en responsabilité civile, la « *class action* » telle qu'on la retrouve dans le système américain n'étant généralement pas admise (voir chapitre I.A.2). Elle l'est toutefois dans quelques Etats, tels le Royaume-Uni.

Si l'« action d'intérêt collectif » existe en Europe, elle n'est recevable que dans des hypothèses limitativement énumérées par la loi.

- En Belgique, une telle action est notamment admise pour les faits de racisme, discrimination, ou encore d'atteintes à l'environnement.
- En France, il est notamment permis aux associations, dont l'objet défini dans leurs statuts est de combattre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre, de se constituer partie civile et déclencher l'action. Les victimes pourront dès lors se joindre à l'action en se constituant partie civile¹⁴⁶. Cette association doit être déclarée depuis au moins 5 années.
- Aux Pays-Bas, le Code civil prévoit qu'une ONG peut introduire une action dès que la violation des droits de l'Homme porte atteinte à l'intérêt général qu'elle promeut conformément à ses statuts¹⁴⁷.

Actuellement, ce n'est qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles et de protection des consommateurs que la Commission européenne travaille au renforcement des mécanismes de recours collectifs et à son harmonisation en Europe¹⁴⁸.

Quels sont les obstacles à la compétence du juge d'un Etat membre de l'Union européenne ?

1. La doctrine du *forum non conveniens*

L'applicabilité de la théorie du *forum non conveniens* dans le cadre du Règlement 44/2001 (ou de la Convention de Bruxelles de 1968) et de l'harmonisation des

¹⁴⁵ CJCE, *Van Ude Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco Line ea*, 17 novembre 1998, 391/95, *Rec.*, 1998, p. I-7135 ; CJCE, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, C-99/96, *Rec.*, 1999, p. I-2314, § 43.

¹⁴⁶ Code de procédure pénale français, art. 2-4.

¹⁴⁷ Nederlandse Burgerlijke Wetboek (BW), art. 3:305a(1). N. Jägers et M.-J. Van Der Heijden, « Corporate Human Rights Violations : The feasibility of Civil Recourse in the Netherlands », *Brook. J. Int'L.L.*, 2008, vol. 33, p. 849.

¹⁴⁸ Commission européenne, *Livre blanc relatif à l'indemnisation des consommateurs et des entreprises victimes d'infractions aux règles de concurrence*, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final.

compétences judiciaires qu'il implique est un sujet de controverse largement débattu par les juridictions britanniques et irlandaises.

a) Entreprise domiciliée hors Union européenne

Quand l'entreprise, défendeur à l'action, est domiciliée hors de l'Union, hypothèse expressément exclue du champ d'application du droit européen, l'article 4§1 du Règlement renvoie au droit national de l'Etat membre du juge saisi, y compris en ce qui concerne la doctrine du *forum non conveniens* si elle y est consacrée¹⁴⁹.

b) Entreprise domiciliée dans l'Union européenne

La question est plus problématique lorsque l'affaire soumise au juge d'un Etat membre de l'Union européenne remplit toutes les conditions d'application du Règlement mais concerne les relations extra-communautaires, **en ce sens que la juridiction alternative à saisir (le for alternatif), jugée plus appropriée, est située dans un Etat tiers à l'espace judiciaire européen.**

➔ Re Harrods (Buenos Aires) Ltd¹⁵⁰

Cette affaire concerne une **entreprise domiciliée au Royaume-Uni dont les activités étaient intégralement localisées en Argentine**. Bien que compétente en vertu de l'article 2 de la Convention de Bruxelles (domicile du défendeur à l'action), la Cour d'appel de Londres a considéré que pareille base de compétence ne faisait pas obstacle à l'ajournement de la procédure¹⁵¹ sur la base du *forum non conveniens* au profit d'un pays non membre de l'Union européenne, l'Argentine.

La Cour posa cependant une condition : **l'absence de lien de rattachement avec un autre Etat membre**. C'est cette condition que la jurisprudence ultérieure va omettre, en faisant application de la jurisprudence *Harrods* aux litiges présentant des points de contacts avec plusieurs Etats européens, y compris lorsque « le tribunal d'un de ces Etats est compétent pour connaître de la cause en vertu de la Convention de Bruxelles »¹⁵².

¹⁴⁹ A. Nuyts, *op. cit.*, pp. 246 suiv. ; I.D.I., « Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux anti-suit injunctions : principes directeurs - Preliminary Exposition and Questionnaire (novembre 2000) », *Ann.*, vol. 70, t.I, 2002-2003, p. 30.

¹⁵⁰ *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* (1991) 4 All ER 334, (1992) Ch. 72 (C.A.).

¹⁵¹ Contrairement aux Etats-Unis, l'application du *forum non conveniens* ne met pas fin à la procédure. Le juge sursoit à statuer. La victime pourra demander, si nécessaire, la levée du sursis (par exemple en cas de déni de justice à l'étranger, la victime pourrait revenir devant les tribunaux britanniques) ; voir A. Nuyts, *op. cit.*, p. 462.

¹⁵² A. Nuyts, *op. cit.*, pp. 257-258 ; S. Beernaert et A. Coibion, « La doctrine du *forum* (non) *conveniens* - Réconciliation avec le texte de la Convention de Bruxelles », *Journal des Tribunaux*, 2000, p. 416 ; I.D.I., *op. cit.*, p. 31.

La controverse sur la compatibilité de la jurisprudence *Harrods* avec la Convention de Bruxelles et le Règlement 44/2001 est une question d'autant plus délicate que de nombreuses entreprises multinationales sont domiciliées au Royaume-Uni. L'affaire *Lubbe v. Cape plc* est une bonne illustration de cette problématique.

→ **Lubbe et al. c. cape plc**

Il s'agit d'une action en réparation introduite, en février 1997, à l'encontre de *Cape plc*, entreprise domiciliée au Royaume-Uni et dont les activités dans le secteur de l'amiante se localisaient pour partie en Afrique du Sud.

Les demandeurs de nationalité sud-africaine alléguaient de graves problèmes de santé consécutifs à leur activité professionnelle ou à la localisation de leur habitation à proximité de l'usine en question. Ils considéraient que ces problèmes étaient imputables à la maison-mère, celle-ci n'ayant pas rempli son obligation générale de prudence en ne faisant pas preuve de diligence raisonnable dans le contrôle de ses activités. **La compétence du juge anglais était établie, dans les deux procédures, sur la base de l'article 2§1 de la Convention de Bruxelles.**

La discussion entre les parties s'est focalisée sur l'**application de la théorie du *forum non conveniens***. Pour l'entreprise, les tribunaux sud-africains constituaient un forum plus approprié, car le dommage et l'évènement causal étaient localisés sur le territoire sud-africain.

Au terme d'une longue procédure¹⁵³, la Chambre des Lords a décidé que la doctrine **ne pouvait conduire au dessaisissement des tribunaux anglais** au profit de l'Afrique du Sud **car les victimes ne pouvaient bénéficier, sur le territoire sud-africain, d'une aide juridictionnelle, bien que le dommage, les victimes et les preuves se situaient sur le territoire sud-africain.**

A nouveau, les juridictions britanniques ont eu à connaître d'une affaire mettant en cause une entreprise britannique pour les activités de sa filiale à l'étranger au travers de la théorie du *forum non conveniens*. Ce sont les cas *Ngcobo v. Thor & Sithole v. Thor*.

→ **Ngcobo v. Thor & Sithole v. Thor**¹⁵⁴

Deux actions, l'une en 1994, l'autre en 1998, sont intentées devant la High Court of Justice contre Thor Chemicals (UK) Ltd., Thor Chemicals Holdings Ltd et Desmond John Cowley, PDG de Thor Chemical Ltd, par des employés de la filiale sud-africaine. Ceux-ci ont été exposés

¹⁵³ Voir notamment : *Lubbe et al. v. Cape plc, op. cit.*, 1998 ; *Group Action Afrika et al. v. Cape plc* (QBD 30 July 1999) (2000) 1 Lloyd's Rep. 139 ; *Rachel Lubbe et al. v. Cape plc, op. cit.*, 2000. Voir aussi : R. Meeran, «Liability of Multinational Corporations : A Critical Stage in the UK», in M.T. Kamminga and S. Zia-Zarif (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 2000, p. 258.

¹⁵⁴ *Ngcobo v. Thor Chemicals Holdings* [1995] TLR 579; *Sithole v. Thor Chemicals Holdings* [1999] TLR 100.

de manière chronique à des taux excessifs de mercure et ont souffert des divers symptômes neurologiques, la filiale sud-africaine étant spécialisée dans la production et le traitement du mercure. Les demandeurs invoquaient la négligence de la société mère britannique dans la mise en œuvre et la surveillance de ces opérations dangereuses en Afrique du Sud. Elle n'avait pas adopté les mesures nécessaires à la prévention d'un tel dommage.

Les entreprises ont invoqué à deux reprises la théorie du *forum non conveniens*. Cet argument fut rejeté dans les deux affaires par les juges britanniques. Au cours du procès *Ngcobo v. Thor*, les juges ont estimé qu'il existait un lien entre la négligence dont a fait preuve la société mère en Angleterre et le dommage causé en Afrique du Sud. Ils retiennent également le risque d'un déni de justice. Une loi sud-africaine, the Workmen's Compensation Act 1941 (SA), octroyait une indemnité aux victimes d'accident de travail (incapables d'exercer leur emploi) et leur interdisait par la suite de poursuivre leur employeur devant les tribunaux. En outre, si les victimes pouvaient généralement obtenir une compensation financière, celle-ci était dérisoire. Les deux affaires se sont conclues par un accord offrant une indemnisation aux victimes.

La Chambre des Lords ne s'est pas expressément prononcée sur la question de principe de la compatibilité entre la théorie du *forum non conveniens* et la Convention de Bruxelles dans l'affaire *Lubbe c. Cape plc*. Il faudra attendre l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) *Andrew Owusu c. N.B. Jackson* du 1^{er} mars 2005 pour que la **théorie du *forum non conveniens* soit déclarée incompatible avec la Convention de Bruxelles de 1968**¹⁵⁵. Cette affaire opposait un ressortissant britannique résidant au Royaume-Uni à l'entreprise N.B Jackson, domicilié également au Royaume-Uni, pour un dommage causé en Jamaïque. Pareille décision est en droite ligne de la jurisprudence antérieure de la CJCE¹⁵⁶. En théorie, les Etats membres de l'Union européenne ne pourraient donc plus appliquer la doctrine du *forum non conveniens* pour écarter un litige de leur juridiction lorsque l'entreprise mise en cause est domiciliée dans l'Union européenne sous peine d'être condamnés par la CJCE.

2. Immunités

Le Règlement 44/2001 n'abordant pas la question des immunités, elle est **fonction de chaque droit national** et pourrait donc être susceptible d'affecter une procédure civile menée à l'encontre d'une entreprise multinationale.

¹⁵⁵ CJCE, *Andrew Owusu c. N.B. Jackson*, agissant sous le nom commercial « Villa Holidays Bal-Inn Villas » e.a., 1^{er} mars 2005, C-281/02, 2005, C-106/2 : « la Convention du 27 septembre 1968 (...) s'oppose à ce qu'une juridiction d'un Etat contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un Etat non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre Etat contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre Etat contractant ».

¹⁵⁶ Voir par exemple : C.JCE, *Group Josi Reinsurance Company SA c. Universal General Insurance Company*, op. cit.

Par exemple, au Royaume-Uni l'immunité bénéficie non seulement aux Etats mais également à leurs employés et agents, même lorsqu'ils agissent en dehors de leurs fonctions officielles¹⁵⁷. Une entreprise (nationalisée), agissant en tant qu'agent de l'Etat, pourrait donc se voir reconnaître une immunité dans le cadre d'une action en responsabilité civile intentée à son encontre.

La question de l'immunité de juridiction d'un Etat étranger a été soulevée devant les tribunaux français dans une affaire portée à l'encontre des entreprises Véolia Ttransport, Alstom et Alstom Transport. Les juges parviennent à contourner cet obstacle en relevant à juste titre que cet Etat, en l'occurrence Israël, n'avait pas de souveraineté sur les territoires où se produisaient les faits litigieux.

→ L'affaire du tramway de Jérusalem

Le 17 juillet 2005, le gouvernement israélien signait un contrat avec plusieurs entreprises, dont deux sont françaises : VEOLIA et ALSTOM, pour la construction et l'exploitation d'une ligne de tramway. Le tramway doit relier Jérusalem-Ouest (israélienne) à deux colonies juives de Cisjordanie, en passant par Jérusalem-Est (palestinienne). Les entreprises ont obtenu une concession d'exploitation pour trente années.

Deux plaintes ont été déposées devant le tribunal de grande instance de Nanterre par l'Association France Palestine Solidarité (AFPS), l'une à l'encontre des entreprises VEOLIA TRANSPORT et ALSTOM, l'autre à l'encontre de ALSTOM TRANSPORT. Dans un premier temps, les deux premières ont été condamnées à communiquer la totalité du contrat de concession et ses annexes aux demandeurs, l'Organisation de Libération de la Palestine (O.L.P) s'étant jointe aux demandes de l'AFPS au cours de la procédure. La communication de ces pièces a révélé l'implication d'ALSTOM TRANSPORT au projet litigieux, ce qui a conduit au dépôt de la deuxième plainte.

L'AFPS et l'O.L.P tentent d'obtenir l'annulation du contrat en raison de son caractère illicite ainsi que la cessation des activités en cours menées par ces entreprises dans le cadre de l'accord. Le contrat aurait été conclu en violation du droit international et du droit national. Il contreviendrait à la IV^{ème} Convention de Genève de 1949 mentionnée notamment dans la résolution 465 du Conseil de sécurité des Nations unies du 1^{er} mars 1980. Le paragraphe 5 de cette résolution énonce que « toutes les mesures prises par Israël pour modifier le caractère physique, la composition démographique, la structure institutionnelle ou le statut des territoires palestiniens, et des autres territoires arabes occupés depuis 1967, y compris Jérusalem [...] n'ont aucune validité en droit ». Le Conseil de sécurité appelle par ailleurs tous les Etats à ne fournir à Israël aucune assistance destinée aux colonies de peuplement des territoires occupés. Ce contrat serait aussi contraire à l'ordre public français et de ce fait nul et non avenu en vertu des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil français.

¹⁵⁷ State Immunity Act 1978, sect. 14, cité par M. Byers, «English Courts and Serious Human Rights Violations Abroad : A Preliminary Assessment», in M.T. Kamminga and S. Zia-Zarifi (eds), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 245.

La défense a plaidé en faveur de l'incompétence des juridictions françaises et a invoqué l'irrecevabilité des plaintes, **notamment sur le fondement de l'immunité de juridiction de l'Etat d'Israël**. Le tribunal de grande instance a rendu sa décision le 15 avril 2009. L'AFPS a été déclarée recevable, contrairement à l'O.L.P qui n'avait pas qualité pour agir. Le tribunal s'est également déclaré matériellement et territorialement compétent pour juger de cette affaire.

– D'une part, l'immunité de juridiction de l'Etat d'Israël ne pouvait être soulevée par les entreprises défenderesses. Non seulement les juges relèvent que **l'Etat d'Israël n'est pas partie à l'instance**, mais également qu'**il ne pouvait dans tous les cas se prévaloir de la qualité d'Etat souverain**. En effet l'Etat d'Israël est une « **puissance occupante** de la partie de la Cisjordanie où est construit et sera exploité le tramway litigieux, partie reconnue par la Communauté des Nations et la Cour internationale de justice comme relevant du territoire palestinien ».

– D'autre part, les **sièges sociaux des entreprises sont situés sur le territoire français**.

Les juges français ont en outre motivé leur décision sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui reconnaît le **droit à un tribunal indépendant et impartial**. Ils ont exprimé le souhait de garantir le libre accès à la justice des parties requérantes. Le risque de déni de justice inhérent à la nature du litige en cause renforce la compétence des juridictions françaises. Pour reprendre les propos du tribunal : « Il est de jurisprudence constante que **le risque de déni de justice est un critère de compétence des juridictions françaises dès lors que le litige présente un rattachement avec la France**. » Tel est le cas puisque les entreprises défenderesses sont domiciliées en France, d'autant que cinq usines appartenant à ALSTOM TRANSPORT fabriquent sur le territoire français 46 voitures du tramway de Jérusalem.

Les entreprises ALSTOM et ALSTOM TRANSPORT ont fait appel de la décision. Le 17 décembre 2009, la Cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement de première instance. Le 30 mai 2011, la haute Cour de Nanterre a rejeté la requête de l'AFPS d'annuler les contrats signés par ALSTOM et VEOLIA. Le tribunal de Nanterre a statué que selon la loi française les lois internationales n'avaient pas d'incidence directe sur les individus et sociétés privés qui ne sont pas impliqués dans le conflit. Le tribunal a estimé que seuls les Etats signataires des Conventions de Genève de 1949 pouvaient être contraints par les provisions des traités listés dans l'argumentaire de l'AFPS.

Quelle loi le juge saisi d'un Etat membre de l'Union européenne appliquera-t-il ?

Le 11 juillet 2007, le Parlement européen et le Conseil adoptèrent le Règlement 864/2007 (Règlement « Rome II »)¹⁵⁸. Ce Règlement vise à :

– uniformiser les règles de **conflits de loi** applicables aux **obligations non contractuelles** ;

¹⁵⁸ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»), *J.O.*, 11 juillet 2007, p. L 199/40.

- assurer que les tribunaux de tous les États membres appliqueront la même loi en cas de litiges transfrontières en matière de responsabilité civile et;
- faciliter ainsi la reconnaissance mutuelle des décisions de justice dans l'Union européenne.

A partir du 11 janvier 2009, il sera **applicable dans tous les États membres de l'Union européenne, sauf le Danemark**, dans le cadre de litiges communautaires¹⁵⁹. Il s'agit dès lors de distinguer le système prévalant avant son entrée en vigueur et les modifications apportées par le Règlement.

1. Loi applicable aux faits générateurs de dommages survenus avant le 11 janvier 2009

a) La loi du lieu où le fait générateur du dommage a été commis lex loci delicti commissi : solution généralement admise

La règle

Le Règlement 44/2001 ne détermine pas la loi applicable au litige en cause. Il faut se référer alors aux **règles de droit international privé définies dans chaque Etat**. Cependant il n'existe pas de solution jurisprudentielle claire. C'est donc **au juge saisi qu'il reviendra d'interpréter la règle de rattachement**¹⁶⁰, à savoir la loi du lieu de survenance du dommage ou la loi du lieu du comportement causal. En effet, au sein des Etats membres, la notion de « loi du lieu où le fait générateur du dommage s'est produit » (*lex loci delicti commissi*) fait l'objet de deux interprétations:

- **la loi du lieu où le dommage est survenu, dans ce cas la loi étrangère sera d'application** ou ;
- **la loi du lieu du comportement causal, dans ce cas, il sera fait application de la loi d'un Etat membre de l'Union européenne.**

Notre hypothèse est celle d'une entreprise multinationale domiciliée au sein de l'Union européenne qui, dans le cadre de sa politique interne, décide directement de la nature et des conditions d'exercice de ses activités à l'étranger, lesquelles causent un dommage à un travailleur ou à un membre de la communauté locale, ou celui de la même entreprise qui, sans organiser de sa propre initiative le fait à l'origine du dommage, n'en a pas moins connaissance, ou ne peut l'ignorer, mais néglige de prendre les mesures de prévention qui s'imposent pour éviter le préjudice. Selon le critère choisi par le juge, il sera fait application soit de la loi du lieu de survenance du dommage soit de la loi du lieu du comportement causal.

¹⁵⁹ *Ibid.*, art. 32.

¹⁶⁰ F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2005, n°1531, p.700 (les auteurs proposent de retenir la loi du lieu où l'auteur a agi). Voir aussi : G. Betlem, « *Transnational litigation against multinationals before Dutch courts* », in M.T. Kamminga and S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 290.

Le recours à la loi du lieu où le fait générateur de dommage a été commis (*lex loci delicti commissi*) soulève donc certaines **incertitudes** :

- quant à la **mise en œuvre du critère de rattachement** (loi du lieu du comportement causal ou de survenance du dommage),
- quant au **statut des faits allégués** par le demandeur à l'action dans la législation étrangère et,
- quant au **droit applicable**, par exemple, si les éléments constitutifs du fait générateur sont dispersés géographiquement, tels que la localisation dans différents pays du comportement causal. C'est le cas d'une entreprise multinationale dont la politique sociale est décidée par la maison mère sur le territoire de divers Etats membres de l'Union européenne, mais est mise en œuvre dans un pays tiers.

L'exception d'ordre public international

L'application de la loi étrangère désignée peut être **écartée par la juridiction saisie sur la base de l'exception d'ordre public international** lorsque, par exemple, elle prive la victime du droit à un recours, du droit à une réparation quelconque ou lorsqu'elle constitue une violation flagrante du droit international des droits de l'Homme¹⁶¹.

En outre la juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne pourrait aussi être amenée à considérer que l'application d'une loi étrangère qui causerait une violation grave des droits de l'Homme est constitutive d'une **violation des obligations de son Etat** au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁶². La loi étrangère étant contraire à l'ordre public international, le juge pourrait décider d'**appliquer la loi de son Etat au litige**. En dehors de cette hypothèse, la loi de l'Etat membre de l'Union européenne dont le tribunal est saisi, pourrait aussi être applicable dans les cas suivants :

- lorsque les activités dommageables ont été **planifiées et initiées** par une entreprise sur le territoire du juge saisi ;
- lorsque le fait constitutif de la violation est le **manque de supervision** de l'entreprise vis-à-vis de ses opérations à l'étranger et de leurs conséquences ou,
- lorsque **les parties au procès optent** pour son application.

b) Autonomie de la volonté des parties au contrat

Cependant, les parties peuvent également désigner directement de commun accord la loi applicable au litige. A nouveau, l'exception d'ordre public international pourra trouver à s'appliquer si la loi choisie y est contraire.

¹⁶¹ Voir par exemple : *Oppenheimer v. Cattermole* (1976) AC 249.

¹⁶² O. De Schutter, « The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law », *op. cit.*, p. 40.

2. Loi applicable aux faits générateurs de dommages survenus après le 11 janvier 2009

C'est pour remédier à l'insécurité juridique que fut adopté le 11 juillet 2007 le Règlement « Rome II »¹⁶³. Ce Règlement s'applique aux actions intentées sur la base de faits générateurs de dommages survenus après son entrée en vigueur, soit le 11 janvier 2009¹⁶⁴. Sont toutefois exclues du champ d'application du Règlement, notamment, les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité (article premier) qui continueront à être soumises aux différentes règles de conflit de lois des Etats membres de l'Union européenne.

a) Règle générale

En vertu de la règle générale posée à l'**article 4 du Règlement « Rome II »**, la loi applicable à une obligation extra-contractuelle sera:

- (1) en principe, la **loi de l'Etat dans lequel le dommage direct survient** (*lex loci damni*), quel que soit le pays où le fait générateur du dommage s'est produit (entendu comme le lieu de l'évènement causal) et quels que soient les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent, **même lorsque la loi applicable n'est pas celle d'un Etat membre** ;
- (2) toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée **et** la personne lésée ont leur **résidence habituelle dans le même pays** au moment de la survenance du dommage, **la loi de ce pays s'applique** ;
- (3) par ailleurs, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des **liens manifestement plus étroits avec un pays autre** que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, **la loi de cet autre pays s'applique**. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.

Cependant il peut être difficile, et parfois impossible, de déterminer avec exactitude le lieu de la survenance du dommage (*lex loci damni*). La victime peut être, par ailleurs, davantage familière avec la loi du pays de sa résidence ou la loi du lieu de l'évènement causal (voir ci-dessous le régime spécifique en matière d'environnement) qu'avec la loi du lieu de survenance du dommage, c'est-à-dire la loi du lieu où les effets de la violation se sont produits. Enfin, la question de déterminer les conséquences directes et indirectes d'un dommage, mentionnées à l'article 4(1)

¹⁶³ Règlement (CE) n° 864/2007, *op. cit.* Ce Règlement complète la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹⁶⁴ Aux fins du présent règlement, on entend par «État membre», tous les États membres, à l'exception du Danemark (art. 1(4)).

du Règlement, peut poser certaines difficultés d'interprétation, le dommage direct pouvant également survenir dans plusieurs Etats à la fois¹⁶⁵.

Régime spécifique : dommages environnementaux

En ce qui concerne la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un **dommage environnemental ou de dommages subséquents** subis par des personnes ou causés à des biens, celle-ci sera soit la loi désignée à l'article 4(1) du Règlement, soit la **loi du lieu de survenance du dommage**, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi **la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit**. Ce régime spécifique est défini à l'article 7 du Règlement. Il faut par ailleurs systématiquement vérifier qu'il n'existe pas de convention spécifique sur les dommages en question, telle par exemple, la Convention internationale du 3 mai 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation des victimes pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses.

Régime spécifique : dommages causés par un produit

Lorsque le dommage est causé par un produit (article 5 du Règlement), la loi applicable est en principe celle où la personne lésée a sa résidence habituelle, ou la loi du lieu où le produit a été acheté, ou la loi du lieu où le dommage est survenu si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

➔ Trafigura Beheer BV & Trafigura Limited en Côte d'Ivoire¹⁶⁶

Ces affaires ont pour point de départ le déversement de 500 tonnes de déchets toxiques par le navire *Probo Koala* dans plusieurs décharges publiques d'Abidjan (Côte d'Ivoire) dans la nuit du 19 au 20 août 2006. Le navire était affrété par Trafigura Ltd., la filiale anglaise de l'entreprise néerlandaise Trafigura. Puma Energy, la filiale ivoirienne de Trafigura avait conclu un accord avec la Société Tommy. Cette entreprise ivoirienne, créée un mois avant l'arrivée du *Probo Koala* à Abidjan, aurait été constituée dans l'unique but de prendre en charge les déchets, à tel point que certains l'ont qualifiée de société écran. Les termes de cet accord confiaient à la Société Tommy le soin de déverser ces déchets. Le port d'Amsterdam, où le *Probo Koala* avait accosté précédemment, avait refusé de s'en charger, puisque Trafigura n'avait pas accepté de payer une taxe supplémentaire en raison de la haute toxicité des produits. Les émanations ont intoxiquées plus de 100.000 personnes qui ont sollicité des soins médicaux, générant ainsi une crise sanitaire de grande ampleur en Côte d'Ivoire. Les malades souffraient pour la plupart de nausées, maux de têtes, plaies cutanées et saignements nasaux. 16 personnes seraient décédées des suites du contact ou de l'inhalation des produits toxiques, selon les sources officielles ivoiriennes.

D'après CIAPOL (Center for Anti-Pollution Control in the Ivory Coast) les déchets contenaient au moins trois substances : hydrogène sulfuré, H₂S et mercaptans. Les déchets issus du

¹⁶⁵ Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, pp. 120 et suiv.

¹⁶⁶ Le résumé de cette affaire est pour l'essentiel extrait du site Business & Human Rights, « Case profile : Trafigura lawsuits (re Côte d'Ivoire) », www.business-humanrights.org.

raffinage du H2S contiendraient une grande quantité de sulfure et seraient potentiellement dangereux. Des tests ont également été effectués sur un échantillon des déchets déversés à Abidjan par un laboratoire à Rotterdam et ont conclu à la non toxicité des substances. Cependant un doute subsiste quant à l'authenticité de ces résultats puisque les échantillons n'auraient été ni scellés, ni marqués.

Le gouvernement ivoirien a signé un accord avec Trafigura le 12 février 2007. L'entreprise a accepté de payer la somme de \$198 millions permettant de créer un fond d'indemnisation des victimes, de construire une usine de traitement des déchets et de contribuer aux soins apportés aux victimes. Trafigura a néanmoins insisté sur le fait qu'il ne s'agissait pas de dommages et intérêts : elle ne se reconnaissait pas responsable de la catastrophe. En échange, le gouvernement ivoirien s'est engagé à ne pas poursuivre l'entreprise. Après cet accord les représentants de Trafigura et de Puma Energy, précédemment arrêtés et emprisonnés alors qu'ils se rendaient sur place pour constater les incidents, furent libérés¹⁶⁷.

En novembre 2006, la *High Court of Justice* de Londres a accepté de connaître l'affaire portée par un groupe d'environ 30,000 victimes, représentées par le cabinet d'avocats Leigh Day & Co, contre l'affréteur Trafigura.

Pour les demandeurs la haute toxicité des produits permettrait de les qualifier de déchets dangereux en vertu de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. L'Union européenne interdit toute exportation de déchets dangereux de ses pays membres vers des pays en voie de développement. Trafigura aurait embarqué ces déchets non traités en Côte d'Ivoire en ayant connaissance de l'absence de structures permettant de traiter ces déchets sur place.

Trafigura a contesté la toxicité des produits. Il s'agissait selon elle de déchets provenant de l'exploitation normale d'un navire. Trafigura a nié toute responsabilité. Elle a souligné qu'elle avait confié l'opération litigieuse à la Société Tommy et qu'il n'y avait aucune raison de douter des capacités de cette entreprise ivoirienne. Selon ses constatations, seulement 69 individus auraient réellement souffert de troubles physiques. L'entreprise ayant tenté d'obtenir des victimes qu'elles modifient leurs déclarations, la Cour a ordonné, le 23 mars 2009, à Trafigura qu'elle ne prenne plus contact avec elles.

En septembre 2009, les parties à cette procédure civile au Royaume-Uni ont conclu un accord à l'amiable en vertu duquel Trafigura acceptait de payer à chacun des 30,000 demandeurs la somme de \$1500. En contrepartie, les victimes ont reconnu qu'aucun lien n'avait été établi entre l'exposition aux produits émanant des déversements et les diverses maladies graves et chroniques enregistrées. Une clause de renonciation définitive à toutes poursuites

¹⁶⁷ FIDH, «Affaire des déchets toxiques : une transaction au détriment de la justice et de la réparation pour les victimes», communiqué de presse du 16 février 2007, www.fidh.org. La FIDH et ses organisations membres en Côte d'Ivoire, la LIDHO et le MIDH, ont dénoncé cette «transaction au détriment de la justice [...] qui ne peut en aucun cas être considéré comme une juste réparation des préjudices subis par les victimes, qui implique nécessairement un établissement des responsabilités et une évaluation réelle des préjudices subis, ainsi que des éventuelles conséquences à venir pour l'homme et pour l'environnement. et de la réparation pour les victimes».

contre Trafigura a été introduite dans l'accord. L'indemnisation offerte aux victimes illustre pour Trafigura son « *engagement social et économique dans la région* ». Elle n'équivaut en aucun cas à une reconnaissance de culpabilité. Trafigura insiste dans un communiqué de presse pour dire que le « *Probo Koala ne pourrait être dans le pire des cas, qu'à l'origine de symptômes bénins et passagers, semblables à ceux de la grippe ou de l'anxiété* »¹⁶⁸. En décembre 2009, la BBC de Londres a été condamnée à payer à Trafigura la somme de 28,000£ de dommages et intérêts. Trafigura avait intenté une action en diffamation contre ce média qui avait accusé Trafigura d'être à l'origine des problèmes de santé survenus après le déversement des déchets toxiques à Abidjan. La BBC est revenue sur ses allégations et a dû présenter ses excuses à l'antenne.

Des complications récurrentes en matière d'indemnisation

Fin octobre 2009 les juridictions ivoiriennes ont gelé les comptes bancaires vers lesquels la somme avait été transférée, à la demande de Claude Gohourou prétendant représenter l'intérêt des victimes. Ce dernier dirige le collectif d'associations locales, la Coordination nationale des victimes des déchets toxiques (CNVDT). Le 4 novembre 2009 la High Court de Londres, craignant que l'argent ne soit pas redistribué, a communiqué sa « *profonde préoccupation* ». Le 22 janvier 2010, la Cour d'appel d'Abidjan a levé le séquestre destiné à l'indemnisation des victimes, mais a ordonné le transfert des fonds sur le compte du collectif dirigé par Claude Gohourou. Le 14 février 2010, un accord a été signé entre le cabinet d'avocats représentant les victimes (Leigh Day & Co) et Claude Gohourou. Le contrôle des fonds est effectué par Leigh Day pour assurer que chaque victime obtienne effectivement réparation. Claude Gohourou a insisté pour que les termes de l'accord restent confidentiels. Les sommes auraient dues être transférées aux victimes à partir de la mi-mars 2010, cependant leur indemnisation reste laborieuse puisque des complications surgissent sans cesse au fur et à mesure de la procédure.

Procédures pénales

Cette affaire a fait et continue de faire l'objet de procédures pénales. En France, une plainte avait été déposée en juin 2007 par le groupe d'action judiciaire de la FIDH contre deux dirigeants du groupe Trafigura. Cette plainte a été rejetée. En Côte d'Ivoire, Trafigura et sa filiale ivoirienne Puma Energy n'ont pas non plus été poursuivis, ayant bénéficié d'un non lieu suite à l'instruction. En revanche, la plainte déposée en Côte d'Ivoire a abouti à un procès pénal en septembre et octobre 2008 contre d'autres personnes impliquées dans la catastrophe dont la société Tommy¹⁶⁹. Actuellement, Trafigura est poursuivi au pénal devant les juridictions néerlandaises. Ces procédures sont examinées dans la partie consacrée à la responsabilité pénale des entreprises du guide.

¹⁶⁸ FIDH et ses ligues membres en Côte d'Ivoire, la LIDHO et le MIDH, « L'accord intervenu à Londres entre Trafigura et près de 31 000 victimes ivoiriennes ne doit pas occulter la responsabilité de Trafigura ! », communiqué de presse du 25 septembre 2009, www.fidh.org.

¹⁶⁹ FIDH et ses ligues membres en Côte d'Ivoire, la LIDHO et le MIDH, et en France, la LDH, ainsi que Greenpeace et Sherpa, « La Cour d'assises d'Abidjan rend son verdict, en l'absence des principaux responsables », communiqué de presse du 28 octobre 2008, www.fidh.org.

b) Exceptions

Le Règlement « Rome II » prévoit par ailleurs certaines exceptions :

Dérogation décidée par les parties

Les parties peuvent choisir la loi applicable :

- par un accord *postérieur* à la survenance du fait générateur du dommage ;
- ou lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié *avant* la survenance du fait générateur du dommage.

L'exception d'ordre public national et international

L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le Règlement peut être écartée si cette application est **manifestement incompatible avec l'ordre public du for** (art. 26 du Règlement). En fonction des circonstances de l'espèce et de la loi en cause, cette exception peut servir les demandeurs ou les défendeurs à l'action¹⁷⁰. La Cour de justice de l'Union européenne pourra également être amenée à se prononcer sur l'interprétation qui sera faite de cette disposition¹⁷¹.

En raison des nombreuses exceptions et dérogations, il est difficile de prévoir quelle sera la loi applicable au litige. En pratique, il semble toutefois que la loi du lieu de survenance du dommage s'appliquera sauf si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État dont la juridiction doit se prononcer (article 26 du règlement de ROME II)¹⁷².

c) Portée de la loi applicable

L'article 15 du Règlement « Rome II » dispose que la loi applicable à une obligation non contractuelle en vertu du règlement régit notamment :

- les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables¹⁷³ ;
- les causes d'exonération, de limitation et de partage de responsabilité ;
- l'existence, la nature et l'évaluation des dommages, ou la réparation demandée ;
- dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal, les mesures que ce tribunal peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation ;

¹⁷⁰ Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 124 : « Rules permitting the awarding of non-compensatory punitive damages that are excessive in relation to the circumstances of the case and to the law of the forum may be held to be manifestly in breach of the public policy of the forum ».

¹⁷¹ Sur la question de l'exception d'ordre public au niveau européen, voir : Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, pp. 116 suiv.

¹⁷² Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 124.

¹⁷³ Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, l'article 17 du Règlement énonce qu'il est tenu compte des « règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». Cette disposition méritera d'être clarifiée par les juridictions nationales et par la Cour de justice des Communautés européennes. Voir à ce sujet : Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, p. 122.

- la transmissibilité du droit à réparation, y compris par succession ;
- les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi ;
- la responsabilité du fait d'autrui et ;
- les règles de prescription ou d'extinction de l'action.

L'application des règlements communautaires : l'exemple de la France et du Royaume-Uni

➔ Le cas de la France

D'après le Code de procédure civile français, en matière extra-contractuelle, le demandeur peut saisir :

- la juridiction du lieu où demeure le défendeur (le lieu où est établie l'entreprise, soit son domicile) ;
- la juridiction du lieu du fait dommageable ou ;
- la juridiction dans le ressort de laquelle le dommage a été subi¹⁷⁴.

Toute victime étrangère de violations des droits de l'Homme à l'étranger, commises par une entreprise française, pourra notamment saisir le juge français dans la mesure où cette entreprise est domiciliée en France. Elle dispose des mêmes bases de compétence que celles désignées dans le règlement 44/2001. En outre, ni la doctrine du *forum non conveniens* ni celle de l'*act of state* ou de la *political question*, que l'on retrouve dans le système juridique américain, ne s'appliquent en France.

La loi applicable au litige transnational en matière délictuelle (**pour les faits générateurs de dommage survenus à partir du 11 janvier 2009**) est la loi du lieu où le dommage direct est survenu en application du règlement Rome II. Une victime étrangère, qui intente une action contre une entreprise française qui serait responsable du dommage subi par elle à l'étranger, ne pourra bénéficier de la loi française. En effet le juge français saisi appliquera la loi du lieu où le dommage est survenu, c'est-à-dire la loi étrangère. Or le plus souvent les victimes, lorsqu'elles intendent une action en dehors de la juridiction de leur pays, dans notre hypothèse, recherchent le bénéfice d'une loi étrangère plus clémente et plus protectrice de leur droit à réparation. Ce que la juridiction française ne pourra garantir sauf si le jeu des exceptions au principe de la *lex loci damni* désigne la loi française.

Cependant la Cour de cassation, soit la plus haute cour de justice française, estime qu'une loi étrangère qui n'est pas conforme aux « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »¹⁷⁵ doit être écartée. Le critère reste toutefois vague. Il reste à savoir si la jurisprudence française optera à l'avenir pour l'application de la loi française lorsque la norme étrangère, en principe applicable, n'offre pas les garanties essentielles du droit à réparation.

¹⁷⁴ Code de procédure civile français, art. 46 § 1 & 3.

¹⁷⁵ Cass. fr., ch. Civ., *Lautour*, 25 mai 1948.

→ Le cas du Royaume-Uni

Le règlement 44/2001 est applicable à l'ensemble des Etats membres depuis 2007. Toutefois, le système juridique britannique présente quelques particularités. Lors de la détermination de sa compétence; le juge britannique prend en considération la théorie du *forum non conveniens*, malgré l'interprétation faite par la CJCE (voir chapitre II.B), lorsque le litige implique une partie qui est national d'un Etat tiers à l'Union européenne. Dans ce cas, le règlement ne s'applique, selon le juge britannique, que lorsque le litige a un lien avec un Etat membre de l'Union européenne. Les doctrines de l'*act of state* et de la *political question* peuvent également être retenues par le juge.

Quant au règlement Rome II, celui-ci est d'applicabilité directe y compris au Royaume-Uni. Il y est appliqué aux faits générateurs de dommages survenus après le 11 janvier 2009. Le Parlement britannique a toutefois adopté une loi le 18 novembre 2008, entrée en vigueur le 11 janvier 2009, qui a rendu conforme le droit britannique aux dispositions du règlement communautaire et harmonisé voire étendu dans certains cas les règles de conflits de loi entre l'Angleterre, le Pays de Galle, l'Ecosse, l'Irlande du Nord et Gibraltar. Concernant les faits générateurs de dommage survenus après le 11 janvier 2009, il faut se référer aux dispositions du règlement Rome II. Des remarques similaires au cas de la France peuvent être faites quant à l'application du règlement au Royaume-Uni. Dans le cadre de **faits générateurs de dommage survenus avant le 11 janvier 2009**, il apparaît d'après la jurisprudence¹⁷⁶ que la loi étrangère (loi du lieu de survenance du dommage) peut être écartée au profit de la loi britannique lorsqu'il existe un lien suffisamment étroit entre l'entreprise domiciliée au Royaume-Uni et le fait dommageable.

¹⁷⁶ *Ngcobo v. Thor*, op. cit ; *Sithole v. Thor*, op. cit ; *Connelly v. RTZ co. Plc*, [1998] AC 854, [1999] CLC 533. Sur ce sujet, voir aussi: K. SONTAG, «La justiciabilité des droits de l'homme à l'égard des sociétés transnationales» in *Droits économiques et droits de l'homme* / sous la dir. De L. Boy, JB Racine, F. Siirainen, Larcier, Belgique, 2009, p. 604.

CHAPITRE III

L'imputabilité à la maison mère des actes commis dans le cadre de ses opérations à l'étranger : la levée du « voile social »

* * *

Quelques clarifications

Un problème rencontré fréquemment lorsque l'on cherche à établir la responsabilité des sociétés multinationales dans un pays autre que celui dans lequel elles opèrent réside dans la manière dont ces entités organisent l'internationalisation de leurs activités. D'un point de vue juridique, une telle internationalisation peut s'opérer de trois manières :

- (1) la société peut être directement présente dans le pays d'accueil, en établissant une branche ou un siège dans ce pays.

Dans cette hypothèse, il ne survient pas de problème spécifique d'impunité. Les actions ou omissions des sociétés multinationales, qu'elles se passent sur le territoire de l'Etat d'origine (typiquement, à son siège social ou lieu principal d'activité) ou sur le territoire de l'Etat accueillant ses activités, sont considérées comme les siennes propres. L'application de la législation de l'Etat d'origine à de tels actes n'est donc pas problématique.

- (2) elle peut créer une entité juridiquement séparée, soumise à la législation du pays d'accueil, mais qu'elle contrôle, par exemple en détenant la majorité de ses actions ou en sélectionnant les administrateurs de la filiale. Une **relation société mère-filiale** est par là établie, qui peut prendre diverses formes et peut mener à un contrôle plus ou moins strict exercé par la société mère.

- (3) la société peut développer des *relations contractuelles avec des partenaires locaux*¹⁷⁷.

L'imputabilité à la société mère de l'entreprise multinationale des violations commises par une filiale étrangère ou une autre entité active dans le cadre de sa chaîne d'approvisionnement est certainement l'une des questions juridiques les plus complexes que soulève l'action en responsabilité civile à l'encontre d'une

¹⁷⁷ O. De Schutter, « Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations », *op. cit.*, pp. 35-37.

entreprise multinationale¹⁷⁸. Deux hypothèses sont envisageables : la participation directe et indirecte de la société mère à l'acte à l'origine du dommage.

1. Participation directe de la société mère à l'acte à l'origine du dommage

La société mère de l'entreprise multinationale peut **causer un dommage ou y participer directement** :

- par action (elle prend part à la décision à l'origine dudit dommage) ;
- ou par omission (informée de la décision, elle omet d'agir alors qu'elle était en mesure de l'empêcher).

Dans ces cas, sa responsabilité relève des concepts juridiques classiques de la responsabilité directe¹⁷⁹, voire des responsabilités conjointe ou solidaire si elle a agi conjointement avec une autre personne morale, filiale, sous-traitant ou autre fournisseur. Juridiquement, ce cas de figure ne pose pas problème. Le problème est avant tout factuel : il est difficile d'apporter la preuve qu'une société mère a causé le dommage ou a directement participé aux faits litigieux.

Il en va de même lorsque l'entité à l'origine de la violation est une succursale, un bureau ou une agence. Puisqu'elles ne disposent pas d'une personnalité juridique propre, les violations qu'elles commettent sont imputables à l'entreprise dont elles dépendent juridiquement et ce, même si leurs activités commerciales se déploient à l'étranger. En pratique cependant, **il est rare, les banques exceptées, qu'une société exerce directement ses activités à l'étranger**. De manière plutôt constante, les entreprises multinationales exercent leurs activités à l'étranger par l'intermédiaire de sociétés possédant une personnalité juridique distincte.

2. Participation indirecte de la société mère : la levée du voile social

Par contre, lorsque le lien entre la société mère et l'acte à l'origine du dommage n'est qu'indirect, **le principe de la personnalité juridique des personnes morales inhérent au droit des sociétés rend difficile l'imposition à la société mère** de l'entreprise multinationale d'une responsabilité pour les actes d'une filiale ou d'une autre entité de sa chaîne d'approvisionnement.

Ces entités, bien que reliées à l'entreprise multinationale par un lien sociétal (filiale) ou contractuel (entité partie à la chaîne d'approvisionnement) bénéficient d'une **personnalité juridique propre** et sont donc légalement responsables des actes qu'elles posent. La **société mère** de l'entreprise multinationale, personnalité juri-

¹⁷⁸ La question se pose de manière similaire dans le cadre d'une procédure pénale.

¹⁷⁹ Sur la responsabilité directe de la société mère de l'entreprise multinationale, voir : P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publishers, 1995, pp. 323 suiv. ; S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 2004, pp. 134 à 138.

dique distincte, **ne peut pas, sauf exceptions, se voir imputer les violations** commises par ces entités juridiquement différentes.

Rares, confuses et variables selon le droit national mobilisé, ces exceptions permettent ce que l'on appelle la «**levée du voile social**». De manière schématique, **la «levée du voile» dépend de la nature du lien qui existe entre l'auteur direct du dommage et la société mère de l'entreprise multinationale**. Dans le cadre de la relation existante entre la société mère d'une entreprise multinationale et sa filiale, **la «levée du voile social» sera notamment établie en fonction du degré de contrôle qu'exerce, de jure ou de facto, la première sur la seconde**.

En créant des entités juridiques distinctes, la société mère organise ses rapports avec les différentes entités du groupe d'une manière qui lui permette d'échapper à sa responsabilité juridique. Elle est juridiquement séparée du centre de décision et des opérateurs locaux. C'est ce que l'on appelle la doctrine de la responsabilité limitée¹⁸⁰. Pourtant une entreprise multinationale méconnaît fréquemment la personnalité juridique d'une autre entreprise et surtout délègue à d'autres des activités dont elle sait pertinemment, ou à tout le moins ne peut ignorer, les conditions dans lesquelles elles sont exercées. La fiction légale que constitue la personnalité juridique permet à des entreprises de **faire réaliser par d'autres et dans des Etats tiers ce qu'elles ne peuvent organiser au sein de l'UE ou aux Etats-Unis** et de la sorte maximiser les profits et éviter que leur responsabilité ne soit mise en cause. Dans l'examen de l'imputabilité desdits actes, il ne faut **pas seulement** tenir compte **de l'organisation économique du groupe de sociétés mais également de la réalité des relations économiques et professionnelles, ainsi que de la nature de l'acte incriminé**. Identifier la société mère est d'autant plus crucial lorsque les avoirs de la filiale sont insuffisants pour dédommager les victimes. Le rôle du juge est à cet égard fondamental.

Ainsi, avec les difficultés liées à l'application de la théorie du *forum non conveniens* et les disparités de ressources financières entre les demandeurs et les entreprises défenderesses à l'action, **la question de la levée du voile social constitue un obstacle de taille supplémentaire** aux actions entreprises par les victimes de violations de droits de l'Homme.

Devant les juridictions américaines

Dans le cadre des procédures intentées sur la base de l'ATCA, la question de la responsabilité de la société mère d'une entreprise multinationale pour fait d'autrui – celui d'une filiale ou d'une autre entité à laquelle elle est contractuellement liée – n'a été abordée sur le fond que de manière incidente. L'analyse qui suit trouvera principalement appui sur la jurisprudence américaine générale en

¹⁸⁰ R. Meeran, *op. cit.*, 2000, p. 252.

matière de « levée du voile social » et, de manière accessoire, sur la jurisprudence existante dans le cadre de l'ATCA, étant entendu qu'aucune procédure n'a abouti, ni n'a été tranchée sur le fond¹⁸¹.

Difficile à systématiser, cette jurisprudence prend appui sur deux théories : la théorie de *piercing the corporate veil* (la théorie de la levée du voile social) et la théorie de l'*agency* (examinée au chapitre III.B.2). Aucune des deux ne permet de traiter de manière satisfaisante la problématique envisagée.

1. La théorie de la levée du voile social

Selon la jurisprudence américaine¹⁸², la théorie de la levée du voile social se décline sous la forme de *l'instrumentality doctrine* (en cas de domination complète de la société mère sur l'autre entité)¹⁸³ ou de *l'alter-ego doctrine* (en cas d'unité d'actionariat et d'intérêt entre les deux entités)¹⁸⁴. Ces théories sont en pratique facilement interchangeables¹⁸⁵.

La théorie de l'*alter-ego* a pour objectif **l'évaluation de la séparation juridique de deux entités légales**. Elle ne trouve à s'appliquer que de manière exceptionnelle, tant les conditions sont difficiles à réunir et aléatoires. Pour établir qu'une maison mère et sa filiale sont *alter-ego*, et ne sont donc pas réellement des entités juridiquement distinctes, **le demandeur à l'action doit démontrer** :

- la preuve que la filiale n'a pas de personnalité juridique propre (i) ;
- qu'elle est utilisée afin d'accomplir des actes frauduleux, injustes ou inéquitable au profit de la société mère ou de l'actionnaire majoritaire (ii) et,
- un lien causal entre la conduite et le dommage subi par la partie demanderesse (iii).

¹⁸¹ Les raisonnements juridiques sur cette question sont à différencier en fonction du contexte dans lequel elle se pose : compétence personnelle (Voir *Supra - personal jurisdiction*) ou fond de l'affaire (S. Joseph, *op. cit.*, p. 87 ; P.I., Blumberg, *op. cit.*, p. 500.).

¹⁸² Cette description prend appui sur P.I. Blumberg, *op. cit.*, pp. 304 suiv. Voir aussi : S. Joseph, *op. cit.*, pp. 129 et suiv. ; P. Muchlinski, *op. cit.*, pp. 325 à 327.

¹⁸³ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 297, note 17 : *L'instrumentality doctrine* exige un contrôle excessif (à savoir, une domination complète non seulement sur le plan financier mais aussi sur la politique et les pratiques commerciales en ce qui concerne la transaction mise en cause, de manière telle que l'entité concernée n'a plus, au moment de ladite transaction, de personnalité, de volonté ou d'existence propre), une conduite répréhensible ou injuste et une relation causale entre la conduite en cause et le dommage causé au demandeur à l'action.

¹⁸⁴ *Ibid.*: La théorie de l'*alter-ego* trouve à s'appliquer lorsque l'unité de d'actionariat et d'intérêts entre les deux sociétés est telle qu'elles n'ont plus de personnalité juridique distincte et que la filiale a été reléguée au statut d'*alter-ego* de la société mère. De plus, leur reconnaissance en tant qu'entités séparées doit cautionner une fraude ou conduire à un résultat injuste.

¹⁸⁵ *Ibid.*

Des études de jurisprudence sont parvenues à révéler quelques tendances¹⁸⁶ :

- les juridictions américaines sont plus enclines à lever le voile social en présence d'actionnaires individuels plutôt qu'en présence d'actionnaires personnes morales et,
- ces mêmes juridictions recourent davantage à la théorie du voile social en présence d'actions en responsabilité contractuelle, que dans des procédures relatives à une action en responsabilité civile délictuelle (*tort*).

L'appréciation de ces conditions est cependant avant tout factuelle. La reprise de critères auparavant énoncés par les cours américaines ne garantit en rien un résultat favorable. Le résultat de l'action visant à percer le voile social est aléatoire. Seul le contrôle par la maison mère des opérations quotidiennes de sa filiale autorisera, certainement, une levée du voile social¹⁸⁷.

a) Absence de personnalité juridique propre de la filiale

Cette première condition peut être soutenue **lorsque la société mère (ou l'actionnaire majoritaire) exerce un contrôle excessif sur la direction, l'organisation et la prise de décision de la filiale**, supprimant ainsi toute indépendance des cadres et directeurs de cette dernière.

La jurisprudence démontre que l'absence de personnalité juridique propre de la filiale peut être démontrée en prouvant, par exemple, le non-respect de formalités légales (telle que l'absence des formalités relatives à l'assemblée générale ou au conseil d'administration, l'absence de comptabilité séparée...), l'absence de locaux, d'avoirs, d'employés propres à la filiale ou de relations commerciales avec d'autres que la société mère ou l'absence de capitalisation adéquate de la filiale.

Toutefois, pareille jurisprudence ne permet pas de déterminer le niveau de contrôle nécessaire pour faire abstraction de la personnalité juridique de la filiale et imputer ses actes à la société mère dont elle dépend. La seule certitude est que **ce contrôle doit être excessif et aller au-delà de ce qui est généralement considéré comme acceptable dans la pratique**. Il va sans dire que l'appréciation du juge est souveraine et qu'elle sera fonction des faits¹⁸⁸.

¹⁸⁶ S. Joseph, *op. cit.*, p. 130 ; R.B. Thompson, « Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study », *Cornell L. Rev.*, 1991, vol. 76, p. 1036 ; R.B. Thompson, « Piercing the Veil Within Corporate Groups : Corporate Shareholders as Mere Investors », *Conn.J.Int'l L.*, 1998-1999, vol. 13, pp. 379 suiv.

¹⁸⁷ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 498. Voir aussi : S. Joseph, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁸ V. Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 474.

b) Utilisation de la filiale par la société mère pour accomplir certains actes frauduleux

En ce qui concerne la seconde condition, il est également difficile de déterminer, sur la base de la jurisprudence, ce qu'il y a lieu de considérer comme des *actes frauduleux, injustes ou inéquitables au bénéfice de la société mère ou de l'actionnaire majoritaire*. L'appréciation par le juge sera à nouveau factuelle.

Une certitude cependant, la seule commission d'un dommage (« tort ») est insuffisante, dans la mesure où une faute intentionnelle est requise. La simple négligence ou imprudence ne peut constituer un acte frauduleux, il faut prouver que l'auteur de l'acte avait l'intention de le commettre.

c) Relation causale entre l'acte et le dommage

Quant à la troisième condition, la preuve de la relation causale entre l'acte et le dommage, est en pratique peu vérifiée.

* * *

Les conditions sont telles, que toute entreprise bénéficiant des conseils de professionnels peut aisément se prétendre simple investisseur et éviter ainsi une levée du voile social¹⁸⁹. Cette théorie est donc totalement insatisfaisante. Malgré ses limites, elle n'en a pas moins permis dans certaines affaires d'affirmer une responsabilité de la société mère de l'entreprise multinationale.

Ainsi, dans les affaires *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum/Shell* et *Doe v. Unocal*, la théorie de la levée du voile social invoquée par les parties demanderesse pour imputer la responsabilité des actes de filiales à leur maison mère a trouvé écho, de manière annexe et incidente, auprès de certaines juridictions.

→ Doe v. Unocal et al (Doe I)

Cette plainte assignait à la fois Total et Unocal devant les juridictions de l'Etat de Californie. En 2001, le juge américain a fait application de la doctrine de l'*alter ego*¹⁹⁰.

A l'égard de Total, la compétence personnelle du juge n'a pas été établie, faute d'avoir prouvé l'existence d'une relation d'*agency* ou d'*alter ego*. Il faut souligner que le test dit « d'*agency* » ou « d'*alter ego* » n'est utile, à ce stade et dans ces circonstances, que pour établir la présence de liens suffisants entre la société mère étrangère et le forum ; ce qui permet alors au juge américain de se reconnaître personnellement compétent (les motifs

¹⁸⁹ R.B. Thompson, « Piercing the Veil Within Corporate Groups : Corporate Shareholders as Mere Investors », *op. cit.*, p. 391.

¹⁹⁰ *Doe v. Unocal*, *op. cit.*, 2001, p. 926.

de la Cour concernant la relation d'agency sont développés *infra*). Le juge **refusa de considérer les filiales californiennes de l'entreprise Total comme ses alter-ego**, aux motifs que l'implication directe et active de la maison mère dans le processus de décision de ses filiales, bien qu'importante, était insuffisante pour établir une unité d'intérêt et de possession entre elles. Les formalités nécessaires au maintien de la séparation juridique avaient été respectées¹⁹¹. Les autres conditions n'ont pas fait l'objet d'un examen en l'espèce.

En revanche, la Cour d'appel de l'Etat de Californie établissait, dans son arrêt du 18 septembre 2002, que les éléments factuels en sa possession étaient suffisants pour tenir **Unocal** responsable des actes de ses filiales en Birmanie, lesquelles s'étaient rendues complices du recours par les militaires birmans au travail forcé. Unocal Pipeline Corp. et Unocal Offshore Co, les deux sociétés mises en cause, étaient les *alter-ego* de Unocal et, en conséquence, leurs actions lui étaient imputables. Pour se faire, elle se basait sur la sous-capitalisation de ces deux filiales et l'implication directe de Unocal dans leur direction¹⁹².

2. La théorie d'« agency »

La théorie classique de l'*agency* exige un accord conventionnel entre le principal supposé et l'agent, de manière telle que ce dernier agit au nom et pour le compte du premier¹⁹³.

Une filiale est l'*agent* de son parent s'il est démontré que les fonctions qu'elle exerce, en tant que représentant de l'entreprise, sont à ce point importantes **qu'en son absence, des prestations similaires devraient être accomplies par la société mère**. La présence de la filiale doit donc se substituer à celle de la société mère¹⁹⁴.

➔ Pour apprécier l'existence d'une relation d'*agency* et l'existence d'une présence continue de l'agent dans le forum, les juridictions de l'Etat de New-York retiennent traditionnellement plusieurs critères. Ce sont des **éléments factuels** tels que la possession d'un bureau, d'un compte en banque, d'autres biens ou d'une ligne téléphonique ainsi que l'entretien de relations professionnelles publiques ou la présence permanente d'individus dans l'Etat de New-York¹⁹⁵.

¹⁹¹ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2001, p. 927.

¹⁹² *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2002, pp. 14222-14223, note 30 : La question est abordée dans une note de bas de page de l'arrêt, après avoir établi que les éléments de faits permettait de considérer que les conditions nécessaires à une responsabilité sur base de l'ATCA (*actus reus* et *mens rea*) pour complicité de travail forcé étaient réunies.

¹⁹³ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 497, note 13. Voir aussi : S. Joseph, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁴ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2001 ; *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co, op. cit.*, 2000, p. 95.

¹⁹⁵ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co, op. cit.*, 2000.

L'existence d'une relation d'*agency* est établie à la condition que :

- (1) la société mère (principal) ait manifesté la volonté que la filiale (agent) agisse en son nom et pour son propre compte ;
- (2) la filiale (agent) ait accepté l'obligation et ;
- (3) chacune des deux parties se soient accordées pour que le contrôle des opérations soit dévolu à la société mère (principal).

Ainsi, la *common law* exige la preuve, non seulement, d'un « **contrôle** » **important de la société mère** sur la filiale, mais également d'une **transaction consensuelle** entre les deux entités soit un **consentement mutuel**. Si la première condition est généralement remplie dans le cadre d'une relation au sein d'un groupe de sociétés, il n'en demeure pas moins qu'elle devra être démontrée dans les faits. Quant à la seconde, elle est rarement rencontrée dans la mesure où elle exige que les parties aient, expressément, convenu que la filiale (agent) agirait pour le compte de la société mère (le principal)¹⁹⁶, alors même que de nombreuses filiales sont sciemment utilisées par la société mère pour échapper à sa responsabilité.

Dans les affaires *Unocal* et *Wiwa*, les juges vont cependant apprécier d'une manière autonome¹⁹⁷ l'application de cette théorie.

➔ **Bowoto v. Chevron**

Cet arrêt a permis de reconnaître l'applicabilité de la théorie de l'*agency* et celle de la *ratification theory* (théorie alternative de responsabilité qui tient le principal pour responsable de l'acte commis par l'agent en dehors de ses fonctions, s'il a exprimé son accord) à une action intentée dans le cadre de l'ATCA afin de déterminer la responsabilité d'une société mère pour les activités de sa filiale.

En mai 1998, des membres de la communauté Ilaje ont participé à une manifestation pacifique dirigée à l'encontre de la filiale nigériane de Chevron en raison des conséquences désastreuses de son exploitation pétrolière pour l'environnement et des atteintes aux intérêts économiques des communautés. La manifestation était organisée sur une plateforme pétrolière au large des côtes nigérianes. A cette occasion, plusieurs exactions – à savoir meurtres, actes de torture et traitement cruels, inhumains ou dégradants – ont été commises par les forces de sécurité du gouvernement du Nigéria.

Plusieurs théories de responsabilité ont été invoquées par les demandeurs, parmi elles figure celle de l'*agency*. Ils alléguaient que les forces de sécurité du gouvernement nigérian avaient agi en tant qu'agent de la filiale nigériane de Chevron, qui elle-même agissait en tant qu'agent de la société mère, Chevron Corporation, et de deux entreprises de Chevron domiciliées aux Etats-Unis, Chevron Investments, Inc., et Chevron U.S.A., Inc.¹⁹⁸. La société mère Chevron et ses filiales devaient être déclarées responsables pour avoir apporté leur soutien matériel et financier, pour avoir contrôlé les forces de sécurité nigérianes et pour avoir participé directement aux attaques.

¹⁹⁶ Restatement of Agency (Third) § 1.01 (Tentative Draft N° 2, Mar. 14, 2001).

¹⁹⁷ P.I. Blumberg, *op. cit.*, p. 499. Voir aussi : S. Joseph, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁸ *Bowoto v Chevron Texaco*, 2007 WL 2349336 (N.D. Cal. 2007), pp. 15-16.

Le juge américain a déclaré la plainte recevable sur le fondement de l'ATCA. Elle a accueilli favorablement la théorie d'*agency* développée par les demandeurs. Elle a affirmé qu'une relation d'*agency* peut se déduire du comportement des parties : son existence est en grande partie fonction des circonstances spécifiques de l'affaire¹⁹⁹. La Cour a reconnu qu'il existait des preuves suffisantes permettant d'établir que Chevron et ses filiales détenaient un « droit de contrôle » sur les forces de sécurité qu'ils ont engagées.

Si le dommage causé par l'agent doit avoir été effectué dans la limite des fonctions que le principal a confiées à l'agent pour que le principal soit déclaré juridiquement responsable²⁰⁰, la cour a précisé que le non-respect des termes du contrat par un agent **n'exonère pas nécessairement** le principal de sa responsabilité. Ainsi, le gouvernement nigérian a pu agir dans la limite des fonctions qui lui ont été attribuées même si le comportement litigieux n'a pas été autorisé par Chevron :

- dans la mesure où un lien pouvait être raisonnablement établi entre ce comportement et les tâches que Chevron avaient confié au gouvernement ou,
- dans la mesure où Chevron pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'un tel comportement se produise étant donné le passé violent des forces de sécurité.

En outre, si ce comportement n'entraîne pas dans le cadre des fonctions attribuées à l'agent, **l'accord des parties pouvait être trouvé dans une autorisation antérieure ou dans une ratification ultérieure**. Si la société mère (principal) avait ou aurait dû avoir connaissance des faits et a accepté le comportement de sa filiale (agent) mise en cause, elle est déclarée responsable de l'acte commis par son agent. **Deux éléments** sont requis : **la connaissance et l'acceptation**. L'acceptation d'un comportement précédemment non autorisé peut se matérialiser par :

- l'adoption du comportement de la filiale (agent) par la société mère (principal) comme « acte officiel » de l'entreprise ;
- l'aide fournie par la société mère (principal) à la filiale (agent) pour dissimuler le comportement frauduleux (Chevron corporation a publié de faux comptes-rendus des faits litigieux et a dissimulé les liens financiers unissant la filiale et les forces militaires) ;
- l'utilisation continue des services de la filiale (agent) par la maison mère (principal) après la commission du comportement litigieux ou,
- le fait que la société mère (principal) n'ait pas pris les mesures nécessaires pour enquêter ou faire cesser ce comportement²⁰¹.

Une maison-mère (principal) peut donc devenir responsable des activités exercées par une filiale (agent) qui n'agissait pas dans le cadre des fonctions autorisées par la maison-mère au moment des faits litigieux.

En novembre 2008, après un examen sur le fond de l'affaire, le jury n'a pas reconnu la responsabilité de Chevron et de ses filiales. Un appel a été formé devant la Court of Appeals of the Ninth Circuit. En septembre 2010, la Cour a confirmé la décision du jury en rejetant la plainte des demandeurs. En juin 2011, les demandeurs ont fait appel de cette décision

¹⁹⁹ *Bowoto 2004*, 312 F.Supp.2d at 1239.

²⁰⁰ *Ibid.*, 1239-1240.

²⁰¹ *Bowoto v Chevron Texaco*, Instructions to Jury, Case 3:99-civ-0506-SI, Doc. 2252, 28 novembre 2008, pp. 29-33, 37-39. Voir aussi : Restatement (Third) of the law of Agency, sec 4.06 (Ratification).

devant la Cour Suprême. La procédure est en cours et, à la date de la publication de ce guide, la décision n'avait pas encore été rendue.

Donc même en l'absence d'un accord exprès, une relation d'*agency* peut être créée si le principal a expressément ou implicitement endossé/couvert *a posteriori* les actes de sa filiale²⁰².

➔ **Doe I v. Unocal et al (Doe I)**

La jurisprudence de l'Etat de Californie considère qu'à partir du moment où le défendeur non-résident de l'Etat exerce un minimum de contacts avec le forum ou s'il exerce des activités « substantielles, continues et systématiques » au sein de ce forum, sa compétence personnelle sera établie, y compris si ses contacts au sein du forum n'ont aucun lien avec le litige. Selon les demandeurs, les filiales américaines de Total étaient ses agents. Ainsi Total entretenait des contacts avec le forum (l'Etat de Californie) grâce à ses organes subsidiaires présents aux Etats-Unis. Pour prouver l'existence d'une relation d'*agency*, ils invoquaient la mention des activités des filiales dans le rapport annuel de Total ; la détention indirecte d'action ; ainsi que l'exercice par Total d'un contrôle et d'une supervision indirects sur les activités de ses filiales ou holdings²⁰³. Le juge **refusa de reconnaître la qualité d'agents aux filiales** (californiennes ou non californiennes mais entretenant des contacts avec la Californie) de **Total** car leurs **activités de représentation dans le forum étaient inexistantes**²⁰⁴. Elle s'est donc déclarée incompétente.

➔ **Wiwa v. Royal Dutch Petroleum/Shell**

Sur la détermination de la compétence personnelle du juge américain

En 2000, la Cour de district de l'Etat de New-York s'est en revanche déclarée compétente pour statuer sur l'affaire dirigée contre Royal Dutch Petroleum Company (Pays-Bas) et Shell Transport and Trading Company (Royaume-Uni), au motif que deux de leurs agents étaient basés à New-York. Ceux-ci effectuaient des activités commerciales pour le compte des sociétés-mère. L'exercice d'activités continues et systématiques dans le forum, qui permet de remplir le critère du *doing business* ne doit pas nécessairement être effectué par l'entreprise étrangère elle-même. La jurisprudence de l'Etat de New York reconnaît sa compétence personnelle si une relation d'*agency* est établie entre cette entreprise étrangère et une entité présente dans l'Etat de New York. En l'espèce, le Bureau des relations d'investissement (Investor Relations Office) et James Grapsi son gestionnaire, tous deux localisés à New York, consacraient tout leur temps aux activités commerciales de Shell. Ces derniers remboursaient intégralement les dépenses du Bureau des relations d'investissement, notamment en termes de salaires, de locaux, d'électricité, des coûts de correspondance.

²⁰² S. Joseph, *op. cit.*, p. 132.

²⁰³ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 2001.

²⁰⁴ *Doe v. Unocal, op. cit.*, 1998, pp. 190 et suiv.

Quant à Grapsi, celui-ci attendait l'accord des défendeurs lorsqu'il s'agissait de prendre des décisions importantes. Ils ont donc été considérés comme les agents de Royal Dutch Petroleum Company et de Shell Transport and Trading Company à New York.

Sur la détermination de la responsabilité des maisons-mère

Dans son arrêt du 28 février 2002, elle a considéré que Royal Dutch Petroleum Company et Shell Transport and Trading Company (sociétés-mère) contrôlaient Shell Nigeria (filiale) et que les activités de cette dernière pouvaient leur être imputées, dans la mesure où les sociétés-mère n'étaient pas seulement **actionnaires de cette filiale**, mais étaient aussi **directement impliquées dans ses activités**. Elle en concluait que Shell Nigéria était, en ce qui concerne lesdites activités, l'agent des maisons-mère²⁰⁵.

➔ Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy²⁰⁶

En 2001 une plainte est déposée devant une Cour fédérale américaine contre Talisman Energy par l'Eglise presbytérienne du Soudan et plusieurs individus soudanais sur le fondement de l'ATCA. Les victimes accusent l'entreprise de complicité avec le gouvernement du Soudan, qui aurait commis de graves exactions contre les Soudanais non musulmans (à savoir génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre). Ces actes dirigés contre les habitants de la région où est situé le site pétrolier auraient facilité l'exploitation de la concession par l'entreprise canadienne, Talisman Energy.

Le juge considéra que les filiales américaines de l'entreprise étrangère Talisman **devaient être considérées comme ses agents**, en raison des nombreux liens existants entre elles, parmi lesquels :

- l'importance des activités menées à New York par Fortuna, filiale détenue à 100 %, pour le compte de la société mère ;
- l'identité de leurs dirigeants ;
- l'absence d'indépendance financière de la première ou ;
- leur localisation à la même adresse.

Par ailleurs, le juge se base aussi sur la présence de la société mère à la bourse de New York, considérant qu'il s'agit d'un élément factuel en faveur de la reconnaissance d'une compétence personnelle, à condition que d'autres contacts avec le forum soient établis²⁰⁷.

Le 12 septembre 2006, la Cour a déclaré la plainte irrecevable en raison du manque de preuves suffisantes. Le 2 octobre 2009, la *Court of Appeals for the Second Circuit* a confirmé cette décision. Pour la Cour d'appel, les demandeurs n'avaient pas établi que Talisman Energy avait **agi dans le but de soutenir les violations du droit international** commises par le gouvernement soudanais. Les victimes n'avaient pas prouvé que les paiements effectués par l'entreprise

²⁰⁵ *Wiwa v. Royal Dutch/Shell*, *op. cit.*, 2002, note 14 : ces considérations sont faites par la Cour dans le cadre d'une note de bas de page se rapportant aux arguments des demandeurs à l'action tendant à établir la responsabilité Royal Dutch/Shell pour la complicité de sa filiale avec les autorités nigérianes en raison de sa connaissance suffisante des actes en cause.

²⁰⁶ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan*, *op. cit.*, p. 331.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 330.

Talisman étaient directement destinés à l’approvisionnement en armes du gouvernement soudanais. Les éléments de preuves ont été jugés insuffisants. Dans cette affaire comme dans d’autres, la preuve de l’**élément intentionnel** constitue un **obstacle de taille pour les victimes**.

Cela étant, cette jurisprudence en matière d’*agency* et plus particulièrement la prise en considération de la présence de l’entreprise concernée sur la place boursière de New York, dans les affaires *Wiwa* et *Presbyterian Church*, est **porteuse d’espoir**, dans la mesure où de nombreuses entreprises multinationales étrangères remplissent cette condition. Elle devra, néanmoins, encore être confortée par d’autres éléments factuels.

Il n’en demeure pas moins que, les critères utiles pour établir la compétence personnelle étant fonction de la législation et de la jurisprudence de l’Etat de la juridiction saisie ainsi que des faits en cause, **l’incertitude quant à la compétence du juge à l’égard d’une entreprise multinationale étrangère est grande**²⁰⁸, à tel point que le risque de confiner l’applicabilité de l’ATCA aux seules entreprises nationales est bien réel.

Devant les juridictions des Etats membres de l’Union européenne...

Dans le cadre d’une procédure basée sur le Règlement 44/2001, la responsabilité de la société mère pour les faits de sa filiale **sera strictement fonction du droit national applicable**.

On peut traditionnellement distinguer deux mécanismes : la levée du voile social et la responsabilité directe de la maison mère au regard de la violation de son devoir d’exercer sa *due diligence* à l’égard de sa filiale.

1. La levée du voile social

Les différents exemples cités sont tirés du droit commercial et du droit de la concurrence. Leur analyse nous donne une idée des principes pouvant éventuellement régir la mise en jeu de la responsabilité d’une société mère pour violation des droits de l’Homme commises par ses filiales.

²⁰⁸ S.M. Hall, *op. cit.*, p. 408.

En matière commerciale

Aux Pays-Bas, les dettes contractées par une filiale peuvent être imputables à la société mère si :

- 1) la société-mère est l'actionnaire majoritaire de la filiale ;
- 2) la société mère savait ou aurait dû savoir que les droits des créanciers seraient violés ;
- 3) la violation est la conséquence d'un acte de la société-mère ou d'une profonde implication de cette dernière dans les actes de sa filiale et ;
- 4) la société-mère a échoué à prendre dûment en considération les intérêts des créanciers²⁰⁹.

Autrement dit, pour lever le voile social, il faut une profonde implication financière de la société-mère dans la filiale, ainsi qu'une connaissance par la société-mère de la violation des droits commise par la filiale.

La jurisprudence belge n'a qu'exceptionnellement fait application de la théorie de la levée du voile social, et ce dans d'autres domaines que le droit international des droits de l'Homme.

Le président du tribunal de commerce de Charleroi a en effet considéré, en tenant compte de la réalité économique du groupe, que l'influence de la société mère sur la gestion de sa filiale était suffisante pour lever le voile social et imputer à cette dernière les actes reprochés²¹⁰.

La doctrine belge majoritaire trouve le fondement juridique de l'imputation à la maison mère des actes de sa filiale, en cas de méconnaissance par la première des intérêts propres de cette dernière. Pour cela, le juge interprète la volonté des parties, se fonde sur le régime de la responsabilité extra-contractuelle ou sur le principe de bonne foi. C'est le cas d'un litige entre la filiale et la maison-mère, la première souhaitant que les faits qu'on lui reproche soient imputés à la maison-mère, en invoquant le fait qu'il ressortait clairement, par exemple, de la volonté des parties – filiale et maison-mère – que c'est la maison-mère qui pilotait toutes les actions de la filiale. Un autre fondement juridique invocable est la théorie de l'apparence. Lorsque le tiers est induit en erreur sur la personnalité du cocontractant, c'est-à-dire lorsqu'il a pu légitimement croire qu'il contractait avec la maison-mère alors qu'il l'a fait en réalité avec la filiale, la responsabilité du dommage qui en a résulté peut être imputée à la maison-mère. Ces mêmes bases juridiques permettent de déclarer une société fictive et de « lever le voile social » lorsque ladite société ne dispose d'aucune autonomie envers sa maison mère ou qu'il y a confusion des patrimoines²¹¹.

²⁰⁹ Pour la situation aux Pays-Bas, voir N. Jägers et M.-J. Van Der Heijden, *op. cit.*, pp. 840 et suiv.

²¹⁰ Prés. Comm. Charleroi, 5 février 1998, R.P.S., 1998, p. 443. Voir également : P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, pp. 629 et suiv.

²¹¹ T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. 1, 1996, Kluwer, Belgique, pp. 575 et suiv.

En matière de concurrence

La **jurisprudence européenne** désigna au départ la société mère comme auteur principal des infractions perpétrées par une de ses filiales sur le territoire communautaire lorsque cette dernière « bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère (considérant n° 15)²¹² ». La Cour de Justice ayant préalablement considéré que « la circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère (considérant n° 15)²¹³ ». Certains auteurs ont relevé que la compatibilité de cette décision avec le droit des sociétés nécessitait, afin de ne pas nier la personnalité juridique de la filiale, d'« établir la participation directe de la société mère aux actes et comportements incriminés et à démontrer que la filiale avait agi sur instructions précises et impératives de la société mère, la privant ainsi de son indépendance d'action²¹⁴ ».

Dans une affaire ultérieure, la Cour jugea qu'il fallait tenir compte de l'entité économique formée par la société mère (en l'espèce la société américaine C.S.C.) et sa filiale (société italienne I.C.I.), caractérisée par une « unité d'action évidente » dans le cadre de ses rapports avec l'entreprise Zoja. La Commission les avait considérés comme co-auteurs du délit d'abus de position dominante à l'encontre de cette dernière²¹⁵.

Plus récemment, la Cour de justice dans l'arrêt *Akzo Nobel*²¹⁶, le 10 septembre 2009, a considéré que la **maison-mère** qui détient à 100 % le capital d'une filiale est **présumée responsable** des agissements de cette dernière **sans y avoir participé, que ce soit directement ou indirectement**. La maison mère est présumée dans ce cas avoir « une influence déterminante sur le comportement de sa filiale ». Ce sera dès lors à elle d'apporter la preuve de l'autonomie de sa filiale dans la conduite de ses activités. Cette décision ne vaut qu'**en matière de pratiques anti-concurren-**

212 Voir CJCE, *Continental Can*, 21 février 1973, Rec. 1973, p.215. Cette affaire concernait l'achat, par la société Europemballage, d'actions émanant d'une société de droit hollandais, alors que le capital d'Europemballage était entièrement détenu par la société mère américaine Continental Can. La commission européenne avait retenu l'abus de position dominante contre la société mère ; elle estimait que cette dernière était l'auteur de l'infraction, « étant le seul actionnaire d'Europemballage, lequel détient 85 % du capital de S.L.W ». Elle précisa que Continental Can contrôlant ces deux entreprises, il y avait donc lieu « de lui imputer le comportement de celles-ci ».

213 *Ibid.* Dans le même sens : CJCE, *Affaire des fabricants de colorants*, Commission, 24 juillet 1969, J.O.C.E., n°L195, 7 août 1969 - CJCE, 14 juillet 1972, Rec., 1972, 619. L'article 85 du Traité de Rome est appliqué aux sociétés-mères.

214 B. Oppetit, « Groupes de société et droit du travail », *Rev. Soc.*, 1973, p. 69.

215 M. Delmas-Marty, « La responsabilité pénale des groupements », *Rev. Intern. dr. Pén.*, 1980, p. 52 ; CJCE, Zoja, Commission, 14 décembre 1972, J.O.C.E., n°L 299, 31 décembre 1972 ; CJCE, *Instituto Chimioteripaco Italiano Spa*, 6 mars 1974, Rec.1974, 223 ; CJCE, *Moët et Chandon*, 27 novembre 1981, J.O.C.E., n°L94, p.259.

216 CJUE, *Akzo Nobel*, 10 septembre 2009, Aff. n° C 97/08P.

tielles, cependant rien n’empêche qu’à l’avenir les décisions de la Cour de justice de l’Union européenne évoluent et étendent cette solution à d’autres hypothèses, notamment en matière de violations des droits de l’Homme.

Plusieurs difficultés apparaissent :

- la difficulté de prédire si ces différents enseignements, en matière commerciale et de concurrence, pourront être facilement exportés à la question de la violation extraterritoriale des droits de l’Homme ;
- prouver la levée du voile social en l’espèce est à charge des demandeurs, ce qui est particulièrement lourd à rapporter et,
- la possibilité de lever le voile social est une question factuelle, et pourrait inciter les sociétés-mères à ne plus exercer de contrôle sur leurs filiales afin d’échapper à la levée du voile social : moins une entreprise est impliquée dans la politique et les opérations de sa filiale, moins elle risque de se voir imputer les faits de cette dernière²¹⁷.

2. La responsabilité directe – due diligence²¹⁸

Le concept de *due diligence* (que l’on traduit généralement par devoir de diligence ou obligation de vigilance) est à la fois un mécanisme de *soft law* et un outil juridique. C’est le processus par lequel les entreprises non seulement veillent à respecter les lois nationales, mais également s’attachent à prévenir le risque de porter atteinte aux droits de l’Homme.

Un mécanisme de soft law

Le non-respect récurrent des droits de l’Homme par les multinationales a conduit l’ex-Représentant spécial des Nations Unies chargé de la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie (voir Section I du guide sur les mécanismes intergouvernementaux au sein de l’ONU), à développer ce concept de *due diligence*. A défaut d’une mise en jeu de la responsabilité juridique des entreprises multinationales à un niveau international, il encourage les entreprises multinationales à adopter les mesures nécessaires visant à identifier les impacts de leurs activités sur les droits de l’Homme, les prévenir et les atténuer. Les entreprises sont invitées à intégrer cette démarche dans leur politique managériale.

²¹⁷ N. Jägers et M.-J. Van Der Heijden, *op. cit.*, 2008, p. 842.

²¹⁸ Un autre principe peut être intéressant à développer dans le contexte de la responsabilité des entreprises pour comportement contraire en matière de droits de l’Homme et environnementale : **le principe de précaution**. Il vise les risques probables, non encore confirmés scientifiquement, mais dont la possibilité peut être identifiée à partir de connaissances empiriques et scientifiques. Pour les entreprises, il s’agirait de mettre en œuvre des mesures de gestion des risques. Ce principe est fortement utilisé en matière environnementale. Cependant il existe de nombreuses incertitudes quant à son application aussi bien aux décideurs publics qu’aux acteurs privés, d’autant que son application varie d’un Etat à l’autre.

Un concept juridique

En matière de responsabilité civile, le concept de *due diligence* est une notion juridique de droit américain ou plus largement de droit anglo-saxon. Le droit britannique adopte la notion de *duty of care* dont l'origine est jurisprudentielle. Ces deux concepts sont similaires : ils sanctionnent la négligence d'une personne physique ou morale pour manquement à son devoir de diligence. Le concept de *due diligence* est davantage une obligation procédurale ; celui de *duty of care* une obligation substantielle. Le niveau d'exigence est plus élevé dans ce dernier cas. Il s'agit donc de prendre toutes les précautions nécessaires et raisonnables pour éviter la survenance d'un dommage. A défaut, il y a manquement au devoir de diligence ou à l'obligation de vigilance. Dans notre hypothèse, la faute d'imprudence ou de négligence ou encore les omissions de la société-mère, dans sa relation à l'égard de ses filiales, constituent une violation des standards de la responsabilité civile. L'entreprise multinationale doit évaluer les risques d'atteintes aux droits de l'Homme, s'informer sur ses partenaires commerciaux et sur le contexte dans lequel elle exerce ses activités à l'étranger pour satisfaire son obligation de vigilance. Toutefois, en droit américain, le concept introduit une présomption en faveur de l'entreprise. La charge de la preuve revient à la partie adverse. Il constitue le plus souvent un moyen de défense pour l'entreprise qui souhaite échapper à toute condamnation. Ce peut être un obstacle à l'issue favorable d'une action fondée sur l'ATCA.

Les deux exemples suivants illustrent ce devoir légal de diligence raisonnable imposé aux entreprises multinationales dans la conduite de leurs activités à l'étranger.

→ **Lubbe v. Cape plc.**²¹⁹

Des travailleurs sud-africains reprochaient à la société mère britannique de n'avoir pris aucune mesure pour réduire les risques liés à l'exploitation minière alors qu'elle contrôlait sa filiale depuis le Royaume-Uni. Il s'agissait en l'espèce d'une violation du *duty of care* en vertu duquel l'employeur est tenu de procurer un environnement de travail sûr et sain à ses employés.

La Cour d'appel adhéra à l'argumentation du plaignant qui soutenait que le fait que les opérations en question n'étaient pas illégales au regard du droit sud-africain ne signifiait pas pour autant que la société défenderesse n'était pas négligente. La société mère aurait dû prendre en considération les connaissances scientifiques disponibles pour réduire les risques encourus. De plus, même si l'acte à la source du dommage avait eu lieu en Afrique du Sud et qu'il y avait de sérieuses raisons de croire que le litige puisse être entendu par les juridictions locales, les juges britanniques ont considéré que la direction de la société mère était responsable des décisions ayant entraîné la dégradation de la santé des travailleurs. Par conséquent, les violations des obligations ayant essentiellement eu lieu au

²¹⁹ *Lubbe et al. v. Cape plc, op. cit.*, 1998 ; *Rachel Lubbe et al. v. Cape plc, op. cit.*, 2000.

Royaume-Uni, la Cour a considéré que les victimes pouvaient porter leur action contre *Cape plc.* devant la High Court britannique²²⁰. L'affaire fut résolue en 2001 par une compensation offerte par l'entreprise aux travailleurs.

➔ L'affaire du OCENSA pipeline

L'affaire est portée devant les juridictions britanniques par un groupe de 70 fermiers colombiens contre la filiale colombienne de l'entreprise BP spécialisée dans l'exploitation du pétrole, BP Exploration Company (Colombie) Ltd (« BPXC »). La construction du pipeline à la fin des années 1990 par BPXC aurait sévèrement endommagé les terres des fermiers notamment par la contamination des sols et des ressources en eau qui rendent impropres leurs terres à l'exploitation agricole. L'affaire est en cours. Pour plus d'efficacité et de rapidité, les cas les plus représentatifs seront dorénavant sélectionnés. Certains demandeurs avaient conclu un contrat avec la filiale, et agissent de ce fait en rupture du contrat ; d'autres invoquent la négligence de l'entreprise qui n'aurait pas pris les mesures adéquates pour empêcher la survenance du dommage dans la conduite de ses activités.

Il sera donc intéressant de suivre les prochains développements de l'affaire au sujet du concept de négligence. Toutefois, un autre groupe de 53 fermiers colombiens avaient précédemment intenté une action contre BPXC en raison de dommages environnementaux résultant de la construction de ce pipeline. L'affaire fut interrompue par la conclusion d'un accord entre les deux parties, dont les termes sont restés confidentiels. BPXC n'a pas reconnu sa responsabilité.

Quelques illustrations supplémentaires

➔ Les juridictions néerlandaises en action : L'affaire Shell Nigéria²²¹

Deux fermiers nigériens Oguru et Efanga, habitants du village de Oruma de l'Etat Bayelsa situé au niveau du delta du Niger, ont intenté une action contre Shell devant les juridictions néerlandaises avec Milieudéfensie (Amis de la terre au Pays-Bas). Les terres agricoles proches de Oruma et l'eau potable ont été contaminées par la fuite du pipeline pétrolier exploité par Shell Nigéria. On compte d'autres dommages, dont : l'inexploitation des viviers, la destruction des forêts et l'atteinte à la santé des habitants d'Oruma et des alentours.

Ce n'est pas la première fuite de pétrole de grande ampleur à laquelle l'entreprise Shell a dû faire face au cours de ses activités au Nigéria. Entre 200 et 340 fuites par année ont

²²⁰ N. Jägers, *Corporate Human Rights Obligations in Search of Accountability*, Intersentia, Antwerpen/ Oxford/ New York, 2002, p. 207; R. Meeran, *op. cit.* 2000 pp. 258-261.

²²¹ Ces informations sont en grande partie extraites de : Milieudéfensie, « Documents on the Shell legal case », www.milieudéfensie.nl.

été répertoriées par Shell entre 1997 et 2008²²². Sur la période 1998-2007 Shell Nigéria est responsable de 38% de l'ensemble des fuites de pétrole imputables à Shell dans le monde²²³.

Le 8 mai 2008, les victimes ont notifié à Shell leur intention de mettre en jeu sa responsabilité devant les tribunaux néerlandais. Le 7 novembre 2008, Shell a fait l'objet d'une citation à comparaître, qui reprend en détails les faits litigieux. Avant que les juges n'étudient le fond de l'affaire, Shell a demandé à ce qu'un jugement soit rendu quant à la compétence des juridictions néerlandaises au regard des faits litigieux. Le 30 décembre 2009, le tribunal civil de La Haye s'est déclaré compétent. Le procès devait se tenir le 10 février 2010, mais a été ajourné. Les demandeurs ont réclamé davantage de temps pour s'y préparer. Les procédures judiciaires ont repris le 24 mars 2010. A cette occasion, les plaignants ont demandé à ce que Shell leur communique un certain nombre d'informations clés, au moyen d'une *motion for disclosure*²²⁴. Ces documents apporteraient des preuves supplémentaires permettant d'établir la responsabilité de Shell pour les agissements de sa filiale nigériane. Ils requièrent également la communication de certains documents spécifiques relatifs aux fuites pétrolières. En juin 2012, Shell a refusé de partager ces informations. L'affaire est en cours.

Sur la relation entre Shell et Shell Nigéria

La multinationale Royal Dutch Shell plc. (Shell) fonctionne comme une seule entité : les décisions sont prises au siège social et l'ensemble des filiales et partenaires doivent s'y conformer. La politique environnementale de Shell, matérialisée par un guide et l'adoption de standards « Health, Safety & Environment Policy » et « Global Environmental Standards », est mise en œuvre aux locaux du siège social, qui s'assure également de son respect. Ainsi, toutes les décisions relatives à la politique de la multinationale ont la faculté d'influencer la conduite des opérations de Shell Nigéria.

En tant qu'unique actionnaire, Shell exerce une influence directe et une autorité certaine sur la nomination des PDG de Shell Nigéria. Il était de leur responsabilité de nommer des dirigeants préparés et aptes à réparer ou du moins limiter les dommages pouvant résulter de l'exploitation pétrolière. Pour cette raison Oguru, Efang et Milieudéfensie ont entamé une procédure judiciaire à la fois contre Royal Dutch Shell plc. Et Shell Nigéria.

Sur la compétence de la juridiction néerlandaise

Shell Nigéria s'est opposé à sa comparution devant une juridiction néerlandaise aux côtés de Shell. Les deux entités ne seraient pas suffisamment liées pour permettre à la Cour de se reconnaître compétente à l'égard de la filiale Shell Nigéria. Oguru, Efang et Milieudéfensie ont fait référence à l'affaire *Freeport c. Arnoldsson* de la Cour de Justice des Communautés européennes, dans laquelle les juges ont considéré que l'absence de bureaux ou locaux d'une entreprise dans un pays ne fait pas obstacle à ce que cette entreprise soit traduite

²²² Milieudéfensie, « Factsheet oil spills in the Niger Delta », www.milieudéfensie.nl.

²²³ Royal Dutch Shell plc, « Financial and Operational Information 2003-2007: Delivery and Growth », www.faoi.shell.com.

²²⁴ Milieudéfensie, « Nigerian oil victims demand transparency from Shell via court », communiqué de presse du 24 mars 2010.

devant les tribunaux de cet Etat. L'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, prévoit qu'un défendeur peut être attrait, s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'entre eux à la condition que «les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément». Selon les juges luxembourgeois, le fait que des demandes introduites contre plusieurs défendeurs ont des fondements juridiques différents ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition.

Deux autres plaintes ont été introduites le 6 mai 2009 par deux nigériens, M. Chief Barizaa Dooh et M. Friday Alfred Akpan, avec *Mileudéfensie*. Il s'agit des affaires *Goi* et *Ikot Ada Udo*. *Shell* sera donc prochainement poursuivi pour des faits similaires devant les juridictions néerlandaises.

➔ **Guerrero c/ Monterrico Metals plc. & Rio Blanco Copper SA [2009]** **EWHC 2475 (QB)**

Monterrico, entreprise domiciliée au Royaume Uni, possède plusieurs filiales ; l'une d'elle, spécialisée dans l'exploitation des ressources en cuivre, est située dans le Nord du Pérou à Piura. Il s'agit de Rio Blanco Copper SA. Le projet de Monterrico serait de faire de cette exploitation l'une des 20 plus importantes mines de cuivre au monde, alors que les projets visant à exploiter les ressources en cuivre sont encore très peu développés dans la région. Les demandeurs, la plupart fermiers et agriculteurs péruviens, ont participé à la manifestation qui s'est tenue fin juillet-début août 2005 contre la réalisation du projet. Pendant la manifestation, 28 manifestants auraient été amenés de force sur le site de la mine où ils auraient été détenus et torturés pendant 3 jours. Certaines femmes auraient été sexuellement abusées et un homme serait mort de ses blessures. Les entreprises défenderesses ne contestent pas les excès de brutalité des forces de police durant la manifestation ni la détention de certains manifestants.

Devant les juridictions britanniques, les plaignants (représentés par Leigh Day et EDLC) demandent réparation à Monterrico, dont les agents sur place auraient dû intervenir pour empêcher que de tels abus soient commis ou/et seraient responsables des dommages corporels. Ils invoquent : la participation directe des deux co-directeurs de Monterrico aux faits litigieux ; le fait que Monterrico acceptait de gérer les risques inhérents au fonctionnement et au management de sa filiale et le contrôle effectif de Monterrico sur sa filiale péruvienne, à tel point qu'ils ne constitueraient qu'une seule entité. A la fois le mode de gestion des risques et le contrôle direct de Monterrico sur la filiale étaient affirmés dans les rapports annuels de la société mère.

Le 2 juin 2009, une injonction a été prononcée par le juge britannique pour geler les comptes bancaires de la société-mère. Les demandeurs ont ensuite demandé à la *High Court of Justice* que l'injonction soit prolongée. Le 16 octobre 2009, la juge a reconnu l'existence de preuves suffisantes et a dès lors affirmé que les demandeurs bénéficiaient d'un droit d'agir (*cause of action*). Le gel des comptes bancaires de l'entreprise a été accordé à hauteur de £7,4 millions (équivalent aux dommages et intérêts qui pourraient être dus). La juge a relevé, au cours

de son analyse, l'absence de contestation sur la base de l'article 2 du règlement 44/2001 de la part de Monterrico quant à la compétence des juridictions britanniques. Elle a fait référence à l'affaire *Owusu v. Jackson* en soulignant le fait que Monterrico était domicilié en Angleterre au moment où la plainte a été déposée. Elle a ainsi d'elle-même écarté la théorie du *forum non conveniens*. Le procès devait commencer en octobre 2011 à Londres mais les différentes parties ont conclu en juillet 2011 un accord transactionnel (confidentiel) qui permet aux victimes de recevoir des indemnités.

Le déséquilibre économique entre une multinationale et l'individu victime

Une question centrale doit être prise en considération : celle du déséquilibre inhérent à un litige opposant une multinationale à un individu, victime des agissements de l'entreprise, en termes de moyens, principalement financiers. Dans le contexte de la responsabilité des multinationales pour comportement contraire aux droits de l'Homme, une problématique récurrente est celle de la longueur de la procédure et du coût qui en résulte. Un procès peut parfois durer plus de 15 ans. Or, il existe un déséquilibre effectif entre les moyens déployés par une entreprise pour éviter toute décision judiciaire néfaste à sa réputation et ceux mis en œuvre par les victimes, personnes physiques, pour obtenir réparation. Cette inégalité des armes peut malheureusement influencer sur l'issue d'une procédure légale à la faveur de l'entreprise. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005 (requête n° 68416/01) illustre ce phénomène.

→ **Steel et Morris c. Royaume-Uni**²²⁵

Deux ressortissants britanniques, Helen Steel et David Morris, sans emploi, entretenaient des liens avec « London Greenpeace », groupe restreint sans rapport avec Greenpeace International, qui se consacrait principalement à des questions environnementales et sociales. En 1986, le groupe London Greenpeace élaborait et diffusait un tract de six pages intitulé « *Ce qui ne va pas avec McDonald's* » – tract affirmant notamment que la multinationale vend une nourriture nocive pour la santé, porte atteinte à l'environnement, impose des conditions de travail indignes à ses salariés et que sa publicité vise abusivement les enfants.

London Greenpeace n'était pas une personne morale. Il était donc impossible de le poursuivre devant la justice. Après avoir enquêté et infiltré le groupe pour découvrir les responsables de cette campagne, McDonald's Corporation (« McDonald's Etats-Unis ») et McDonald's Restaurants Limited (« McDonald's Royaume-Uni ») assignèrent Helen Steel et David Morris pour diffamation et demandèrent réparation devant la « High Court of Justice » à Londres. Ces derniers se virent **refuser l'aide judiciaire** et assurèrent donc eux-mêmes leur défense tout au long de la procédure en première instance et en appel, bénéficiant seulement de l'assistance d'avocats bénévoles. Ils soutiennent avoir été **sérieusement handicapés par le manque de**

225 CEDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, n° 68416/01.

ressources, non seulement en ce qui concerne le conseil et la représentation juridiques, mais aussi pour les questions d'ordre administratif ainsi que la recherche, la préparation et les frais afférents aux experts et aux témoins. Tout au long de la procédure, McDonald's corporation fut représentée par des conseils (*leading counsel* et *junior counsel*) expérimentés en matière de droit de la diffamation, ainsi que par un et parfois deux *solicitors* et d'autres assistants. Le procès se déroula devant un juge unique du 28 juin 1994 au 13 décembre 1996. Il y eut 313 jours d'audience (soit le procès le plus long de l'histoire judiciaire anglaise). En appel, la Cour d'appel rejeta la majorité des thèses de Helen Steel et David Morris sur les moyens généraux de droit et de manque d'équité. Les dommages-intérêts alloués par le juge de première instance furent ramenés de 60 000 GBP au total à 40 000 GBP au total. Helen Steel et David Morris ne furent pas autorisés à saisir la Chambre des Lords. McDonald's n'a pas cherché à faire exécuter la décision lui allouant des dommages-intérêts.

Helen Steel et David Morris ont introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme contre le Royaume-Uni pour violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (droit à un procès équitable). D'après la jurisprudence de la Cour, la question de savoir si l'octroi d'une aide judiciaire est nécessaire pour que la procédure soit équitable doit être tranchée au regard des faits et circonstances particuliers de chaque espèce et dépend notamment de la gravité de l'enjeu pour le requérant, de la complexité du droit et de la procédure applicables, ainsi que de la capacité du requérant de défendre effectivement sa cause. La Cour conclut à la violation de l'article 6§1. Pour elle, le « fait que les requérants n'aient pas bénéficié d'une aide judiciaire les a privés de la possibilité de défendre effectivement leur cause devant la justice et a entraîné une **inégalité des armes inacceptable** avec McDonald's »²²⁶.



➤ Sur la gauche, Pablo Fajardo, avocat équatorien dans le procès (class action) contre Chevron/ Texaco et gagnant du prix Goldman Prize 2008 avec Luis Yanza pour leur combat avec leur ONG Frente de Defensa de la Amazonia. © Natalie Ayala

²²⁶ *Ibid.*, § 72.

ANNEXE

Un aperçu de la procédure américaine...

* * *

Royaume-Uni mis à part²²⁷, une procédure devant une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne se différencie largement de celle devant les juridictions américaines, puisqu'au niveau européen, elles restent soumises à la législation nationale. Dans ce contexte, il est dès lors difficile d'en dresser un aperçu. Par conséquent, cette annexe s'attachera principalement à décrire les aspects de la procédure américaine. Toutefois une tendance générale peut être relevée : l'absence de procédure de discovery au sein des Etats membres de l'Union européenne.

Dans un premier temps, il est utile de rappeler, en ce qui concerne le **rôle de la victime dans la procédure civile américaine**, que cette procédure est accusatoire. Ceci signifie que le rôle des parties est prédominant par rapport à celui du juge²²⁸. Ce sont les parties qui dirigent le procès, décident de la manière dont celui-ci va se dérouler, et apportent les preuves des faits qu'elles allèguent. Le juge n'a qu'un rôle de contrôle du respect de la procédure (*gatekeeper*), la décision finale du procès revenant aux jurés.

Dans notre hypothèse, les victimes de violations des droits de l'Homme par des entreprises multinationales ont généralement nettement moins de moyens matériels et financiers que leurs adversaires pour enquêter et apporter les preuves des faits et dommages qu'elles allèguent. Afin de contrebalancer ce type de déséquilibre, l'article 26 du *Federal Rules of Civil Procedure* dispose que chacune des parties peut exiger de l'autre qu'elle lui transmette toute information utile. C'est ce qu'on appelle la **procédure de discovery**. Ce mécanisme de recherche des preuves permettant au demandeur de se procurer, sur décision judiciaire, auprès du défendeur ou de tiers, les éléments nécessaires à son action. Les victimes peuvent ainsi exiger des entreprises qu'elles leur remettent certains documents, même si ceux-ci les incriminent directement²²⁹. Le non respect de cette procédure peut être sévèrement sanctionné par le juge qui peut appliquer le **contempt of Court** (outrage à magistrat) entraînant des sanctions pécuniaires parfois très lourdes.

²²⁷ Pour une comparaison avec la procédure en vigueur au Royaume-Uni, voir : M. Byers, *op. cit.*, 2000, p. 244.

²²⁸ Sur la procédure américaine, voir aussi: Earthrights International, *op. cit.*, 2006, pp. 51 suiv.

²²⁹ A. Blumrosen Bernard-Hertz-Bejot, « Conférence de consensus sur l'expertise judiciaire civile, Groupe d'analyse des textes - L'expertise judiciaire et civile en droit américain », 2007, p. 3.

La charge de la preuve au sein des Etats membres de l'Union européenne

Hormis le Royaume-Uni, la démonstration de la responsabilité de l'entreprise multinationale dans la réalisation du fait dommageable doit souvent être faite par la victime, alors même que l'ensemble des documents et autres preuves matérielles sont soit entre les mains de la société mère, soit de sa filiale ou de son sous-traitant localisé(e) à l'étranger. Il en va de même des témoins potentiels. Il n'existe pas d'équivalent à la procédure de *discovery*. L'inégalité entre demandeur et défendeur sera alors d'autant plus flagrante que ce dernier dispose, en général, de moyens financiers et logistiques illimités. Un système d'aide juridique (partiellement) gratuite est toutefois généralement mis en œuvre dans la majorité de ces Etats membres.

Si certaines règles procédurales américaines constituent des obstacles potentiels à un procès sur la base de l'ATCA d'autres, à l'instar de la procédure de *discovery*, représentent plutôt des **avantages par rapport aux règles existantes en la matière en Europe**. Quels sont-ils ?

► AVANTAGES

- La possibilité d'introduire une action au nom d'un groupe de personnes (*class action*) ou de l'introduire en protégeant l'identité du demandeur ;
- La possibilité de **modifier ou compléter l'action** en fonction des informations recueillies dans le cadre d'une procédure de *discovery* ;
- La tenue du procès même en l'absence du défendeur à l'action, à condition que la compétence personnelle soit établie (*default judgment*) ;
- **L'indépendance de la procédure civile** par rapport à une éventuelle procédure pénale (l'adage *le pénal tient le civil en état* n'est pas d'application²³⁰) ;
- Le calcul des honoraires des conseils proportionnellement au montant des éventuelles condamnations prononcées ou accords amiables conclus (*contingency fees*) ;
- L'existence de *public interest lawyers* travaillant avec des facultés de droit ou des cabinets privés intervenant gracieusement ;
- L'octroi de dommages et intérêts élevés attribués par les **jurys populaires** ;
- L'absence de prise en charge par le « perdant » des frais de l'autre partie (*no penalty for losing*) ;
- La possibilité d'obtenir des dommages et intérêts compensatoires et punitifs, ainsi que des injonctions de la Cour demandant des changements de pratiques (les dommages punitifs ont pour objectif de punir le défendeur pour les actes commis mais aussi de décourager d'autres de porter de tels actes) et,

²³⁰ Cet adage implique deux règles : le sursis au jugement de l'action civile ; l'autorité au civil de la chose jugée au pénal.

- L’absence d’indemnités pour « **propos téméraires et vexatoires**²³¹ » (si l’action qu’une partie engage vis-à-vis d’une autre partie est déclarée téméraire et vexatoire, elle donnera lieu à des dommages et intérêts pour cette autre partie – il peut s’agir d’une action intentée de manière irréfléchie, par légèreté ou imprudence, ou encore d’une action sans fondement juridique).

► **DÉSAVANTAGES/OBSTACLES**²³²

- La difficulté d’établir la compétence personnelle du juge américain saisi (*personal jurisdiction*) à l’égard d’une entreprise pour les actes de ses filiales ou établissements secondaires (et vice-versa), en particulier lorsque ces entreprises font parties de groupes plus importants à nationalité multiple ;
- La doctrine du *forum non conveniens* ;
- Les doctrines de l’*act of state* et de la *political question* ;
- Les obstacles pratiques à la **reconnaissance et à la mise en œuvre à l’étranger des décisions obtenues devant les cours américaines** (en raison de la difficulté des gouvernements étrangers à accepter l’extraterritorialité de la compétence des juges américains ainsi que le caractère perçu parfois comme excessif des dommages compensatoires et punitifs décidés par les juges américains) et la **réticence des juridictions américaines à reconnaître et appliquer des décisions étrangères**. Ces obstacles sont d’autant plus sévères qu’il existe peu d’accords d’exécution entre les Etats-Unis et d’autres Etats²³³. Ces restrictions imposent que les plaignants envisagent, à l’avance, les juridictions étrangères devant lesquelles ils entendront faire exécuter la décision américaine, de manière à formuler leur plainte de la meilleure manière possible pour assurer son exécution dans l’Etat en question.
- Les Etats-Unis n’ont pas prévu constitutionnellement ou légalement le droit à être assisté par un avocat dans la plupart des affaires civiles. Il n’existe en outre pas de système organisé d’**aide légale** ; cette aide est fournie gratuitement par certains avocats et ONG, mais pas par le gouvernement fédéral ;
- Il n’y a pas de principe permettant au plaignant obtenant gain de cause de se voir **rembourser ses frais de procédure**, sauf dans quelques cas déterminés et,
- Enfin, des interprètes certifiés ne peuvent pas être désignés par la Cour, sauf si le gouvernement est plaignant.

* * *

²³¹ B. Stephens and M. Ratner, *op. cit.*, 1996, pp. 45, 179 suiv, 208 suiv, 391 suiv. ; B. Stephens, *op. cit.*, 2002, pp. 14 suiv.

²³² Oxford Pro Bono Publico, *op. cit.*, pp. 304 et 310.

²³³ *Ibid.*, pp. 325 suiv.

Le Règlement 44/2001 permet d'assigner devant une juridiction d'un Etat de l'Union européenne une entreprise multinationale en responsabilité civile, sur la base de règles de compétence alternatives que nous avons évoquées.

Pour le surplus, le Règlement 44/2001 ne permet de déterminer ni la loi applicable à l'action en responsabilité civile, ni les règles de procédure. Il faut pour cela s'en référer au Règlement Rome II et/ou au droit national de la juridiction saisie. Applicable notamment à l'ensemble des actions en responsabilité civile, **le Règlement 44/2001 ne prend pas en compte la spécificité de la matière qui nous préoccupe**. Il représente certes toutefois une opportunité d'action sur le territoire européen à ne pas négliger.

Ce tableau dressé, force est de constater que **l'ATCA présente a priori de nombreux avantages dont ne peut se prévaloir la législation européenne**. Elle donne expressément compétence aux juridictions fédérales américaines pour connaître de toute action en responsabilité civile, introduite par un étranger, victime d'une violation du droit international. La jurisprudence a permis d'interpréter largement les différentes conditions à l'action et, notamment, d'affirmer la compétence du juge américain en ce qui concerne les actions en responsabilité civile introduites à l'égard d'entreprises multinationales pour violation du droit international des droits de l'Homme dans le cadre de leurs activités à l'étranger. Elle a aussi admis l'application du droit international en tant que loi applicable au litige et développé une approche libérale en matière de levée du voile social. En outre, la procédure en vigueur est particulièrement favorable à pareille action : ainsi, la possibilité d'attirer une entreprise multinationale qui n'est pas domiciliée sur le territoire, l'existence d'une *class action*, la procédure de *discovery* ou encore le système de *contingency* applicable à la rémunération des avocats.

En pratique, **une procédure sur la base de l'ATCA reste toutefois emprunte à de nombreuses difficultés et incertitudes qui la rendent très aléatoire**, voire, selon certains, compromise d'emblée. Les conditions substantielles à pareille action en responsabilité civile, et particulièrement celle relative à la violation du droit international, sont difficiles à rencontrer. De nombreux obstacles procéduraux limitent la compétence quasi-universelle ainsi octroyée en exigeant un rattachement territorial du litige, que ce soit via la compétence personnelle ou le *forum non conveniens*, ou en recherchant l'absence d'interférence avec la politique étrangère américaine. Tout cela rend les procédures longues et coûteuses pour les victimes.

En outre, malgré une évolution jurisprudentielle globalement très favorable à l'affirmation du droit à un recours sur le territoire américain pour les victimes d'une violation du droit international, il n'en demeure pas moins que **subsistent de nombreuses controverses jurisprudentielles et doctrinales sur l'application et l'opportunité d'une législation telle que l'ATCA**. Par ailleurs, l'administration *Bush*, soutenue par certains lobbies industriels, avait tenté de limiter la portée de l'ATCA en remettant en cause ses fondements et/ou d'en limiter l'application

ce qui devait être l'intention originelle du législateur. Cependant, le Président américain Obama a nommé, le 25 juin 2009, un nouveau conseiller juridique à la tête du département d'Etat en charge des affaires juridiques (*Legal adviser of the Department of State*), Harold Hongju Koh, connu pour avoir constamment encouragé une utilisation extensive de l'ATCA dès les années 90 et particulièrement lorsque l'administration Bush manifestait son opposition. La position stratégique qu'occupe Harold Koh au sein de l'administration Obama pourrait laisser donc supposer une évolution plus favorable à l'application de l'ATCA.

Aucune procédure n'est encore arrivée à son terme. L'affaire la plus emblématique, *Doe v. Unocal*, s'est soldée par une transaction financière entre les parties sans que le fond de l'affaire n'ait fait l'objet d'un examen juridictionnel. De nombreuses actions et questions restent pendantes. Malgré cette absence de condamnation effective, certains auteurs ont insisté sur l'intérêt des actions introduites sur la base de l'ATCA. Ils relèvent entre autres le fait que l'ATCA fournit un *forum* devant lequel les victimes peuvent dénoncer publiquement les violations subies, que cela contraint les entreprises à répondre de leurs actes devant une juridiction indépendante et à dévoiler certaines pièces utiles via la procédure de disclosure, et que l'impact sur la réputation des entreprises joue ainsi un rôle préventif.²³⁴

Malgré tous ces obstacles, il reste pertinent de **s'inspirer** de l'ATCA notamment au niveau du contenu et des principes qu'elle véhicule et de tirer des enseignements de la pratique qu'elle génère pour **construire un modèle de responsabilité civile adapté et répondre ainsi aux enjeux de la mondialisation**. Quant au **droit européen**, celui-ci offre des **possibilités de réel succès** dans les contentieux engagés sur le fondement des règles communautaires de compétence territoriale et d'application de la loi au fond. A cet égard le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire du Tramway de Jérusalem sont significatifs; de même que la décision rendue par la juridiction néerlandaise dans l'affaire Shell au Nigéria. La pratique permettra d'en tirer les conséquences.

Ainsi, en l'absence d'un système juridique véritablement performant, il importe de **développer la coordination entre avocats et ONG**, d'approfondir les activités de **plaidoyer** et de trouver les moyens d'**augmenter les contentieux** liés aux violations des droits de l'Homme commises par les entreprises multinationales pour faire évoluer le droit.

²³⁴ Voir notamment : H. Ward, « Governing Multinationals : the role of foreign direct liability », Briefing Paper, Energy and Environment Programme, New Series n°18 February 2001 ; D. Kirkowski, « Economic Sanctions vs. Litigation under ATCA: U.S. Strategies to Effect Human Rights Norms; Perspectives from Burma », Working Paper, 2003.

POUR PLUS D'INFORMATION

- International Commission of Jurists, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes- Corporate complicity & legal accountability, vol. 3 : civil remedies, Genève, 2008.
 - International Commission of Jurists, Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations, Poland, Genève 2010
 - International Commission of Jurists, Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations: South Africa, Genève 2010
 - Oxford Pro Bono Publico, Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse – A Comparative Submission Prepared for Prof. John Ruggie, UN SG Special Representative on Business and Human Rights, 3 Novembre 2008, www.law.ox.ac.uk/opbp
 - L. Boy, JB Racine, F. Siirainen, *Droits économiques et droits de l'homme*, Larcier, Belgique, 2009.
 - Earthrights International, *Transnational Litigation Manual for Human Rights and Environmental Cases in United States Courts – A resource for Non-Lawyers*, Rev. Sec. Ed., 2006.
 - Business and Human Rights Resource Centre, Corporate Legal Accountability Portal : www.businesshumanrights.org/LegalPortal/Home
 - Center for Constitutional Rights www.ccrjustice.org
 - Earthrights International www.earthrights.org
 - Environmental Defender Law Center, Corporate Accountability www.edlc.org
-

PARTIE II

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE EXTRATERRITORIALE DES SOCIÉTÉS MULTINATIONALES POUR VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME

La propension de certaines entreprises à participer à des activités criminelles graves est avérée. Elles ont été employées à plusieurs reprises dans l'histoire par des dictateurs, des armées rebelles voire des groupes terroristes pour asseoir leurs crimes²³⁵. L'élaboration et l'exploitation, par certaines entreprises de produits chimiques toxiques utilisés lors de récents conflits armés (ex-Yougoslavie)²³⁶, ainsi que les « pactes de connivence » – pratiques de corruption – entre les entreprises étrangères et les pouvoirs locaux²³⁷ sont des infractions fréquemment dénoncées.

En Afrique du Sud, la Commission Vérité et Réconciliation jugea, sans équivoque et après avoir initié en novembre 1997 des auditions relatives à l'implication des acteurs économiques dans la politique d'apartheid²³⁸, que les entreprises avaient matériellement soutenu ce crime institutionnalisé ; qu'elles avaient joué un rôle central en soutenant une économie qui a maintenu l'État sud-africain durant l'apartheid, qu'elles avaient puisé un bénéfice substantiel du système de privilèges raciaux, allant jusqu'à affirmer que certaines entreprises, notamment dans le secteur minier, avaient contribué à l'élaboration et la mise en oeuvre des politiques d'apartheid²³⁹. Or, dix ans plus tôt, l'Assemblée générale des Nations unies condamnait déjà l'apartheid en qualifiant ce phénomène de crime contre l'humanité dès lors qu'il s'agit d'un recours massif et systématique à la discrimination raciale. La Convention des Nations unies sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973 quant

²³⁵ Ainsi, par exemple, les entreprises Ford et Mercedes Benz, accusées de complicité dans la dictature argentine dans la seconde moitié des années 70, furent accusées d'avoir livré leurs travailleurs aux répresseurs et d'avoir maintenu dans leurs fabriques des détachements militaires. Les entreprises ont également été complices des crimes les plus graves pendant la seconde guerre mondiale. D. Vandermeersch, « La dimension internationale de la loi », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique* / sous la dir. M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2005, p. 243.

²³⁶ D. Baigun, « Reponsabilidad penal de las transnacionales », Genève, 4-5 mai 2001, CETIM/AAJ, pp. 3-4.

²³⁷ Voir notamment Global Witness, « L'heure est à la transparence », Rapport du 24 mars 2003.

²³⁸ La Commission « Vérité et Réconciliation » n'avait pas le pouvoir de condamner pénalement les perpétrateurs de violations de droits de l'Homme, mais pouvait en revanche prononcer une amnistie. Les « Business Hearings » ont permis d'examiner le rôle des acteurs économiques, du gouvernement et des syndicats. Plusieurs secteurs de l'économie ont été auditionnés. Sur ce processus, voir: B. Lyons, « Getting to accountability : business, apartheid and human rights », *N.Q.H.R.*, 1999, pp.135 suiv.

²³⁹ Voir Commission « Vérité et Réconciliation », Final Report, Vol.4, Chapter 2, § 161.

à elle, établissait en outre que sont « criminelles les **organisations, institutions** et individus qui commettent des crimes d'apartheid »²⁴⁰.

Cette capacité des entreprises à violer le droit international humanitaire n'est, jusqu'à ce jour, pas accompagnée de la consécration de leur responsabilité pénale devant les juridictions internationales. On a assisté en revanche, aux lendemains de la seconde guerre mondiale²⁴¹, à la reconnaissance croissante du principe de la responsabilité pénale des personnes morales dans les législations nationales, de nombreuses conventions internationales et instruments régionaux invitant les États à légiférer en ce sens. Le 20^e siècle a vu en effet s'accroître le nombre et la taille des entreprises, au point que la vie sociale et politique apparaît largement influencée par le comportement de celles-ci. À leur implication accrue dans les relations sociales correspond proportionnellement une implication plus importante dans des activités criminelles.

De nombreuses personnes estiment que l'instauration d'un régime autorisant la responsabilité pénale des entreprises, au-delà de celle des individus qui y travaillent ou la dirigent, rendra la poursuite et la répression plus efficace et plus juste²⁴².

En effet, la difficulté voire l'impossibilité d'identifier la (ou les) personne(s) physique(s) personnellement et pénalement responsable(s), malgré une analyse sérieuse de l'organigramme de l'entreprise, de sa structure interne, des notes de service, des contrats de délégation de pouvoirs et des mandats écrits, mène fréquemment à une double impasse: l'impunité au bénéfice de la société ou, à l'inverse, l'infliction d'une peine aux supérieurs hiérarchiques – au seul nom de la position qu'ils occupent – et sans qu'aucune faute personnelle ne puisse leur être reprochée²⁴³. Il arrive régulièrement que le juge désigne, de manière purement fonctionnelle, le dirigeant d'une entreprise comme pénalement responsable, alors qu'il

²⁴⁰ Voir art. I(2) de la Convention des Nations-unies sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid adoptée le 30 novembre 1973, entrée en vigueur le 18 juillet 1976. La responsabilité pénale directe des personnes peut donc être engagée internationalement sur cette base. Plusieurs propositions de Protocole, jamais abouties, furent déposées en vue de créer un Tribunal international avec compétence sur les personnes morales, les entreprises multinationales y étant particulièrement visées. Voir A. Clapham, « The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons », in *Liability of Multinational Corporations under International Law* / sous la dir. de M. T. Kamminga et S. Zia-Zarif, Kluwer Law Intrenational, The Hague/London/Boston, p.173.

²⁴¹ G. Stessens, « Corporate criminal liability a comparative perspective », I.C.L.Q. 1994, (493), 493 ; R. Roth, « La responsabilité pénale des personnes morales », in *La responsabilité. Aspects nouveaux* (Travaux de l'association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française), Tome L., L.G.D.J., 1999, pp. 683 et suiv.

²⁴² N. Rontchevsky, « Rapport français » in *La responsabilité. Aspects nouveaux* (Travaux de l'association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française), Tome L., 1999, L.G.D.J., p.741.

²⁴³ M. Delmas-Marty, « La responsabilité pénale des groupements », *Rev. Intern. dr. Pén.*, 1980, pp.39-41 ; A. De Nauw, « La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge », note sous Cass., *R.C.J.B.*, 1992, p.570. A titre exemplatif, au sein des sociétés anonymes, les pouvoirs sont exercés par un organe collégial et excepté s'il y a une délégation particulière, aucun des membres ne disposent d'un pouvoir de décision à titre individuel.

était unanimement admis que les dimensions importantes – et plus encore lorsqu’il s’agissait d’un groupe international de sociétés – de l’entreprise multinationale ne permettent pas d’en contrôler l’ensemble des activités²⁴⁴. Il paraît dès lors indispensable d’instaurer une **responsabilité pénale de l’entreprise, sans pour autant éclipser les responsabilités pénales individuelles** lorsqu’elles sont identifiées.

Par ailleurs, à certains égards, la responsabilité pénale des entreprises serait plus « prometteuse » que la responsabilité civile, car :

- Elle offre l’avantage de **décharger théoriquement la victime** de tout élément de preuve ;
- Elle a un plus **grand effet de dissuasion** contre la répétition des violations dans l’avenir, spécialement lorsque la sanction imposée à l’entreprise n’inclut pas uniquement des amendes, mais aussi la confiscation de certains avoirs voire la **fermeture** des branches de l’entreprise impliquées dans l’infraction ;
- Certains délais de prescription – spécialement en matière de violations graves du droit international humanitaire (crimes imprescriptibles) – sont en outre plus longs en matière pénale.

Il ne faut en revanche pas négliger le fait que le niveau de preuve exigé est (plus) élevé – et donc la preuve plus difficile à établir – tant au pénal qu’au civil, puisque dans le premier cas, le suspect pourra être acquitté au bénéfice du doute. Par ailleurs, la lenteur problématique de certaines procédures pénales pourrait parfois empêcher l’aboutissement des affaires.

²⁴⁴ Cette tendance s’illustre notamment en Belgique. Voir Roger-France, « La délégation de pouvoir en droit pénal, ou comment prévenir le risque pénal dans l’entreprise ? », J.T., 2000, p.258.

CHAPITRE I

Les poursuites pénales à l'encontre des entreprises multinationales devant les juridictions internationales

A. Tribunaux pénaux internationaux ad hoc

B. Cour pénale internationale

* * *

Les juridictions pénales internationales sont de deux ordres : les Tribunaux pénaux internationaux (TPI) ad hoc qui sont des juridictions temporaires, et la Cour pénale internationale (CPI), juridiction permanente.

A. Les tribunaux pénaux internationaux ad hoc

Les TPI sont des juridictions non permanentes créées par le Conseil de Sécurité, sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, relatif à l'*action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression*.

Plusieurs TPI ont été créés par la Conseil de Sécurité :

- Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), en 1993 ;
- Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), en 1994.

Plus récemment, les Nations unies ont, avec les États concernés, créé des tribunaux pénaux mixtes (dont la création, la composition et le fonctionnement sont assurés autant par les Nations unies que par l'État en question) :

- Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), en 2002 ;
- Les Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens (CETC), en 2004 ;
- Le Tribunal spécial pour le Liban (TSL), en 2007.

Les premiers tribunaux *pénaux ad hoc* ont été créés au lendemain de la seconde guerre mondiale, pour juger les criminels internationaux, principalement allemands et japonais :

- Le Tribunal militaire international de Nüremberg, créé en 1945 par un accord entre les États-Unis, le Royaume-Uni, l'URSS et la France ;
- Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, créé en 1946.

Les statuts des juridictions internationales (actuellement en fonction) chargées de la répression des violations graves du droit international humanitaire, n'envisagent aucune possibilité de poursuivre pénalement des personnes morales publiques ou privées. Leur compétence est limitée aux personnes physiques (agents de l'État

ou personnes privées), coauteurs, complices ou instigatrices, et représentant la personne morale²⁴⁵. Seuls les dirigeants d'entreprise (et non les entreprises comme personnes morales) peuvent ainsi être poursuivis.

Plusieurs procès qui suivirent la fin de la seconde guerre mondiale ont débouché sur la condamnation d'industriels pour crimes graves ou complicité dans la commission de crimes graves:

- 1947-1948 : *The United States of America v. Alfred Krupp, et al.* Ce procès a conduit à la condamnation de plusieurs membres de la famille Krupp (industrie de l'armement) pour crime contre la paix et crime contre l'humanité.
- 1947-1948 : *The United States of America v. Carl Krauch, et al.* Ce procès a débouché sur la condamnation de plusieurs industriels du groupe chimique allemand IG Farben, producteur du gaz Zyklon B, pour crime de guerre et crime contre l'humanité.

➔ Les acteurs économiques privés devant le TPIR

La Cour d'appel du TPIR a confirmé le 16 novembre 2001 la sentence d'emprisonnement à vie – rendue en première instance le 27 janvier 2000 - contre l'ancien directeur de l'usine à thé de Gisovu (préfecture Kibuye, ouest du Rwanda), Alfred Musema, pour crime de génocide et d'extermination entendue comme crime contre l'humanité (Affaire ICTR-96-13-I). Alfred Musema, le plus grand employeur de la région, prêtait les véhicules, employés et chauffeurs de son usine pour transporter les tueurs sur le lieu des massacres au Rwanda²⁴⁶.

Dans la décision de la Chambre de première instance statuant sur la requête introduite par le Procureur aux fins d'obtenir une demande officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal pénal international pour le Rwanda (conformément à l'article 9 et 10 du Règlement de procédure et de preuve), rendue le 12 mars 1996 (ICTR-96-5-D), il était affirmé ceci: « dans la mesure où ses enquêtes visent essentiellement des personnes en position d'autorité, le Procureur estime que la responsabilité pénale d'Alfred Musema pourrait être prépondérante. En effet, A.M. fut directeur de l'usine de thé de Gisovu (Préfecture de Kibuye). Il aurait mis à profit cette position de directeur pour aider et encourager l'exécution de violations graves du droit international humanitaire. Plus précisément, il est présumé avoir été vu à

²⁴⁵ Voir les Articles 6 et 7 du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (Statut adopté le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de Sécurité), les Articles 5 et 6 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda (Statut adopté le 8 novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de sécurité). Voir aussi la Convention des Nations-Unies sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 (entrée en vigueur le 18 juillet 1976). Son article I(2) établit que sont « criminelles les *organisations, institutions* et individus qui commettent des crimes d'apartheid ». La responsabilité pénale directe des personnes peut donc être engagée internationalement sur cette base.

²⁴⁶ TPIR, *Musema c. Le Procureur*, affaire n°ICTR-96-13-A, 6 novembre 2001. Sur les multiples accusations dont il a fait l'objet, voir R. Boed, « Current developments in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for Rwanda », I.C.L.R., Volume 2, Number 3, 2002, pp. 283-295(13). En première instance, voir TPIR, *Le Procureur c. Musema*, affaire n°ICTR-96-13-T, 27 janvier 2000.

plusieurs reprises sur le lieu des massacres [...]. De plus, les véhicules de son usine auraient été utilisés pour amener les tueurs sur le lieu des massacres. Ses employés et chauffeurs étaient également régulièrement présents »²⁴⁷.

A propos de l'autorité morale qu'exerce une entreprise sur son environnement par sa simple présence, il fut rappelé l'analyse d'André Guichaoua, sociologue français et professeur à l'Université de Lille, entendu le 6 mai 1999 à Arusha comme témoin-expert. Le professeur André Guichaoua a indiqué qu'Alfred Musema avait une influence certaine sur la population : « A mon sens, un directeur d'une usine à thé, avec ce que cela représente comme distribution de ressources, avait un ascendant considérable sur les populations locales et les autorités communales ». Il est intéressant de rapprocher cette analyse de la décision rendue par le TPIR dans l'affaire *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, du 2 octobre 1998 (affaire n°ICTR-96-4) : un spectateur approbateur qui est tenu par les autres auteurs du crime en si haute estime que sa présence vaut encouragement, peut être reconnu coupable de complicité de crime contre l'humanité²⁴⁸.

Cette appréciation n'est pas isolée. Dans l'affaire *Le Procureur c. Obed Ruzindana*, le Parquet a estimé, le 28 octobre 1998 devant le TPIR, qu'Obed Ruzindana, homme d'affaires, était un personnage connu et respecté en préfecture de Kibuye, en position sociale privilégiée susceptible de dissuader les auteurs des massacres de s'y livrer²⁴⁹.

La progressive reconnaissance de la sphère d'influence²⁵⁰ ou de l'autorité morale que possèdent les industriels et leurs entreprises, et par là même le pouvoir qu'ils peuvent exercer sur le cours des événements par leur simple présence, met en exergue la responsabilité pénale qui peut leur être imputée lorsque, présents sur les lieux de commission des infractions, ils ont omis d'agir pour tenter d'empêcher leur réalisation.

L'affaire *Procureur c. Nahimana, Barayagwiza et Ngeze*, communément appelée l'affaire des « médias de la haine », concerne la campagne médiatique menée par trois personnes au Rwanda en 1994, visant à désensibiliser la population hutue et à l'inciter à tuer les Tutsis.

Ferdinand Nahimana et Jean-Bosco Barayagwiza étaient tous deux des membres influents du comité d'initiative à l'origine de la création de la « Radio télévision libre des mille collines » (RTLM), une station de radio qui a diffusé, de juillet 1993 à juillet 1994 de virulents messages stigmatisant les Tutsis comme « les ennemis » et les Hutus modérés comme « des collaborateurs ». Nahimana, ancien professeur d'université et directeur de l'Office rwandais de l'information (ORINFOR) est accusé d'avoir été l'idéologue à l'origine de la création de la RTLM et était considéré comme le président de l'entreprise. Barayagwiza, ancien directeur des affaires politiques au ministère des Affaires étrangères, était considéré comme le numéro deux de la RTLM.

²⁴⁷ Centre de droit international ULB, *Tribunal pénal international pour le Rwanda – recueil des ordonnances, décisions et arrêts 1995-1997*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 389.

²⁴⁸ Voir également Le TPIY, *Affaire Furundzija*, § 209 : « La présence, lorsqu'elle s'ajoute à l'autorité, peut constituer une aide sous forme de soutien moral, c'est à dire l'actus reus du crime. La personne qui apporte son soutien doit occuper une certaine position pour que l'on puisse parler de responsabilité pénale ».

²⁴⁹ Pour le jugement dans cette affaire, voir TPIR, *Le Procureur c. Obed Ruzindana*, ICTR-96-10-T et ICTR-96-1-T, 1 juin 2001.

²⁵⁰ Le terme a notamment été employé dans l'affaire Musema dans le jugement d'appel. Voir TPIR, *Le Procureur contre Musema*, le 1^{er} juin 2001 (ICTR-96-10-T and ICTR-96-1-T).

Hassan Ngeze était le fondateur, propriétaire et rédacteur en chef du journal *Kangura* qui a été publié de 1990 à 1991 et était largement lu à travers le Rwanda. Comme les émissions de la RTLM, *Kangura* publiait des messages de haine, stigmatisant les Tutsis comme des ennemis voulant renverser le système démocratique et prendre le pouvoir à leur profit. Le 28 novembre 2007, la Chambre d'appel a déclaré *Nahimana* et *Ngeze* coupables d'incitation directe et publique à commettre le génocide, et Barayagwiza de génocide, incitation au génocide, extermination et persécution constitutives de crimes contre l'humanité²⁵¹. Dans chacun des cas exposés ci-dessus, les dirigeants des entreprises concernées ont été considérés soit comme auteurs du crime, soit comme complices directs. Il existe d'autres cas, dans lesquels l'entreprise est indirectement complice du crime, quand elle tire profit de la commission du crime.

B. La Cour pénale internationale

La Cour pénale internationale, dont le siège se situe à La Haye, est la première cour pénale internationale permanente. Elle fut créée par le Traité de Rome, signé le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations unies et qui définit le Statut de la CPI.

🕒 Quels sont les crimes punis ?

Les crimes relevant de la compétence de la CPI sont définis aux articles 5 et suivants du Statut: le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. A cette liste s'ajoutent encore certains délits contre l'administration de la justice (art. 70 et 71).

La compétence de la CPI est limitée à quatre sortes de crimes qui touchent l'ensemble de la Communauté internationale, lesquels sont considérés comme les plus graves. Il est question :

- Du **crime de génocide**, définit à l'article 6 du Statut ;
- Des **crimes contre l'humanité** (article 7 du Statut) ;
- Des **crimes de guerre** (article 8 du Statut) ;
- Du **crime d'agression**. Il convient de remarquer que bien que les différents États qui ont participé à la Conférence de Rome aient inclus ce crime dans le Statut, aucun accord n'a encore été trouvé quant à sa définition.

L'article 6 stipule que le **crime de génocide** consiste dans :

- Le meurtre de membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux ;
- L'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux ;

²⁵¹ Sophia Kagan, « L'affaire des "médias de la haine" devant le tribunal pour le Rwanda: L'arrêt Nahimana et al. », The Hague Justice Portal, www.haguejusticeportal.net.

- La soumission intentionnelle d'un groupe [...] à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- Les mesures visant à entraver les naissances au sein d'un groupe [...] ;
- Le transfert forcé d'enfants du groupe [...] à un autre groupe[...]

Et ces actes doivent avoir été commis dans l'intention de détruire, en totalité ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel.

Les **crimes contre l'humanité** consistent en des actes dirigés contre toute population civile, dans le cadre d'une **attaque généralisée ou systématique**, et à l'occasion de laquelle l'auteur a connaissance de cette attaque (art.7). Ces actes sont par exemple le meurtre, l'extermination en esclavage, la torture. La liste de l'article 7 n'est pas exhaustive.

La CPI est également compétente pour juger les personnes suspectées de **crime de guerre**, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle (art.8). Le Statut indique ce qu'il faut entendre par crime de guerre à l'article 8, dans lequel sont énumérées 50 infractions comme par exemple le viol, la déportation, ou l'esclavage sexuel.

Le **crime d'agression** relève aussi de la compétence de la Cour, cependant elle ne pourra l'exercer que lorsqu'une définition sera donnée par les États parties à ce type de crime. En juin 2010, lors de la conférence de révision du Statut de Rome à Kampala, Ouganda, une résolution a été votée en vue d'amender le Statut de Rome et d'y inclure une définition du crime d'agression fondée sur la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies. La définition retenue définit le crime d'agression comme « un crime qui a été commis par un dirigeant politique ou militaire qui, en raison de sa nature, gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte »²⁵². En pratique, la CPI ne pourra exercer sa compétence à l'égard de ce crime que si la majorité des États Parties adoptent l'amendement au Statut lors d'une décision qui doit être prise après le 1^{er} janvier 2017. Une telle limitation a fait l'objet de critiques de la part des ONGs²⁵³.

► NOTE

Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas (art.29). Cela signifie qu'il n'y pas de limite de temps après la commission d'un crime pour intenter une procédure judiciaire (à la condition toutefois que le crime ait été commis après 2002 et après la date de ratification du Statut de Rome par l'État. (Voir *infra*).

²⁵² CPI, « Clôture de la Conférence de révision du Statut de Rome à Kampala », 12 juin 2010, www.icc-cpi.int.

²⁵³ FIDH, « Conclusion of Landmark ICC Review Conference : Difficult Compromise and Commitments to be Confirmed », 14 Juin 2010, www.fidh.org.

🕒 Qui peut être jugé par la CPI ?

– Le Statut stipule que la Cour ne juge **que les individus**.

Les personnes morales, telles que les entreprises, sont donc pour le moment exclues de la compétence de la CPI. Ce choix fut justifié par le fait que la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas reconnue universellement²⁵⁴. Toutefois, il existe la possibilité de poursuivre individuellement les dirigeants d'une entreprise (personne morale).

– La CPI juge les **auteurs, co-auteurs, les donneurs d'ordre, les instigateurs, les complices**. « Les différentes formes de responsabilité reconnues sont la responsabilité individuelle (auteur), la co-responsabilité (« conjointement avec une autre personne »), et la responsabilité indirecte (« par l'intermédiaire d'une autre personne ») »²⁵⁵ (art. 25,3,a).

Parce que les crimes internationaux impliquent généralement plusieurs personnes, l'article 25 du statut précise que la CPI exerce sa compétence non seulement à l'égard de toute personne physique ayant matériellement commis un crime prévu par le Statut, mais aussi à l'égard de toutes celles qui ont intentionnellement ordonné ces crimes, incité d'autres personnes à les commettre ou fourni les moyens de les commettre²⁵⁶.

Le Statut de Rome opte pour une **définition large de la complicité**. En effet, un individu sera pénalement responsable s'il :

- Ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime (art.25.3.(b)) ; ou
- Apporte son aide, son concours, son assistance ou contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission de ce crime (25.3.(c)).

L'article 25.3.(d) précise également qu'une personne qui contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un crime par un groupe de personne agissant de concert sera déclarée coupable. Ce comportement doit être intentionnel et viser à faciliter l'activité criminelle du groupe, si l'activité criminelle ou le dessein criminel comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ou être accompli en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime.²⁵⁷

– Les personnes poursuivies doivent être **âgées d'au moins 18 ans** lors de la

²⁵⁴ K. Ambos, « Les fondements juridiques de la Cour pénale internationale », *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 749.

²⁵⁵ K. Ambos, *op. cit.*, p.749.

²⁵⁶ Voir en général FIDH *Les droits des victimes devant la Cour pénale internationale, Manuel à l'attention des victimes, de leurs représentants légaux et des ONG*, www.fidh.org [ci-après Les droits des victimes devant la Cour pénale internationale].

²⁵⁷ M. Bassiouni, *op. cit.*, p.17.

commission des faits (art. 26).

Il existe plusieurs motifs d'exonération pénale (art. 31). Un individu ne sera pas tenu responsable pénalement:

- S'il souffrait, au moment des faits, d'une maladie mentale ou d'une déficience diminuant sa faculté de maîtriser son comportement; ou
- S'il agissait pour se défendre ; ou
- S'il était sous l'effet de la nécessité ou de la menace.

N'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale, la qualité officielle du suspect (art.27) ; les immunités dont peuvent bénéficier certaines personnes (comme les agents d'entreprises publiques) sont irrecevables devant la Cour.

➔ **Qu'en est-il de la complicité des individus impliqués dans la commission de crimes internationaux commis par ou avec la complicité d'une entreprise ?**

L'article 25, 3, c) du Statut de la CPI pourrait, entre autres, s'appliquer à ces acteurs :

« 3. (...) une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si: (...) c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ».

Dans un communiqué du 26 septembre 2003, le Procureur de la Cour pénale internationale attirait l'attention sur un certain nombre de connexions entre les crimes commis en Ituri (République démocratique du Congo - RDC) et certaines entreprises d'Europe, d'Asie et d'Amérique du Nord, l'exploitation illégale des ressources à l'est de la RDC permettant de financer les conflits dans cette région. Le Procureur de la CPI, M. Ocampo, a ainsi déclaré fonder ses propres enquêtes concernant les violations des droits de l'Homme en RDC sur les rapports successifs du groupe d'experts des Nations unies sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres richesses de la République démocratique du Congo²⁵⁸, rapports qui tentent d'identifier le rôle des entreprises dans la perpétuation des conflits. Dans sa déclaration, M. Ocampo précisa qu'« enquêter sur les aspects financiers des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité n'est pas une idée nouvelle. Après la seconde guerre mondiale, des industriels allemands ont été poursuivis en justice devant les tribunaux militaires de Nuremberg pour leur collaboration avec le régime nazi. L'un de ces tribunaux a ainsi affirmé comme étant un principe établi du droit qu'une personne qui aurait contribué en toute connaissance de cause à un crime de part son influence et/ou son soutien financier pouvait être jugé responsable de ce crime »²⁵⁹. Néanmoins, le déroulement de l'enquête du Bureau du Procureur de la CPI en RDC et des premières

²⁵⁸ Rapports du groupe d'experts des Nations unies sur l'exploitation illégale des ressources naturelles, S/2001/357, 12 avril 2001 ; S/2001/1072, 13 novembre 2001 ; S/2002/1146, 16 octobre 2002 ; S/2003/1027, 23 octobre 2003.

²⁵⁹ Voir L. M. Ocampo, « Le Procureur sur la coopération de la Cour pénale internationale avec la RDC et d'autres Etats au sujet de la situation en Ituri », *Document d'information*, La Haye, 26 septembre 2003.

affaires concernant des crimes commis dans le nord et l'est du pays ne démontrent pour le moment pas de réelle prise en considération de la complicité des acteurs économiques dans la perpétration des crimes dénoncés.

🕒 Qui peut saisir la Cour pénale internationale ?

Le Procureur peut ouvrir une enquête et engager des poursuites de trois manières possibles (art.13) :

- Les États parties au Statut peuvent déférer des situations au Procureur ;
- Le Conseil de sécurité de l'ONU peut demander au Procureur d'ouvrir une enquête sur une situation ;
- Le Procureur peut ouvrir des enquêtes *proprio motu* sur le fondement de renseignements reçus de sources dignes de confiance ;
- Les États non parties au Statut peuvent également saisir le Procureur, mais seulement en faisant une déclaration *ad hoc* d'acceptation de la compétence de la Cour (voir ci-dessous).

Par « situation », il faut entendre « le contexte général des faits dans lequel on soupçonne qu'«un crime relevant de la compétence de la Cour» a été commis »²⁶⁰.

Le renvoi d'une situation à la Cour par un État partie (art.14)

Un État partie peut demander au Procureur d'ouvrir une enquête pour une situation particulière. Tous les États ne peuvent donc saisir le Procureur de la CPI, mais uniquement ceux qui ont ratifié le Statut de Rome. Les États non parties peuvent cependant informer le Procureur que certains crimes ont été commis, afin que celui-ci agisse *proprio motu*²⁶¹. L'État saisissant le Procureur devra joindre un certain nombre d'informations pouvant servir de preuves.

Le renvoi d'une situation à la Cour par le Conseil de sécurité (art. 13b)

Le Conseil de sécurité doit agir dans l'intention de prévenir une menace à la paix et à la sécurité (chapitre VII de la Charte des Nations unies). Dans cette hypothèse, la CPI est compétente même si les crimes ont été commis sur le territoire d'un État non partie qui n'a pas ratifié le Statut de Rome ou par un ressortissant d'un tel État. La seule condition requise est que la situation comporte une « menace à la paix et à la sécurité »²⁶².

²⁶⁰ M. Bassiouni, « Note explicative sur le Statut de la Cour pénale internationale », *Rev. Internat. dr. pén.*, 2000 p.18.

²⁶¹ D. Becharoui, *op. cit.*, p. 353.

²⁶² M. Bassiouni, *op. cit.*, p. 18.

Suite à ces deux types de renvoi, le Procureur décidera d'ouvrir une enquête s'il estime qu'il y a une « base raisonnable » pour poursuivre en vertu du Statut de Rome.

L'ouverture d'une enquête par le Procureur agissant de sa propre initiative (art.15)

Le Procureur de la CPI a la faculté de s'auto-saisir. L'ouverture effective d'une enquête par sa propre initiative est toutefois conditionnée à l'autorisation d'une Chambre préliminaire (composée de trois juges). Dans l'hypothèse où la Chambre estime que les éléments sont insuffisants et par ce fait ne donne pas son autorisation, le Procureur peut présenter ultérieurement une nouvelle demande sur la base de faits ou d'éléments de preuve nouveaux²⁶³. En revanche, si l'autorisation de la Chambre préliminaire est délivrée, le Procureur notifiera l'ouverture de son enquête à tous les États parties ainsi qu'aux États concernés. Ceux-ci disposent alors d'un délai d'un mois (à compter de la réception de la signification) pour signaler au Procureur si des poursuites ont déjà été introduites au niveau national.

Pour déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une enquête, le Procureur va rechercher des renseignements pertinents auprès de sources dignes de foi comme par exemple des États, des organisations intergouvernementales. A ce stade de la procédure, les victimes, organisations intergouvernementales, organes de l'ONU peuvent fournir au Procureur des renseignements qui l'aideront à déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une enquête.

En novembre 2009, le Procureur a demandé l'autorisation des juges de la Chambre préliminaire pour ouvrir une enquête sur la situation au Kenya.

Le 31 mars 2010, les juges de la Chambre préliminaire II ont autorisé le Procureur de la CPI à ouvrir une enquête sur les crimes contre l'humanité qui auraient été commis au Kenya dans le cadre des violences post-électorales de 2007-2008. C'est la première fois que le Procureur de la CPI demande l'ouverture d'une enquête de sa propre initiative, *proprio motu*. Le Procureur a annoncé vouloir agir vite et espérer finaliser l'enquête avant fin 2010²⁶⁴.

Les victimes et les ONG peuvent également, sur cette base ou sur la base de l'article 54,3,e, **envoyer toute information au Bureau du Procureur pour faciliter l'ouverture d'enquêtes *proprio motu***, ou contribuer aux enquêtes et poursuites en cours. A ce titre la FIDH a envoyé de nombreuses communications, portant en particulier sur les situations en République démocratique du Congo, République centrafricaine et en Colombie.

²⁶³ K. Ambos, *op. cit.*, p. 745.

²⁶⁴ Coalition pour la Cour pénale internationale, www.iccnw.org.

Le renvoi d'une situation à la Cour par un État non partie (art. 12.3)

Les États non parties au Statut peuvent saisir le Procureur d'une situation en faisant une déclaration *ad hoc* d'acceptation de la compétence de la Cour, comme ce fut le cas dans la situation en Côte d'Ivoire dont le gouvernement a fait une déclaration acceptant la compétence de la Cour en 2003 pour les crimes commis depuis le 19 septembre 2002.

🕒 **Sous quelles conditions ?**

Le lieu de la commission du crime et la nationalité de l'accusé

L'article 12.2 du Statut énonce les hypothèses dans lesquelles la Cour peut exercer sa compétence. Celle-ci sera établie lorsque l'État où le crime a été commis, ou dont le dirigeant d'entreprise est un national, est un État partie. Autrement dit, le crime doit avoir été commis dans un État qui a déjà ratifié le Statut de Rome ou par un de ses ressortissants pour que ce crime puisse relever de la compétence de la CPI.

Si le crime a été commis sur le territoire d'un État non partie ou par un ressortissant d'un État non partie, la Cour ne sera, en principe, pas compétente pour juger ce crime. Toutefois, l'État non partie peut reconnaître la compétence de la Cour de façon *ad hoc* (art. 12.3). Elle sera donc également compétente lorsqu'un État qui n'est pas partie au Statut de Rome a consenti à ce que la Cour exerce sa compétence s'il s'agit d'un État où le crime a été commis ou de l'État de la nationalité du suspect²⁶⁵.

Une situation peut également être renvoyée par le Conseil de sécurité des Nations unies, en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies.

La compétence de la Cour ne peut ainsi s'exercer que si :

- L'accusé est un ressortissant d'un État partie ou d'un État qui a autrement accepté la compétence de la Cour ;
- Le crime a été commis sur le territoire d'un État partie ou d'un État qui a autrement accepté la compétence de la Cour ;
- Le Conseil de sécurité de l'ONU a déferé la situation au Procureur, indépendamment de la nationalité du suspect ou du lieu où le crime a été commis.

Le principe de complémentarité (art.17)

La CPI n'a pas vocation à se substituer aux tribunaux nationaux. **L'obligation de poursuivre** les génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre incombe **d'abord aux juridictions nationales**, la Cour n'intervenant qu'en cas de défaillance de leur part ou de leur État. La CPI est dès lors complémentaire des juridictions

²⁶⁵ D. Becheraoui, « L'exercice de la compétence de la Cour pénale internationale », *Rev.internat.*, 2005, liv.3-4, p. 347.

pénales nationales (ce qui la distingue fortement des tribunaux internationaux *ad hoc*). C'est pourquoi, elle ne pourra poursuivre et juger des personnes que si aucune juridiction nationale n'a engagé de procédure ou si une juridiction nationale affirme son intention de le faire mais sans avoir réellement la **volonté ou la capacité de mener véritablement à bien des poursuites**. Il y aura manque de volonté lorsqu'un pays essaie clairement de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour un crime relevant de la Cour, soit en faisant une parodie de procès dans le but de protéger la personne suspectée de crimes, soit en retardant la procédure, soit encore en menant une procédure de manière partielle²⁶⁶. Il y aura incapacité lorsque son appareil judiciaire s'est effondré, désagrégé lors d'un conflit interne, ce qui empêche de récolter des éléments de preuves suffisants.

La compétence de la Cour intervient donc en dernier ressort. Ce principe permet aux juridictions nationales d'être les premières à enquêter ou à entamer les poursuites.

La date des faits

La CPI n'est compétente que pour juger les crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut de Rome, c'est-à-dire après le 1^{er} juillet 2002.

Pour les États qui deviennent parties au Statut après cette date, la compétence de la CPI ne s'appliquera qu'aux crimes commis après leur ratification du traité. L'article 124 du Statut permet en outre à un État qui devient partie au Statut de repousser l'application de la compétence de la Cour sur les crimes de guerre pendant 7 ans. La suppression de cet article est à l'ordre du jour de la Conférence de révision de juin 2010.

🕒 La place de la victime dans la procédure²⁶⁷

A la différence des tribunaux pénaux internationaux, un **rôle important est accordé aux victimes** devant la CPI. Le Statut de Rome offre une place autonome aux victimes dans le processus judiciaire. Cette révolution s'inscrit dans le passage d'une justice axée sur la condamnation de l'accusé (justice rétributive) à une justice qui pose la victime au cœur de l'action judiciaire (justice restaurative)²⁶⁸. La place laissée aux victimes dans la procédure d'un procès devant la CPI témoigne encore de l'effort mis en œuvre afin que les responsables des crimes les plus graves répondent de leurs actes.

²⁶⁶ K. Ambos, *op. cit.*, p.746.

²⁶⁷ Voir en général FIDH *Les droits des victimes devant la Cour pénale internationale*, *op. cit.*

²⁶⁸ Voir FIDH, *Les droits des victimes devant la Cour pénale internationale...*, *op. cit.* J. Fernandez, « Variations sur la victime et la justice pénale internationale », *Revue de la Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale*, 2006, p.2, www.univ-brest.fr/amnis.

La notion de victime

L'article 85 du Règlement de procédure et de preuve définit de façon assez large le terme « victime ». Cette disposition apprécie la victime physique de manière extensive, afin de couvrir également les **victimes indirectes**²⁶⁹ :

- Toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour.
- Toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, à la science ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct.

À l'inverse des victimes personnes physiques, la définition des victimes personnes morales est restrictive. Une association qui ne remplit pas les critères de l'article 85 ne pourra se prévaloir de son simple objet social pour assister les victimes.

En ce qui concerne les préjudices, c'est au juge qu'il revient de déterminer, au cas par cas, ceux à prendre en compte, sachant qu'ils incluent les **atteintes à l'intégrité tant physique que psychologique** ainsi que les **dommages matériels**.

*La participation de la victime lors de la phase préliminaire du procès*²⁷⁰

Les victimes peuvent envoyer des informations au Procureur de la CPI, au sujet de crimes relevant de la compétence de la Cour, afin qu'il décide de l'opportunité des poursuites et de l'éventualité de l'ouverture d'une enquête²⁷¹. Elles peuvent donc **intervenir en soumettant leurs points de vue dès la saisine de la Cour**. Le Procureur prend en considération leurs intérêts, particulièrement lorsqu'il décide d'engager des poursuites²⁷². Remarquons également, qu'elles ont le **droit de participer aux procédures** (l'article 68 du Statut, qui règle les modalités de la participation des victimes à la procédure, stipule que « Lorsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées à des stades de la procédure qu'elle estime appropriée... ») et de demander des réparations²⁷³.

Les victimes peuvent également soumettre des observations à la Cour dans le cadre d'un recours contestant la compétence de la CPI ou l'admissibilité des poursuites²⁷⁴.

²⁶⁹ J. Fernandez, *op. cit.*, p.7.

²⁷⁰ Nous nous limiterons ici à la phase préliminaire.

²⁷¹ Voir la décision en date du 17 janvier 2006 de la Chambre préliminaire I qui est intervenue suite à la demande de six personnes touchées par les crimes commis en R.D.C.

²⁷² J. Fernandez, *op. cit.*, p.7.

²⁷³ FIDH, *Les droits des victimes devant la Cour pénale internationale...*, *op. cit.*

²⁷⁴ Statut, Art. 19. 3 ; L. Walley, « Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole », *R.I.C.R.*, mars 2002, vol. 84, p.57.

La FIDH soutient à ce titre la participation de victimes de la RDC (ou de victimes impliquées dans d'autres affaires), et plus généralement l'accès des victimes à la CPI. Dans l'ordre juridique interne, le jugement de condamnation par la CPI « a force de chose jugée » : les victimes sont en droit de l'invoquer devant un juge interne pour demander réparation.

* * *

Les entreprises en tant que personnes morales : quelles perspectives pour que la CPI soit compétente pour les juger ?

A l'heure actuelle, dans le cas de crimes impliquant des entreprises, les victimes doivent prouver l'existence d'un **lien de complicité entre la personne physique condamnée par la CPI, et la personne morale dont elles veulent obtenir réparation pour le dommage subi**²⁷⁵.

Lors des travaux préparatoires du statut de Rome, certains débats ont toutefois porté sur la responsabilité pénale des personnes morales. Le projet de statut pour la création d'un tribunal pénal international élaboré par M.C. Bassiouni²⁷⁶ stipulait dans son article XII que le tribunal serait compétent pour juger les « individus ». Dans cette proposition, le terme « individus » (*individuals* en anglais), était employé dans son sens large et visait aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Quant à l'ébauche des statuts soumise par la Commission de droit international, le terme « personnes » était employé et le texte suggérait davantage une référence aux personnes « physiques » seulement²⁷⁷.

Le rapport du **Comité préparatoire pour la création d'un tribunal pénal international**, en 1996, contient des propositions liées à l'inclusion des entreprises, dont la principale consistait en une recommandation afin que le tribunal international soit compétent pour : « connaître de la **responsabilité pénale des [...] personnes morales**, à l'exception des Etats, quand les crimes ont été commis au nom de la personne morale ou par ses agents et représentants »²⁷⁸.

Certaines délégations ont émis des réserves sur ces propositions, arguant qu'il serait plus utile de limiter la compétence de la Cour aux personnes physiques, d'autant

²⁷⁵ E. David, « La participation des victimes au procès devant la Cour pénale internationale », *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, aout 2005, p.7.

²⁷⁶ M.C. Bassiouni, *Draft Statute: International Criminal Tribunal*, 1998.

²⁷⁷ Cristina Chiamenti, « Corporations before the International Criminal Court », Global Law Working Paper 01/05, Symposium: Transnational Corporations and Human Rights, NYU Law, 2005.

²⁷⁸ Voir le rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Proposal 2, Part 3bis, Article B, § a. « Personal jurisdiction », <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC>.

que les entreprises sont contrôlées par des personnes physiques. Lors de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations unies sur la création d'un Tribunal pénal international tenue à Rome du 15 Juin au 17 Juillet 1998²⁷⁹, **la France avait proposé d'inclure les notions d'organisations criminelles et d'entreprises comme personnes morales dans le Statut**²⁸⁰.

Les Etats participants y étaient majoritairement opposés, invoquant l'objectif premier du projet de CPI, qui est de juger des individus responsables de crimes internationaux, ainsi que des raisons d'ordre pratique telles que : la définition de personnes morales varie d'un Etat à l'autre ; les principes de complémentarité et de subsidiarité se heurteraient à certains ordres juridiques nationaux, qui ne prévoient que peu ou pas de dispositions concernant la responsabilité pénale des personnes morales ; la Cour serait confrontée à d'importantes difficultés pour réunir les preuves.

Certaines délégations cherchant à trouver un juste milieu, ont proposé que le tribunal soit compétent pour connaître de la responsabilité civile ou administrative des personnes morales. Cette proposition n'a quasiment pas été discutée.

Malgré la position et l'espoir porté par certains représentants de la société civile, l'irrecevabilité des actions introduites contre des personnes morales n'a pas été remise en question lors de la Conférence de révision du statut de Rome qui se tient à Kampala en mai/juin 2010.

En outre, plusieurs propositions de Protocole, jamais abouties, furent déposées en vue de créer un Tribunal international avec juridiction sur les personnes morales, les entreprises multinationales y étant particulièrement visées²⁸¹. De nombreux groupes de la société civile continuent de faire pression pour la création d'un tel tribunal.

²⁷⁹ Acte final de la Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations unies sur la création d'une cour criminelle internationale, A/CONF.183/10, 17 juillet 1998.

²⁸⁰ « [...] le tribunal devrait être compétent pour juger les personnes morales [...] » puis suivent plusieurs conditions : quand le crime a été commis par une personne physique exerçant un contrôle au sein de la personne morale ; quand le crime a été commis au nom de la personne morale, avec son consentement explicite, et dans le cadre de ses activités ; quand la personne physique a été reconnue coupable du crime en question. » La proposition française concernait uniquement les entreprises, et excluait les Etats, les personnes morales de droit public, les organisations internationales publiques, ou les organisations à but non lucratif.

²⁸¹ Voir A. Clapham, « The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons », in *Liability of Multinational Corporations under International Law* edited by Menno T. Kamminga Saman Zia-Zarif, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, p.173.

POUR PLUS D'INFORMATION

- CPI
www.icc-cpi.int
 - Coalition pour la Cour pénale internationale
www.iccnw.org
 - FIDH, « Les droits des victimes devant la Cour pénale internationale »,
Manuel à l'attention des victimes, de leurs représentants légaux et des ONG, avril 2007
www.fidh.org
 - Note de la FIDH sur les premières années de la Cour pénale internationale
www.fidh.org
-



➤ Secrétariat de l'Assemblée Générale des Etats Parties, CPI, La Haye, Pays-Bas. © ICC-CPI

CHAPITRE II

La responsabilité pénale extraterritoriale des entreprises multinationales dans les États membres de l'Union européenne

* * *

Pour des raisons pratiques et légales semblables à celles évoquées dans la section portant sur la responsabilité civile des entreprises (section II, partie I), le présent chapitre se limite à donner un aperçu de la législation existante en matière de responsabilité pénale extraterritoriale dans certaines des États membres de l'Union Européenne, des États-Unis et du Canada.²⁸²

Sans fournir une description des législations des 27 États membres de l'Union européenne, le présent chapitre met plutôt en lumière les divergences globales entre elles pour identifier les États qui offrent actuellement le régime « le plus abouti » de responsabilité pénale des personnes morales et qui, en ce sens, devraient être privilégiés par la victime qui aurait le choix entre plusieurs *fora*.

Le cas de figure principalement envisagé dans ce chapitre est le suivant : une entreprise multinationale dont le siège social de la société-mère est situé au sein d'un État membre de l'Union européenne, se rend coupable, dans le cadre de ses investissements, de violations de droits de l'Homme dans un État tiers.

La responsabilité pénale des entreprises dans l'UE

Il n'existe pas en effet, en matière pénale, d'équivalent au Règlement 44/2001 régissant la matière civile (voir section II partie I sur la responsabilité civile extra-territoriale des entreprises). Sauf exception, chaque État membre de l'Union européenne organise dans ce domaine son propre système judiciaire. Ainsi, chacun dispose de législations pénales à dimension extra-territoriale lui permettant de poursuivre une société mère pour les faits commis par sa filiale à l'étranger.

²⁸² Plusieurs études intéressantes ont été réalisées à ce sujet. Voir notamment les publications récentes de la Commission Internationale des Juristes sur la responsabilité civile et pénale des entreprises en Afrique du Sud, Pologne et Colombie (références à la fin de la section II, part.1). Voir également J.A. Zerk, « Extraterritorial Jurisdiction : Lessons for the business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas : A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights », Working Paper No.59, June 2010. Voir également Oxford Pro Bono Publico, *Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse- A Comparative Submission Prepared for Prof. John Ruggie, UN SG Special Representative on Business and Human Rights*, 3 Novembre 2008, www.laz.ox.ac.uk/opbp.

On observe toutefois que le principe de responsabilité pénale des personnes morales ne cesse de se renforcer sur le territoire de l'Union, sans pour autant que les États ne s'accordent sur le régime précis à lui conférer.

➔ Plaintes déposées en Belgique et France contre Total

Les plaintes qui furent déposées en Belgique et en France, à quatre mois d'intervalle, contre l'entreprise française Total constituent un « leading case » en la matière. Le 25 avril 2002, les personnes morales que sont la société-mère de Total (ex-TotalFinaElf), basée en France, et sa filiale la TMEP (« Total Myanmar Exploration and Production »), localisée en Birmanie, furent identifiées dans une plainte avec constitution de partie civile introduite à Bruxelles par quatre réfugiés birmanis, en application du principe de compétence universelle (voir *infra*) : il était reproché à Total des faits de complicité de crimes contre l'humanité commis en Birmanie et plus précisément aux alentours du gazoduc de Yadana exploité par l'entreprise multinationale. Le 26 août 2002, une plainte similaire fut déposée à Paris, sur le fondement du principe de la compétence personnelle active (critère tiré de la nationalité française de l'auteur présumé de l'infraction), par deux réfugiés birmanis, victimes de séquestration et de travail forcé ; pour des raisons techniques, seuls les dirigeants de l'entreprise, et non la firme elle-même, étaient visés en l'espèce. Les instructions belge et française furent menées parallèlement, sans concertation, jusqu'à ce qu'elles soient respectivement interrompues (voir *infra*).

Les récentes conventions régionales ou internationales en matière de criminalité transnationale, financière et économique, invitent les pays signataires, sans les contraindre, à introduire un principe de responsabilité pénale des personnes morales dans leur droit interne²⁸³. L'Article 10, alinéa 4 de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée prévoit ainsi qu'il faut soumettre les personnes morales responsables à des **sanctions civiles, administratives ou pénales** efficaces, proportionnelles et dissuasives. Des recommandations du Conseil de l'Europe²⁸⁴, de même que certaines positions communes et décisions-cadres adoptées au sein de l'Union européenne, sont formulées en des termes similaires.

La plupart des pays de l'UE, tant de *common law* que de tradition *romano-germa-*

²⁸³ Voir notamment l'Article 10 de la Convention des Nations unies contre la *criminalité transnationale organisée*, adoptée par l'Assemblée générale le 15 novembre 2000, et ouverte à la signature par la Conférence de Palerme les 12-15 décembre 2000 ; la Convention des Nations unies de 1988 « against the *Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances* », l'Article 2 de la Convention de l'O.C.D.E contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par l'Organisation de coopération et de développement économiques le 21 novembre 1997. Le Traité concernant la lutte pénale contre la corruption, Strasbourg, 27 janvier 1999, prévoit à la suite de cette dernière Convention l'obligation pour les Etats parties d'adopter les mesures législatives en vue d'instaurer la responsabilité des personnes morales en matière de corruption (art. 18).

²⁸⁴ Recommandations n°R (81) 12 du 25 juin 1981 sur la criminalité des affaires et n°R (88) 18 du 20 octobre 1988 concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités.

nique, ont déjà adopté ce principe. Nous ne procéderons pas à une comparaison exhaustive des régimes en vigueur dans les États membres, mais tenterons de dégager les grandes tendances qui les traversent.

Ce principe de responsabilité pénale des personnes morales est notamment reconnu en **Autriche**, en **Belgique**, au **Danemark**, en **Estonie**, en **Finlande**, en **France**, en **Irlande**, en **Norvège**, aux **Pays-Bas**, en **Pologne**, au **Portugal**, en **Roumanie**, au **Royaume-Uni**, au **Luxembourg** et en **Espagne**²⁸⁵.

La **Grèce** et l'**Italie** le déclarent toutefois inconstitutionnel²⁸⁶ ; l'**Allemagne** s'est dotée de mesures mixtes²⁸⁷.

Avant d'analyser les régimes que les États membres de l'Union européenne réservent au principe de responsabilité pénale des personnes morales, une question préalable se pose : comment imputer à la société-mère les violations des droits de l'Homme commises par la filiale « au bénéfice » de l'entreprise multinationale ? Cette dernière n'a en effet pas de personnalité juridique propre. Les différentes entités – société mère et filiales – qui la composent sont autant de **personnes morales séparées**, et ce en vertu du principe de responsabilité limitée. Identifier les rôles respectifs des différentes entités d'un même groupe, lorsque leurs activités légales et illégales sont en outre étroitement enchevêtrées – spécialement dans le cadre la criminalité économique et financière – devient un exercice difficile.

1. Appliquer le principe de responsabilité pénale au groupe multinational de sociétés

Les droits nationaux éludent généralement la question du traitement à réserver aux infractions commises par une personne morale appartenant à un groupe de sociétés²⁸⁸. Les sociétés filialisées – même si elles disposent d'un patrimoine propre qui devrait les pourvoir d'une autonomie opérationnelle et d'une capacité de financement –

²⁸⁵ Pour un aperçu des législations nationales pertinentes, voir « Pour plus d'information » à la fin de cette partie.

²⁸⁶ L'Italie admet une responsabilité administrative « quasi-pénale » : elle « s'est dotée d'une curieuse responsabilité des entités personnifiées qualifiée d'administrative et reposant sur une faute pénale avec un texte législatif du 8 juin 2001 ». Voir C. Ducouloux-Favard, « Où se cachent les réticences à admettre la pleine responsabilité pénale des personnes morales ? », in *Liber Amicorum* / sous la dir. de G. Hormans, Bruylant, Bruxelles, p. 433.

²⁸⁷ La législation allemande prévoit l'application de « mesures » aux entreprises délinquantes, qui ont un caractère punitif selon le droit administratif-pénal allemand (§ 30 OwiG).

²⁸⁸ Voir en ce sens l'étude comparée portant sur la responsabilité pénale des personnes morales dans : R. Roth, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 692. E. Montealegre Lynett est l'unique rapporteur mentionnant expressément qu'en Colombie, la société-mère qui contrôle sa filiale peut être pénalement responsable des faits commis par cette dernière. Voir E. Montealegre Lynett, « Rapport colombien » in *La responsabilité. Aspects nouveaux*, *op. cit.*, p.737. Au Canada, certains auteurs plaident également pour de nouvelles théories de la responsabilité pénale, plus en accord avec la réalité corporative. Voir : J.A. Quaid, « The Assessment of Corporate criminal liability on the basis of Corporate Identity : An Analysis », (1998), 43 R.D. McGill, 67.

sont par définition dominées « financièrement » par la maison mère qui détient la majorité voire la quasi totalité de leur capital²⁸⁹. Elles sont, par conséquent, *de facto* fréquemment privées de tout pouvoir de décision. Ainsi, la société-mère peut légitimement se dédouaner de toute responsabilité pénale dans les infractions perpétrées par sa filiale, sous le prétexte qu'elle ne peut être tenue pour « pénalement responsable du fait d'autrui »²⁹⁰.

Face à la « discontinuité » fréquemment observée entre le droit (élaboration de structures juridiques indépendantes) et les faits (absence de pouvoir de direction autonome des sociétés créées), il faudra donc tenter de **percer le voile** de la personnalité juridique de la filiale, en étendant à la société mère la mesure infligée à la filiale, dès lors que le degré de subordination de cette dernière à la première est significatif²⁹¹.

Il est d'ailleurs toujours autorisé d'envisager le cumul des responsabilités pénales de plusieurs personnes morales – que sont la société-mère, les filiales et sous-traitants – *via* les notions de **complicité**, lorsque les différentes entités ont agi de concert, chacune tirant un bénéfice de l'infraction²⁹². La complicité avec les faits perpétrés à l'étranger par une filiale constitue un des modes de participation qui pourrait être imputé à la société-mère dès l'instant où « l'aide indispensable ou accessoire pour commettre l'infraction émane de la société-mère et se situe dans le cadre de la réalisation de son objet ou de la défense de ses intérêts ou que ces actes sont posés pour son compte [...] »²⁹³. Dans cette hypothèse, la filiale ne se verra pas pour autant déchargée de toute responsabilité puisque, raisonnant par analogie, « l'ordre illégal du supérieur hiérarchique ne constitue, en règle, pas une cause de justification ou une cause d'excuse, à moins que la filiale puisse établir

²⁸⁹ Ainsi, conformément à l'Article L. 233-1 du Code de commerce français, une société est filiale d'une autre lorsque cette dernière possède plus de la moitié du capital de la première. En droit belge, selon l'Article 6 du Code des sociétés (nouveau Code des sociétés institué par la loi du 7 mai 1999 (*M.B.*, 6 août 1999)), la société mère est celle qui détient un pouvoir de contrôle sur une autre société tandis que la filiale est la société à l'égard de laquelle un pouvoir de contrôle existe. Sur la notion de contrôle, voir art. 7 à 9 du Code.

²⁹⁰ Le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions se déduit notamment de l'Article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme: ne peut être poursuivi que l'individu personnellement à l'origine du manquement.

²⁹¹ L'expression est ici comprise dans un sens large, sans référer aux différentes théories qui ont été élaborées dans la partie relative à la responsabilité civile. Dans l'ordre juridique danois, G. Tøftegaard Nielsen dit que la filiale sera d'office coupable si c'est elle qui a directement enfreint la loi pénale et quant à la maison mère, c'est principalement un « shareholder » et retenir la responsabilité de celle-ci pour des faits de sa filiale ne peut se faire que dans certaines circonstances, sans préciser lesquelles. Voir G. Tøftegaard Nielsen, « Criminal liability of companies in Denmark – Eighty years of expérience », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe* / sous la dir. de S. Adam, N. Colette-Baseczqz et M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2008, p. 126.

²⁹² Les Etats membres de l'UE prévoient généralement un double modèle de responsabilité pénale individuelle (auteur principal et complice) ; certains adoptent toutefois un modèle tripartite (auteur principal, complice, instigateur). Encore faut-il souligner que les notions de complicité ne reçoivent pas la même portée dans les divers codes pénaux nationaux.

²⁹³ D. Vandermeersch, *op. cit.*, p.248.

une situation de contrainte morale (cause de non-imputabilité) »²⁹⁴. En revanche, si l'immixtion de la maison-mère de l'entreprise multinationale dans la gestion de ses filiales devait s'avérer minime, la distinction entre les diverses personnes juridiques limitera les processus d'imputation ou de co-responsabilité. Il y aura là chaque fois une évaluation factuelle à accomplir.

Pour pouvoir établir la responsabilité pénale de la société-mère dans les infractions commises par ses filiales et sous-traitants à l'étranger, il faudra donc veiller à la présence d'un **lien de causalité adéquat entre le mode de participation et la réalisation de l'infraction principale**.

2. Les législations nationales des États membres de l'Union européenne

Les législations nationales instaurant la responsabilité pénale des entreprises ne sont pas harmonisées: les dispositifs proposés ne permettent en aucun cas de vérifier que des mêmes faits commis ou, à tout le moins, poursuivis dans deux États distincts de l'Union européenne seront jugés de manière convergente²⁹⁵. Dans son Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne, la Commission européenne relève ainsi que «(s)'agissant des sanctions à l'encontre des personnes morales, il existe des différences considérables entre les États membres »²⁹⁶. Or, il aurait mieux fallu que la « responsabilité pénale des personnes morales » soit introduite dans des conditions similaires au sein des différents États de l'UE afin de garantir une **loyale concurrence** entre les entreprises qui y sont domiciliées²⁹⁷.

Ainsi, suivant les cas, les législations nationales ont opté pour un système soit:

- a) De généralité ou de spécialité ;
- b) De responsabilité directe ou indirecte ;

²⁹⁴ D. Vandermeersch, *op. cit.*, n°10, p.249. En matière de crimes de droit international humanitaire, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité ne constituent pas des justifications valides. Elles peuvent toutefois intervenir sur le montant de la peine.

²⁹⁵ Voir par ex., la Convention établie sur la base de l'Article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers de l'UE, *J.O.C.E.*, C 316 du 27 novembre 1995, pp.49-57. L'Article 3 relatif à la responsabilité pénale des chefs d'entreprise stipule que « chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour permettre que les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de décision et de contrôle au sein d'une entreprise puisse être déclarée pénalement responsables selon les principes définis par son droit interne, en cas d'actes frauduleux [...], par une personne soumise à leur autorité pour le compte de l'entreprise ».

²⁹⁶ Commission européenne, « Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne », 30 avril 2004, COM/2004/0334 final, point 3.1.6. Dans le même sens, voir Rapport de la Commission européenne du 25 octobre 2004, relatif à la mise en œuvre par les Etats membres de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et de ses protocoles, COM (2004) 709, non publié au Journal Officiel.

²⁹⁷ Voir en ce sens: B. Bouloc, note sous Cass. crim., 9 déc. 1997, *D.*, 1998, pp.296 et suiv.

- c) Un dispositif engageant la responsabilité de la personne physique identifiée ou de la personne morale, l'une à l'exclusion de l'autre ;
 d) Soit un dispositif autorisant le cumul limité ou illimité des deux responsabilités.

Du point de vue des sanctions, chaque État jouit d'une pleine liberté dans le choix des peines spécifiques applicables aux personnes morales condamnées. Les questions procédurales soulèvent à leur tour de questions délicates. Avant d'aborder ces différentes notions, une question préalable se pose : l'entreprise en cause est-elle une « personne morale » dont pourra être mise en cause la responsabilité pénale ?

🕒 L'entreprise en cause est-elle une personne morale ?

Conformément aux règles du droit international privé, la société filialisée, à l'instar de la maison-mère, est, quant à sa constitution et à l'étendue de sa personnalité juridique, soumise au droit de l'État dont elle possède la nationalité²⁹⁸, à savoir – généralement – la législation de l'État d'implantation.

Quelques exemples²⁹⁹ :

 **En Belgique** comme dans d'autres États, la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales crée toutefois une sorte de « personnalité juridique pénale sur mesure » en dotant de cette qualité des sociétés qui n'en disposent pourtant pas au plan civil (ex. les sociétés commerciales en formation)³⁰⁰. La loi belge du 4 mai 1999 s'applique ainsi à la personne morale privée, en tant que réalité sociale et entreprise développant une activité propre³⁰¹ ; c'est l'entité économique qui est visée avant tout, même si elle n'est pas dotée de personnalité juridique au sens strict³⁰².

²⁹⁸ Par nationalité, il s'agit de définir « l'ordre juridique étatique dont la société tient sa personnalité morale et sous l'empire duquel elle est organisée et fonctionne ». Le raisonnement est par conséquent circulaire. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, p. 673. Sur la notion de nationalité, voir *infra* à propos de la « personnalité active ».

²⁹⁹ Voir les références à la fin de cette section pour plus d'exemples.

³⁰⁰ M. Nihoul, « Le champ d'application », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique* sous la dir. de M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2005, p. 25.

³⁰¹ D. Vandermeersch, *op. cit.*, pp. 246-247. Sont donc visées toutes les sociétés énumérées à l'Article 2 du Code des sociétés, qu'elles soient à objet commercial ou civil, que ce soient des groupements d'intérêts économiques ou des sociétés européennes. Voir A. Misonne, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique – UN régime complexe, une mise en œuvre peu aisée », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe* sous la dir. de S. Adam, N. Colette-Basecqz et M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2008, p. 67.

³⁰² Rapport de la Commission de la Justice, Doc. parl., Sénat, sess. ord. 1998-99, n° 1-1217/6, p. 7.

 En **France**, il n'est pas exclu que les juridictions répressives reconnaissent la personnalité morale à un groupement à seule fin de lui infliger une sanction pénale³⁰³.

 Le **Royaume-Uni** n'exige pas non plus l'existence rigoureuse d'une personnalité morale attribuée à l'entité abstraite pour qu'elle puisse être jugée pénalement responsable³⁰⁴.

 **Portugal** : le principe a été introduit dans le code pénal de 1982.

 **Luxembourg** : le 4 février 2010, le parlement luxembourgeois a adopté le projet de lois introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le code pénal et code d'instruction criminelle.

 **Espagne**: une réforme du code pénal a été approuvée par le Sénat le 9 juin 2010, introduisant pour la première fois ce principe dans le code pénal espagnol (voir nouvel article 31bis du code pénal espagnol).

La disparition de la personne morale, notamment à la suite d'une opération de fusion-absorption, empêchera toutefois l'engagement de la personnalité morale de la société absorbée pour des faits antérieurs à la fusion, pendant que la société absorbante échappera également à toute condamnation au nom de l'interdiction, en droit pénal, de la responsabilité du fait d'autrui³⁰⁵. Le résultat d'impunité sera identique si plusieurs entreprises constituent une société nouvelle en transférant dans cette dernière leur patrimoine³⁰⁶.

³⁰³ « Une doctrine particulièrement autorisée estime que l'Article 121-2 (du Code pénal français, *ndlr*) postule la théorie de la réalité de la personne morale qui a été consacrée par la Cour de cassation dans son célèbre arrêt du 28 janvier 1954 » (*D.*, 1954, p.217). Voir à ce sujet N. Rontchevsky, « Rapport français », *op. cit.*, p.746.

³⁰⁴ Ainsi, le droit britannique, reconnaissant le principe de la responsabilité pénale des entités abstraites, subordonne l'octroi de la personnalité morale à la réunion de critères qui conduisent à distinguer les « *corporate bodies* » (groupements dotés d'une autonomie juridique) des « *unincorporated bodies* » (groupements sans autonomie). Mais il apparaît que si les seconds sont dépourvus de personnalité morale, ils peuvent néanmoins être poursuivis pour certaines infractions identifiées. Voir M. Delmas-Marty, « Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international) », *Rev. soc.*, pp. 255 suiv. La question pourrait dès lors se poser de savoir s'il faut s'en remettre strictement à l'existence de la personnalité morale dans l'Etat du siège, ou s'il l'on peut incorporer le fait que même non dotée de la personnalité morale, certains groupements, susceptibles de sanctions pénales dans leur Etat d'origine, pourront se voir imputer une responsabilité pénale dans l'Etat des poursuites : il y aurait alors, ici, référence expresse au droit pénal national étranger.

³⁰⁵ J.-C. Saint-Pau, « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », *Gazette du Palais*, 9-10 février 2005, p. 136.

³⁰⁶ Voir S. Braum, « Le principe de culpabilité et la responsabilité pénale des personnes morales – remarques relatives au projet de loi luxembourgeois », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe* sous la dir. de S. Adam, N. Colette-Basecqz et M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2008, p. 236.

② Le principe de généralité ou de spécialité

Certains États (notamment la Belgique, la France, les Pays-Bas) ont opté pour le **principe de généralité**: les personnes morales, à l'instar des personnes physiques, sont dès lors soumises à l'ensemble du Code pénal national et des lois complémentaires³⁰⁷. D'autres privilégient le **principe de spécialité** (notamment le Portugal, l'Estonie, la Finlande et le Danemark³⁰⁸) **en autorisant la poursuite de la personne morale uniquement pour des infractions pour lesquelles ceci est expressément prévu par le Code pénal national** (et/ou lois ou décrets complémentaires).



En 2004, dix ans après l'entrée en vigueur du principe de responsabilité pénale des personnes morales, la **France** a substitué le régime de généralité à celui de spécialité, par nécessité d'adapter la justice aux évolutions de la criminalité et de renforcer l'efficacité des poursuites³⁰⁹. La mise en oeuvre du principe de spécialité paraît en effet inadéquate puisque les dossiers portent fréquemment sur un ensemble d'infractions diverses et connexes.

② Imputer l'acte matériel de l'infraction (actus reus) à la personne morale

Pour imputer matériellement une infraction à une personne morale (c'est-à-dire pour imputer l'acte commis, défini et sanctionné par un texte, à la personne morale), il faut prouver que la commission de l'infraction a été perpétrée **dans le contexte de ses activités et « pour son compte »**. Ce principe est présent tant dans les

³⁰⁷ La loi belge du 4 mai 1999 participe d'une fiction juridique en ce qu'elle assimile, dans la plus large mesure possible, la personne morale à la personne physique (*Doc. Parl.*, Sénat, « Exposé des motifs », 1-1217/1, session 1998-1999, p.1). Voir A. Masset, « La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modernisé », *J.T.*, 1999, p.655. La France a adopté le principe de généralité depuis la loi du 9 mars 2004 (loi Perben II), n°2004-204, J.O. 10 mars 2004, entrée en vigueur le 31 décembre 2005) modifiant l'Article 121-2 du Code pénal français. Voir à ce sujet H. Matsopoulou, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. Sociétés*, 2004, pp. 283 suiv. Aux Pays-Bas, pionniers de l'Europe continentale en ce domaine, la responsabilité pénale des personnes morales fut introduite, en 1950, à l'égard des infractions économiques uniquement ; elle fut ensuite élargie à toutes les infractions en 1976.

³⁰⁸ En 1996, il y avait au Danemark plus de 200 lois particulières.

³⁰⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, entrée en vigueur le 31 décembre 2005.

instruments régionaux et internationaux que dans les lois nationales³¹⁰ : il s'agit d'éviter de verser dans une responsabilité pénale objective (c'est-à-dire sans faute) des personnes morales pour des infractions commises par des personnes physiques qui profiteraient du « cadre » (juridique ou matériel) de l'entreprise pour commettre des exactions à leur profit exclusif. Sera imputable à l'entreprise l'infraction qui, d'une manière ou d'une autre, est commise dans le but de lui procurer un avantage ou de lui éviter un inconvénient³¹¹. Il faut s'interroger sur la question de savoir si, outre la défense d'un **intérêt économique**, la poursuite d'un **intérêt moral**³¹² peut également satisfaire cette condition.

Le bénéfice retiré (ou l'économie réalisée) par la personne morale de l'infraction devient un critère constitutif de sa responsabilité. De même, les infractions commises dans l'intérêt financier ou économique de la personne morale ou dans l'exercice d'activités qui tendent à assurer le fonctionnement de celle-ci, engagent la responsabilité de la personne morale même si aucun profit n'est engrangé. Ainsi en irait-il, selon les plaignants dans la plainte déposée en Belgique, de la TMEP et de la société-mère de l'entreprise multinationale TOTAL qui, indépendamment des bénéfices financiers réalisés par l'exploitation du gazoduc de Yadana dans le cadre de leur présence complice au Myanmar, auraient directement tiré profit de leur complicité dans les violations massives des droits de l'Homme perpétrées par les partenaires commerciaux de l'entreprise en ce que ces derniers étaient chargés par contrat d'assurer la sécurité du gazoduc.



En **Belgique**, la mise en jeu de la responsabilité pénale ne dépend pas de la qualité des personnes (organe ou représentant, personne morale ou personne physique) qui commettent le fait répréhensible, mais exclusivement des caractéristiques de l'acte commis. La législation belge se rapproche ainsi de l'Article 51 du Code pénal **néerlandais** qui stipule simplement que « les faits punissables peuvent être commis par des personnes physiques ou morales ». En ce sens, non seulement les

³¹⁰ En Belgique, pour que les faits infractionnels soient imputables à la (ou les) personne(s) morale(s) identifiée(s), il faut apporter la démonstration que la commission de l'infraction est intrinsèquement liée à la réalisation de l'objet de la personne morale, à la défense de ses intérêts, ou pour son compte. Voir A. De Nauw et F. Deruyck, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *R.W.*, 1999-2000, pp. 902 et 903 ; A. Misonne, « Le concours de responsabilité », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique* sous la dir. de M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2005, pp.92 à 96. En France, l'Article 121-1 du Code pénal contient également la formule « pour le compte de... », ce qui inclut tout type de bénéfice pour la firme. Sera matériellement imputable à l'entreprise l'infraction commise pour son intérêt (il faut pouvoir identifier quel intérêt est pris en compte, les intérêts des actionnaires ne correspondant pas spécialement à ceux des travailleurs ou des créanciers), mais aussi accomplie dans le cadre dans le cadre d'activités nécessaires pour assurer son organisation ou son fonctionnement. N. Rontchevsky, *op. cit.*, p. 741.

³¹¹ Pour la Belgique, voir M. Gollier et F. Lagasse, « La responsabilité pénale des personnes morales : le point sur la question après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 », *Chron. dr. soc.*, 1999, p.523.

³¹² Poursuivrait un « intérêt moral » l'employeur qui pratiquerait la discrimination raciale dans le recrutement du personnel, conformément à ses goûts racistes, mais non revêtus en l'espèce d'une quelconque rationalité économique.

actes des **dirigeants**, mais aussi ceux des employés subordonnés (voire la somme des actes de plusieurs personnes) peuvent être imputés à l'entreprise.

A la question de savoir qui peut matériellement engager la responsabilité de la personne morale, certains États vont, en revanche, répondre par une énumération limitative.

 En **France**, par exemple, l'Article 121-2 du Code pénal précise que seule sera matériellement imputable à une personne morale l'infraction commise pour son compte, par une ou plusieurs personnes physiques, ayant la **qualité d'organes**³¹³ **ou de représentants**³¹⁴.

La plupart des États optent toutefois pour un métissage entre ces deux modèles théoriques.

🕒 **Imputer l'élément moral de l'infraction (mens rea) à la personne morale**

Une responsabilité directe ou indirecte

Le principe général de droit pénal selon lequel la responsabilité pénale est établie uniquement si il y a réunion des éléments matériel et moral vaut naturellement à l'égard des personnes morales: il ne peut y avoir de responsabilité sans faute – dite objective – en droit pénal. On considère ainsi que la personne morale est une réalité sociale qui peut exercer une volonté réelle et autonome, à distinguer de la somme des intentions individuelles des organes, représentants et préposés.

Or concrètement, la présence de l'élément moral de l'entreprise sera appréciée par le juge qui ne dispose comme critère que de l'attitude des personnes physiques qui travaillent en son sein.

Contrairement à ce qui prévaut pour le droit français (responsabilité indirecte³¹⁵) ou le droit anglais³¹⁶, le droit belge – à l'instar du droit néerlandais – n'a toute-

³¹³ L'organe est chargé par la loi ou les statuts de gérer et d'administrer la personne morale ; il agit donc au nom de celle-ci (individuellement ou collectivement).

³¹⁴ En France, la responsabilité pénale des personnes morales suppose « l'intervention d'une ou plusieurs personnes physiques habilitées à les engager dans la vie juridique ». N. Rontchevsky, *op. cit.*, p. 749. Le Royaume-Uni et l'Allemagne (section 30 de l'*Ordnungswidrigkeiten*) limitent également amplement le nombre de personnes physiques qui peuvent engager la responsabilité de la personne morale. Il en va de même au Canada.

³¹⁵ En France, il faut prouver que l'infraction a été commise, en tous ses éléments constitutifs (matériel et moral), par un organe ou un représentant.

³¹⁶ English law, for example, only imputes an agent's criminal intent to the corporation if the agent is the « alter ego » of the corporation, and courts usually define « alter ego » to mean an agent high up in the corporate hierarchy ». V. S. Khanna, « Corporate criminal Liability: What purpose Does it Serve ? », 109, *Harv. L. Rev.*, 1477, 1996, p. 1491.

fois pas identifié quelles personnes physiques pouvaient « par leur faute ou leur volonté » engager la responsabilité pénale des personnes morales, en abandonnant cette question à la libre appréciation du juge. Il est toutefois évident que déduire, de chaque faute d'un employé, la responsabilité pénale de la personne morale risquerait d'élargir le concept de *mens rea* (intention de commettre l'infraction) de l'entreprise au-delà de toute limite acceptable. L'exposé des motifs du projet de loi belge considérait dès lors que pour établir la preuve de l'élément moral imputable à la personne morale le juge devait se baser sur le comportement des personnes **ayant une fonction dirigeante**³¹⁷ ; la Commission de la justice du Sénat précisa que le critère le plus fréquent et révélateur (mais non exclusif) de l'élément moral résiderait dans les décisions et attitudes des organes, sans toutefois que cela constitue une exigence légale³¹⁸.

Si **l'action** et **l'intention**, composant toute infraction, sont par nature étroitement liées à une personne en cas de responsabilité pénale individuelle, ils peuvent en revanche provenir de personnes distinctes en cas de responsabilité pénale des personnes morales. Il est en effet fréquent que « la connaissance et la volonté » dans une entreprise soit compartimentée entre différentes entités ; l'agrégat de ces composantes constituant la connaissance de l'entreprise à l'égard d'une opération particulière (*collective knowledge doctrine*)³¹⁹.

Parmi les différentes solutions envisageables, l'option suivante pourrait être préférée: la possibilité pour l'*actus reus* (l'élément matériel) d'émaner d'un organe ou préposé, tandis que la *mens rea* (l'intention de commettre l'infraction) devrait procéder d'un ou plusieurs individus qui, ensemble, exercent le rôle d'« organe »³²⁰. Nous définirons ici l'« organe » comme toute personne qui, dans les faits, a un pouvoir de décision et dont l'acte sera celui de la personne morale si l'individu l'a accompli dans l'exercice de ses fonctions et dans les limites de ses pouvoirs³²¹ ; nous visons donc les « organes de fait », ceux qui auront été « l'incarnation de la personne morale au moment de l'infraction »³²². La décision organique a généralement un support collégial, volonté diffuse, tellement partagée, qu'il est délicat de l'attribuer à des individus en particulier. La volonté exprimée sera donc, qualitativement, celle de l'entreprise plutôt que celle des individus additionnés (elle se distingue fondamentalement de la volonté individuelle exprimée par chacun des membres).

³¹⁷ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1998-1999, I-1217/1, p.6. Il y a là un retour à une « responsabilité indirecte/dérivée » ou « par ricochet » de la personne morale. La « direction » peut ordonner, diriger ou simplement accepter l'infraction.

³¹⁸ Rapport de la Commission de la Justice du Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord., 1998-1999, I-1217/1, p.26.

³¹⁹ Voir *Doc. parl.*, Sénat, I-1217/1, sess. ord., 1998-1999, p.5. Voir également : A. De Nauw, « Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction », RCJB, 1995, p.247.

³²⁰ M. Lizée, « De la capacité organique et des responsabilités délictuelle et pénale des personnes morales », *Revue de droit McGill*, 1995, vol. 41, p. 165.

³²¹ M. Lizée, *op. cit.*, p.147.

³²² J. Messinne, « Propos provisoires sur un texte curieux : la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 689.

Le principe du cumul des responsabilités

La consécration de la responsabilité pénale de la personne morale n'implique pas pour autant une impunité de la personne physique qui aurait commis l'infraction pour le compte de l'entreprise. La Recommandation n°R (88) 18 du Conseil de l'Europe promeut le principe du **cumul de responsabilités** des personnes physiques et morales. Parallèlement, le nouvel Article 12.1 du *Corpus juris 2000* prévoit qu'« au cas où l'une des infractions définies ci-dessus (art. 1 à 8) a été commise pour le compte d'une entreprise par une personne soumise à leur autorité, sont également responsables pénalement le chef d'entreprise et toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise qui, **en connaissance de cause**, ont laissé commettre l'infraction [...]»³²³. Un des enseignements les plus intéressants de la comparaison des législations des États membres de l'UE est que **le cumul**, qui est commun concernant des infractions intentionnelles, **est bien plus rare en matière d'infractions non-intentionnelles**³²⁴ (c'est-à-dire ce qui nous intéresse plus particulièrement dans ce guide puisque l'élément d'intention est souvent très difficile à déterminer voire absent dans le cas de violations commises par des entreprises).

Il convient de rappeler qu'il s'agit d'une recommandation uniquement et que donc, cela ne signifie pas qu'il y ait une harmonisation du principe de cumul de responsabilités au sein des différentes législations européennes nationales.



Au Royaume-Uni, la personne physique identifiée va être pénalement poursuivie, sans cumul obligatoire avec la personne morale.



En France, en application de l'Article 121-2 alinéa 3 du Code pénal, la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs ou complices des mêmes faits, et le décumul ne s'impose pas d'office en cas d'infraction non intentionnelle³²⁵.



Aux Pays-Bas, la possibilité du cumul est prévue en toute hypothèse, sans être obligatoire³²⁶.

🕒 Les sanctions



En Belgique, énumérées à l'Article 7 bis du Code pénal, elles peuvent consister en une amende, une confiscation spéciale, une dissolution de la personne morale (uniquement lorsque la personne morale a été créée pour servir de cadre à la perpétration de certaines infractions), une interdiction temporaire ou définitive d'exercer

³²³ M. Delmas-Marty et J.A.E. Vervaele, *The implementation of the Corpus iuris in the Member States*, Intersentia, 2000.

³²⁴ R. Roth, *op. cit.*, p. 686.

³²⁵ Au sujet du cumul dans le droit pénal français, voir J.-C. Saint-Pau, *op. cit.*, p. 138.

³²⁶ Voir art. 51 du « Nederlandse wetboek van strafrecht ».

une activité relevant de l'objet social, ou encore une fermeture temporaire ou définitive d'un établissement de la personne morale.

 En **France**, les peines d'amende pourront s'appliquer dans tous les cas aux infractions commises, tandis que les autres peines – mentionnées à l'Article 131-39 du Code pénal –, telle que l'exclusion de la personne morale condamnée des marchés publics, ne demeurent applicables que dans les cas expressément prévus par la loi³²⁷. Ainsi, la dissolution de la personne morale peut être prévue pour les infractions les plus graves: les crimes et délits contre les personnes, tels les crimes contre l'humanité, ou si les conditions de travail ou d'hébergement sont contraires à la dignité humaine. La condamnation pour crimes contre l'humanité conduira également à la confiscation de l'ensemble du patrimoine.

La caractéristique commune des peines prévues est une **atteinte au groupement dans son activité économique, voire dans son patrimoine** : il ne faut dès lors pas négliger les conséquences directes qu'elles peuvent provoquer sur l'emploi (suite à la fermeture temporaire voire à une condamnation pécuniaire trop lourde qui engendrerait des nécessités de restructuration) instaurant *de facto* une **responsabilité collective non souhaitable**.

L'exécution de la peine dans un État à l'égard de personnes morales étrangères ne sera peut-être pas toujours praticable : comment exécuter la peine que les juridictions belges auraient infligée à l'entreprise française Total pour complicité de crimes perpétrés en Birmanie ? L'infliction de la peine générale qu'est l'amende pourrait être exécutée sur les biens que posséderait ladite personne morale en Belgique ; et les peines spécifiques (dissolution, fermeture...) pourraient à leur tour être exécutées sur le sol belge, via le siège d'exploitation de la société étrangère ou ses activités dans le pays (en veillant bien entendu à ne pas appliquer la peine sur une personne juridique distincte). Mais la personne morale étrangère n'étant pas par nature extradable, l'effet des peines demeurerait en l'espèce limité aux actifs circulant sur le territoire belge³²⁸. Agir autrement porterait atteinte à la souveraineté de l'État d'incorporation de la société-mère.

Or, si l'exécution de la condamnation d'une personne morale étrangère dans un État peut sembler trop précaire (voire impossible pour cause d'absence de patrimoine sur le sol de cet Etat dont la juridiction est saisie), subsiste encore la possibilité de

³²⁷ A ce sujet, voir H. Matsopoulou, *op. cit.*, p. 289. Une sanction similaire existe en droit roumain. Voir F. Stretanu, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit roumain – Une réforme attendue », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe* sous la dir. de S. Adam, N. Colette-Basecqz et M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2008, p. 277.

³²⁸ Au cours des travaux préparatoires ayant conduit à la loi belge, l'importance du contexte international de l'exécution de la mesure de fermeture avait été épinglée par un commissaire : il soulignait que fermer une filiale en Belgique était dépourvu de sens si la société-mère pouvait, sans inquiétude, poursuivre ses activités à l'étranger. Voir Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord., 1998-1999, n°1-1217/6, pp.14-15.

dénoncer les faits à l'État où l'entreprise aurait son siège réel³²⁹, État qui agirait par conséquent en vertu de sa compétence personnelle active (compétent en raison de la nationalité de l'auteur de l'infraction, voir *infra*).

En somme, les difficultés sont de taille pour la victime: afin d'identifier la juridiction la plus adéquate (la moins contestable au regard du droit international) elle devra d'abord déterminer qui, de la personne morale ou de la personne physique « dirigeant » la société mère, pourra être désignée comme pénalement responsable au sein de ce forum et rechercher ainsi la nationalité des auteurs présumés de l'infraction, ce qui permettra de mettre en jeu le principe de la personnalité active (voir *infra*). Réciproquement, c'est la législation de l'État compétent en application de tel ou tel principe d'extra-territorialité qui déterminera si la personne morale en cause peut être tenue pour pénalement responsable.

Déterminer la compétence extraterritoriale du juge

Le principe directeur régissant la compétence en matière pénale demeure celui de la **territorialité**³³⁰: la compétence est ainsi **prioritairement attribuée aux juridictions du lieu de commission de l'infraction**, quelles que soient la gravité de celle-ci et la nationalité des auteurs présumés et des victimes³³¹.

Or, les juridictions du lieu des faits infractionnels (se déroulant majoritairement dans les États en voie de développement) manqueront, en règle générale, ostensiblement de poursuivre les entreprises « européennes » suspectes de violations de droits de l'Homme. Le principe de territorialité reste toutefois utile dans le cadre de notre problématique.



En **France** comme en **Belgique** notamment, ce **principe** est en effet associé à celui d'**ubiquité** qui présente un intérêt pour les infractions perpétrées pour partie dans un État tiers. En France, au nom de la théorie de l'ubiquité, il est acquis que l'infraction est localisée indifféremment au lieu de réalisation de l'acte ou de pro-

³²⁹ « La dénonciation ou la transmission des poursuites à l'autorité étrangère est une procédure au terme de laquelle un Etat ouvre ou reprend, d'initiative ou à la demande d'un autre Etat, des poursuites qui normalement auraient du être menées dans cet autre Etat ». Voir D. Vandermeersch, *op. cit.*, p. 263 ; C. Van den Wijngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht en Internationaal Strafrecht*, Anvers, Maklu, 2003, p. 1159.

³³⁰ Voir par exemple, l'Article 3 du Code pénal belge. Sur ce principe, voir H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, 2001, 2^e Ed., La Charte, pp. 56-57, 62-70.

³³¹ L'arrêt *Lotus* prononcé le 7 septembre 1927 par la Cour permanente de justice internationale, dans un litige opposant la France et la Turquie, marque toutefois un tournant décisif en la matière en déclarant que le principe de territorialité en droit pénal ne constitue pas un principe absolu en droit international (CPJI, *Lotus - France c. Turquie*, 7 septembre 1927, série A, n°10).

duction du résultat³³². La jurisprudence et la doctrine belges considèrent, pour leur part, que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions qui ne se sont que partiellement réalisées en Belgique³³³ : « pour cela, il suffit qu'un des éléments constitutifs « matériels » (et non purement intentionnels) ait été réalisé sur le territoire du Royaume, sans qu'il soit nécessaire que l'infraction ait été entièrement commise en Belgique ou, dans le cas d'infraction instantanée impliquant la réalisation d'un résultat, qu'elle y ait été consommée »³³⁴.

Aux côtés de la territorialité, six principes dérogatoires de compétence peuvent être recensés à travers les diverses législations nationales³³⁵ :

- le principe de **personnalité active** (l'État connaît de l'infraction commise à l'étranger par son national) ;
- le principe de **personnalité passive** (l'État connaît de l'infraction dont son national a été victime à l'étranger) ;
- le principe d'**universalité** (l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur de l'infraction³³⁶ peut juger de cette dernière, quel que soit le lieu de la commission de l'infraction et la nationalité de l'auteur ou de la victime³³⁷, pour les crimes graves uniquement) ;
- le principe « of the flag » (application de la loi pénale sur les avions et bateaux qui battent pavillon national) ;

³³² M. Delmas-Marty, « Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international) », *op. cit.*, p.256. La Cour de cassation française a également précisé que les juridictions françaises sont compétentes pour connaître des infractions commises à l'étranger par un étranger si elles sont indivisiblement liées à des infractions commises en France par le même auteur. Voir Cass. crim. Fr., R., 27 octobre 2004, n°04-85.187, *Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, mars 2005, pp. 13-14.

³³³ D. Vandermeersch, *op. cit.*, p.250. Cass., 23 janv. 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 582 ; Cass., 4 févr. 1986, *Pas.*, I, 1986, p. 664 ; F. Tulkens et M. van de Kerckhove, *Introduction au droit pénal*, 6^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 232 ; C. Hennau et J. Verhaegen, *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 75.

³³⁴ D. Vandermeersch, *op. cit.*, p.250. Sur cette question, v. H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, La Chartre, Bruges, 2003, pp. 67 à 73. Par ailleurs, certaines dispositions législatives belges incriminent de façon autonome des actes préparatoires ou des comportements antérieurs à la réalisation du crime ; si ces comportements sont commis sur le sol belge, les juridictions belges seront par conséquent compétentes même si l'infraction principale a eu lieu à l'étranger. (Voir par exemple, les Articles 136 *sexies* et *septies* du Code pénal belge sur la fabrication, la détention ou le transport d'instruments, d'engins ou d'objets destinés à commettre un crime de droit international humanitaire. Le Code pénal belge incrimine également l'ordre ou la proposition de commettre un crime de droit international humanitaire ou la provocation à commettre un tel crime, même si ces actes ne sont pas suivis d'effet).

³³⁵ L. Reydams, *Universal Jurisdiction : International and Municipal legal perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 21-22.

³³⁶ Précisons qu'il existe certaines hypothèses, dans la législation de l'un ou l'autre Etat, où la présence de l'auteur de l'infraction sur le territoire de l'Etat poursuivant n'est pas une condition nécessaire à l'ouverture de la compétence universelle. Voir *infra*.

³³⁷ L. Reydams, *Universal Jurisdiction : International and Municipal legal perspectives, op. cit.*, p. 5.

- le principe de protection ou de compétence réelle (l'État peut connaître de faits particuliers commis à l'étranger et portant préjudice à ses intérêts essentiels) ;
- et le principe de représentation³³⁸.

Nous évoquerons uniquement les principes de personnalité active, passive et celui d'universalité, les plus généralement invoqués à travers les États membres de l'UE. Il ne fait aucun doute que les entreprises et/ou leur dirigeants pourront, sur ces diverses bases de compétence, être poursuivi(e)s pénalement pour des faits commis à l'étranger. Le juge pénal saisi **appliquera au litige le droit pénal de son État**, tout en tenant compte du fait que les poursuites seront généralement conditionnées à ce que les faits reprochés soient également incriminés dans l'État dans lequel ils ont été commis (principe de double incrimination, voir *infra*).

1. Le principe de personnalité active ou le critère tenant à la nationalité de l'auteur présumé de l'infraction

Certains instruments internationaux obligent les États à prévoir une personnalité active dans leur législation nationale pour poursuivre les auteurs des violations des droits fondamentaux. Il en va ainsi, notamment, de la Convention contre la torture de 1984 (art. 5.1 (b)), et de la Convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999 (art. 7). Parallèlement, à travers quelques décisions-cadres, l'UE a généralisé, parmi ses États membres, le principe de personnalité active pour certaines infractions particulières (terrorisme, traite des êtres humains...).

En dehors de ces hypothèses, la personnalité active est en réalité très largement répandue dans les États membres de l'UE. La compétence fondée sur la personnalité active est considérée comme le **corollaire de la règle de non-extradition des nationaux**. En ce sens, elle devrait avoir une portée différente selon qu'elle s'applique aux personnes physiques ou aux personnes morales: ces dernières étant par nature inextradables, le principe de personnalité active devrait, naturellement, s'appliquer amplement à leur égard. Nous explorerons d'abord les différentes formes que revêt ce principe à travers les législations pénales de quelques États membres de l'UE; nous relèverons ensuite les questions transversales qui méritent d'être éclaircies si l'on veut que la personnalité active constitue, au sein de l'UE, une base solide de poursuite des entreprises qui violent les droits de l'Homme dans les pays tiers.

³³⁸ Au sujet de cette dernière compétence, L. Reydams précise qu'« according to the European Committee on Crime Problems the term refers to cases in which a State may exercise extraterritorial jurisdiction where it is deemed to be acting for another State which is more directly involved, provided certain conditions are met. In general, the conditions are request from another State to take over criminal proceedings, or either the refusal of an extradition request from another State that it will no request extradition ». L. Reydams, *Universal Jurisdiction : International and Municipal legal perspectives*, *op. cit.*, p. 22.

La personnalité active au sein des États membres de l'Union européenne



En **Belgique**, le régime de personnalité active varie selon que les faits en cause sont qualifiés d'« infractions ordinaires », ou de violations graves du droit international humanitaire.

– La compétence des juridictions belges et l'application conséquente de la loi belge sera consacrée à l'égard de tous les Belges (personne physique ou morale) auteurs de crimes ou délits « ordinaires » commis à l'étranger, moyennant la **présence** du suspect sur le territoire ainsi que le **respect de l'exigence de la double incrimination**³³⁹. Lorsque la victime des violations est étrangère, ce qui constitue l'hypothèse la plus probable, l'État belge ne sera toutefois invité à intervenir qu'à titre subsidiaire : outre l'exigence que l'auteur présumé demeure sur le territoire belge et ne puisse en être extradé, l'intervention du juge belge sera impérativement **précédée d'une plainte préalable de la victime ou de sa famille**, ou de la **communication d'un avis officiel de l'autorité étrangère du lieu de l'infraction**³⁴⁰.

Ainsi, une entreprise multinationale dont la société mère a son siège social en Belgique, violant hors frontières, par l'intermédiaire de succursales ou de filiales contrôlées à majorité, des droits fondamentaux dont le non respect est incriminé tant par la législation belge que par la loi du lieu de commission de l'infraction, pourra être poursuivie en Belgique, pour pallier à l'inertie ou à l'impossibilité matérielle de mettre en oeuvre les poursuites dans l'État du lieu des faits infractionnels. Bien entendu, le succès de ces poursuites dépendra de l'admissibilité ou non de la levée du voile social en l'espèce.

En présence de violations graves au droit international humanitaire, le principe de personnalité active s'applique lorsque l'auteur présumé est, soit de **nationalité belge**, soit à sa **résidence principale** en Belgique, (ces critères pouvant respectivement s'apprécier au moment soit de la commission de l'infraction, soit de l'engagement

³³⁹ Le système de personnalité active est envisagé à travers les Articles 6, 7 et 9 de la Loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale. (Seule l'hypothèse de l'Article 7 présente une réelle pertinence au regard de notre problématique). La condition de la double incrimination n'est pas exigée lorsqu'un des éléments constitutifs de l'infraction – commise pour l'essentiel en dehors du territoire belge – a été réalisé en Belgique. Voir Cass. belge, 18 novembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 285.

³⁴⁰ Par ailleurs, dans cette dernière hypothèse, l'action publique ne pourra être mise en mouvement que sur réquisition du Ministère public belge, conformément à l'Article 7 § 2 de la Loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale. Précisons également que si le Belge ayant commis un crime à l'étranger avait un coauteur ou un complice étranger, l'Article 11 de la Loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit que ce dernier pourra être poursuivi en Belgique conjointement avec l'inculpé belge, même après la condamnation de celui-ci, à condition d'être capturé sur le territoire belge.

des poursuites³⁴¹). Dans cette hypothèse, il n'est **pas requis que l'inculpé soit trouvé en Belgique**³⁴² (nous verrons toutefois que cet « allègement de condition » ne présente un « intérêt » que lorsque l'inculpé est une personne physique), ni qu'il y ait de **double incrimination**. Aucune précision ne figure sur ce qu'il faut entendre par la résidence principale en Belgique d'une personne morale.

 Parallèlement, en **France**, la nationalité française des personnes morale ou physique entraînera la compétence des juridictions françaises s'il est établi qu'elles étaient françaises au moment soit lors de la commission de l'infraction à l'étranger, soit lors du déclenchement de la poursuite pénale en France ; le maintien de l'alternative permet d'éviter qu'une personne n'acquiert une autre nationalité aux fins d'échapper aux poursuites pénales. En tout état de cause, la **double incrimination** est sollicitée en présence de délit commis à l'étranger par un national ; face à un crime, elle ne sera exigée que si le national est le complice plutôt que l'auteur principal des faits³⁴³. En cas de délit, seul le ministère public pourra décider de la mise en œuvre de l'action publique³⁴⁴. Elle doit être **précédée néanmoins d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis**. Les poursuites sur la base de la personnalité active sont subsidiaires par rapport à l'État du territoire où a été commise l'infraction, et ne seront pas exercées s'il existe une décision étrangère devenue définitive pour les mêmes faits (excepté s'il s'agit d'une amnistie)³⁴⁵.

La présence du suspect sur le territoire n'est pas requise, et un procès *in absentia* (en l'absence de l'auteur présumé de l'infraction) est possible.

➔ **Plainte en France contre une filiale et la société-mère du Groupe français Rougier suspectées d'infractions multiples commises au Cameroun**

Le 22 mars 2002, sept villageois camerounais de la région de Djoum déposèrent, entre les mains de Monsieur le Doyen des Juges d'Instruction de Paris, une plainte avec constitution de partie civile, pour destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaires, à l'encontre des dirigeants de la Société forestière de Doumé (SFID), filiale camerounaise du Groupe Rougier (l'un des leaders mondiaux de la filière bois), de même que de sa maison-mère, la société française Rougier SA basée en France. Les faits décrits s'inscrivent dans le cadre de pillage illicite de ressources

³⁴¹ Art. 6, 1^{°bis} du Titre préliminaire du Code de procédure pénale tel que modifié par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, *M.B.*, 7 août 2003.

³⁴² B. Swart, « La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux », in *Juridictions nationales et crimes internationaux* / sous la dir. de A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, Paris, 2002, pp.567 suiv.

³⁴³ Art. 113-6 et 113-5 du Code pénal français. Voir à ce sujet : Cass. Crim. (fr.), 10 février 1999, *Bull. crim.*, n° 15, D. 1999, jurisprudence p. 491, note. A. Fournie.

³⁴⁴ L'Article 113-8 du Code pénal français prévoit que « dans les cas prévus aux Articles 113-6 et 113-7, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public.

³⁴⁵ Art. 113-9 du Code pénal français.

forestières au détriment des populations locales d'après les plaignants : après avoir exploité illégalement diverses essences de bois – sans licence d'exploitation – et détruit des champs pour installer des pistes ouvrant l'accès aux zones forestières, la société SFID s'était opposée à tout versement d'une compensation financière réclamée par les villageois spoliés. Ces derniers s'étaient ensuite heurtés à l'inertie – jugée partielle – de l'administration locale bénéficiant en apparence directement ou indirectement d'avantages fournis par la SFID. La plainte qu'ils constituèrent auprès du Procureur de la République du Cameroun fit l'objet d'un classement sans suite.

Afin de se voir garantir le droit à un recours effectif à un juge indépendant et impartial, dont la corruption locale (alliance entre la filiale et les autorités) semblait les avoir privé, les plaignants camerounais ont déposé une plainte en France sur la base des principes à la fois de **territorialité** et de **personnalité active** : la SA Rougier, à l'égard de laquelle la plainte était notamment dirigée, est incorporée en France et revêt par conséquent la nationalité française. Selon les victimes, l'infraction de recel pouvait être directement imputée à la SA Rougier, au motif qu'elle avait encaissé des dividendes distribués par la SFID alors qu'elle savait ou devait savoir qu'ils étaient le fruit d'activités illégales, et qu'il y avait eu importation en France du bois pillé au Cameroun³⁴⁶. Au regard de dénonciations antérieures au sujet de la SFID³⁴⁷, la société mère Rougier ne pouvait en effet ignorer le caractère illégal des activités de sa filiale.

Toujours selon les victimes, la SA Rougier devait en outre être jugée pour sa participation aux autres délits reprochés à sa filiale SFID, non seulement en ce qu'elle en est le principal bénéficiaire mais également compte tenu de l'interdépendance existant entre les deux sociétés: la SA Rougier détient la majorité du capital de la SFID, les comptes de cette dernière sont intégrés fiscalement dans ceux de la maison mère. Par ailleurs, au moment des faits (dès 1999), une même personne réunissait les fonctions de direction générale de la SFID et de la société-mère, gérées toutes deux par des administrateurs communs³⁴⁸. De cette étroite « imbrication capitalistique et directionnelle » entre sociétés juridiquement autonomes, les plaignants concluent que les décisions prises par la SFID étaient à l'évidence directement imposées par la SA Rougier: la société Rougier devait par conséquent être poursuivie, en raison de sa responsabilité personnelle (il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'autrui), dès lors qu'elle avait placé sa filiale, officiellement auteur principal, dans une situation de simple exécutant. La filiale n'était que l'instrument par lequel l'infraction

³⁴⁶ C'est ici le principe de « territorialité-ubiquité » qui vient à s'appliquer. L'Article 113-2 du Code pénal français dispose en effet qu'est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction, dont un élément constitutif a eu lieu sur ce territoire ; selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, le recel commencé à l'étranger, mais continué en France, relève ainsi de la compétence juridictionnelle française.

³⁴⁷ Notons qu'en 2001, la SFID fut condamnée à trois reprises au Cameroun : pour exportation illégale d'une essence forestière protégée (*assamela*), pour la falsification du document de la Convention internationale des espèces sauvages de Faune et de Flore menacées d'extinction (CITES) et pour un dépassement de quotas dans l'exploitation du bois.

³⁴⁸ Les représentants et responsables locaux de la SFID étaient, pour la plupart, de nationalité française.

avait été commise, l'acte reproché ayant été accompli sur ordre du groupement, dans son intérêt, et avec les moyens fournis pour le groupe.

Le 13 février 2004, la Chambre de l'Instruction de la Cour d'appel de Paris confirma toutefois une ordonnance d'irrecevabilité de la plainte, en invoquant deux obstacles procéduraux. Premièrement, la poursuite des délits (ainsi avaient été qualifiés les faits en l'espèce) commis par des français à l'étranger ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public (art. 113-8 du Code pénal français), et celui-ci s'y était refusé aux termes de réquisitions rendues le 27 septembre 2002 : bien que l'impact économique dommageable des faits dénoncés sur la population locale n'était pas raisonnablement contestable, le ministère public avait estimé que les actes reprochés n'étaient pas d'une gravité telle qu'ils puissent justifier la saisine d'un juge d'instruction. Deuxièmement, la Cour d'Appel invoqua l'Article 113-5 du Code pénal français aux termes duquel le complice français présumé (la SA Rougier) d'un crime ou délit commis à l'étranger ne peut être poursuivi en France qu'à la condition que l'auteur principal du crime ou délit ait été condamné par une décision définitive de la juridiction étrangère. C'est pourtant précisément en raison de leur impossibilité à obtenir un procès équitable au Cameroun que les plaignants avaient choisi de « saisir » la justice française. Mais la Cour n'a pas retenu l'argument et a jugé insuffisants les indices de délits de corruption de cette dernière aux fins d'organiser son impunité. Un pourvoi en cassation a été déposé mais rejeté. Un recours a été en conséquence introduit devant la Cour européenne des droits de l'Homme par l'ONG Sherpa, mais il a été déclaré irrecevable³⁴⁹.

Perspectives

Cette condition (que le crime ou délit ait été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère) aux enquêtes extra-territoriales des juges nationaux français devrait être révisée si l'on souhaite augmenter la probabilité de réalisation de poursuites sur base du principe de personnalité active. Faire dépendre la condamnation d'une maison-mère en France de celle de ces complices à l'étranger est problématique pour plusieurs raisons. Premièrement, cela revient à ne pas prendre suffisamment en considération l'état du système judiciaire du pays où est implantée la filiale: l'absence de moyens, la corruption feront généralement obstacle à toute condamnation de cette dernière. Deuxièmement, la société-mère et sa filiale sont parfois toutes deux complices de violations graves de droits de l'Homme dont les auteurs principaux sont les représentants officiels de l'État dans lequel la filiale est implantée: l'immunité de juridiction pénale de ceux-ci devant les juridictions nationales empêchera à nouveau toute velléité de poursuites des entreprises coupables d'actes de participation. On préférera la solution retenue par le Tribunal pénal international

³⁴⁹ Voir, Sherpa, « Rapport d'activités 2006, actualisé au 2 mai 2007 », p. 2.

pour le Rwanda qui jugea qu'une personne peut être condamnée pour complicité alors même que l'auteur principal n'a pas pu être identifié³⁵⁰.

Enfin, il serait intéressant d'interroger le choix en opportunité exercé par le ministère public. Ne devrait-il pas être encadré de garanties en offrant à la victime un recours contre la décision du ministère public, a fortiori lorsqu'il n'existe pas d'autre État où la plainte puisse être effectivement traitée? On peut craindre que, dans de tels cas, l'État soit parfois juge et partie. Instance poursuivante, il est aussi État d'accueil - et parfois même actionnaire majoritaire - d'une entreprise puissante qui crée de la richesse: vu les peines financières lourdes qu'elle risquerait de se voir infliger, il pourrait peiner à poursuivre une entreprise dont la société-mère est basée sur son territoire.

➔ **Exploitation du bois par DLH et la perpétuation du conflit au Libéria**

L'affaire oppose Global Witness, Sherpa, Greenpeace France, les Amis de la Terre et un activiste libérien face au groupe DLH (Dalhoff, Larsen & Horneman), fournisseur de bois. Les plaignants ont déposé une plainte fin 2009 devant le Procureur de la République de Nantes (France).

Ils accusent DHL d'avoir contribué à la guerre civile au Libéria entre 2000 et 2003, en s'approvisionnant auprès d'entreprises libériennes, qui elles-mêmes apportaient leur soutien au régime de Charles Taylor faisant l'objet de sanctions internationales. DLH-France se serait rendu coupable de recel, sanctionné par les article 321-1 et suivant du Code pénal français, en achetant du bois issu de concessions forestières illégales. D'après un communiqué de presse de Global Witness: « la plainte s'appuie sur des preuves solides de **l'implication des fournisseurs de DLH dans des activités illicites** telles que la corruption, l'évasion fiscale, la dégradation de l'environnement, le commerce des armes en violation de l'embargo de l'ONU et les atteintes aux droits de l'Homme »³⁵¹. L'affaire est en cours. Deux autres affaires, l'une contre DHL Nordisk A/S (en tant qu'auteur de la violation) et l'autre contre DHL A/S comme complice ont été déposées au Danemark.

Le principe général de personnalité active est notamment consacré dans les Codes pénaux **allemand, autrichien, danois, espagnol, finlandais, grec, néerlandais, portugais, et suédois**.

³⁵⁰ Voir TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, 2 octobre 1998, affaire n°ICTR-96-4, §§ 530-531. Il a ainsi été jugé par la Cour de Cassation belge que « *Celui qui a participé à un fait qualifié crime ou délit, doit être puni comme auteur ou comme complice, si toutes les conditions de la participation criminelle concourent en l'espèce, quand même l'auteur principal échapperait à la condamnation et aux poursuites* » (Voir Cass.b., 5 novembre 1945, Pas., 1945, I, p .364). Quoique l'auteur soit resté inconnu, le complice demeure par conséquent soumis aux poursuites et à la condamnation (Voir Cass.b., 31 mai 1897, Pas.,1927, I, p.108). Voir également A. Clapham et S. Jerbi, « Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses », New York, 21-22 mars 2001, p.2.

³⁵¹ Global Witness, « L'entreprise forestière internationale DLH accusée d'avoir financé la guerre au Libéria », 18 novembre 2009, www.globalwitness.org.

Deux caractéristiques communes à l'ensemble de ces dispositions pénales respectives peuvent être recensées: sauf exceptions ponctuelles, **tous les crimes et délits** (l'infraction doit présenter un certain degré de gravité, ce qui exclut d'emblée les contraventions) **peuvent être poursuivis sur la base de la personnalité active, à condition qu'ils soient également punissables dans l'État dans lequel ils ont été perpétrés** (double incrimination).



Au **Danemark**, la compétence de personnalité active s'étend aux résidents étrangers, ainsi qu'aux citoyens et résidents étrangers de Finlande, Islande, Norvège et Suède, dès lors qu'ils seraient présents au Danemark ; la date importante étant celle du déclenchement des poursuites, et non celle de la commission du crime. Un régime similaire est prévu en Finlande et en Suède³⁵². Il est également intéressant de noter que la Grèce ne conditionne pas l'exercice de la personnalité active à la double incrimination lorsque l'acte est commis dans un territoire dépourvu d'organisation étatique ; il en va de même du Portugal lorsque les faits sont perpétrés dans un lieu où aucun pouvoir répressif n'est exercé.



Le principe de personnalité active est, en revanche, rejeté par le **Royaume-Uni qui accepte généralement d'extrader ses nationaux**³⁵³. On observe toutefois une entorse à cette règle dans des hypothèses, issues de l'*Offences against the Person Act 1861*³⁵⁴, et de l'*International Criminal Court Act 2001*³⁵⁵.

2. Questions transversales

En ce qui concerne l'application du principe de personnalité active, plusieurs points méritent d'être clarifiés :

- Quant à la signification et l'acquisition de la nationalité ;
- Quant à l'extension du principe aux résidents ;

³⁵² Section 6 Chapitre 1 du du Code pénal finlandais. Voir également la Section 11 Chapitre 1 qui consacre les principes de double incrimination et de « lex mitior ». Au sujet de la compétence extra-territoriale des juridictions finlandaises, voir M. Joutsen, R. Lahti and P. Pölönen, *Criminal Justice Systems in Europe and North America : FINLAND*, Helsinki, Finland, 2001, pp. 8-9 : www.legal.coe.int. A propos de la Suède, voir Section 2 Chapter 2 du Code pénal suédois.

³⁵³ B. Swart, « La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux », *op. cit.*, pp. 567 et suiv. L. Reydams, *Universal Jurisdiction : International and Municipal legal perspectives, op. cit.*, p. 202.

³⁵⁴ L'« Offences against the Person Act 1861 » établit une compétence sur les meurtres et les homicides involontaires (section 9), ainsi que la bigamie (section 57) commis par des Britanniques quel que soit le lieu. La poursuite de Britannique dans ce cas d'espèce n'aura toutefois lieu que s'il rentre volontairement au Royaume-Uni après la commission de l'infraction et que la poursuite par l'Etat du territoire où a été commise l'infraction est imposable.

³⁵⁵ L'« International Criminal Court Act 2001 » incorpore dans la loi nationale le noyau du Statut de Rome. Les Sections 51 et 68 définissent l'étendue *ratione loci et personae*. Selon cet acte, la compétence extraterritoriale est limitée à la poursuite des résidents au Royaume-Uni au moment de la commission du crime, ou à ceux qui sont devenus résidents après la commission du crime et qui y résident encore au moment du déclenchement de la procédure.

- Quant à la double incrimination ; et
- Quant à la nécessité de la présence sur le territoire de la personne suspecte.

Appliquées aux personnes morales, ces problématiques revêtent une complexité particulière.

a) Signification et acquisition de la nationalité

L'utilisation de la nationalité comme critère de rattachement peut s'avérer problématique lorsqu'est en cause l'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale, la nationalité n'étant pas conférée à cette dernière comme elle l'est à une personne physique³⁵⁶.

La détermination de la nationalité d'une société suppose d'identifier « l'ordre juridique étatique dont la société tient sa personnalité morale et sous l'empire duquel elle est organisée et fonctionne »³⁵⁷. Selon l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company* concernant la nationalité des personnes morales, le droit international établit une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus. La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État **sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège**³⁵⁸. En réalité, le droit international public paraît n'avoir exprimé aucune préférence pour un critère quelconque. **Il appartient à chaque État**, comme il le fait en adoptant des règles relatives à l'attribution de la nationalité des individus, **de décider à quelles conditions il estime que telle société, ayant sa « nationalité », doit se conformer aux règles dont le respect s'impose à tous ses nationaux, quel que soit le lieu de leurs activités**³⁵⁹.

Selon les règles générales de droit international privé, les sociétés commerciales

³⁵⁶ Watts & Jennings, *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed., 1996, p. 861 : « The concept of nationality in relation to companies does not have the legislative basis in national laws which exists in the case of individuals, and is thus much more open to a pragmatic assessment on the basis of the extent of a company's attachment to a state ». Pour les personnes physiques, le critère de nationalité peut également soulever des difficultés d'interprétation : la personnalité active peut-elle être appliquée à un national qui est né à l'étranger, réside à l'étranger et qui est peut-être doté de la nationalité de ce nouveau pays de résidence ? Voir L. Reydam, *Universal Jurisdiction : International and Municipal legal perspectives*, *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁷ Voir P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, « Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales », R.C.J.B., 1992, p. 673.

³⁵⁸ C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, Rec. 1970, p. 43.

³⁵⁹ Le critère de l'effectivité, évoqué par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nottebohm* à propos des personnes physiques, a été écarté à propos des personnes morales. L'arrêt précité rendu le 5 février 1970 par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* est à cet égard explicite : « Sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale » (Rec., 1970, p. 43).

ont la nationalité soit du **lieu d'enregistrement** (immatriculation), soit de l'État sur le territoire duquel elles ont leur **siège social**. Une grande diversité d'opinions existe quant au facteur décisif. Ainsi, le critère du **contrôle**, lui-même fondé sur la nationalité des actionnaires majoritaires ou sur celle des personnes qui dirigent effectivement la société, pourrait également être retenu pour établir la nationalité de la personne morale³⁶⁰. Il en va de même du **lieu de développement de l'activité principale** de la société³⁶¹.

L'application du critère de la nationalité comme critère de rattachement, même lorsqu'il est clairement défini par la loi, peut s'avérer controversée³⁶².

 **En droit belge** (art. 56 du Code des Sociétés), le **siège social** réel de la société déterminera la loi qui lui est applicable. Toutes les sociétés qui ont leur siège sur le territoire belge « sont considérées comme de droit belge même si elles ont été constituées valablement dans un pays étranger et qu'elles ont toujours fonctionné conformément à la législation de ce pays »³⁶³. En revanche, une société valablement constituée en Belgique qui dispose de son siège réel dans un pays étranger est censée être « ressortissante » de cet État, même lorsque le droit de ce pays étranger impose une autre règle (par exemple, celle du siège social)³⁶⁴. Le siège social réel peut être défini comme l'endroit où se situe la direction juridique, financière et administrative de l'entreprise³⁶⁵.

 Un critère identique est utilisé en **France** : en droit français, est française la personne morale qui a son siège social réel en France, même si elle est contrôlée par des étrangers³⁶⁶.

Le règlement de la nationalité des sociétés variant largement suivant les pays, l'application du principe de la personnalité active aux personnes morales **risque de créer de nombreux conflits de compétence**³⁶⁷. Plusieurs États ont par ailleurs

³⁶⁰ Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 6^e éd. (P. Daillier et A. Pellet), 1999, p. 492. Voir par ex. Décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996, in L. Calfisch, « La pratique suisse en matière de droit international public, 1996 », *Rev. suisse de droit international et de droit européen*, vol. 7, 1997, p. 673, cité par A. Clapham, « The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons », *op. cit.*, p. 188.

³⁶¹ M. Henzlin, Le principe de l'universalité en droit pénal international – *Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 26.

³⁶² Voir *infra* affaire Trafigura en Côte d'Ivoire où le juge a invoqué l'absence de lien de rattachement avec la France alors même que les individus accusés avaient la nationalité française.

³⁶³ D. Vandermeersch, *op. cit.*, p. 246.

³⁶⁴ R. Prioux, « Les sociétés belges et les sociétés étrangères », in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, C.U.B., Bruxelles, Ed. du jeune Barreau de Bruxelles, 2003, pp. 311 et 312.

³⁶⁵ G.-A. Dal et A.-P. André-Dumont, « Personnalité juridique des sociétés », in Centre d'Etudes Jean Renaud, *Le nouveau Code des sociétés*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.205.

³⁶⁶ A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 2^e éd., 2001, p.208 ; M. Delmas-Marty, « Personnes morales étrangères et françaises (Questions de droit pénal international) », *op. cit.*, p. 258.

³⁶⁷ M. Henzlin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international ...*, *op. cit.*, p. 26.

étendu le principe aux personnes ayant acquis la nationalité après la commission de l'infraction. Le Conseil de l'Europe estimait en conséquence, en 1990, que « le pouvoir législatif devrait, en établissant sa compétence sur des personnes morales sur la base du principe de personnalité active, indiquer clairement les normes en vertu desquelles il considère ces personnes comme ses ressortissants ».³⁶⁸ Il ajoutait qu'à défaut de pareille précision, « du point de vue de la prévisibilité, le lieu du siège d'une telle personne semble constituer le seul critère acceptable ».³⁶⁹

b) L'extension aux résidents

La tendance actuelle est à l'extension de la compétence fondée sur le principe de la personnalité active, au-delà du lien de nationalité, du lien qui résulte de la **résidence habituelle ou de la résidence principale du suspect sur le territoire de l'État qui prétend exercer une compétence extra-territoriale**³⁷⁰.



La personnalité active de résidence est généralement appliquée dans les **pays scandinaves**.



Le Code pénal **suisse** prévoit l'application du principe de personnalité active dans certaines hypothèses lorsque l'extradition de l'auteur ne se justifie pas³⁷¹.



Le **Royaume-Uni** comme la **Belgique** appliquent le critère de rattachement de la résidence de l'auteur présumé dès lors qu'il est suspecté de violations du droit international humanitaire³⁷².



Enfin, dans un cas de génocide, la **Cour suprême fédérale allemande** estima que les juridictions allemandes sont compétentes dès lors que l'accusé réside depuis plusieurs mois en Allemagne et y a établi le centre de ses activités et a en outre été arrêté en territoire allemand³⁷³.

Cette extension est d'autant plus logique lorsque l'État, où l'infraction a été commise, s'expose à des difficultés pour obtenir l'extradition.

³⁶⁸ Conseil de l'Europe, « Compétence extraterritoriale en matière pénale », 1990, pp. 29-30.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 282.

³⁷¹ M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international ...*, *op. cit.*, p. 25.

³⁷² Le « War Crimes Act 1991 » introduit la possibilité de poursuites pour certains crimes commis entre 1935 et 1945 en Allemagne ou dans un territoire occupé par l'Allemagne, pour tout citoyen britannique ou tout résident au *Royaume-Uni* (cet exemple est mentionné par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, dans leur opinion séparée commune annexée à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2002). Voir également *supra*, l'« International Criminal Court Act 2001 ». Pour la Belgique, consultez l'art. 6, 1^obis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

³⁷³ Bundesgerichtshof, 13 février 1994, 1 BGs 100.94, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1994, p. 232. Cité par le président Guillaume, opinion individuelle annexée à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000.

➔ A la recherche de la résidence principale de l'entreprise multinationale Total en Birmanie

Dans un arrêt du 5 mai 2004 relatif à l'affaire Total en Birmanie, la Cour de cassation belge jugea « que le groupe multinational Total ne peut, comme il est soutenu, être réputé avoir « sa résidence principale en Belgique par l'incorporation de son centre de coordination à Bruxelles », dès lors que celui-ci, établi en application de l'arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982, a pris la forme d'une société anonyme de droit belge, est doté de ce fait d'une personnalité juridique propre et ne peut, partant, être considéré comme le siège social ou un siège d'exploitation de la société anonyme distincte Totalfinaelf »³⁷⁴. Elle précisa que, conformément aux Articles 24 et 62bis du Code belge d'instruction criminelle, ce sont le lieu du **siège social** ou du **siège d'exploitation** qui détermine les règles de compétence et de recevabilité de l'action publique relatives aux crimes et délits commis hors du territoire du pays. Elle décréta en conséquence que, la SA Total n'ayant pas son siège en Belgique mais bien en France, n'étaient pas réunies les conditions nécessaires à la mise en œuvre du principe étendu de personnalité active, introduit par la loi belge du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire.

Les travaux préparatoires de la loi du 5 août 2003 n'apportent certes aucune précision sur la portée à réserver à la résidence principale d'une personne morale et, *a fortiori*, d'un groupe multinational ; difficilement transposables par analogie à la personne morale, on retiendra toutefois des « directives » énoncées pour déterminer la résidence principale d'une personne physique que celle-ci « se fonde sur une situation de fait »³⁷⁵.

Le concept de résidence principale étant une notion factuelle, les plaignants avaient estimé conforme à la réalité concrète de considérer que celle du Groupe Total était localisée à l'emplacement de son Centre de coordination établi à Bruxelles. Conformément à leur dénomination, les centres de coordination ont pour but de coordonner et centraliser les activités administratives et financières des entreprises multinationales : ainsi, dans le cadre de ses activités financières, le centre de coordination du Groupe Total réalise la centralisation de paiements du Groupe, la coordination de la trésorerie, et les financements des investissements au bénéfice des sociétés du groupe. Préférer l'unité du centre de coordination à la pluralité des sièges sociaux de l'une ou l'autre composante du Groupe impliquée dans les faits reprochés présentaient selon les victimes l'avantage de disposer d'un critère de rattachement unificateur, légitime et pertinent. Bien que critiquable, l'intérêt de l'arrêt de la Cour de cassation provient de ce qu'elle confirme qu'**en aucun cas, un Groupe multinational**

³⁷⁴ Cass. b., 5 mai 2004, réf. P.04.0482.F/3 (en cause Totalfinaelf).

³⁷⁵ Voir notamment les travaux préparatoires de l'Article 3 de la loi du 19 juillet 1991 l'exposé des motifs du Projet de loi relative aux violations graves du droit international humanitaire, *Doc. parl.*, Ch. Repr., *Sess.extr.*, 51 0103/00, pp.4-5, ainsi que le Rapport Goris, 28 juillet 2003, relatif au Projet de loi relative aux violations graves du droit international humanitaire, *Doc. parl.*, Ch. Repr., *Sess.extr.*, 51 0103/003, pp.36-37.

ne peut être visé dans son ensemble : or, la société-mère du Groupe Total, précisément visée dans la plainte aux côtés de la filiale implantée en Birmanie, ne pouvait voir sa résidence en Belgique par le biais d'une société juridiquement distincte, fusse-t-elle l'administration centrale du Groupe.

Par souci de sécurité juridique des personnes morales concernées, le **recours à la notion de domicile** comme critère de rattachement alternatif à celui de la nationalité, semblerait plus indiqué dès lors qu'on pourrait l'aligner sur celle figurant à l'Article 60 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale. Le domicile y est défini comme étant soit le lieu du **siège statutaire**, soit le lieu où se situe l'**administration centrale**, soit le lieu du **principal établissement** (voir section II partie I).

Il faut toutefois admettre une fois encore que la portée de ces termes n'est pas parfaitement claire: ne se recouvrent-ils pas partiellement ? En quoi se distinguent-ils ? Seraient-ils préférables au critère du siège réel, retenu par certains États pour déterminer la nationalité d'une personne morale ? L'ensemble des diverses solutions retenues par les États membres de l'Union européenne complique les procédures et contribue à maintenir les conflits de compétence.

c) La double incrimination

En règle générale, les poursuites pour des faits commis à l'étranger sont subordonnées au principe de la double incrimination de l'infraction qui constitue une application de la règle de « légalité des délits et des peines » (principe fondamental en vertu duquel le juge ne peut condamner un individu si l'infraction n'est pas prévue par la loi). Le concept de double incrimination implique de « vérifier si le fait formant l'objet des poursuites est **punissable tant au regard du droit de l'État du lieu de commission de l'infraction et que de celui de l'État dont la juridiction est saisie** »³⁷⁶.

En cas de poursuites pénales dirigées contre une entreprise, la question prend une consistance particulière: la double incrimination concerne-t-elle uniquement la question de l'**incrimination du fait à l'étranger (double incrimination *in abstracto*)** ou également celle de l'**imputabilité du fait de la personne suspectée (double**

³⁷⁶ D. Vandermeersch, *op. cit.*, p.258. Selon la doctrine belge et française, il n'est pas exigé que la qualification donnée aux faits soit identique dans les deux législations.

incrimination in concreto³⁷⁷)? Certains auteurs optent pour la seconde branche de l'alternative, la non imputabilité à l'étranger du fait de la personne morale signifiant dès lors l'irresponsabilité de cette dernière: le fait reproché ne serait pas criminalisable à son encontre, mais bien exclusivement à l'égard des personnes physiques identifiées³⁷⁸. La difficulté pour la victime réside encore une fois dans le fait que **tous les États du monde n'ont pas accepté le dispositif de la responsabilité pénale des personnes morales** et, parmi ceux qui l'ont accepté, certains ont privilégié le principe de la spécialité à celui de la généralité.

Il faut également relever que **lorsque l'infraction reprochée revêt une gravité particulière, certains États membres ne conditionnent pas l'exercice de la personnalité active à l'existence d'une double incrimination.**



Il en va ainsi en **France** quand le national est auteur principal d'un crime dans un pays tiers.



La **Belgique** octroie une compétence personnelle active à ses juridictions, sans exigence de double incrimination, pour les violations graves du droit international humanitaire. Ces infractions étant constitutives de *jus cogens*, il est souvent considéré que leur interdiction s'impose par principe à toutes personnes – physiques et morales – indépendamment de leur incorporation dans les diverses législations nationales pénales particulières.



Rappelons aussi que la **Grèce** et le **Portugal** ne requièrent pas la double incrimination lorsque le territoire sur lequel l'infraction a été perpétrée souffre respectivement d'absence « d'organisation étatique » ou de « pouvoir de répression ».

³⁷⁷ Selon ce second principe, il faut en réalité vérifier si la personne suspectée peut être poursuivie et punie en vertu du droit de l'Etat du lieu de la commission de l'infraction, en tenant compte notamment des principes de responsabilité (la responsabilité pénale des personnes morales est-elle admise dans l'Etat tiers ?) et des causes d'exclusion de la faute, de la sanction ou des poursuites. Voir D. Vandermeersch, *op. cit.*, p.259. A ce sujet, l'auteur cite à son tour : A. De Nauw, avis donné au Parlement concernant la proposition de loi modifiant la loi du 5 août 1991 relative à l'importation, à l'exportation et au transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire et de la technologie y afférente et complétant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2000-01, n° 0431/009, p. 8 ; C. Van den Wijngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht en Internationaal Strafrecht*, Anvers, Maklu, 2003, pp. 1103 et 1104.

³⁷⁸ La saisine et l'étendue des pouvoirs d'investigation d'un magistrat instructeur sont déterminées par les faits repris dans l'acte de saisine ; il est saisi *in rem*, et non *in personam*. En d'autres termes, si la responsabilité pénale des personnes morales n'existe pas dans la législation du lieu des faits, il suffirait pour le magistrat instructeur d'invoquer sur le principe classique de la responsabilité des personnes physiques pour justifier la poursuite de l'enquête qu'il a entamée. D. Vandermeersch, *op. cit.*, p. 260.

➔ **Plainte en France contre les dirigeants du Groupe français Total pour crimes de séquestration commis par une filiale en Birmanie**

Pour un temps, les juridictions américaines, française et belge ont enquêté simultanément sur les violations des droits de l'Homme commises aux alentours du gazoduc de Yadana en Birmanie exploité par les groupes pétroliers Unocal (américain), Total (français), MOGE (birman) et PTT (thaïlandais) associés en joint-venture. Total, initialement poursuivi aux côtés de Unocal dans la procédure civile californienne³⁷⁹, avait bénéficié en 1997 d'un *amicus curiae* soumis au nom de la République française à la Cour fédérale de Los Angeles, selon laquelle « la France a la responsabilité souveraine de régler la conduite de ses personnes morales ressortissantes » et que, par conséquent, « le maintien de cette action contre Total devant une Cour des Etats-Unis contreviendrait aux intérêts de la politique étrangère de la France »³⁸⁰. Le 26 août 2002, deux réfugiés birmans ont déposé une plainte à Paris, sur la base du principe de personnalité active, contre deux dirigeants français de l'entreprise multinationale Total, pour des faits constitutifs de crime de séquestration.

Les fondements factuels et juridiques de la plainte³⁸¹

Dès son origine (en 1992), le projet du gazoduc a été vivement critiqué par plusieurs organisations de défense des droits de l'Homme,³⁸² qui soutenaient qu'à toutes les étapes de développement de ses activités, l'entreprise Total S.A. (à l'instar de Unocal) ne pouvait qu'entretenir un partenariat étroit avec le régime dictatorial du « Myanmar ». La militarisation d'un territoire de 63 km de long à des fins de « sécurisation » de la construction du gazoduc (entamée en 1995) a ainsi entraîné le déplacement forcé de populations, le recours massif au travail forcé pour installer les bataillons de l'armée birmane (camps, routes, pistes d'atterrissage...), la réquisition de civils pour débroussailler le futur chantier ou pour déminer certaines zones par le piétinement humain d'engins explosifs. Les témoignages de civils birmans et de militaires qui ont fui le pays tendent à démontrer que **Total avait une connaissance précise de ces exactions** et que la compagnie dirigeait certains de ces travaux rémunérant les soldats via la société birmane MOGE.

C'est dans ce contexte qu'actuellement réfugiés en Thaïlande, les deux plaignants affirment avoir été contraints par l'armée birmane de quitter leur village fin 1995 pour exécuter des travaux liés à l'installation du chantier du Yadana ; ils auraient été obligés de « travailler sous la menace permanente de violences de la part des bataillons qui les encadraient s'ils

³⁷⁹ A ce sujet, voir la partie relative à la responsabilité civile.

³⁸⁰ L'*amicus curiae* est reproduite en annexe de l'ouvrage de F. Christophe, *TotalFina : entre marée noire et blanchiment*, Villeurbanne, Editions Golias, 2000.

³⁸¹ Sur les circonstances de cette affaire, voir notamment L. Hennebel, « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis », 2006, n°26, 41 p., <http://cridho.cpdrucl.ac.be>

³⁸² Voir parmi d'autres, FIDH, « La Birmanie, TOTAL et les droits de l'Homme : dissection d'un chantier », octobre 1996 ; « Total en Birmanie. Total pollue la démocratie - stoppons le TOTALitarisme en Birmanie », collectif transnational d'associations (dont la FIDH), 4 juillet 2005, www.fidh.org. Voir également Earthrights International, « Total Denial », 1996 ; Earthrights International, « Total denial continues », mai 2000 ; Earthrights International, « Total Denial: More of the Same », septembre 2001, www.earthrights.org.

n'exécutaient pas les tâches qui leur étaient assignées, et affirment avoir été témoins de mauvais traitement et de violences commis par ces bataillons à l'égard d'autres travailleurs sur ce même chantier »³⁸³. Un témoin soutient avoir vu environ 300 travailleurs construire l'héliport affecté à l'usage de Total³⁸⁴. S'appuyant notamment sur les témoignages de soldats déserteurs et de cadres d'Unocal, les plaignants reprochèrent à Total d'avoir **recruté et payé des bataillons de la junte** (surnommés par les travailleurs les « bataillons Total »)³⁸⁵, et d'avoir ainsi **sciemment bénéficié du travail forcé** perpétré sur le chantier malgré les dénonciations répétées, par l'Organisation internationale du travail et la Commission des droits de l'Homme des Nations unies, de l'existence en Birmanie de ce crime à une échelle massive et systématique.

A défaut d'incrimination spécifique dans la législation française, les plaignants ont considéré que le travail forcé qu'ils avaient subi au bénéfice de Total correspondait au crime de séquestration défini par le Code pénal français: réquisition de force par l'armée pour accomplir entre 1995 et 1998 des travaux non rémunérés, avec contrainte de travailler et résider sur les lieux du chantier, sans nourriture ni soins (ce qui constitue une circonstance aggravante du crime de séquestration), pendant une période imposée et sans aucune possibilité d'y échapper (menaces de mauvais traitements)³⁸⁶.

Le principe de « spécialité » régissant la matière de la responsabilité pénale des personnes morales en France (au moment du dépôt de la plainte) faisait toutefois obstacle à ce que l'entreprise « Total » soit poursuivie en tant que telle : **il n'était pas légalement prévu que l'infraction de séquestration puisse être imputée à une personne morale**. Sans exclusion d'autres responsabilités individuelles qui résulteraient de l'enquête du juge, comme celles de dirigeants opérationnels multiples, voire d'officines privées employées sur place par l'entreprise, les plaignants ont identifié comme responsables des faits invoqués l'actuel Président Directeur Général de Total S.A. et premier responsable du projet Yadana en tant que directeur de la division Exploration et Production de l'entreprise de juillet 1989 à 1995, Thierry Desmarest, ainsi que le directeur de 1992 à 1999 de la filiale sur place Total Myanmar Exploration Production (TMEP), Hervé Madéo.

Après l'ouverture de l'enquête en octobre 2002, ce dernier fut entendu en octobre 2003 par la juge d'instruction sous le statut de « témoin assisté » (intermédiaire entre celui de simple « témoin » et de « mis en examen »). Une demande de non-lieu du parquet de Nanterre³⁸⁷ fut rejetée le 11 janvier 2005 par la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel

³⁸³ Extrait de CA Versailles, Ch. de l'instruction, 10^e Ch.-Section A, 11 janvier 2005, p. 8.

³⁸⁴ Mémoire adressé aux Président et Conseillers de la 10^e Ch., Section A de la Ch. de l'Instruction de la CA Versailles, audience du 14 décembre 2004 à 11h., Affaire n°2004/01/600, pp. 11 et suiv.

³⁸⁵ La surveillance des installations était prévue en vertu d'un accord entre les autorités birmanes et la compagnie française.

³⁸⁶ CA Versailles, Ch. de l'instruction, 10^e Ch.-Section A, 11 janvier 2005, p. 10.

³⁸⁷ Le procureur avait considéré qu'au vu des éléments de l'enquête, les victimes n'avaient pas fait état « d'arrestation et de séquestration » – motif invoqué dans la plainte – mais de « travail forcé », crime inexistant en droit français.

de Versailles³⁸⁸. Il est intéressant de relever qu'au cours de leurs plaidoiries, les avocats français des deux plaignants birmans s'étaient référé à la procédure américaine, mettant en exergue que « Unocal, qui est moins engagé que Total sur ce projet, a préféré transiger plutôt que de risquer un procès. Cela signifie que les preuves apportées par les plaignants sont de nature à faire craindre une condamnation »³⁸⁹.

La juge d'instruction a toutefois rendu un non-lieu le 10 mars 2006 pour défaut d'incrimination adéquate: l'ordonnance stipule que « les éléments constitutifs du crime de séquestration n'étaient pas réunis en l'espèce », le travail forcé qui semble, pour sa part, concrètement avéré ne pouvant être, dans l'état actuel du droit français, qu'un « élément de fait susceptible de corroborer le crime de séquestration (...), et non le crime lui-même ». En effet, « **le travail forcé, en dépit des engagements internationaux de la France, ne fait l'objet d'aucune qualification pénale en droit interne** » ; or, « le droit pénal étant d'interprétation stricte, le raisonnement conduisant à assimiler le travail forcé au crime de séquestration est impossible en l'absence de dispositions législatives expresses ». La juge a ajouté dans son ordonnance que « manifestement le législateur, en dépit des rapports des organisations internationales et de défense des droits de l'Homme et de celui de sa mission parlementaire sur les entreprises pétrolières, n'a pas entendu légiférer sur cette question ». La juge d'instruction a néanmoins souligné que « les allégations des huit plaignants disant avoir été victimes de travail forcé (...) sont concordantes entre elles et ont été confirmées par plusieurs des témoins entendus », en concluant que « **la réalité des faits dénoncés ne peut être mise en doute** »³⁹⁰.

Processus transactionnel

Avant cette décision de non-lieu, dans le cadre d'un accord rendu public le 29 novembre 2005, Total s'engagea, à l'instar de Unocal, à constituer un fonds de solidarité doté de 5,2 millions d'euros destiné pour l'essentiel à participer localement à des actions humanitaires collectives, en faveur notamment de l'habitat, de la santé et de l'éducation en Birmanie³⁹¹. Bien que le Groupe réitéra un « démenti catégorique » aux accusations de « travail obligatoire », le fonds permettra aussi d'indemniser les plaignants à concurrence de 10.000 euros chacun³⁹² et tout autre personne qui pourrait justifier s'être trouvée dans une situation semblable à la leur dans la région proche du chantier de construction du gazoduc de Yadana. Les actions mobilisant ce fonds devaient être mises en oeuvre sous le contrôle d'organisations humanitaires internationales choisies unanimement par les parties.

³⁸⁸ Voir CA Versailles, Ch. de l'instruction, 10^e Ch.-Section A, 11 janvier 2005, p. 16.

³⁸⁹ P. Grangereau, « Travail forcé en Birmanie : Unocal préfère transiger », *Libération*, 14 décembre 2004. Pour rappel, la firme Unocal avait conclu en mars 2005 un « settlement » : les plaignants birmans se désistèrent de leur action civile devant les juridictions américaines moyennant un versement du Groupe estimé à 30 millions de dollars. Pour plus d'informations, voir la partie du Guide consacrée à la responsabilité civile.

³⁹⁰ L'ordonnance est demeurée inédite, mais de larges extraits ont été cités dans la presse. Voir : M. Bastian, « Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie », dépêche AFP, 22 juin 2006 ; X., « Travail forcé en Birmanie : non-lieu de la justice française pour Total », *L'Echo*, 21 juin 2006.

³⁹¹ Total, « Myanmar : Total et l'association Sherpa concluent un accord prévoyant la création d'un fonds de solidarité pour des actions humanitaires », communiqué de presse de Total, 29 novembre 2005, www.total.com.

³⁹² Six victimes s'étaient jointes aux deux plaignants originaires.

Alors que cet accord visait implicitement l'abandon des poursuites, le juge d'instruction n'était en aucun cas lié par ce protocole transactionnel et a en effet continué l'instruction. Toutefois, le désistement de la plainte, intervenu suite à l'accord, a peut-être contribué à compromettre son avenir. « A la suite de ce désistement, l'audition des plaignants, même en qualité de simples témoins, comme celle des autres personnes citées dans la plainte, [...] s'avère en effet impossible », car ils sont aujourd'hui « tous clandestins sur le territoire thaïlandais » où ils sont réfugiés, avait indiqué la Juge d'Instruction dans son ordonnance de non-lieu du 10 mars 2006. Or, ces auditions auraient été essentielles pour « corroborer le crime », les **huit Birmans parties civiles** étant les seuls à pouvoir fournir « des éléments de faits permettant d'établir la réalité du crime de séquestration »³⁹³.

Des crimes internationaux étant en cause, la question de la conformité de ces accords transactionnels pourrait être soulevé. La FIDH s'intéresse de près à cette question et a notamment demandé au Représentant spécial du Secrétaire général des Nations unies sur la question des entreprises et des droits de l'Homme, John Ruggie, d'analyser la question des accords transactionnels du point de vue du droit des victimes à la réparation.³⁹⁴

3. Le principe de personnalité passive (ou le critère tenant à la nationalité de la victime)

A l'échelle internationale, parmi d'autres instruments, la Convention contre la torture de 1984 (Article 5,1°,c) et la Convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999 (Article 7,2,a) mentionnent la personnalité passive, mais uniquement à titre de **compétence facultative et à l'égard des seuls ressortissants**. L'intégration de ce principe dans les législations pénales des États membres de l'UE est parcimonieuse.

La compétence personnelle passive en matière pénale est une **compétence de protection**, traditionnellement fondée sur l'idée que l'atteinte au ressortissant d'un État équivaut à une atteinte à l'État lui-même. Dès lors que la victime devrait revêtir la nationalité d'un des États membres de l'UE au moment où elle subit l'infraction, la personnalité passive présente un intérêt nettement moindre que la personnalité active pour notre hypothèse initiale: en effet, dans la plupart des cas, elle sera dotée de la nationalité d'un État tiers, celui où l'entreprise multinationale suspectée de violations a choisi d'investir. C'est pourquoi, après un exposé bref des diverses formes que peut revêtir ce principe, nous explorerons principalement la pertinence d'en étendre le bénéfice aux « résidents habituels » et aux réfugiés, comme l'ont prévu certains États³⁹⁵.

³⁹³ Voir M. Bastian, « Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie », *op. cit.*

³⁹⁴ Voir notamment FIDH, « Défendre les droits de l'Homme en garantissant la cohérence », Note de position, octobre 2010, www.fidh.org.

³⁹⁵ En revanche, aucune convention internationale ne mentionne l'option d'une personnalité passive applicable aux victimes qui possèdent leur *domicile* dans un État sans en avoir la nationalité.

La personnalité passive au sein des Etats membres

 En **Belgique**, le titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose que les juridictions belges sont compétentes pour connaître d'un **crime** commis à l'étranger contre un ressortissant belge, notamment dès que le maximum de la peine prévue par la législation du lieu du crime dépasse **cinq ans de privation de liberté**³⁹⁶. Le principe de compétence personnelle passive requiert la **double incrimination** et la **présence** de l'inculpé sur le territoire belge ; la victime peut par ailleurs se constituer partie civile sur cette base.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une violation du droit international humanitaire, les juridictions belges sont compétentes lorsque la victime, **au moment des faits**, était soit un ressortissant belge, soit un étranger résidant effectivement, habituellement et légalement en Belgique depuis au moins trois ans, soit un réfugié ayant sa résidence habituelle sur le territoire belge ; et ce même si l'inculpé n'est pas trouvé en Belgique et que les violations ne sont pas incriminées dans l'État où elles ont été commises³⁹⁷. Dans ce cas toutefois, les poursuites ne peuvent être engagées que par le procureur fédéral³⁹⁸, et non plus par constitution de partie civile. Encore ferons-nous remarquer ici que la condamnation *in absentia* de personnes morales n'est pas aussi délicate que celle des personnes physiques, vu que la personne morale est largement « enracinée » dans un lieu : il est donc plus aisé de la retrouver, même en cas de délocalisation qui, de manière réaliste, ne s'opérera jamais dans la confidentialité absolue.

 En **France**, l'Article 113-6 du Code pénal français introduit un principe de personnalité passive à des conditions similaires à celui de sa personnalité active. L'Article 113-7 du Code pénal français précise en outre que la victime doit posséder la nationalité française **au moment de l'infraction** pour que le critère de compétence puisse s'appliquer.

 L'**Allemagne**, l'**Autriche**, l'**Estonie**, la **Grèce** et le **Portugal**, entre autres, prévoient également cette compétence extra-territoriale pour tous crimes (et délits) commis contre leurs nationaux³⁹⁹.

³⁹⁶ Le domaine d'application de la personnalité passive est défini aux Articles 10, 12 et 13 de la Loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

³⁹⁷ Art. 10, 1^obis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

³⁹⁸ Dans quatre hypothèses, le procureur fédéral pourra estimer que le juge d'instruction ne devrait pas instruire : 1^o la plainte est manifestement non fondée ; 2^o les faits visés dans la plainte ne correspondent pas à une qualification d'infractions graves au droit international humanitaire ; 3^o la plainte ne peut entraîner d'action publique recevable ; 4^o il existe une juridiction internationale ou un juge national indépendant et impartial compétent plus indiqué pour traiter de la plainte. Dans le trois premiers cas de figure, la décision de ne pas poursuivre est toutefois confiée à la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles qui statue sur réquisition du procureur fédéral. Dans la quatrième hypothèse, le procureur fédéral devra avertir le Ministre de la Justice qui lui-même informera la Cour pénale internationale pour les faits commis après le 30 juin 2002.

³⁹⁹ § 7 du Code pénal allemand ; art. 7 du Code pénal grec ; art. 5 (d) du Code pénal portugais.

 La **Finlande** et la **Suède** en étendent respectivement la portée aux étrangers résidant de manière permanente en Finlande ou aux étrangers domiciliés en Suède⁴⁰⁰. En Suède toutefois, la compétence ne trouve à s'appliquer qu'aux faits commis dans un espace soustrait à toute juridiction étatique.

 L'**Italie** inclut les apatrides résidant sur le territoire italien dans la définition du « citoyen italien », tout en limitant l'exercice de la compétence personnelle passive au cas où l'auteur présumé est « trouvé » sur le territoire de l'État (à l'instar, notamment, de la Belgique pour les crimes ordinaires et du **Portugal**).

 En **Espagne**, le principe de personnalité passive n'existe pas véritablement.

 Au **Danemark**, le principe de personnalité passive n'existe pas sauf exception et est alors étendu aux résidents⁴⁰¹.

 Aux **Pays-Bas**, le principe de personnalité active n'est reconnu que lorsqu'une convention internationale liant les Pays-Bas contient une obligation de la consacrer, mais a néanmoins été introduite pour l'ensemble des violations graves du droit international humanitaire⁴⁰².

 Enfin, le **système britannique** admet le principe de personnalité passive face à des infractions d'une intensité particulière, telle la haute trahison ou l'assassinat.

Questions transversales concernant la personnalité passive

Bien que ce ne soit pas toujours explicitement précisé dans la législation pénale, il apparaît que la nationalité, la résidence habituelle ou le domicile de la victime doivent être acquis ou établis avant qu'elle ait subi l'infraction pour qu'elle puisse déposer plainte dans l'État auquel elle semble rattachée. Ce qui hypothèque amplement l'utilité de cette disposition pour les cas de figure faisant l'objet du présent Guide. Par conséquent, il importe premièrement de s'interroger sur l'étendue de la notion de victime pour laquelle la condition de rattachement doit être réalisée. Dans un second temps, on appréciera comment l'extension du bénéfice de la personnalité passive aux réfugiés résidents habituels est largement dépourvue d'effet si ces qualités doivent être réunies au moment des faits infractionnels.

⁴⁰⁰ Section 5 du Code pénal finlandais. Il est précisé que l'acte doit être punissable d'un emprisonnement de minimum 6 mois ; Section 3 Chapitre 2 du Code pénal suédois.

⁴⁰¹ « except when an offence of a certain severity is committed against a Dane or a person resident in the Danish State outside the territory of any State » (*Strfl.* §8(1)(3)).

⁴⁰² Section 2 of the Act of 19 June 2003 containing rules concerning serious violations of international humanitarian law (International Crimes Act). La présence sur le territoire est exigée.

a) La notion de victime



En France

Dans un arrêt du 31 janvier 2001, la Cour de cassation française précisa que l'application du principe de personnalité passive réclamait que la « **victime directe** » soit de nationalité française ; celle des victimes indirectes (telle que la famille de la personne décédée, victime directe) ne permettait pas de fonder la compétence extra-territoriale. Il s'agissait en l'espèce de l'assassinat du président de la République du Niger de nationalité nigériane, commis hors de France, et pour lequel la veuve et les enfants de la victime, français et résidents en France, avaient tenté de demander réparation devant les juridictions françaises. Alors que les « **victimes indirectes** » invoquèrent la discrimination dont elles faisaient l'objet, comparant leur sort aux ayant droit d'une victime directe de nationalité française, la Cour de cassation jugea que « les stipulations des Articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne sauraient s'interpréter comme étant de nature à remettre en cause les règles relatives à la compétence internationale des lois et juridictions pénales françaises »⁴⁰³. Cette décision a été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 21 janvier 2009 dans une affaire concernant la disparition au Cambodge en 1975 du Président cambodgien de l'Assemblée nationale, Mr. Ung Boun Ohr.

Par conséquent, en aucun cas il ne serait permis aux victimes des violations perpétrées par une entreprise, ayant fui leur pays pour résider régulièrement en France et en acquérir la nationalité, de déposer plainte, sur la base de la personnalité passive, comme victime indirecte des dommages subséquents subis par des membres de leur famille demeurés sur place (sauf si – cas d'école – ces derniers devaient également posséder la nationalité du « pays poursuivant »).

b) L'extension aux réfugiés



Seule la Belgique consacre expressément la compétence personnelle passive sur la base de la circonstance que l'infraction a été commise contre un réfugié ayant sa résidence habituelle sur le territoire de l'État. Toutefois, les conditions restrictives dont elle est assortie empêche, par définition, tout réfugié reconnu en Belgique de déposer plainte sur cette base, devant les juridictions belges, contre les agresseurs du pays qu'il a quitté. Non seulement parce qu'il recevra, en pure logique, la qualité de réfugié après avoir subi les faits et non au moment de ceux-ci ; mais en outre, une fois la qualité de réfugié reconnue, il sera sérieusement dissuadé de retourner dans son pays d'origine, sous peine de perdre la qualité de réfugié obtenue et de se ré-exposer dangereusement à de hauts risques de violations de ses droits.

En procédant à l'assimilation entre le réfugié et le national pour le bénéfice du régime de personnalité passive, la Belgique entendait consacrer la primauté de l'obligation internationale préexistante découlant de l'Article 16.2 de la Convention de Genève

⁴⁰³ Cass. fr., 31 janvier 2001, Bull. crim., 2001, n°31, p.81.

du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés selon lequel « dans l'État contractant dans lequel il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux (...)»⁴⁰⁴. Sa démarche inédite ne s'opéra toutefois pas sans considérations pragmatiques. La nécessité, à la suite d'une transposition stricte du régime prévu pour le national, d'être réfugié au moment des faits permettait de s'assurer qu'aucun candidat réfugié n'ait de raison « stratégique » de cibler la Belgique comme État d'accueil en ce qu'elle aurait constitué un forum judiciaire efficace pour obtenir réparation des violations des droits de l'Homme auxquelles l'exilé a voulu échapper. La volonté d'empêcher tout *asylum shopping* avait été clairement énoncée par le Parlement belge qui craignait l'effet d'appel en matière de demande d'asiles en Belgique. Une **alternative** aurait pourtant permis de juguler ce risque éventuel, tout en améliorant l'accès à la justice des réfugiés: veiller à ce que l'ensemble des États de l'Union européenne adopte une législation octroyant le bénéfice de la personnalité passive aux personnes revêtant la qualité de réfugiés au moment de la mise en mouvement de l'action publique.

➔ Dessaisissement controversé de la plainte introduite en Belgique contre Total par quatre réfugiés birmans

La problématique de l'extension de la personnalité passive aux réfugiés fut vivement débattue dans le cadre de l'affaire introduite en Belgique par quatre réfugiés birmans contre X, la société Total S.A., et Messieurs T. Desmarest et H. Madéo. La loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire (loi dite de compétence universelle et modifiée à plusieurs reprises) sur la base de laquelle la plainte avait été valablement introduite le 25 avril 2002 fut abrogée par l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 2003 qui, par son nouveau dispositif, tendait à mettre un terme à l'utilisation jugée abusive de la loi de compétence universelle. Tout en consacrant l'application immédiate de la loi nouvelle, le législateur estima utile d'adopter une mesure transitoire pour sauvegarder, dans les limites du droit international, la compétence des juridictions belges dans certaines affaires (une quarantaine de plaintes avaient été déposées sous l'empire de l'ancienne loi) où l'instruction en cours avait créé un lien de rattachement avec la Belgique⁴⁰⁵: il vit notamment un tel lien dans la nationalité belge du plaignant au moment de l'engagement initial de l'action publique.

⁴⁰⁴ Sur la portée de cette disposition, voir A. Grahl-Madsen, *Commentary on The Refugee Convention 1951*, Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1997, pp.66-67 ; J.-Y. Carlier, *Droits de réfugiés*, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1989, p.110 ; J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Vancouver, Butterworths, 1992 ; F. Flauss, « Les droits de l'Homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés » in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.102 ; D. Alland et C.Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, PUF, Paris, 2002, p. 554.

⁴⁰⁵ Exposé des motifs du projet de loi relative aux violations graves du droit international humanitaire, Ch. Repr., sess. extr., 51^e sess., Doc. Parl., n°0103/001, p.10 ; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Stef Goris, Ch. Repr., sess. extr., 51^e sess., *Doc. Parl.*, n°0103/003, pp.10-11.

Alors que conformément à la procédure établie, la Cour de cassation s'apprêtait à prononcer le dessaisissement de la plainte contre Total en ce que, notamment, aucun des plaignants n'était doté de la nationalité belge, ces derniers ont demandé à la Cour de cassation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle quant à la constitutionnalité du régime transitoire. Ils faisaient valoir que, par la ratification de la Convention de Genève du 28 juillet 1951, la Belgique s'était engagée, au regard de l'Article 16.2 de ladite Convention, à octroyer un accès identique aux tribunaux au bénéfice des réfugiés résidant habituellement sur son territoire et des nationaux. Or, selon eux, il ne faisait aucun doute que le dessaisissement de la plainte pour lequel le réfugié, reconnu en Belgique et y possédant sa résidence habituelle, s'était constitué partie civile entre les mains du juge d'instruction privait, effectivement et de manière discriminatoire, ce dernier d'un droit d'accès à la justice maintenu néanmoins au bénéfice du national. Ils rappelaient enfin que le réfugié ne se revendique plus de la protection de son État d'origine (il a rompu toute relation avec les autorités officielles de celui-ci en se réfugiant en Belgique), mais bien de celle de son État d'accueil, et donc des autorités judiciaires de ce dernier. Dans son arrêt du 5 mai 2004, tenant compte de cette argumentation, la Cour de cassation accepta de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle soulevée par les plaignants⁴⁰⁶.

La Cour constitutionnelle constata, le 13 avril 2005, le caractère discriminatoire de la différence de traitement dénoncée⁴⁰⁷, elle précisa explicitement, dans ses motifs, que le dessaisissement des juridictions belges dans le cas d'espèce, alors qu'**un des plaignants est réfugié** reconnu en Belgique au moment de l'engagement des poursuites, était disproportionné au regard de l'Article 16 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Elle s'alignait ainsi sur la Recommandation du Comité des droits de l'Homme des Nations unies, rendue publique le 2 août 2004, selon laquelle la Belgique « devrait garantir les droits acquis par les victimes à un recours utile, sans aucune discrimination, dans la mesure où les règles obligatoires de droit international général relatives à l'immunité diplomatique ou de l'État ne s'appliquent pas »⁴⁰⁸. Parmi ses principaux sujets de préoccupation, le Comité s'était en effet déclaré préoccupé, au regard du respect des Articles 2, 5, 16 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par les effets de l'application immédiate de la Loi du 5 août 2003 sur les plaintes déposées en vertu de la Loi du 16 juin 1993.

Par son arrêt du 29 juin 2005, la Cour de cassation décida toutefois de dessaisir les juridictions belges de la plainte déposée contre X, la S.A. Total et MM. Desmarest et Madeo⁴⁰⁹. Elle a estimé qu'**elle ne pouvait suppléer à la lacune du législateur** et ne pouvait par conséquent,

⁴⁰⁶ Cass. b., 5 mai 2004, RG P.04.0482.F, www.cass.be.

⁴⁰⁷ C.A., 13 avril 2005, n° 68/2005, www.arbitrage.be. Elle conclut dans le dispositif de son arrêt qu'« en ce qu'il imposerait le dessaisissement des juridictions belges bien qu'un plaignant soit un réfugié reconnu en Belgique au moment de l'engagement initial de l'action publique, l'Article 29, § 3, alinéa 2, de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire viole les Articles 10, 11 et 191 de la Constitution ». Pour un aperçu de cet arrêt, voir N. Benaïssa, « La loi de compétence universelle. Commentaire des arrêts rendus les 23 mars et 13 avril 2005 par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2005, p. 389-391.

⁴⁰⁸ Voir CCPR, *Observations finales – Belgique*, 12 août 2004, CCPR/CO/81/BEL ; CCPR, *Quatrième rapport périodique – Belgique*, 16 mai 2003, CCPR/C/BEL/2003/4.

⁴⁰⁹ Cass. b., 29 juin 2005, www.cass.be.

même par analogie, décider de transposer au réfugié le régime transitoire qui s'applique aux plaintes introduites par les Belges ; elle a ajouté que la légalité des poursuites serait en l'espèce douteuse si elle ne dessaisissait pas le juge belge. Pour elle, le constat selon lequel les Articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne sauraient suppléer à cette absence de base légale dès lors que « ces dispositions n'interdisent pas au législateur d'utiliser la nationalité comme critère de compétence personnelle en ce qui concerne les infractions commises en dehors du territoire ». Alors qu'en conséquence l'instruction contre Total et MM. Desmarest et Madeo avait été clôturée par la Cour de cassation, le législateur adapta le régime transitoire controversé pour le conformer aux obligations internationales de la Belgique telles que confirmées par la Cour constitutionnelle⁴¹⁰.

A la suite de nombreux rebondissements procéduraux, l'affaire Total fut définitivement enterrée en octobre 2008, sans jamais que le fond des accusations ne puisse être abordé⁴¹¹.

* * *

On constate que les critères traditionnels de compétence – territorialité et personnalité - ne peuvent satisfaire complètement aux besoins de répression des violations des droits de l'Homme par les entreprises multinationales. L'État où l'infraction a été commise demeurera la plupart du temps inactif. Le principe de personnalité active ne sera que de peu ou pas de secours dans deux cas de figure :

- 1) Lorsque l'État désigné compétent sur cette base ne reconnaît pas la responsabilité pénale des personnes morales (ou ne lui attribue qu'une portée limitée) ; ou,
- 2) Lorsque la société-mère ne possède pas la nationalité d'un des États membres de l'Union européenne ou n'y réside pas.

Au-delà des obstacles juridiques, il ne faut pas sous-estimer non plus l'éventuelle réticence, pour « confusion d'intérêts » (intérêts financiers notamment), des États dans lesquels est basée la maison-mère à mettre en œuvre cette compétence extra-territoriale.

Parallèlement, dans son état actuel, **la personnalité passive n'offrira que rarement de nouvelles opportunités de poursuite pour les victimes**. Il est par conséquent utile d'explorer les législations de compétence universelle adoptées par les États membres et d'analyser la mesure dans laquelle elle comblerait les carences

⁴¹⁰ Loi du 22 mai 2006 modifiant certaines dispositions de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, ainsi qu'une disposition de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves de droit international humanitaire, *M.B.*, 7 juillet 2006. Voir aussi Ch. Repr., sess. ord., *Doc. Parl.*, 51 2305/003, pp. 7-8.

⁴¹¹ Pour une analyse partielle, voir N. Benaïssa, « La loi sur la compétence universelle, acte III », *J.T.*, n°6241 – 35/2006, 4 novembre 2006, p. 663 ; A. Kettels, « L'affaire TotalFina : quand le pragmatisme prend le pas sur la réalité intellectuelle », *J.L.M.B.*, 2006/34, pp. 1508-1509.

exposées précédemment. L'« affaire Total » constitue une excellente illustration du phénomène : seule la plainte déposée en Belgique sur la base du principe d'universalité permettait d'invoquer la responsabilité pénale de l'entreprise. Le principe de spécialité régissant la matière en France au moment du dépôt de plainte faisait en revanche obstacle à ce que la personne morale Total y soit poursuivie en sol belge.

3. Le principe de compétence universelle

Généralement, la compétence universelle procède du principe *aut dedere, aut iudicare*, aux termes duquel **les Etats sont contraints soit d'extrader (ou de transférer à la juridiction internationale), soit de poursuivre et de juger eux-mêmes les auteurs des infractions visées lorsqu'ils sont appréhendés sur leur territoire**. La compétence universelle autorise toutes les juridictions nationales dans le monde à poursuivre et juger les auteurs des crimes internationaux les plus graves, quelque soit le lieu où les crimes ont été commis et quelque soit la nationalité de l'auteur ou de la victime de ces crimes. Le fondement de cette compétence réside dans la nature même des crimes en question, qui sont d'une importance telle que toute la communauté internationale est affectée dans son ensemble.

A première vue, le principe d'universalité ouvre des possibilités évidentes pour les victimes de violations graves de droits fondamentaux commises par des entreprises multinationales dans un pays tiers de déposer une plainte dans tout Etat qui serait doté de pareille compétence. Ce principe ne requiert en effet ni rattachement au territoire à part, dans la majorité des cas, la condition de présence du suspect, ni condition de nationalité des divers acteurs (suspect(s) et/ou victime(s)). Cependant, il convient de rappeler qu'à travers la définition de ces crimes internationaux, on incrimine les atteintes extrêmement graves aux droits fondamentaux – caractérisées par leur ampleur et/ou leur systématicité ou commis dans un dessein de destruction – tels le droit à la vie et à l'intégrité physique, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, alors que de nombreuses violations reprochées aux entreprises multinationales ne sont pas commises dans un tel contexte (violations de droits civils et politiques perpétrées à l'échelle de l'entreprise sans qu'ils le soient à l'échelle du pays d'investissement), ou sont d'une autre nature (violations de droits économiques et sociaux).

Trois conventions internationales prévoit explicitement ce mécanisme de compétence universelle :

- Les quatre Conventions de Genève de 1949, art. 49, 50, 129 et 146 ;
- La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, art. 5(2) ;
- La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006, art. 9 (2).

La mise en oeuvre du principe de compétence universelle procède soit d'une obligation conventionnelle que l'Etat a acceptée, soit de la propre initiative de l'Etat.

Ainsi, une grande diversité des règles de compétence universelle existe parmi les Etats membres de l'Union européenne⁴¹². Un exposé synthétique de ces systèmes permettra de cerner avec plus de précisions les infractions pour lesquelles il est généralement organisé, suivi des questions techniques et pratiques qui ont empêché ou empêcheraient sa mise en œuvre effective contre une entreprise.

Crimes de guerre et actes de torture en présence d'une obligation conventionnelle

En ce qu'ils constituent des violations graves aux droits de l'Homme et qu'ils **obligent conventionnellement les Etats à actionner le mécanisme de compétence universelle**⁴¹³, les **crime de guerre** et les actes de **torture** méritent une attention particulière.



Le principe de compétence universelle issu d'obligations conventionnelles existe notamment en **Allemagne**, en **Autriche**, en **Belgique**, au **Danemark**, en **Espagne**, en **Finlande**, en **France**, au **Portugal**, en **Suède**⁴¹⁴.



La **Grèce** et l'**Italie** donnent respectivement effet aux Conventions de Genève du 12 août 1949 sur les crimes de guerre et à la Convention internationale des Nations unies du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴¹⁵.



Les **Pays-Bas** introduiront ponctuellement une clause *aut dedere, aut judicare* (obligation d'extrader ou de poursuivre) dès qu'une convention internationale les y oblige, et n'exerceront leur juridiction que si une demande d'extradition d'un pays tiers a été reçue et rejetée.

⁴¹² Pour un regard comparatif, consultez FIDH, *Une approche par étapes de l'exercice de la compétence universelle (pénale) dans les pays d'Europe de l'Ouest*, avril 2009, www.fidh.org Pour consulter les législations de nombreux pays en matière de violations du droit international humanitaire, voir : www.icrc.org.

⁴¹³ S'agissant des crimes de guerre commis lors d'un conflit armé international, voir l'Article commun (respectivement 49 (I), 50 (II), 129 (III) et 146 (IV)) aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, et l'Article 85 § 1 du Premier Protocole additionnel de 1977. Dans son arrêt de 1986 contre le Nicaragua, la CIJ jugea dans le § 220 que l'Article 1 des Conventions de Genève constitue du droit coutumier, ce qui implique qu'il doit être respecté par les Etats non parties aux conventions également. Tous les autres Etats ont le droit d'exiger de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur d'une infraction grave qu'il observe les Conventions en question. S'agissant de la torture, voir les Articles 5 § 2 et 7 § 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 Décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 Juin 1987. Voir également J. Herman Burgers and Hans Danelius, *The United Nations Convention Against Torture; A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, p. 132.

⁴¹⁴ Pour un aperçu des législations nationales pertinentes, voir « Pour plus d'information » à la fin de la partie sur la responsabilité pénale du Guide.

⁴¹⁵ *Ibid.*

 Le **Royaume-Uni** observe une démarche similaire à celle des **Pays-Bas** : la compétence universelle n'est autorisée, par le biais de législations particulières, que lorsqu'une convention l'impose expressément⁴¹⁶.

 L'**Irlande** et le **Luxembourg** reconnaissent de la même manière la compétence universelle de leurs tribunaux pour, entre autres, les crimes de guerre et de torture.

 En **France**, il existe deux possibilités pour actionner la compétence universelle du juge. L'article 689-2 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité de poursuivre, sur la base de la compétence universelle, un individu suspecté de crime de torture tel que défini dans la Convention de 1984. La loi de transposition du Statut de Rome en droit français, en date du 9 août 2010, introduit en outre la possibilité de poursuivre des auteurs présumés de crimes de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité sur la base de la compétence universelle.

La **présence sur le territoire** n'est une condition à la mise en mouvement des poursuites que lorsque la convention internationale le prévoit, à savoir dans la majorité des hypothèses. Il faut déduire des Articles 5, 7 et 8 de la **Convention contre la torture** que les poursuites ne seront obligatoires que si le suspect est présent sur le territoire. Les **Conventions de Genève** et ses commentaires officiels sont en revanche silencieux sur ce point, mais les jurisprudences internationales et nationales conduisent majoritairement à **conditionner l'obligation de poursuivre à la présence du suspect**⁴¹⁷. Si les poursuites ne seront jamais obligatoires en l'absence de celui-ci sur le territoire, certains auteurs et juridictions continuent toutefois à défendre l'admissibilité des poursuites *in absentia*⁴¹⁸, quelques uns insistant sur la nécessité que dans l'hypothèse où l'auteur est localisé, une demande expresse

⁴¹⁶ Le Royaume-Uni continue à adhérer fortement à l'idée que toute infraction est locale, avec pour conséquence un usage marqué de l'extradition ; aucune poursuite sur la base de la compétence universelle n'a été recensée. Durant la rédaction des conventions contre la torture, le génocide et l'apartheid, le Royaume-Uni s'est toujours opposé à la compétence universelle. L. Reydams, *op. cit.* Voir *Geneva Conventions Act* (1957) (crimes de guerre), *Geneva Conventions (Amendements) Act* (1995), l'*Aviation Security Act* (1982), le *Taking of Hostage Act* (1982), et section 134 (Torture) du *Criminal Justice Act* (1988).

⁴¹⁷ Voir notamment M. Sassoli, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », R.G.D.I.P., 2004, pp. 804-805. C.I.J., 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*. Voir Ch. mise en accusation de CA Bruxelles, 16 avril 2002, arrêt relatif à la recevabilité de la plainte contre A. Yerodia ; Ch. mise en accusation de CA Bruxelles, le 26 juin 2002, sur la recevabilité des plaintes contre A. Sharon et L. Gbagbo. Pour une série d'autres exemples nationaux exigeant la présence du suspect pour les crimes de guerre notamment, voir R. Rabinovitch, « Universal Jurisdiction in absentia », *Fordham Intern. Law Journ.*, 2005, vol. n°28, pp. 507-510 ; C. Bassiouni, « International Jurisdiction for International Crimes : Historical Perspectives and Contemporary Practices », 42 *Va. J. Int'l L.*, 2001, pp. 136-137 et 139-149.

⁴¹⁸ Voir notamment R. Rabinovitch, « Universal Jurisdiction in absentia », *op. cit.*, pp. 499-530 ; A. Poels, « Universal Jurisdiction in absentia », N.Q.H.R., 2005, pp. 65-84 ; C. Reyngaert, « Universal criminal Jurisdiction over Torture : a State of Affairs after 20 years un Torture Convention », N.Q.H.R., 2005, pp. 590 suiv. ; *Principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale*, Principe 13 § 2.

d'extradition soit formulée afin d'éviter un jugement en l'absence de l'accusé⁴¹⁹. Cette position n'est pas dénuée d'intérêt quand c'est la poursuite d'une entreprise qui est en jeu: en effet, les autorités pourraient être plus incitées à poursuivre et juger lorsqu'aucun intérêt économique national n'est pas mis à mal puisque la firme est totalement absente du territoire. Les personnes physiques - les dirigeants notamment - seraient, quant à elles, privées de tout paradis pénal dès lors que se réfugier dans un Etat non susceptible de la poursuivre (parce qu'il n'aurait pas ratifié les conventions internationales utiles) ne ferait nullement obstacle aux initiatives pénales d'un autre Etat. L'admissibilité des poursuites *in absentia* ne font cependant pas l'unanimité⁴²⁰, les risques de poursuites multiples pouvant nuire au système dans son ensemble.

➔ **Plainte en Belgique contre la société-mère française Total suspectée de complicité de violations graves de droit international humanitaire commises au Congo-Brazzaville**

Le 11 octobre 2001, trois plaignants d'origine congolaise ont introduit une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction de Bruxelles contre le Président du Congo Brazzaville Sassou Nguesso pour crimes de guerre, crime contre l'humanité, tortures, arrestations arbitraires et enlèvements en son État, mais également contre la société mère française de l'entreprise multinationale pétrolière Total (ex-Groupe Elf) pour sa participation aux infractions mentionnées. C'est à partir de la démonstration du soutien financier et logistique au système militaro-répressif brutal de Sassou Nguesso que les plaignants ont voulu établir la participation de l'entreprise multinationale Total aux crimes de ce dernier.

La plainte concrétise, pour la première fois en Belgique, l'articulation entre la loi belge du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales et de l'ex- loi du 16 juin 1993 (modifiée le 10 février 1999) relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire⁴²¹. Celle-ci consacrait en effet une compétence universelle absolue sans exigence de lien de rattachement avec l'Etat belge, ni même la présence des suspects sur le territoire belge de telle sorte qu'elle ouvrait des potentialités exceptionnelles en matière de poursuite: en effet, les entreprises multinationales coupables - directement ou « indirectement » - de violations graves du droit international humanitaire à l'étranger pouvaient toujours être attirées devant le juge belge, quel que soit le lieu du siège de la société mère ou d'autres entités abstraites qui en dépendent.

Il est notamment reproché à l'entreprise française d'avoir fourni des hélicoptères aux milices armées. Les plaignants se réfèrent au témoignage public déposé à l'audience du 28 février 2001 devant la 17^e chambre correctionnelle du Tribunal de Grande Instance

⁴¹⁹ A. Poels, « Universal Jurisdiction in absentia », *op. cit.*, p. 84.

⁴²⁰ M. Sassoli, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *op. cit.*, p.806.

⁴²¹ *M.B.*, 5 août 1993 (et entrée en vigueur le 15 août 1993) et *M.B.*, 23 mars 1999 (et entrée en vigueur le 2 avril 1999), p.9286. Pour rappel, la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire (*M.B.*, 7 août 2003) a abrogé la loi du 16 juin 1993 et s'y est substituée.

de Paris par le député français Noël Mamère (mise en cause de Monsieur Denis Sassou Nguesso c. Monsieur F.X. Verschave et Laurent Beccaria) : il y évoquait les actes de nettoyage ethnique perpétrés dans les quartiers sud de Brazzaville entre mi-décembre 1998 et fin janvier 1999. Il poursuivait ainsi : « Ces faits sont avérés, il y a eu des témoins. Il y a eu des familles massacrées, des jeunes hommes d'origine lari ont été systématiquement soupçonnés de faire partie des milices ninjas (opposées aux cobras de Sassou Nguesso). De janvier à août 1999, on a quasiment nettoyé des régions entières au Sud. Je n'ai pas de chiffres à vous donner, parce que je ne connais pas l'exacte amplitude des soutiens d'Elf (Aquitaine) à Sassou Nguesso. Je pense que vous entendrez d'autres témoignages qui vous diront des choses effrayantes, par exemple les massacres commis depuis des hélicoptères où il était facile de lire le logo Elf [...] À l'évidence, la société Elf ne s'est pas contentée d'aider Monsieur Sassou Nguesso, elle a aussi aidé Lissouba. Elle aide ceux qui peuvent servir ses intérêts. Cette société n'agit qu'en fonction de ses intérêts. [...] Des preuves [...] démontrent à l'évidence le rôle de ce que l'on pourrait appeler le bras armé de la politique africaine de la France, la société Elf [...]. »

Satisfaisant aux critères prévus dans les dispositions transitoires de la loi nouvelle du 5 août 2003, la plainte semble actuellement toujours à l'instruction.

Dans l'intervalle, le soutien logistique par des acteurs économiques à la perpétration de crimes de guerre a fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'Assises de Bruxelles. Entre le 9 mai 2005 et le 29 juin 2005 s'est tenu en Belgique, 11 ans après les faits, le deuxième procès pour crimes de guerre commis pendant le génocide rwandais. Les deux accusés, commerçants notables de Kibungo et de Kirwa, furent condamnés à 12 et 9 ans d'emprisonnement pour avoir participé à la préparation, la planification et la mise en œuvre de massacres perpétrés pour la plupart par des milices génocidaires Interhamwés (extrémistes hutus); après le début des tueries, qui ont fait environ 50.000 victimes dans la région de Kibungo, ils avaient mis leurs camionnettes et des vivres à la disposition des miliciens pour leurs expéditions meurtrières. L'abrogation de la loi du 16 juin 1993 et son remplacement par la loi du 5 août 2003 n'a pas eu de répercussion sur la procédure, les auteurs présumés se trouvant sur le sol belge: les poursuites devaient donc être menées à terme en application des Conventions de Genève de 1949 sur les crimes de guerre.

Autres violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'Homme

Certains Etats membres de l'Union européenne prévoient que pourront être poursuivies en leur sein, malgré l'**absence d'obligation internationale conventionnelle** en ce sens, des infractions énumérées limitativement que nous diviserons en deux catégories :

- D'une part, les **violations graves du droit international humanitaire autres que les crimes de guerre** (pour lesquels il existe une obligation de poursuivre en vertu des Conventions de Genève, voir *supra*): les **crimes contre l'humanité** et le **génocide**⁴²² ;
- D'autre part, les **infractions graves** comportant généralement une **dimension internationale**, telles le développement et la prolifération d'armes de destruction massive, le blanchiment d'argent, les abus sexuels, la traite des êtres humains, la corruption, etc.

 L'**Autriche**, la **Belgique**, l'**Espagne**, la **Grèce**, le **Luxembourg** et le **Portugal** notamment disposent de pareilles dispositions dans leur arsenal pénal. Leur légitimité réside dans la nature même des crimes poursuivis. Dans tous ces cas de figure, il est **généralement exigé (sauf exception) que l'auteur présumé « soit trouvé » sur le territoire de l'Etat poursuivant**.

Il faut préciser que s'il n'existe pour le crime contre l'humanité et le génocide pas d'équivalent aux Conventions de Genève sur les crimes de guerre⁴²³, l'introduction par les Etats d'une compétence universelle pour poursuivre ces infractions est aujourd'hui amplement répandue : de nombreux Etats ont naturellement conféré un régime de poursuite identique pour l'ensemble des violations graves du droit international humanitaire.

 La législation **allemande** réserve ainsi une compétence universelle pour les crimes contre l'humanité et de génocide (similaire à celle organisée pour les crimes de guerre) ; il en va de même aux **Pays-Bas** et en **Espagne**. L'**Italie**, la **Finlande**, le **Luxembourg**, le **Portugal** et la **Suède** prévoient dans leurs législations une compétence universelle contre le crime de génocide exclusivement, et la **Grèce** à l'égard du crime contre l'humanité⁴²⁴.

⁴²² Sur la portée de ce crime, voir Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002, 550 p. ; G. Robertson, *Crimes against Humanity*, Penguins Book, London, 2002 ; M.C. Bassiouni, « Crimes against Humanity : The need for a specialized Convention », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1994, pp. 457-494.

⁴²³ L'Article VI de la Convention du 9 décembre 1948 relative à la prévention et la répression du crime de génocide **impose une obligation de poursuite uniquement à l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis** ; les autres Etats quant à eux ne peuvent refuser d'extrader l'auteur de crimes de génocide sous prétexte que ceux-ci constitueraient des infractions politiques (Article VII), ce qui assure la répression universelle du crime de génocide à travers la collaboration de tous les Etats avec l'Etat loci delicti, afin de permettre à celui-ci d'exercer les poursuites. C.I.J., *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, 11 juillet 1996, *Rec.*, 1996, pp. 615-616, § 31.

⁴²⁴ *Ibid.*

 En **France**, le principe de la compétence universelle trouve son fondement à la fois dans les lois régissant la coopération entre l'État et les tribunaux pénaux internationaux, TPIR et TPIY⁴²⁵, pour les violations graves du droit international humanitaire et la loi de transposition du statut de Rome s'agissant des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre.

 Enfin, la loi **belge** du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, contrairement à la loi du 16 juin 1993 qu'elle abrogea, ne consacre plus explicitement de compétence universelle pour le génocide et le crime contre l'humanité. Un élargissement des régimes de personnalités active et passive a été en revanche introduit à l'égard de ces crimes (voir *supra*), sans compter l'obligation d'exercer la compétence universelle lorsque une convention internationale ratifiée par la Belgique le prévoit.

4. Trois questions communes aux différents types de compétence extraterritoriale

- 1) **La présence du suspect sur le territoire** : dans la majorité des cas, la présence du suspect sur le territoire est une condition à la mise en œuvre des poursuites pour des faits commis dans un État tiers ; comment interpréter cette condition à l'égard d'une personne morale?
- 2) **Les modes d'introduction de la plainte** méritent également une attention particulière dans la mesure où le ministère public sera souvent peu prompt à engager des poursuites pour des violations de droits de l'Homme commises hors de son territoire.
- 3) La question du « **forum non conveniens** » pénal.

🕒 La notion de présence du suspect, personne physique ou morale

Pour la **personne physique** – le dirigeant d'entreprise ou d'autres membres de la firme –, deux éléments unanimentement constitutifs de la présence peuvent être mis en exergue. Premièrement, un simple passage sur le territoire poursuivant suffit généralement à réaliser la condition de présence. Deuxièmement, l'exigence de présence ne pourra être satisfaite si elle résulte d'une extradition (sauf si la présence n'est exigée qu'au moment du procès) : c'est une **présence volontaire** qui est imposée.

⁴²⁵ Ces lois fournissent la compétence sur toutes les infractions tombant *ratione materiae, loci et temporis*, sous la juridiction des tribunaux ad hoc, dès lors que les suspects sont trouvés en France. Dans l'affaire Barbie, la Cour de cassation déclara en outre que la notion de crime contre l'humanité ressort de l'ordre international, dans lequel les notions de frontières et de règles d'extradition n'ont pas leur place. Voir Cass. (fr.), *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes et autres c. Barbie*, *Journ. Dr. Intern.*, 6 octobre 1983, p.779. Les notions de crime contre l'humanité et de génocide ne furent introduites que dans le Code pénal français de 1994 (voir Articles 212-1 (crime contre l'humanité) et 211-1 (génocide)). Le crime de génocide est considéré comme un species du crime contre l'humanité.

Un critère qui diffère d'un Etat à l'autre

En revanche, il y a des **divergences parmi les Etats sur la question du moment où doit se produire ce critère** ; un même État utilisera parfois des indices différents selon l'infraction concernée. Plusieurs solutions sont envisagées par les Etats : le moment où la plainte est introduite, celui où les poursuites sont enclenchées⁴²⁶ (voir la position française, *infra*), celui de l'ouverture du procès⁴²⁷ (voir la position espagnole, *infra*), ou un moment « plus indéterminé »⁴²⁸. Cette condition est en réalité définie par des principes nationaux de procédure, parfois combinés avec le respect de standards internationaux de respect des droits de l'Homme, mais non par le droit international lui-même⁴²⁹.

Un aperçu de...

LA POSITION FRANÇAISE

En France, l'Article 689-1 du Code de procédure pénale exige que le suspect « se trouve » sur le territoire français avant l'engagement de toute procédure judiciaire. Il résulte de deux arrêts de la Cour de cassation en date du 9 avril 2008 à propos de l'affaire des disparus du Beach de Brazzaville et un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 21 janvier 2009 que celle-ci donne aux juges du fond un pouvoir d'appréciation souverain pour établir si, au moment de l'engagement des poursuites, le suspect se trouve sur le territoire français⁴³⁰. Une fois que l'auteur présumé a été trouvé sur le territoire français et que des poursuites ont été engagées, celles-ci peuvent continuer même si l'auteur a fuit ou quitté le territoire (voir l'affaire du lieutenant mauritanien *Ely Ould Dah* condamné in absentia le 1^{er} juillet 2005, à 10 ans d'emprisonnement, par la Cour d'appel de Nîmes, pour des faits de torture commis en 1990). Dans ses dernières conclusions et recommandations adressées à la France,

⁴²⁶ Voir Redress & FIDH, « Recours juridiques pour les victimes de « crimes internationaux » – favoriser une approche européenne de la compétence extraterritoriale – Rapport final », mars 2004, p. 61 ; Redress & FIDH, « EU Update on International Crimes », 1^{er} juin 2006, p. 6. Aux Pays-Bas également, la présence de l'accusé est une condition préalable à l'engagement de poursuites (et tout au long de la phase du procès) dans la plupart des cas, notamment pour l'application de la Loi sur les Crimes internationaux (Mémorandum explicatif, p.38). Le procès par contumace est toutefois autorisé dans certains autres cas (Art. 278 à 280 du Code de procédure pénale (*Wetboek van Strafvordering*)).

⁴²⁷ Au **Danemark**, en **Grèce** et au **Royaume-Uni**, le suspect ne doit généralement être présent que pendant la phase de procès, la procédure par contumace étant inexistante (Section 847 de la Loi sur l'Administration de la Justice). Cependant, jusqu'au stade du procès, les poursuites peuvent théoriquement se produire pour certains crimes prévus par le droit international conventionnel, indépendamment du lieu où se trouve l'accusé. Voir Redress & FIDH, « Recours juridiques pour les victimes de “crimes internationaux” », *op. cit.*, pp. 55, 64 et 75. En **Allemagne**, en matière de violations graves de droit international humanitaire, le Procureur pourra décider si les poursuites peuvent être maintenues lorsque le suspect n'est pas en Allemagne, ni susceptible de s'y trouver. Voir Section 153f du Code des crimes contre le droit international.

⁴²⁸ En **Belgique**, la condition de présence sur le territoire sera généralement satisfaite dès que l'auteur présumé y a été rencontré ou trouvé, après l'infraction dont il est soupçonné et même si son départ du territoire a précédé les premiers actes de procédure : la notion de présence y est donc conçue dans un sens large. Bruxelles (mis. acc.), 9 novembre 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p.761.

⁴²⁹ C. Reyngaert, « Universal criminal Jurisdiction over Torture », *op. cit.*, p. 591.

⁴³⁰ Cass. Ch. crim., 9 avril 2008, n° 07-86.412 ; Cass. Ch. crim., 21 janvier 2009, n° 07-88.330.

le Comité contre la torture, au sujet de cette affaire, recommandait toutefois que « lorsque l'État partie établit sa compétence aux fins de connaître des actes de torture dans le cas où l'auteur présumé de ceux-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, il prenne les mesures nécessaires pour assurer la détention de cette personne et assurer sa présence, conformément à ses obligations au titre de l'Article 6 de la Convention »⁴³¹. Il convient de souligner que la loi du 9 août 2010 ayant limité le principe de la compétence universelle introduit un critère de résidence habituelle de l'auteur présumé des faits.

LA POSITION ESPAGNOLE

Dans l'affaire Pinochet, l'*Audiencia Nacional* avait déclaré les tribunaux espagnols compétents, alors qu'A. Pinochet était au Royaume-Uni. Cependant les jugements *in absentia* n'y sont pas autorisés, excepté dans des circonstances exceptionnelles (voir art. 791(4), 789(4) et 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - Code de procédure pénale espagnol). La décision *Rios Montt* du *Tribunal Supremo* du 25 février 2003 conduit à **relativiser l'absence d'exigence de présence jusqu'au moment du procès**. Dans cette affaire, la haute juridiction espagnole jugea qu'en application des principes de souveraineté étatique et de non-ingérence, les tribunaux espagnols ne pouvaient exercer leur compétence à l'égard des faits prétendument constitutifs de génocide que s'il existait un lien de rattachement avec l'Espagne. La juridiction espagnole « ne précise pas le moment auquel l'auteur devra désormais se trouver sur le territoire espagnol, mais elle sous-entend que cet élément serait déterminant préalablement à l'établissement de la compétence d'un tribunal espagnol. Le lancement de l'enquête en l'absence de l'accusé pourrait néanmoins encore être possible »⁴³².

Le choix du moment dépendra vraisemblablement de la question de savoir si la présence est une **condition d'existence** de la compétence pénale pour éviter les conflits de compétence. Dans ce cas, cette condition devra être rencontrée au moment des poursuites, voire dès le dépôt de plainte. Ou si la présence ne constitue qu'une **exigence procédurale**, nécessaire pour éviter un procès *in absentia*: dans ce cas, rien ne s'oppose à ce que des investigations préliminaires soient entamées malgré l'absence du suspect⁴³³. Alors que les enquêtes *in absentia* sont relativement fréquentes et non controversées en droit international, les procès *in absentia* **peuvent** soulever des débats⁴³⁴.

La portée de la « **présence** » d'une **personne morale** n'a, à notre connaissance, pas encore été véritablement clarifiée par la jurisprudence pénale. Effleurant cette question, M. Henzelin note que dans certaines hypothèses, une entreprise étrangère est considérée dans le cadre de l'*Alien Tort Claims Act*, comme se trouvant sur

⁴³¹ RCAT, *Observations finales* – France, 24 novembre 2005, CAT/C/FRA/CO/13/CPRCRP.51, § 14.

⁴³² Redress & FIDH, *op. cit.*, p. 57.

⁴³³ B. Swart, « La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux », pp. 567 suiv. dans A. Cassese et M. Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002.

⁴³⁴ R. Rabinovitch, « Universal Jurisdiction in absentia », *op. cit.*, p. 519. Voir également à ce sujet : V. Bouchard, « Procédures par contumace et par défaut au regard de l'Article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme », *R.S.C.*, 2002, pp. 517-535.

le territoire américain « dès qu'elle y déploie une partie de ses activités » ; selon l'auteur, il peut même suffire qu'un représentant d'une compagnie étrangère se rende fréquemment aux Etats-Unis pour créer le lien de rattachement minimum nécessaire pour asseoir la compétence de ses juridictions⁴³⁵.

En tant que critère pénal, la présence d'une entreprise dans un État membre de l'UE exige-t-elle : 1) qu'elle y ait son **siège social ou réel** (condition qui s'identifierait à celle de la nationalité, voir *supra*), 2) qu'elle y possède un **siège d'exploitation** (condition qui s'identifierait à celle de la résidence, voir *supra*) 3) ou suffirait-il que la personne morale y **exerce seulement des activités** ?

Exiger la satisfaction de conditions qui correspondent à la résidence ne semble pas légitime au regard de ce qui est généralement réservé à la notion de présence à l'égard d'une personne physique : la « présence » ne signifie pas une résidence continue sur un territoire, mais bien une traversée épisodique de ce dernier. Ainsi, la détention du capital d'une filiale belge de Total par la société-mère française devait-elle emporter *ipso facto* la « présence matérielle » de l'entreprise multinationale sur le territoire, indépendamment d'une quelconque complicité de la filiale belge dans la perpétration des infractions commises en Birmanie ?

La condition de la présence sur le territoire se justifie logiquement par la possibilité d'y appréhender l'auteur présumé des faits en vue de le juger. En ce sens, il est raisonnable de soutenir que ce n'est que si la filiale (ou succursale, voire un bureau ou représentant d'affaires) établie au sein d'un État a prêté son concours à la société-mère étrangère pour la commission de l'infraction dans un pays tiers, qu'il serait cohérent de considérer qu'il ait satisfait à la condition de présence de cette dernière sur le territoire poursuivant⁴³⁶.

➔ L'affaire Total devant les juridictions belges

Dans son arrêt du 5 mai 2004, la Cour de cassation belge jugea toutefois que la **présence du Centre de coordination de Total** – administration centrale assurant l'ensemble des fonctions nécessaires à la représentation du groupe industriel et commercial – **ne suffisait pas** à établir la présence matérielle de l'entreprise multinationale sur le territoire belge. Dans les faits, il n'est pourtant pas certain que la participation du Centre de coordination aux opérations de Total en Birmanie pouvait être si aisément exclue. Selon la Cour toutefois, le fait que le Centre de coordination possède une personnalité juridique distincte aura vraisemblablement suffi à écarter l'idée que la société-mère se « trouve » elle-même sur le territoire belge ; l'éventuelle levée du voile social ne fut ainsi nullement envisagée.

⁴³⁵ M. Henzlin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international...*, *op. cit.*, p. 185.

⁴³⁶ Voir D. Vandermeersch, *op. cit.*, pp. 252-253. L'auteur précise que lorsque la présence de l'inculpé sur le territoire belge est requise, cela devrait signifier que les poursuites seraient limitées aux sociétés ayant leur siège réel en Belgique et aux sociétés étrangères dont le siège d'exploitation belge aurait participé à la commission de l'infraction.

🕒 Modalités d'introduction de la plainte : la participation des victimes

Notons d'abord, en ce qui concerne les principes en matière d'engagement des poursuites, que les systèmes pénaux des Etats membres de l'UE sont divisés en ce qui concerne les principes d'opportunité et de légalité pour l'engagement des poursuites.

Le principe d'opportunité est appliqué en Belgique, en France, au Danemark, en Irlande, au Royaume-Uni, au Luxembourg et aux Pays-Bas. En Allemagne, en Autriche, en Espagne, en Finlande, en Suède, en Grèce, en Italie et au Portugal c'est le principe de légalité qui s'applique.⁴³²

La participation des victimes au procès pénal, afin d'obtenir réparation pour les dommages personnels résultant de l'infraction, est aujourd'hui un phénomène ordinaire. La possibilité offerte aux victimes et, aux organisations, de déclencher sans inter-médiation des procédures pénales, affecte directement l'accès à la justice. *A contrario*, les restrictions affectant l'aptitude des victimes à être directement à l'origine de l'ouverture d'une enquête, combinées avec le principe de l'opportunité des poursuites du ministère public, peuvent entraver sérieusement l'accès des victimes aux tribunaux. Dans certains Etats, les règles applicables au déclenchement des poursuites sur la base de la compétence extra-territoriale diffèrent de celles en vigueur pour les crimes de droit commun ou « territoriaux »⁴³⁸.



L'**Espagne** est exemplaire en ce domaine. En effet, l'action pénale y est guidée par un « jugez central de instruction » qui peut être saisi par le **ministère public**, la **victime**⁴³⁹, mais aussi **tout citoyen privé** ou **toute association** qui exerceront dès lors l'« action populaire » (action en justice exercée devant un tribunal répressif par un simple citoyen, soit dans l'intérêt d'un particulier, soit dans l'intérêt de l'ensemble de la société). L'Espagne est l'unique pays parmi les Etats membres de l'UE à introduire l'action populaire en matière pénale. La marge d'appréciation du pouvoir exécutif est par ailleurs inexistante dans la procédure espagnole⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Les ministères publics respectifs de ces Etats sont dans l'obligation d'exercer l'action publique dès lors qu'une infraction est portée à leur connaissance (éventuellement par le dépôt d'une plainte), à moins que les tribunaux ne soient pas compétents sur les faits ou que les allégations soient manifestement dépourvues de fondement. Voir notamment Commission européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, COM/2004/0334 final, 30 avril 2004, p. 29, pt. 3.1.1.1.

⁴³⁸ Rapport Redress & FIDH, *op. cit.*, 2004, p. 7.

⁴³⁹ Précisons aussi que le droit espagnol prévoit qu'une plainte déposée au pénal par une victime entraîne ipso facto la demande civile, sauf si le plaignant devait y renoncer expressément (Article 112 de la loi espagnole sur la procédure pénale).

⁴⁴⁰ Rapport Redress & FIDH, *op. cit.*, 2004, p. 57.

De façon générale, selon la tradition juridique du pays concerné, la victime jouira éventuellement de l'opportunité de mettre en mouvement l'action publique par le biais d'une constitution de partie civile⁴⁴¹, ou seul le ministère public pourra l'actionner en tant que représentant du pouvoir exécutif⁴⁴².

 L'**Allemagne** jouit d'un système hybride: sans pouvoir l'enclencher, les victimes peuvent éventuellement se joindre à la procédure en tant qu'auxiliaire du procureur⁴⁴³.

La faculté de se **constituer partie civile**, qui permet la saisine directe d'un juge d'instruction, est quelque peu controversée. Si elle apparaît souvent nécessaire pour combattre l'inertie du ministère public⁴⁴⁴, certains mettent en garde contre les risques de dépôts de plaintes symboliques, idéologiques ou politiques, qui détourneraient le pouvoir judiciaire de sa vocation initiale (voir *infra*)⁴⁴⁵.

 Le système **Italien** applique le principe de légalité des poursuites qui induit que, selon la Constitution, « le ministère public a l'obligation d'exercer l'action pénale ». Ce principe, bien que tempéré par la possibilité pour le Procureur de classer des affaires sans suite en cas d'inconstances des faits, obstacle procédural ou absence de qualification juridique, permet à des associations de porter à la connaissance du Procureur, au nom des intérêts des victimes, des allégations de violations de droits de l'homme liées aux activités des entreprises⁴⁴⁶. L'affaire de l'amiante produite par l'entreprise Eternit en est une bonne illustration.

⁴⁴¹ En Belgique, en France, en Italie et au Luxembourg. A. Poels, « Universal Jurisdiction in abstentia », N.Q.H.R., 2005, p.79.

⁴⁴² En Autriche, au Danemark, en Finlande (Section 12 (2) du Code pénal finlandais), en Grèce, en Irlande, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Suède. En Suède et au Danemark, la décision d'engager des poursuites pour un crime extra-territorial appartient à une autorité administrative (politique). Voir section 5 du chapitre 2 du Code pénal suédois, et Section 8 (4-6) du Code pénal danois. En Irlande également, la Loi sur les Conventions de Genève précise que le Ministre des affaires étrangères a le pouvoir exclusif de déterminer si la Loi est applicable à une affaire particulière.

⁴⁴³ Sur cette procédure, voir Redress & FIDH, *op. cit.*, 2004, p. 45 ; M.E.I. Brien and E.H. Hoegen, Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems: The Implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure, Universeit van Tilburg (Nijmegen, Pays-Bas, 2000 : Wolf Legal Productions (WLP)), Chapitre 9 ; J. Doak, « Victims' Rights in Criminal Trials : Prospect for participation », Cardiff University Law School, 2005, pp. 308-310.

⁴⁴⁴ La plupart des enquêtes ont été initiées suite aux efforts concertés de victimes. Voir Redress and FIDH, « Legal remedies for victims of 'international crimes' – Fostering an EU approach to 'Extraterritorial Jurisdiction' », *Background Paper*, Juillet 2003, p.11.

⁴⁴⁵ L. Reydam, *op. cit.*, p.108 ; D. Vandermeersch, « La compétence universelle » in *Juridictions nationales et crimes internationaux* sous la dir. de A. Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, Paris, 2002, pp. 589 suiv. ; J. Wouters en L. De Smet, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen voor ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht in het licht van de Belgische Genocidewet », in *Bedrijven en mensenrechten – verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 2003, pp. 309-338.

⁴⁴⁶ Art. 112 de la Constitution italienne ; art. 91 ; 408 et 411 du code de procédure pénal.

Le **mécanisme de constitution de partie civile** est incontestablement utile dès lors qu'il permet d'éviter les classements sans suite d'un Procureur qui exerce souvent son pouvoir discrétionnaire (le principe de légalité des poursuites est minoritaire) sur la poursuite ou non de crimes extra-territoriaux. On peut en effet redouter la prudence du ministère public, tant pour des motifs politiques que financiers : les crimes commis à l'étranger requièrent des ressources importantes (des juges instructeurs, des traducteurs, un budget pour des commissions rogatoires, etc.) et c'est généralement le parquet qui décidera du montant du budget, et donc des moyens qui seront alloués à la potentielle instruction ; relayant la volonté de l'« exécutif », il pourrait s'abstenir de poursuivre des entreprises multinationales basées sur le territoire dès lors que de telles poursuites nuiraient aux intérêts économiques du pays.



L'**Allemagne**, la **Grèce** et les **Pays-Bas** prévoient d'ailleurs expressément qu'il peut être renoncé aux poursuites pour des raisons politiques⁴⁴⁷.

Ces éléments ne sont pas négligeables. Dans ce cadre, et au regard de la crainte des victimes de s'exposer au travers d'une procédure judiciaire, reconnaître un droit de constitution de partie civile aux associations qui défendent les intérêts des victimes, ou une « action d'intérêt collectif » à l'instar de ce qui est prévu en France pour certains crimes⁴⁴⁸, serait sans aucun doute une mesure utile à adopter par les Etats⁴⁴⁹.



La **Belgique** a réduit en 2003 la possibilité de se constituer partie civile offerte aux plaignants en matière de violations du droit international humanitaire⁴⁵⁰ : elle ne demeure désormais possible que lorsque l'entreprise et/ou son dirigeant sont de nationalité belge ou résident sur le sol belge (personnalité active)⁴⁵¹ ; dans les autres cas de figure, les enquêtes ne pourront être mises en route que par le Procureur fédéral.

⁴⁴⁷ Voir Section 153 du Code de procédure pénale allemand ; Art. 67 et 242 du Code de procédure pénale néerlandais.

⁴⁴⁸ Voir art. 2-4 du Code de procédure pénale français. La FIDH a usé de cette possibilité dans l'affaire *Ely Ould Dah* et dans un grand nombre d'affaires introduites en France sur le fondement de la compétence universelle. Voir CA Montpellier, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme et al. c. Ould Dah*, 25 mai 2001.

⁴⁴⁹ Voir dans le même sens les Principes de *Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale*, Principe 16 § 3.

⁴⁵⁰ Des plaintes avaient notamment été déposées contre G. Bush Junior du fait de sa seconde intervention militaire en Irak.

⁴⁵¹ Il faut préciser qu'en dehors des violations graves du droit international humanitaire, la constitution de partie civile reste de règle en Belgique. Ainsi, une violation de droit de l'Homme commise à l'étranger pourra faire l'objet d'une constitution de partie civile sur base des principes de personnalité tant active que passive.

 De la même manière, le **France** a adopté une loi incorporant, dans le droit national, les crimes du statut de la Cour pénale internationale, qui confie au ministère public le monopole des poursuites et prive ainsi les victimes de la possibilité de se constituer parties civiles⁴⁵².

Les normes nationales stipulant que seul le ministère public peut décider de poursuivre (et qui plus est selon le principe d'opportunité des poursuites) prévoient généralement un droit de recours au bénéfice des victimes évincées⁴⁵³. Par ces dispositions, les Etats se conforment ainsi aux directives internationales qui considèrent que le droit des victimes, particulièrement celles d'infractions graves aux droits de l'Homme, doit faire l'objet d'une attention particulière⁴⁵⁴.

Hiérarchies et subsidiarité dans les principes de compétence extraterritoriale : vers un « forum non conveniens » en matière pénale ?

 Le titre préliminaire du **Code de procédure pénale belge** prévoit désormais explicitement un mécanisme analogue au *forum non conveniens*⁴⁵⁵ : le Procureur fédéral pourra écarter l'affaire de l'instruction s'il ressort que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans le respect des obligations internationales de la Belgique, la plainte devrait être portée soit devant les juridictions internationales, soit devant la juridiction du lieu où les faits ont été commis, soit devant la juridiction de l'État dont l'auteur est ressortissant ou celle du lieu où il peut être trouvé, et pour autant que cette juridiction présente les qualités d'indépendance, d'impartialité et d'équité, tel que cela peut notamment ressortir des engagements internationaux pertinents liant la Belgique à cet État.

⁴⁵² Voir la législation adoptée le 13 juillet 2010 qui incorpore les crimes du statut de la Cour pénale internationale et les préoccupations de la société civile. : "Justice internationale : La CFCPI consternée par le vote de l'Assemblée nationale, 13 juillet 2010: <http://www.fidh.org/Justice-internationale-La-CFCPI>

⁴⁵³ Voir L. Reydam, *op. cit.* Aux Pays-Bas par exemple, les victimes peuvent se plaindre, devant une Cour d'appel, contre les décisions le service des Poursuites publiques de ne pas poursuivre (Art. 12 et 13a du Code de procédure pénale néerlandais). Dans le même sens, voir Sections 277, 278 et 287-2b du Code de procédure pénale portugais ; les Articles 408 à 410 du Code de procédure pénale italien ; et les art. 43(1), 47 et 48 du Code de procédure pénale grec.

⁴⁵⁴ Voir notamment l'Article 7 de la Recommandation n° R (85) 11 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale adoptée le 28 juin 1985 ; Article 12 de la résolution n° 2005/35 de la Commission des droits de l'Homme des Nations unies E/CN.4/RES/2005/35 ; la Déclaration des Nations-unies sur les principes de base de justice pour les victimes de crimes et d'abus de pouvoir, 1985, AG NU, Rés. 40/34). Voir aussi la règle 89 § 1^{er} et 92.2 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale (ICC-ASP/1/3).

⁴⁵⁵ Voir les Articles 10, 1^obis, alinéa 3, 4^o et 12bis, alinéa 3, 4^o du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

 Un principe de subsidiarité similaire en matière de violations graves du droit international humanitaire existe également dans la **législation allemande**⁴⁵⁶, et découle de la jurisprudence espagnole.

 La **Cour suprême espagnole** a en effet jugé, dans ses arrêts *Rios Montt et Fujimori*, que la compétence territoriale jouit d'une priorité sur toutes les autres formes de compétences « lorsqu'il existe plusieurs compétences actives réelles et efficaces »⁴⁵⁷. Dans la décision *Fujimori*, la Cour suprême a précisé que pour engager des poursuites en Espagne sur la base de la compétence universelle, il fallait apporter « une preuve sérieuse et raisonnable » démontrant que les infractions « n'ont, à ce jour, pas fait l'objet de poursuites efficaces dans l'État ayant une compétence territoriale »⁴⁵⁸. Une réforme intervenue le 3 novembre 2009 a en effet introduit dans la *Ley Orgánica del Poder Judicial* ce nouvel obstacle en matière de compétence universelle: si au sein d'un autre pays compétent ou d'une juridiction internationale, les procédures ont été déclenchées ce qui suppose une enquête et une poursuite judiciaire effective des faits punissables, les juridictions espagnoles ne se reconnaissent pas compétentes⁴⁵⁹.

 Actuellement, le critère de tierce « juridiction effective » permet de décliner sans condition une juridiction **belge, espagnole ou allemande**, même si l'État de renvoi affiche par la suite une absence de volonté de poursuivre authentiquement l'affaire⁴⁶⁰: l'existence d'un meilleur *forum* ne pourrait dès lors demeurer qu'une pure possibilité théorique.

➔ **Trafigura Beheer BV & Trafigura Limited en Côte d'Ivoire**

Le déchargement de 500 tonnes de déchets toxiques à Abidjan (Côte d'Ivoire) par le navire Probo Koala dans la nuit du 19 au 20 août 2006, a eu des conséquences humaines et environnementales désastreuses (pour plus d'informations sur le contexte de l'affaire, voir la section II, partie I relative à la responsabilité civile extraterritoriale des entreprises). Les entreprises concernées sont : Trafigura Beheer BV (la société mère basée aux Pays-Bas), Trafigura Ltd (sa filiale anglaise qui a affrété le navire), Puma Energy (filiale ivoirienne de Trafigura Beheer BV), la Compagnie Tommy (une entreprise d'Abidjan spécialisée dans la vidange du réservoir, l'entretien et le soutage), et Waibs Shipping, chargée par Trafigura

⁴⁵⁶ § 153 (f) du Code de procédure pénale (StOP) ; C. Reyngaert, « Universal criminal Jurisdiction over Torture... », *op. cit.*, p. 603. Pour une application de ce principe, voir *infra*.

⁴⁵⁷ Voir Audiencia Nacional (Espagne), *Rigoberta Menchu Tum et al. v. Montt et al.*, 13 décembre 2000 ; Redress & FIDH, *op. cit.*, 2004, p. 58.

⁴⁵⁸ Redress & FIDH, *op. cit.*, 2004, p. 58. D'ailleurs, ces principes ont été confirmés tout récemment par les juridictions espagnoles dans le cadre d'une affaire introduite par des Palestiniens à l'encontre d'Israéliens : Tribunal Supremo, *Miguel Colmenero Menéndez de Luarda*, Auto 550/2010, 4 mars 2010.

⁴⁵⁹ Art. 24.3 de la LOPJ, Ley Orgánica 1/2009, 3 novembre 2009.

⁴⁶⁰ C. Reyngaert, *op. cit.*, p. 602. Redress & FIDH, *op. cit.*, 2004, p. 58.

de la coordination de l'accueil et des opérations d'élimination des résidus du Probo Koala. Ces entreprises font toutes l'objet de poursuites en Côte d'Ivoire, aux Pays-Bas et en France.

Les procédures judiciaires en Côte d'Ivoire

À la suite de l'enquête menée par les autorités ivoiriennes, plusieurs personnes ont été inculpées, dont le représentant de Puma Energy, le directeur de Waibs, le directeur de Tommy, et le co-fondateur de Trafigura, Claude Dauphin et son manager pour l'Afrique, Jean-Pierre Valentini, arrêtés à l'aéroport d'Abidjan où ils quittaient le pays après être venu établir les faits de l'incident.

Les deux représentants de Trafigura ont été détenus depuis leur arrestation le 18 septembre 2006 jusqu'au 14 février 2007. Le 19 mars 2007, alors que tout tendait à établir la responsabilité de Trafigura, pour le compte et au profit de qui la décharge de déchets toxiques avaient été effectuée, la chambre d'accusation de la Cour d'appel d'Abidjan a abandonné les poursuites contre MM. Dauphin et Valentini pour manque de preuves, aux motifs suivants :

- Concernant l'infraction de complicité dans des actes d'empoisonnement, « l'enquête n'a pas révélé d'actes commis personnellement par les défendeurs Jean-Claude Valentini et Claude Dauphin ;
- Concernant la violation de la loi sur la protection de la santé publique et l'environnement contre les effets des déchets toxiques et nucléaires industriels et les substances nocives, la Cour d'appel d'Abidjan a considéré que l'enquête a montré que Claude Dauphin et Jean-Claude Valentini n'avaient commis aucun acte répréhensible, et qu'ils s'étaient trouvés au centre de ces procédures car ils avaient voyagé en Côte d'Ivoire de leur propre gré afin d'aider à limiter les conséquences dommageables des actes commis par Ugborugbo Salomon Amejuma (le directeur de Tommy) et par d'autres⁴⁶¹.

Les accusations portées contre le directeur de Puma Energy ont également été supprimées. La chambre d'accusation de la Cour d'appel d'Abidjan a finalement renvoyé douze personnes devant la Cour d'assises pour leur implication dans le déversement de déchets toxiques⁴⁶².

Le procès s'est ouvert le 29 septembre 2008. Le 22 octobre 2008, la Cour d'Assises d'Abidjan a reconnu le caractère toxique des substances rejetées, et le danger qu'elles représentaient pour les êtres humains, et a condamné le directeur de la compagnie Tommy (qui avait recueilli et déchargé les déchets toxiques) à 20 ans d'emprisonnement, et l'employé de Waibs qui avait communiqué le nom de Tommy à la filiale ivoirienne de Trafigura (Puma Energy), à 5 ans d'emprisonnement. L'Etat ivoirien n'a eu à supporter aucune responsabilité dans l'affaire. Tous les fonctionnaires des douanes inculpés, ainsi que le capitaine du port ancien et l'ancien directeur de Affaires Maritimes et portuaires ont été acquittés⁴⁶³.

⁴⁶¹ Décision de la chambre d'accusation de la Cour d'appel d'Abidjan, 19 mars 2008, pp. 25-26.

⁴⁶² Voir le communiqué de presse FIDH-LIDHO-MIDH « Deux ans après la catastrophe, les responsables restent impunis et les victimes démunies », 14 août 2008, www.fidh.org

⁴⁶³ Voir le communiqué de presse conjoint de la FIDH et de ses organisations membres en Côte d'Ivoire et en France, et de Greenpeace et Sherpa, « La Cour d'assises d'Abidjan rend son verdict en l'absence des principaux responsables » 28 octobre 2008, www.fidh.org

Procédures judiciaires en cours en France

Le 29 juin 2007, 20 victimes ivoiriennes, avec le soutien des avocats du Groupe d'action judiciaire (GAJ) de la FIDH, ont déposé une plainte auprès du parquet de Paris contre la direction de Trafigura, MM. Dauphin et Valentini, pour administration de substances nuisibles, homicide involontaire, corruption et violation des dispositions particulières concernant les mouvements transfrontaliers de déchets⁴⁶⁴.

Étonnamment, le 16 avril 2008, le vice-procureur de la « Santé publique – département de la délinquance économique et sociale » a interrompu l'affaire, au motif que la procédure était « entièrement d'origine étrangère », notamment pour les raisons suivantes :

- Absence de tout lien permanent avec le territoire français des personnes susceptibles d'être concernées, notamment MM. Dauphin et Valentini, respectivement président et membre du conseil d'administration du groupe Trafigura ;
- La localisation, en dehors du territoire français, des filiales et des entités commerciales appartenant au groupe Trafigura ;
- L'existence concomitante d'autres procédures judiciaires.

Il convient de noter qu'en vertu du principe selon lequel la compétence est fondée sur l'identité du défendeur, dont l'article 113-6 du Code pénal français prévoit les modalités d'application, la nationalité française des auteurs de l'infraction suffit à établir la compétence des tribunaux français. À cet égard, le fait que les personnes impliquées soient domiciliées ou aient des liens permanents avec le territoire français n'a pas d'importance. Et quant à l'existence d'autres procédures, elles ne concernent pas les mêmes actes ou les mêmes personnes.

Le 16 juin 2008, la décision d'abandonner l'affaire a été contestée par les avocats du GAJ, qui a déposé une demande auprès du bureau du procureur sur la base de l'article 40-3 du code pénal français, au motif que la compétence des juridictions françaises est établie du seul fait de la nationalité (française) des auteurs de l'infraction, et que par conséquent, tout argument fondé sur l'existence d'autres procédures en cours ou sur la difficulté de mener des enquêtes sur le territoire français est nul. Jusqu'à présent, il n'y a pas eu de réponse à cette demande.

Procédures judiciaires en cours aux Pays-Bas

La procédure pénale engagée aux Pays-Bas concerne des faits ayant eu lieu à Amsterdam, avant le déversement de déchets toxiques en Côte d'Ivoire⁴⁶⁵. Ils impliquent Trafigura, le capitaine du Probo Koala, la ville et le port d'Amsterdam.

⁴⁶⁴ Voir le communiqué de presse conjoint de la FIDH et de ses organisations membres en Côte d'Ivoire et en France, « Appel à l'établissement des responsabilités et à la justice pour les victimes du déversement des déchets toxiques en Côte d'Ivoire », 21 décembre 2007, www.fidh.org

⁴⁶⁵ Greenpeace, qui est partie à la procédure, a contesté une telle limitation aux faits ayant eu lieu à Amsterdam. Un appel est pendant.

Trafigura est accusée d'avoir violé la législation européenne sur l'élimination des déchets, et est passible d'une amende pouvant atteindre 450.000 euros et/ou six ans d'emprisonnement. Trafigura est également accusée de falsification de documents relatifs à la composition des déchets, et de ne pas avoir informé l'APS (une entreprise de déchets néerlandais-danoise de recyclage) de la nature toxique des déchets à traiter.

APS est accusée d'avoir déchargé puis rechargé une partie de la cargaison toxique du Probo Koala, quand il a fait escale à Amsterdam en juillet 2006, lorsque les déchets se sont révélés être plus toxiques que ce qui avait été annoncé, et que l'affrètement a refusé de payer pour le traitement des substances identifiées. Claude Dauphin, directeur général de Trafigura, est accusé d'exportation illégale de déchets toxiques.

Le 19 décembre 2008, la Cour d'Appel d'Amsterdam a reconnu l'absence de toute charge criminelle contre le directeur général de Trafigura. Or, le 6 juillet 2010, la Cour de cassation néerlandaise annonçait que Claude Dauphin pouvait encore être poursuivi, demandant à la Cour d'appel de statuer à nouveau sur la poursuite du directeur général de Trafigura, estimant que tous les éléments de preuve n'avaient pas été pris en compte. Le 30 janvier 2012, la Cour d'appel d'Amsterdam a décidé d'autoriser le Parquet à poursuivre Claude Dauphin, Président de Trafigura, pour avoir dirigé l'exportation illégale de déchets du Probo Koala en Côte-d'Ivoire.

Le 5 février 2009 APS a été déclarée coupable d'avoir enfreint les lois de protection de l'environnement, et condamnée à une amende de 450.000 Euros. Un de ses anciens dirigeants a été condamné à 240 heures de travaux d'intérêt général, la moitié de la peine étant suspendue.

Un développement important dans la procédure s'est produit quand Greenpeace, lors d'une audience le 19 mai 2010 devant la Cour d'Appel d'Amsterdam, a produit un témoignage des chauffeurs de camion ivoiriens qui avaient transporté les déchets toxiques du Probo Koala, affirmant qu'ils avaient été payés par Trafigura pour faire de fausses déclarations au cours de la procédure civile à Londres (voir section II, partie I sur la responsabilité civile des entreprises).⁴⁶⁶ Le procès a débuté le 2 juin 2010. Le 23 juillet 2010, Trafigura a été **condamnée à payer 1 million d'euros pour infraction à la législation européenne** en matière d'importation et d'exportation des déchets ainsi que pour avoir omis de mentionner la nature des déchets transportés. Elle a en revanche été acquittée pour faux en écriture. Le parquet d'Amsterdam a fait appel contre cet acquittement. Par ailleurs, l'employé de Trafigura qui avait coordonné l'escale, Naeem Ahmed, a été condamné à six mois de prison avec sursis et 25.000 euros d'amende ; le capitaine ukrainien du cargo, Sergiy Chertov, à cinq mois de prison avec sursis.

⁴⁶⁶ Voir l'article publié dans *Libération* le 18 mai 2010, « Probo Koala : l'affrètement Trafigura pris à témoin » www.liberation.fr.

En février 2011, Greenpeace a déposé un recours pour relancer la procédure sur l'élargissement de la compétence des juridictions néerlandaises aux faits qui se sont produits en Côte d'Ivoire. Le 13 avril 2011, la Cour d'appel de La Haye décide ne pas étendre la procédure initiée aux Pays-Bas invoquant le manque de coopération des autorités ivoiriennes faisant obstacle à la faisabilité d'une poursuite pénale effective aux Pays-Bas. Parmi ces obstacles, la Cour a mentionné le fait qu'aucun des suspects n'avait la nationalité néerlandaise ni ne vivait aux Pays-Bas et que les activités des sociétés mises en cause étaient pour l'essentiel localisées en dehors du pays.

Trafigura et le Parquet d'Amsterdam ont tout deux interjeté appel de la décision rendue le 23 juillet 2010 s'agissant des faits produits aux Pays-Bas. Le Parquet d'Amsterdam souhaite ainsi que la Cour revienne sur la relaxe de la ville d'Amsterdam, gestionnaire du port, et de la société APS, chargée du traitement des déchets, et a requis la condamnation de Trafigura et le paiement d'une amende de 2 millions d'euros. Le procès en appel s'est ouvert le 14 novembre 2011.

* * *

Dans la plupart des cas, les poursuites fondées sur la compétence universelle se heurtent à de fortes réticences de la part d'États peu enclins à assumer le coût politique et diplomatique induit par de telles procédures. C'est d'autant plus vrai lorsque la plainte est dirigée contre une entreprise présente sur leur territoire, et qu'en conséquence celle-ci menace, par exemple, de se délocaliser. A la suite des deux plaintes déposées en Belgique contre des entreprises multinationales et leurs dirigeants pour violations graves des droits de l'Homme, la loi belge du 16 juin 1993 dite de compétence universelle a été ainsi dénoncée par la Fédération des Entreprises de Belgique, comme créant en Belgique un climat inhospitalier pour les entreprises déployant leurs activités dans différentes parties du monde. Le champ d'application de la loi fut largement réduit, et le juge dessaisi de la plainte contre Total pour ses investissements en Birmanie.

Il ne faut pas négliger les difficultés techniques résultant des règles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales en droit interne, auxquelles s'ajouteront celles liées à l'extra-territorialité: un cadre conventionnel approprié devient dès lors « indispensable pour apporter la sécurité juridique nécessaire à l'action de la justice sur le plan international »⁴⁶⁷ et pour assurer la praticabilité des procédures. On constate que si les crimes graves internationaux commis par les entreprises devraient faire l'objet d'une enquête et de poursuites sans attendre que les victimes ne portent plainte, il n'en a jamais été ainsi. Le rôle des victimes et avec elles des ONG qui les soutiennent s'avère donc déterminant.

⁴⁶⁷ D. Vandermeersch, « La dimension internationale de la loi », *op. cit.*, p. 273.

POUR PLUS D'INFORMATION (RÉFÉRENCES)

Pour une approche comparative des régimes de responsabilité pénale en vigueur en Europe:

- H. de Doelder et K. Tiedemann, *La criminalisation du comportement collectif*, Kluwer, 1996.
- S. Geeroms, « La responsabilité pénale des personnes morales : une étude comparative », *Rev. int. dr. comp.*, 1996, pp. 533-579.
- Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française, *La responsabilité. Aspects nouveaux*, Tome I, L.G.D.J., 1999.
- M. Wagner, « Corporate Criminal Liability – National and International Responses », *Background paper for the International Society for the Reform of Criminal Law – 13th International Conference Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective*, Malta, 8-12 juillet 1999, pp. 2-3.
- M. Delmas-Marty et J.A.E. Vervaele (dir.), *La mise en œuvre du Corpus Iuris dans les Etats Membres*, Vol.1., Antwerp/Groningen/Oxford, Intersentia, 2000.
- S. Adam, N. Colette-Basecqz et M. Nihoul, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, La Charte/Die Keure, 2008.

Sur la reconnaissance du principe de responsabilité pénale des personnes morales au sein des Etats membres de l'Union européenne :

- **Autriche** : loi VbVG *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* (Loi fédérale relative à la responsabilité des associations en matière délictuelle) pour les infractions commises depuis le 1^{er} janvier 2006. Voir également M. Hilf, « La responsabilité pénale des personnes morales en Autriche – Le régime de la nouvelle loi autrichienne sur la responsabilité des entreprises », in *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe* / sous la dir. de S. Adam, N. Colette-Basecqz et M. Nihoul, La Charte, Bruxelles, 2008.
- **Belgique** : voir art. 5 du Code pénal belge, rétabli par la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales (*M.B.*, 22 juin 1999, p. 2341). Cette loi est entrée en vigueur le 2 juillet 1999.
- **Estonie** : voir art. 14 et 37 du nouveau Code pénal de 2002.
- **Finlande** : voir Chapitre 9 du Code pénal (suite à la réforme du 1^{er} septembre 1995 (1995/743).
- **France** : voir art. 121-2 du nouveau Code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. Il a été récemment modifié par la loi du 9 mars 2004.
- **Pays-Bas** : voir art. 51 du *Nederlandse wetboek van strafrecht* (Code pénal néerlandais), introduit par la loi du 22 juin 1950 sur les délits économiques, et revu par la loi du 23 juin 1976. Voir également J. D'Haenens, « Sanctions pénales et personnes morales », *Rev. dr. Pén. Crim.*, 1975, pp.747-748. J. Vervaele, « La responsabilité pénale de et au sein de la personne morale aux Pays-Bas. Entre pragmatisme et dogmatisme juridique », *Rev. sc. crim. (Fr.)*, 1997, liv. 2, pp. 325-346. D. Roeff, T. De

Roos, « De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten », in X., *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Anvers, Intersentia, Série 'Ius Commune Europeanum', n° 25, 1998, pp. 49-121. A. De Nauw et F. Deruyck, « De Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *R.W.*, 2000.

Sur le principe de compétence universelle au sein des Etats membres de l'Union européenne :

- **Allemagne** : para. 6 final du *Strafgesetzbuch* (Code pénal). Voir aussi, section 1 du Code des crimes de droit international (*Völkerstrafgesetzbuch* ou VStGB), adopté le 30 juin 2002. G. Werle et F. Jessberger, « International Criminal Justice is coming Home : The new German Code of Crimes against International Law », *Criml. L. F.*, 2002, 191, p. 214. Ce Code est considéré comme modèle et peut dès lors constituer une source d'inspiration pour les autres pays européens : M. Delmas-Marty, « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *R. S. C.*, 2004, p. 8. La procédure *in absentia* est autorisée, mais uniquement avec l'objectif de préserver des preuves pour un futur procès possible (StPO §276, StPO §285 (1)).
- **Autriche** : para. 64 (64.1 à 64.8) et 65 du *Strafgesetzbuch* ou StGB (Code pénal). A l'égard des crimes de génocide plus particulièrement, la compétence universelle est consacrée par la jurisprudence. Voir International Law Association, « Final Report on the exercise of Universal jurisdiction in respect of gross human rights offences », rapport préparé par M. Kamminga, 2000.
- **Belgique** : art. 12bis du Chapitre II du Titre préliminaire du Code de Procédure pénale (remplacé par la Loi du 18 juillet 2001 et modifié par la loi du 5 août 2003 (M.B., 7 août 2003) et l'Article 378 de la Loi-programme du 22 décembre 2003 (M.B., 31 décembre 2003)). Voir aussi : art. 6, 3° - 10, 3° - 10ter, al. 1^{er} à 4 et art. 10quater du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.
- **Danemark** : *Strfl.* § 8(1)(5) et Sections 2, 5(2) et 6 du Code pénal militaire (Act. n° 216 d'avril 1973).
- **Espagne** : art. 23.4 de la LOPJ du 1^{er} juillet 1985.
- **Finlande** : section 7 - chapitre 1 du Code pénal (amendé par 650/2003).
- **France** : art. 689-1 du Code de procédure pénale et Cass. fr., 26 mars 1996, *Bull. crim.*, n°132.
- **Grèce** : art. 8h et 8k du Code pénal.
- **Irlande** : section 3 de la loi irlandaise sur les Conventions de Genève, 1962, telle que modifiée par la loi sur les Conventions de Genève de 1998 (amendement) ; section 2 et 3 de la loi irlandaise de 2000 sur la justice pénale (Convention des Nations unies contre la Torture).
- **Italie** : art. 7(5) du Code pénal. Concernant la torture, voir également l'Article 3(1)(c) de la Loi n°498 du 3 novembre 1988 (*Legge 3 novembre 1988, n°498*) et l'Article 10 du Code pénal. *Legge* 9 octobre 1967, n°962.
- **Luxembourg** : art. 10 de la Loi du 9 janvier 1985 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 (*Mém. A N° 2* du 25 janvier 1985, p. 24) ; art. 1 de la Loi du 2 août 1947 sur la répression des crimes de guerre (*Mém. 1947. 755 - Pas. 1947. 500*) ; art. 7-3 du Code d'Instruction Criminelle, en combinaison avec les art. 260-1 à 260-4 du Code pénal et art. 7-4 du Code d'Instruction Criminelle. Voir aussi art. (4) et l'art 5-1 du Code d'Instruction Criminelle et art. 163, 169, 170, 177, 178, 187-1, 192-1, 192-2, 198, 199, 199bis, et 368 à 382 du Code pénal. Voir également art. 6 de la Loi du 8 août 1985 portant répression du génocide.

- **Pays-Bas** : sections 2(1)(a) et (c) et 2(3) de la Loi sur les crimes internationaux, adoptée le 19 juin 2003 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2003.
 - **Portugal** : art. 5 § 2 du Code pénal. Voir aussi art. 5 para. 1 (b) et art. 239 para. 1 du Code pénal.
 - **Suède** : chapitre 2, section 3 (6) et chapitre 22, section 6 du Code pénal. Voir aussi chapitre 2, section 3 (7) du Code pénal combiné avec la loi (1964/169) sur la répression du génocide.
 - **FIDH**, « **Note de la FIDH sur la compétence universelle : « Une approche par étapes de l'exercice de la compétence universelle (pénale) dans les pays d'Europe de l'Ouest** », juin 2009 www.fidh.org
 - **FIDH-REDRESS**, « **Encourager une approche européenne en matière de responsabilité face au génocide, aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre et à la torture** », avril 2007 www.fidh.org
-

CHAPITRE III

Responsabilité pénale extraterritoriale des entreprises multinationales pour violation des droits de l'Homme devant les juridictions américaines et canadiennes

A. Devant les juridictions américaines

B. Devant les juridictions canadiennes

* * *

A. Devant les juridictions américaines

1. Reconnaissance du principe de responsabilité pénale des personnes morales et sanctions appliquées

Afin d'établir la responsabilité d'une société pour les actes criminels commis par des personnes physiques, les juridictions américaines se basent sur trois théories⁴⁶⁸ :

- **The theory of agency** : Cette théorie permet de tenir une société responsable des infractions commises par ses employés (*vicarious liability* ou responsabilité du fait d'autrui). Il faut prouver que l'employé a agi dans le cadre de ses fonctions, pour le bénéfice de l'entreprise (au moins en partie), et que l'intention (*mens rea*) et l'acte matériel (*actus reus*) de l'infraction commise par l'employé sont imputables à l'entreprise.
- **The theory of identification** : Celle-ci permet d'incriminer une entreprise pour les infractions commises par ses dirigeants ou ses cadres. Il y a identité entre la personne morale et les personnes qui ne sont pas tenues par un lien de subordination hiérarchique au sein de l'entreprise. La conscience et la volonté de commettre l'acte répréhensible, nécessaire à la mise en jeu de la responsabilité pénale de l'entreprise, sont celles de la personne physique, considérée comme « *the directing mind and will* » de l'entreprise. Le comportement du dirigeant de l'entreprise est assimilé à celui de la personne morale. Cette fiction juridique conduit à une responsabilité directe de l'entreprise pour les actes commis par ses cadres et dirigeants, une responsabilité du fait personnel, à la différence de la *theory of agency*.
- **The theory of accomplice liability** : Il s'agit de la théorie de la complicité qui

⁴⁶⁸ E. Engel, « Extraterritorial criminal liability: a remedy for human rights violations? », *Saint John's Legal Commentary*, spring 2006, p. 2.

permet de condamner une société qui s'est rendue complice d'actes illégaux commis par des personnes extérieures. La complicité doit comporter un élément intentionnel⁴⁶⁹, « the shared criminal intent ». Aux Etats-Unis, le complice doit **avoir la volonté** que l'infraction soit commise **et assister** l'auteur principal de l'infraction dans la commission de l'acte. Certains ont interprété ces dispositions d'une manière telle que l'auteur principal de l'infraction et son complice devraient avoir les mêmes motivations à la commission du crime⁴⁷⁰. Or, dans le cadre de la complicité des sociétés transnationales, la théorie du « shared intent » rend les choses difficiles parce qu'en général, ces sociétés n'encouragent précisément pas les violations des droits de l'Homme pour les mêmes raisons que les auteurs de ces crimes. En effet, elles sont souvent uniquement motivées par l'appât du gain. En d'autres termes, on peut avancer que les sociétés transnationales et auteurs des crimes agissent simplement par intérêt commun. Cependant la Commission internationale des juristes considère que, dans cette interprétation, réside une confusion entre la motivation et l'intention de l'auteur principal et du complice⁴⁷¹.

Les Etats-Unis étant une nation confédérale, le système pénal américain a pour base légale non seulement la Constitution, ses six amendements et les lois pénales fédérales mais aussi le droit pénal positif de chaque Etat. Le rôle du ministère public, ainsi que les sanctions seront donc différentes selon que l'on soit face à une loi fédérale ou fédérée⁴⁷².

Les Etats-Unis ont toutefois adopté des lignes directrices qui déterminent de manière générale quelles sanctions peuvent être infligées à des personnes morales. En effet, les *Federal Sentencing Guidelines*, élaborées en 1991, ont permis d'harmoniser les peines encourues par les personnes morales dans les différents Etats américains. Ces lignes directrices contiennent un certain nombre de sanctions qui ont été élaborées en tenant compte de la gravité du crime, de la culpabilité de l'entreprise ainsi que du gain financier obtenu par celle-ci suite à l'infraction.

En plus de ces lignes directrices, chaque loi est accompagnée de ses propres sanctions et peines :

- **L'amende**, sanction administrative, est calculée par le juge en deux étapes. Tout d'abord, il calcule l'amende de base en se référant au montant indiqué dans le tableau des infractions et en y ajoutant les gains financiers et les pertes générées

⁴⁶⁹ L'élément intentionnel est appelé, aux Etats-Unis « state of mind » : l'intention de commettre un crime ou d'y participer.

⁴⁷⁰ A. Ramasastry, R. C. Thompson, « Commerce, Crime and Conflict, legal remedies for private sector breaches of international law, a survey of sixteen countries », *FAFO*, 2006, p. 18-19.

⁴⁷¹ International Commission of Jurists, *Corporate complicity & legal accountability – Report of the International Commission of Jurists expert legal panel on corporate complicity in international crimes*, vol. 2, 2008.

⁴⁷² J. Jacobs, « L'évolution du droit pénal américain », *Revue électronique du département d'Etat*, volume 6, n° 1, 1^{er} juillet 2001, p.6.

par l'infraction. Cette amende est ensuite augmentée ou réduite en fonction du seuil de culpabilité de l'entreprise.⁴⁷³

- La **probation**, qui est une sanction pénale, permet de mettre la société sous surveillance pendant une période de 5 ans maximum. Cette surveillance peut être accompagnée d'une régie et elle est effectuée par le gouvernement. L'entreprise peut également être tenue de remettre à son officier de probation ou au tribunal des rapports d'activités périodiques. En plus de la probation, certaines lois telles que le RICO (voir *infra*) prévoient une peine d'emprisonnement de 20 ans au maximum pour l'individu reconnu coupable de crime organisé.⁴⁷⁴
- La **forfeiture** est l'équivalent de la confiscation. Cette sanction civile est entre autre envisagée par le RICO. Celui-ci prévoit que l'entreprise doit abandonner au gouvernement américain tous les biens qu'elle a obtenus grâce à un acte illégal ainsi que tous les intérêts financiers qu'elle en a tiré.
- Un **dédommagement** est également prévu pour les victimes de l'infraction et peut être considéré comme une sanction civile à la charge des sociétés. Il existe également des « punitive damages ». En effet, contrairement aux pays civilistes, les pays du Common Law permettent le paiement d'une somme d'argent **en guise de peine**. Il s'agit d'une réparation à connotation punitive visant à punir la conduite répréhensible et à dissuader sa réitération. Cette sanction n'est pas à confondre avec l'amende⁴⁷⁵.

2. Compétence des juridictions pénales américaines pour des faits commis à l'étranger

a) La compétence territoriale

Pour l'application de la compétence territoriale, les Etats-Unis obéissent à la doctrine des « effets ». La plupart des législations extra-territoriales américaines ne sont applicables que si le comportement étranger incriminé peut avoir « un **effet direct, substantiel et prévisible sur son territoire national** »⁴⁷⁶ (*effects test*), ou **si le comportement incriminé ayant directement causé le dommage à l'étranger a eu lieu sur le territoire des Etats-Unis** (*conduct test*). La portée extra-territoriale de ces lois est dans ce cas limitée par un lien de rattachement avec le territoire des Etats-Unis.

⁴⁷³ M. Wagner, « Corporate Criminal Liability : National and International responses. », *Commonwealth Law Bulletin*, 1999, pp. 8-9.

⁴⁷⁴ Titre 18 U.S.C. A§ 1964 (a).

⁴⁷⁵ M. Wagner, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁷⁶ O. De Schutter, « Les affaires TOTAL et UNOCAL: complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *AFDI*, LII, 2006, p. 35. Cette doctrine a été utilisée pour la première fois en 1945 par la Cour d'appel pour le 2^e circuit dans l'affaire *United State v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*. C'est le cas notamment du RICO que nous analyserons plus loin.

b) La compétence personnelle

Les Etats-Unis appliquent les principes de la **personnalité active** et de la **personnalité passive**.⁴⁷⁷ La plupart des législations pénales américaines utilisent comme lien de rattachement la **personnalité active**, ce qui veut dire qu'elles ne s'appliquent que si l'auteur de l'infraction est de nationalité américaine. Il n'y a que certaines lois spécifiques telles que l'*U.S war crimes statute* qui utilisent le critère de la **personnalité passive** et s'appliquent donc également lorsque l'infraction est commise par un étranger et que la victime est américaine⁴⁷⁸.

La responsabilité pénale extraterritoriale des entreprises est une question qui n'est pas totalement résolue outre-atlantique. En effet, les différents auteurs de doctrine, ainsi que les juridictions américaines ne sont pas toujours d'accord sur la légitimité ou non d'une telle théorie et sur ses critères d'application. De plus, le système du Common law se basant principalement sur la doctrine et les précédents jurisprudentiels pour créer le droit et non sur des législations écrites⁴⁷⁹, il est difficile de s'entendre sur des critères d'application clairs et précis. Certains défendent la thèse selon laquelle les sociétés doivent être tenues pour responsables des infractions pénales qu'elles commettent à l'étranger, se basant sur un principe de Common Law appelé : *ultra vires* (au-delà des pouvoirs reconnus par la loi ou les statuts de l'entreprise).

Aujourd'hui ce principe signifie que, l'entreprise tenant ses pouvoirs et ses privilèges (personnalité juridique, doctrine de la responsabilité limitée) de l'Etat, elle doit non seulement respecter les lois de l'Etat, mais également les obligations de droit international que l'Etat s'est engagé lui-même à respecter.

Il existe également différentes lois américaines, telles que le *RICO* ou l'*Anti-bribery Law*, qui organisent la responsabilité pénale des entreprises multinationales, mais celles-ci ne s'appliquent cependant qu'à l'occasion de certaines infractions.

c) La compétence universelle

La Constitution limite les Etats fédérés dans l'exercice de leur compétence fédérale⁴⁸⁰. Les Etats fédérés ne peuvent étendre leur compétence au-delà des crimes commis sur leurs territoires⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ Idem, p. 36.

⁴⁷⁸ A. Ramasastry, R. C. Thompson, « Commerce, Crime and Conflict, legal remedies for private sector breaches of international law, a survey of sixteen countries », *FAFO*, 2006, p. 16.

⁴⁷⁹ Il existe seulement quelques lois pénales qui règlent dans des matières spécifiques la question de la responsabilité pénale extra-territoriale des sociétés transnationales mais il n'y a pas de règle générale écrite. Ces lois seront analysées infra.

⁴⁸⁰ A. Cassese et M. Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, Paris, 2002, p. 458.

⁴⁸¹ Voir: XIV^e amendement (clause de sauvegarde des libertés individuelles en 1868).

Le gouvernement fédéral peut lui, adopter des lois pénales à effet extra-territorial⁴⁸². Celles-ci ne contiennent cependant que de faibles extensions du droit américain et ne consistent donc pas réellement en une compétence universelle.

Les conventions protectrices des droits de l'Homme

On retient ici :

- la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur le 20 novembre 1994 ;
- la Convention contre le génocide du 9 décembre 1948 ;
- les Conventions de Genève de 1949 et les protocoles afférents.

Les Etats-Unis sont parties à la Convention contre la torture et autres peines et traitements inhumains ou dégradants et l'ont incorporée au droit national. Ainsi le *Torture Statute*⁴⁸³, comporte une compétence quasi-universelle à la condition que l'auteur présumé soit citoyen américain, ou que l'auteur présumé se trouve sur le territoire des Etats-Unis indépendamment de la nationalité de la victime ou de l'auteur présumé.

Les Etats-Unis sont également parties à la Convention contre le génocide. La loi fédérale affirme dès lors que les juridictions américaines ont une compétence universelle pour juger du crime de génocide ; cependant elle fixe des conditions⁴⁸⁴, notamment la **nationalité américaine** de l'auteur présumé ou sa **présence sur le territoire**.

Il est vrai qu'aucun instrument juridique international ne stipule d'obligation pour les Etats d'exercer leur compétence juridictionnelle en cas de crime de génocide et de crime contre l'humanité, si les faits ne présentent aucun lien de rattachement avec leur territoire. Cependant, ces crimes étant considérés comme faisant partie du *ius cogens*, il existe une obligation coutumière pour les Etats d'y mettre fin⁴⁸⁵.

Les Etats-Unis ont également incorporé un élément des Conventions de Genève: la répression du crime de guerre à travers le *War Crimes Statute*⁴⁸⁶. Les juridictions américaines sont compétentes pour connaître du crime de guerre si l'auteur ou la victime est un membre des forces armées des Etats-Unis ou un citoyen américain. Outre le crime de guerre, les dispositions des Conventions de Genève n'ont pas été incorporées au système juridique américain tout comme la répression du crime contre l'humanité⁴⁸⁷.

⁴⁸² A. Cassese et M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 458.

⁴⁸³ Voir: 18 USC 2340A.

⁴⁸⁴ Voir 18 USC 1091

⁴⁸⁵ O. De Schutter, « Les affaires *TOTAL* et *UNOCAL* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *op. cit.*

⁴⁸⁶ Voir : 18 USC 2441.

⁴⁸⁷ Il existe actuellement un débat aux Etats-Unis sur l'opportunité d'une loi fédérale permettant la répression du crime contre l'humanité.

Il importe de rappeler aussi que les Etats-Unis n'ont pas ratifié le Statut de Rome et donc, la Cour pénale internationale n'a pas compétence pour juger de crimes internationaux commis par des ressortissants américains.

Ainsi lorsque ces conventions internationales sont incorporées dans la législation interne des Etats-Unis, il faut noter qu'elles s'appliquent généralement aux situations où les crimes ont été commis à l'étranger par un auteur américain ou sur une victime américaine. **Un lien de rattachement est par conséquent toujours exigé**⁴⁸⁸.

L'applicabilité de ces lois fédérales contre la torture, contre le crime de guerre, ou contre le génocide aux personnes morales (soit aux entreprises par exemple) est une question non résolue à l'heure actuelle. Malgré tout on pourrait légitimement envisager une telle hypothèse, notamment en ce qui concerne le *Torture Statute* qui, en usant du terme générique « person » laisse une place à l'incrimination des personnes morales et non seulement aux personnes physiques. Si aucune disposition n'exclut expressément l'applicabilité de ces lois aux entreprises, il conviendrait toutefois de se référer aux travaux préparatoires ayant conduit à leur élaboration avant d'entamer toute procédure judiciaire.

Le cas particulier de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) et du Racketeering Influenced and Corrupt Organizations (RICO)

Il existe en outre, aux Etats-Unis, plusieurs lois pénales qui permettent d'incriminer une société pour des violations des droits de l'Homme auxquelles celle-ci participe sur des territoires étrangers. En effet, il existe des lois extraterritoriales américaines contre le blanchiment d'argent, lorsque ce blanchiment permet de ramener aux Etats-Unis de l'argent obtenu illégalement dans un pays étranger. Il existe également une loi contre l'importation d'objets volés ainsi qu'une loi contre l'importation de drogues illicites⁴⁸⁹.

Les lois les plus importantes sont la loi contre la corruption (FCPA) et la loi contre le crime organisé (RICO) :

Anti-bribery Laws (lois anti-corruption)

Au niveau international, les Etats-Unis sont liés par deux conventions : l'*Inter-American Convention Against Corruption* du 29 mars 1996 et la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* du 18 décembre 1998. La première s'inscrit dans le cadre de l'Organisation des Etats Américains (OEA) et la seconde de l'Organisation de coopération économique et de développement économiques (OCDE).

⁴⁸⁸ E. Engel, *op. cit.*, pp. 30 –31.

⁴⁸⁹ *Ibid*, p. 26.

Au niveau national, deux textes traitent de la matière: le FCPA et les recommandations de la *Securities and Exchange Commission* (SEC). **Le FCPA s'applique en cas d'activités illégales pratiquées à l'étranger par des entreprises américaines.** Cette loi incrimine surtout la **corruption** des officiels du gouvernement du pays hôte pour l'obtention d'avantages quelconques. Cependant, les **entreprises américaines ne peuvent être poursuivies pour des pratiques qui ne sont pas incriminées par les lois du pays d'accueil**, ni quand les versements ont été réalisés pour faire une démonstration ou explication du produit, ou quand ils permettent d'exécuter un contrat déjà signé avec un gouvernement étranger.

Celles-ci encourent une amende qui peut s'élever jusqu'à 2.000.000 USD ; les dirigeants, directeurs, actionnaires, employés et agents risquent une amende de 100.000 USD et/ou cinq ans d'emprisonnement.

➔ **Securities and Exchange Commission v. ABB Ltd, 2004**

En 2004, ABB Ltd, une entreprise suisse d'ingénierie du groupe suédois, a fait l'objet d'une enquête de la part de la SEC.

Dans sa plainte, la SEC a établi qu'entre 1998 et 2003, les filiales de ABB aux Etats-Unis et à l'étranger désirant entrer en relation d'affaires avec le Nigeria, l'Angola et le Kazakhstan, ont offert des paiements illicites d'un montant de plus de 1,1 million USD aux fonctionnaires dans ces pays.

Selon la plainte, tous les paiements ont été effectués pour influencer les actes et décisions prises par les fonctionnaires étrangers dans le but d'aider les filiales d'ABB à établir et maintenir des relations commerciales dans ces pays.

La plainte alléguait par ailleurs que les paiements ont été effectués avec la connaissance et l'approbation de certains membres du personnel en charge de la gestion des filiales de ABB, et que au moins 865,726 USD de paiements ont été effectués après que ABB fût enregistrée auprès de la SEC en avril 2001 et dès lors soumise aux obligations de rapportage imposées par la Commission.

Enfin, la plainte a accusé ABB d'avoir mal enregistré ces paiements dans ses livres et registres comptables, et de n'avoir pas mis en place un contrôle interne significatif pour prévenir ou détecter ces paiements illicites.

Selon la Commission, en réalisant ces paiements par l'intermédiaire de ses filiales, ABB a violé les dispositions anti-corruption du FCPA (Section 30A de la *Securities Exchange Act* de 1934).

La Commission a en outre affirmé que, en ayant mal enregistré ces paiements, ABB a violé les dispositions de la FCPA relatives aux livres et registres (article 13 (b) (2) (A) de la *Securities Exchange Act* de 1934).

Enfin, la Commission l'a accusé d'avoir, en omettant de mettre au point ou de maintenir un système efficace de contrôles internes pour prévenir ou détecter ces violations de la FCPA, violé les règles de contrôles comptables internes de la FCPA (article 13 (b) (2) (B) de la loi *Securities Exchange Act* of 1934).

Déterminée à accepter l'offre de règlement de ABB, la Commission a tenu compte de la pleine coopération que ABB a fourni au personnel de la Commission durant son enquête. La Commission a également considéré le fait que ABB a porté cette question à l'attention du personnel de la Commission et du ministère américain de la Justice.

En 2004, la Commission a condamné ABB Ltd à une amende de 10,5 millions de dollars et une somme additionnelle de 5,9 millions de dollars.

En outre, ABB a dû supporter environ 17 millions de dollars en honoraires d'avocat.

L'extra-territorialité de cette législation a donné lieu à beaucoup de discussions parce que certains considéraient que c'était une atteinte à la souveraineté de l'Etat d'accueil. Cependant, la doctrine et la jurisprudence majoritaire reconnaissent au FCPA un caractère extra-territorial⁴⁹⁰.

► NOTE

Seule la S.E.C. et le Department of Justice peuvent intenter une action en justice ; les particuliers peuvent cependant saisir ces institutions et les informer des infractions dont ils ont connaissance.

Le RICO

Cette loi a été incorporée dans le *U.S.Code* à son titre 18 et permet de combattre le crime organisé. Le Titre 18 U.S.C. A§1962 stipule qu'il est interdit pour toute personne employée ou associée avec une entreprise engagée dans, ou dont les activités peuvent affecter [...] de mener ou participer, de manière directe ou indirecte, à des affaires de ce genre à travers un ensemble d'actes criminels reliés les uns aux autres.

Le RICO définit de manière très large ce que pourrait être une entreprise, en effet, il s'agit d'un « *group of persons associated together for a common purpose of engaging in a course of conduct*⁴⁹¹ ». Une société mère et une filiale peuvent être considérées comme une seule et même entreprise si l'infraction a été commise dans le cadre de leurs rapports⁴⁹².

Cette entreprise doit avoir commis « *a pattern of racketeering activity* », c'est-à-dire un ensemble d'actes criminels liés les uns aux autres. Ces crimes doivent présenter une certaine **continuité**. Les actes criminels qui pourraient permettre une incrimination sur la base du RICO sont ceux cités dans le *Hobbs Act* ainsi que dans le Titre 18 U.S.C. A§1962 (c). En plus de cette liste de crimes, le RICO permet

⁴⁹⁰ Voir *S.E.C. v. Montedison, S.P.A.*, Lit. Release No. 15164, 1996 WL 673757 (D.D.C., 1996). Dans cette affaire, la S.E.C. a poursuivi la société Montedison pour violation du F.C.P.A. dans le cadre de ses activités en Italie. La Cour a déclaré la société responsable.

⁴⁹¹ Titre 18 U.S.C. A§ 1961 (3).

⁴⁹² E. Engel, *op. cit.*, p. 7.

d'**incriminer une entreprise pour des actes considérés comme criminels dans le pays où elle a ses activités**. Par conséquent, une plainte qui se fonderait sur le RICO peut être introduite sur la base de la violation de lois étrangères si ces violations sont associées à la violation de lois américaines⁴⁹³. Néanmoins, le RICO ne s'applique que si la situation incriminée a un **lien direct avec les Etats-Unis** et risque d'avoir un **effet direct sur le commerce américain**⁴⁹⁴ (*conduct/effects test*).

La possibilité d'appliquer le RICO de manière extra-territoriale en l'absence de critères de rattachement est actuellement discutée au sein des tribunaux américains et risque d'évoluer dans les prochaines années.

3. Rôle de la victime et du ministère public dans le déclenchement de la procédure

Le rôle de la victime dans le déclenchement de la procédure

Dans le système pénal américain, **la victime ne peut pas déclencher de poursuites pénales. Seul le ministère public (procureur général) peut déclencher une procédure en toute opportunité**. La victime d'un acte criminel n'est jamais partie à la procédure, mais peut être un témoin. Néanmoins, elle peut toujours engager en marge du procès pénal une action en responsabilité civile sauf si la loi pénale ne la prévoit pas. Le ministère public bénéficie donc d'un certain monopole quant au déclenchement d'une procédure pénale.

Le rôle du ministère public et l'évaluation de l'opportunité des poursuites

Le système pénal américain étant basé sur une procédure accusatoire, **c'est au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé**. Pour ce faire, le procureur général dispose d'une grande marge de manœuvre afin de déterminer s'il est utile et opportun de poursuivre tel ou tel suspect⁴⁹⁵. Ce qui laisse supposer que, très souvent, le procureur général pourrait, pour des motifs davantage politique et économique que strictement juridique, refuser d'engager des poursuites pénales à l'encontre d'entreprises multinationales pour des violations de droits de l'Homme commises à l'étranger.

⁴⁹³ Voir *Orion Tire Corp. v. Goodyear Tire & Rubber Co.* 268 F. 3d 1133, 1137 (9th Cir. 2001) : cet arrêt a ouvert la voie à la possibilité d'utiliser des lois étrangères dans le cadre du RICO.

⁴⁹⁴ E. Engel, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁴⁹⁵ J. Jacobs, *op. cit.*, p. 2.

Un aperçu des...

Obstacles procéduraux et politiques

Les obstacles procéduraux stricto sensu

Le *Department of Justice* devra faire face à plusieurs obstacles procéduraux. La plupart sont ceux que l'on retrouve au cours d'une action en responsabilité civile intentée par les victimes, par exemple le *statute of limitations*, l'*act of state doctrine*⁴⁹⁶ ou l'*international comity doctrine* (pour une description détaillée, voir la partie I de la section III portant sur la mise en cause de la responsabilité civile des entreprises multinationales).

Le coût des actions en justice

La victime n'étant pas partie au procès, il reviendra au *Department of Justice* de couvrir les coûts de l'enquête et des poursuites. Si le défendeur a le choix entre faire appel à ses propres avocats ou demander l'aide juridictionnelle, il apparaît certain qu'une entreprise multinationale préférera la première solution. D'autant qu'il est très probable que les moyens financiers déployés par l'entreprise excèdent ceux investis par le *Department of Justice*, faisant dès lors naître un déséquilibre entre les parties au procès pénal.

► NOTE

En ce qui concerne la reconnaissance des jugements américains à l'étranger ou des jugements étrangers aux Etats-Unis, **en règle générale les juridictions d'un Etat ne reconnaissent pas ou ne font pas exécuter les jugements des juridictions pénales étrangères**. Parmi les exceptions à ce principe, on trouve les accords bilatéraux d'extradition ou ceux facilitant la reconnaissance de certaines condamnations. De telles exceptions n'existent cependant pas concernant les condamnations prononcées contre les entreprises.

B. Devant les juridictions canadiennes

1. Reconnaissance du principe de responsabilité pénale des personnes morales et sanctions appliquées

Au Canada, les personnes morales – incluses dans la catégorie « organisation » – sont passibles d'être poursuivies pour la majorité des infractions pénales prévues par le Code criminel. En effet, l'article 2 du Code criminel précise que les expressions « *quiconque* », « *individu* », « *personne* » et « *propriétaire* » utilisées dans le code visent notamment « *Sa Majesté et les organisations* ». De même, le mot « *personne* »

⁴⁹⁶ *United States v. Giffen*, 326 F. Supp. 2d 497 ; 2004 U.S. Dist. LEXIS 12273.

utilisé dans la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre vise entre autres les personnes morales puisque son article 2 stipule : « *Sauf indication contraire, les termes de la présente loi s'entendent au sens du Code criminel* ». Le Canada permet donc aux personnes morales d'être poursuivies pour génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et manquement à la responsabilité de la part d'un chef militaire ou d'un autre supérieur.

Le Code criminel canadien opère une distinction entre les infractions de négligence (art. 22.1) et les infractions pour lesquelles il faut établir une certaine connaissance ou intention (art. 22.2). Ainsi, en vertu de l'article 22.1 du Code criminel « S'agissant d'une infraction dont la poursuite exige la preuve de l'élément moral de **négligence**, toute organisation est considérée comme y ayant participé lorsque : a) d'une part, l'un de ses agents a, dans le cadre de ses attributions, eu une conduite – par action ou omission – qui, prise individuellement ou collectivement avec celle d'autres de ses agents agissant également dans le cadre de leurs attributions, vaut participation à sa perpétration ; b) d'autre part, le cadre supérieur dont relève le domaine d'activités de l'organisation qui a donné lieu à l'infraction, ou les cadres supérieurs, collectivement, se sont écartés de façon marquée de la norme de diligence qu'il aurait été raisonnable d'adopter, dans les circonstances, pour empêcher la participation à l'infraction ».

Autrement dit, en ce qui concerne l'élément matériel, une organisation est responsable de l'acte négligent ou de l'omission négligente d'un de ses agents. Toutefois l'infraction peut être le résultat de la conduite collective de plusieurs agents de l'organisation. En ce qui concerne l'élément moral, le cadre supérieur responsable ou les cadres supérieurs, collectivement, doivent s'écarter de façon marquée de la norme de diligence attendue dans les circonstances afin de prévenir la négligence.

En outre, en vertu de l'article 22.2 du Code criminel : « S'agissant d'une infraction dont la poursuite **exige la preuve d'un élément moral autre que la négligence**, toute organisation est considérée comme y ayant participé lorsque, avec l'intention, même partielle, de lui en faire tirer parti, l'un de ses cadres supérieurs, selon le cas : a) participe à l'infraction dans le cadre de ses attributions ; b) étant dans l'état d'esprit requis par la définition de l'infraction, fait en sorte, dans le cadre de ses attributions, qu'un agent de l'organisation accomplisse le fait – action ou omission – constituant l'élément matériel de l'infraction ; c) sachant qu'un tel agent participe à l'infraction, ou est sur le point d'y participer, omet de prendre les mesures voulues pour l'en empêcher ».

L'article 22.2 du Code criminel, prévoit donc trois façons dont une personne morale peut commettre une infraction exigeant la connaissance d'un fait ou une intention spécifique. Dans tous les cas, l'accent sera mis sur un cadre supérieur qui doit avoir eu l'intention de faire tirer parti l'organisation de la perpétration de son acte. Le Code criminel canadien prévoit des amendes lorsque les organisations sont jugées coupables d'une infraction au droit des affaires. Le Code ne fixe aucune

limite à l'amende à infliger à une organisation. Ce montant est laissé à la discrétion du tribunal et varie selon un certain nombre de facteurs⁴⁹⁷.

Des ordonnances de probation pour les entreprises sont également prévues par le Code criminel⁴⁹⁸. Les conditions que le tribunal peut imposer à une organisation comprennent :

- Prévoir le dédommagement des victimes de l'infraction afin de bien souligner que les pertes subies par celles-ci sont au premier rang des préoccupations du juge qui détermine la peine ;
- Exiger de l'organisation qu'elle informe le public de l'infraction, de la peine infligée et des mesures correctrices qu'elle a prises ;
- Appliquer des politiques et procédures en vue de réduire la possibilité de commettre d'autres infractions ;
- De les communiquer à ses employés ;
- De désigner un cadre supérieur chargé d'en surveiller l'application ;
- De faire un rapport sur l'application des différentes sanctions.

2. Compétence des juridictions pénales canadiennes pour des faits commis à l'étranger

a) La compétence territoriale

Le principe de territorialité est privilégié en droit canadien. L'article 6(2) du Code pénal canadien⁴⁹⁹ dispose que « sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 730 ».

Il faut noter que lorsqu'il existe un lien de fait entre le Canada et l'infraction reprochée, si l'activité se déroule dans une large mesure à l'extérieur du Canada mais qu'**une partie importante de l'infraction en question a été perpétrée au Canada, il est alors possible d'établir un « lien réel et substantiel »⁵⁰⁰ avec le Canada**, de sorte que celui-ci est compétent pour engager les poursuites. Toutefois, pour conclure à l'existence d'un tel lien, le tribunal doit examiner les faits qui se sont produits au Canada – au siège de l'entreprise, par exemple, dans le cas d'une entreprise canadienne présente à l'extérieur du Canada. De plus il lui faut déterminer, quand opportun, si l'exercice de sa compétence extraterritoriale par le Canada risque d'être mal accueilli par la communauté internationale.

⁴⁹⁷ Ces différents facteurs sont prévus à l'article 718.21 du Code criminel canadien et sont essentiellement les avantages tirés par l'organisation du fait de la perpétration de l'infraction, le degré de complexité des préparatifs reliés à l'infraction, la collaboration de l'organisation au cours de l'enquête, les frais supportés par l'administration, l'effet qu'aurait la peine sur la viabilité de l'entreprise.

⁴⁹⁸ Art. 718.21 du Code criminel canadien.

⁴⁹⁹ Code criminel, art. 6(2) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié).

⁵⁰⁰ Voir e.g., R. v. Libman, [1985] 2 S.C.R. 178 (S.C.C.).

b) La compétence personnelle

Les principes de **personnalité active** (le juge canadien est compétent pour tous les nationaux s'étant rendus coupables d'une infraction, peu importe le lieu où celle-ci s'est produite) et de **personnalité passive** (les tribunaux canadiens sont compétents dans les cas où ses nationaux ont été victimes d'une infraction, peu importe le lieu où celle-ci s'est produite) **ne sont que rarement employés**. Ils le sont toutefois pour les cas les plus graves de crimes internationaux tels que :

- Les crimes terroristes prohibés par les conventions internationales⁵⁰¹ ;
- Les crimes de guerre et crimes contre l'humanité⁵⁰² et le crime de trahison⁵⁰³.

c) La compétence universelle

Le Canada use du principe de compétence universelle d'une manière mesurée. Selon l'article 7(3.71) du Code pénal canadien⁵⁰⁴, toute personne qui commet un acte ou une omission à l'étranger constitutif d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, et d'une violation de la loi au Canada au moment de l'acte ou de l'omission, sera considéré comme ayant commis cet acte ou cet omission au Canada à ce moment si :

1) Soit, à l'époque,

- Il était citoyen canadien ou employé du Canada à titre civil et militaire ;
- Il était citoyen d'un Etat participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel Etat à titre civil ou militaire ;
- La victime était citoyenne canadien ou ressortissante d'un Etat allié du Canada dans un conflit armé.

2) Soit, au moment de l'acte ou de l'omission, le Canada pouvait, conformément au droit international, exercer sa compétence à l'égard de cette personne sur la base de la présence de celle-ci sur le territoire du Canada, et si postérieurement à l'acte ou à l'omission, la personne est présente sur le territoire.

Les conditions à remplir doivent consister en l'un des deux crimes précités et être une violation du droit canadien, et en plus à l'une des deux catégories de personnes visées.

⁵⁰¹ Code criminel, art. 7 (3) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié) et la convention internationale pour la répression des attentats terroristes, ouverte à la signature à New York le 12 janvier 1998.

⁵⁰² Code criminel, art. 7 (3.71) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié) ; *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, S.C. 2000, c. 24 ; la Convention de Genève de 1949 et les protocoles additionnels du 8 juin 1977, ratifiés le 5 mai 1965 et le 20 novembre 1990 par le Canada.

⁵⁰³ Code criminel, art. 46 (3) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié).

⁵⁰⁴ Code criminel, art. 7 (3.71) (L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié).

Le Canada a pleinement incorporé les trois crimes du Statut de Rome de la Cour pénale internationale fondés sur le droit international coutumier et conventionnel – génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre – dans sa législation nationale en adoptant la Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre⁵⁰⁵.

L’applicabilité de cette loi aux entreprises est discutée, notamment du fait de l’inadéquation des définitions de ces crimes en droit international aux faits commis par les entreprises.

Selon la législation canadienne, la complicité dans la commission d’un génocide, d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité, constitue par elle-même un crime. Ainsi, les articles 4, 1.1. et 6, 1.1. de la Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre stipulent qu’« *est coupable d’un acte criminel quiconque complotte ou tente de commettre un génocide, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, est complice après le fait à son égard ou conseille de la commettre* ».

Certains estiment que le *Special Economic Measures Act* (SEMA) aurait le potentiel de sanctionner des entreprises qui commettent des violations des droits de l’homme à l’étranger.

Le SEMA autorise le Cabinet, pour mettre en oeuvre une décision, résolution ou recommandation d’une organisation internationale dont le Canada est membre, à prendre des mesures économiques contre un autre Etat si une organisation internationale lui en fait la demande.

Toutefois, le SEMA a été interprété par le Gouvernement canadien comme n’autorisant l’adoption de telles mesures uniquement sur demande d’un organisme international.

Enfin, selon l’article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés : « Tout inculpé à le droit [...] de ne pas être déclaré coupable en raison d’une action ou d’une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d’après le droit interne du Canada ou le droit international et n’avait pas de caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations. »

Le champ d’application de ce droit n’a pas été délimité dans la pratique, mais il pourrait permettre de poursuivre une entreprise au Canada pour violation du droit international.

3. Rôle de la victime et du ministère public dans le déclenchement de la procédure

Si la victime peut déclencher l’action publique, elle ne peut le faire qu’avec l’approbation du juge. En effet, l’article 9, 3° du *Code de procédure pénale* stipule : « Peuvent être poursuivants : 1° le Procureur général ; 1.1° le directeur des pour-

⁵⁰⁵ *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, S.C., 2000, c. 24, articles 4 et 6.

suites criminelles et pénales; 2° le poursuivant désigné en vertu d'une autre loi que le présent code, dans la mesure prévue par cette loi ; 3° la personne qu'un juge autorise à intenter une poursuite ». Une victime peut donc déclencher la procédure pénale lorsqu'elle a reçu l'autorisation du juge d'intenter des poursuites. Pour ce faire, elle introduit une demande d'autorisation auprès du juge ad hoc. Lorsque le juge a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise, il autorise la poursuite.

Les poursuites sont en général assumées en première instance par le Procureur général ou le directeur des poursuites criminelles et pénales⁵⁰⁶. Cependant, en ce qui concerne les crimes internationaux, le consentement personnel écrit du Procureur général du Canada ou son « sous procureur général » est requis afin d'engager les poursuites⁵⁰⁷. Le GIO (Groupement interministériel des opérations) a élaboré une politique visant à établir des critères afin que les cas faisant l'objet d'une enquête reçoivent la priorité appropriée quant à l'éventuelle poursuite en vertu de la loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Ces critères sont établis en trois catégories :

- **Nature de l'allégation** : crédibilité, gravité du crime (génocide, crime de guerre, crime contre l'humanité), poste militaire ou civil, solidité de la preuve.
- **Nature de l'enquête** : progrès de l'enquête, capacité d'obtenir la collaboration de l'autre pays ou du tribunal international, probabilité de la collaboration effective avec d'autres pays, présence de victimes ou de témoins au Canada ou dans d'autres pays où l'accès est facile, probabilité d'enquête parallèle dans un autre pays ou par un tribunal international, probabilité de faire partie d'une enquête collective au Canada, capacité d'effectuer des recherches de documents pour évaluer la crédibilité de l'allégation, probabilité de poursuites de l'infraction ou de danger pour le public concernant les allégations de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre.
- **Autres facteurs** : probabilité de renvoi nulle, aucune perspective raisonnable de poursuite équitable et véritable dans l'autre pays, mise en accusation par un tribunal international ou demande d'extradition peu probable, facteurs touchant l'intérêt national.

⁵⁰⁶ Code de procédure criminelle canadien, art. 11.

⁵⁰⁷ Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence, S.C. 2000, art.9.

➔ Association canadienne contre l'impunité (ACCI) c. Anvil Mining Limited en RDC

Le 8 novembre 2010, les organisations congolaises ASADHO, ACIDH et leurs partenaires le Centre canadien pour la justice internationale, RAID, Global Witness, (toutes sont membres de l'Association canadienne contre l'impunité, ACCI, coalition d'ONG représentant des proches des victimes congolaises du massacre de Kilwa en octobre 2004), ont déposé un recours collectif contre la société Anvil Mining Limited. Cette dernière est accusée d'avoir fourni un soutien logistique à l'armée congolaise qui a violé, torturé et assassiné le peuple de Kilwa.

Le 28 avril 2011, la Cour supérieure du Québec autorise la poursuite de l'affaire. Dans sa décision, le juge Benoit Emery a rejeté la position d'Anvil Mining selon laquelle les liens avec le Québec seraient insuffisants pour fonder la compétence de la Cour dans cette affaire. Selon le juge, il est impossible de déterminer si les autorités du Congo ou de l'Australie sont plus compétentes pour juger le cas. Il ajoute qu'à ce stade de la procédure, selon l'article 3135 du Code Civil Québécois, si le tribunal refuse le recours collectif, les victimes n'auront aucun autre moyen d'être entendues.

Les avocats d'Anvil ont fait appel de cette décision, et une audience s'est tenue le 3 juin 2011. Le principal débat juridique porte sur l'interprétation de la notion d' « activités » [3148 (2) CcQ]. ACCI soutient que la notion d'activités a été généralement interprétée de manière large dans la jurisprudence québécoise et que cela suffit à démontrer que l'entreprise avait un centre d'opérations au Québec (« establishment »), nécessaire pour fonder la compétence du juge canadien.

Le 25 janvier 2012, la Cour d'appel du Québec a renversé la décision de l'Honorable Judge Benoît Emery de la Cour supérieure du Québec, se déclarant incompétente pour entendre l'affaire. La Cour d'appel a déclaré que les liens avec le Québec étaient insuffisants parce que le bureau de l'entreprise à Montréal n'avait pas été impliqués dans les décisions menant à son implication présumée dans le massacre. La Cour a également jugé que les victimes auraient pu demander justice en RDC ou en Australie.

Les plaignants feront appel de la décision devant la Cour suprême du Canada.

Un aperçu des...

Obstacles procéduraux et politiques

Accessibilité de la justice aux étrangers

Le droit canadien n'opère pas de distinction entre les citoyens canadiens et étrangers dans l'accès à la justice.

Political Question et Act of State Doctrine

La Cour suprême du Canada a affirmé que toute question est justiciable⁵⁰⁸.

Le Parlement a néanmoins accordé une immunité générale aux Etats étrangers et à leurs gouvernements devant les cours canadiennes ; cette immunité ne s'étend cependant pas aux procédures concernant les activités commerciales de l'Etat étranger.

Forum non conveniens

La Cour Suprême a insisté sur le caractère exceptionnel de l'exercice du principe du *forum non conveniens*, estimant que l'existence d'une juridiction plus appropriée ne devrait pas conduire une juridiction suffisamment appropriée à se déclarer incompétente.

Aide juridictionnelle juridictionnelle

L'aide juridictionnelle peut être accordée en matière pénale aux citoyens canadiens ainsi qu'aux réfugiés et migrants. Au Québec, elle est presque exclusivement accordée aux citoyens canadiens.

Coût des actions en justice

En règle générale, la partie n'ayant pas obtenu satisfaction prend à sa charge les dépenses réalisées par l'autre partie. Au Québec, les coûts sont déterminés par le «*Tariff and Court Costs*». En Ontario, les coûts sont généralement réparties entre les parties.

⁵⁰⁸ *Operation Dismantle v. The Queen* ; 1985.



© Daniel Lanteigne