

LES AFFAIRES *TOTAL* ET *UNOCAL* : COMPLICITÉ ET EXTRATERRITORIALITÉ DANS L'IMPOSITION AUX ENTREPRISES D'OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME

OLIVIER DE SCHUTTER

Si, derrière le voile des questions juridiques qu'elles soulèvent, il n'y avait pas des hommes et des femmes victimes de quelques-unes des plus graves violations des droits de l'homme qui puissent s'imaginer, on pourrait croire les affaires *Total* et *Unocal* issues de l'imagination d'un enseignant du droit, afin d'amener ses étudiants à réfléchir au défi que pose à la communauté internationale la mondialisation économique, et avec elle l'extension dans l'espace de la responsabilité des États. Dans les procédures qui sont décrites ici, deux entreprises transnationales¹ et certains de leurs dirigeants sont mis en cause pour leur implication dans des graves violations des droits de l'homme – notamment le travail forcé pratiqué à grande échelle – commises par l'armée birmane, en particulier autour du chantier de construction du gazoduc de Yadana entre 1995 et 1998. Le commentaire qui en est donné met l'accent sur les questions de complicité que ces affaires soulèvent, ainsi que, principalement, sur le recours par les États d'origine de ces transnationales à des législations extraterritoriales, afin de contrôler le comportement de ces entreprises dans leurs activités à l'étranger et de garantir aux victimes un droit à réparation. L'on s'interroge habituellement sur la licéité, en droit international, de l'exercice par un État de sa compétence extraterritoriale. Mais au-delà de cette question à présent presque classique – ce qui ne signifie pas que la réponse fasse l'objet de consensus – figure la question de savoir si l'État d'origine de la société transnationale n'est pas tenu, en vertu du droit international des droits de l'homme, d'exercer ce contrôle, et de garantir la possibilité de cette réparation.

(*) Olivier de SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain et au Collège d'Europe (Natolin) ; professeur invité, Columbia University, 2007-2008. Ce texte s'inscrit dans un programme de recherche soutenu par les pôles d'attraction interuniversitaires – État belge – Politique scientifique fédérale – Projet PAI VI/06 (2007-2012).

1. On entend ici par « société (ou entreprise) transnationale » l'acteur économique dont les investissements se répartissent sur plusieurs territoires étatiques, soit directement (par la création d'agences), soit indirectement (par la création de filiales dotées d'une personnalité juridique distincte, mais demeurant sous le contrôle décisif de la société-mère). Comp. Peter MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, London, Blackwell, 1995, p. 12 (« [a multinational enterprise] owns (in whole or in part), controls and manages income generating assets in more than one country »).

I. – LE CONTEXTE

Les faits ont été tant de fois rapportés qu'on hésite à encore les rappeler². Depuis 1962, la Birmanie vit sous une dictature militaire, inaugurée par le coup d'État mené par le Général Ne Win. La montée de la contestation de la société civile conduit, en 1988, à l'instauration de la loi martiale, tandis que le Conseil d'État pour la restauration de la loi et de l'ordre (SLORC)³ prend le contrôle de l'État et que celui-ci est renommé Myanmar. Soucieux de se conférer une légitimité que la communauté internationale lui conteste, et certaine que, compte tenu de son contrôle total de la société birmane et du harcèlement auquel elle a soumis ses opposants, sa formation politique, le National Unity Party (NUP), pourra l'emporter, la junte organise des élections pluralistes en mai 1990. Lorsqu'il apparaît que les partis politiques d'opposition l'ont largement emporté – la National League for Democracy (NLD) de Mme Aung San Suu Kyi en tête, alliée à la League for Democracy and Peace (LDP) – le SLORC tergiverse et refuse de transmettre le pouvoir. Il annonce que, sur la base des résultats des élections de 1990, une convention nationale sera convoquée afin de préparer un projet de constitution. Cette convention nationale est réunie en janvier 1993. Mais sa représentativité est en fait très faible, 15 % seulement des membres de la convention nationale étant désignés en fonction des résultats des élections législatives. Les conditions posées sont telles qu'en 1996, la LND finit par refuser de participer à ses travaux. Il s'ensuit l'ajournement de la convention nationale en mai 1996. Elle ne reprendra ses travaux qu'en 2004. Depuis, elle se réunit épisodiquement, le processus ayant été plusieurs fois suspendu. Comme le constate le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme en Birmanie, les timides ouvertures enregistrées depuis quelques années paraissent guidées davantage par le souci de gagner du temps et de faire taire les critiques du régime, que par une véritable volonté de transformation : tandis qu'à feu très doux, un processus de réconciliation nationale est vaguement entretenu, « la situation reste grave pour ce qui est de l'exercice des droits de l'homme et libertés fondamentales. Les actes d'intimidation et de harcèlement, les arrestations et emprisonnements arbitraires de civils cherchant simplement à exercer pacifiquement leurs droits et libertés civils et politiques se poursuivent. Les membres des partis politiques enregistrés, les défenseurs des droits de l'homme et les militants de la démocratie sont particulièrement visés »⁴.

Parmi les violations des droits de l'homme les plus systématiques figure le recours massif au travail forcé par les personnels de l'armée birmane. Sous la menace, des villageois sont tenus d'effectuer des tâches de « portage » pour l'armée, entraînant leur départ pour plusieurs jours ou plusieurs semaines de leur village. Au cours de ces travaux, les villageois réquisitionnés subissent des

2. Pour une présentation détaillée, voy. L. HENNEBEL, « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis », *CRIDHO Working paper* 2006/09, 32 p., ainsi que les rapports successifs des rapporteurs spéciaux de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (à présent, du Conseil des droits de l'homme), auxquels il sera fait régulièrement référence par la suite (pour le rapport le plus récent du rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme au Myanmar, voy. le doc. ONU A/HRC/4/14, 14 février 2007, présenté à la quatrième session du Conseil des droits de l'homme).

3. L'acronyme « SLORC », largement utilisé, est tiré de la traduction anglaise *State Law and Order Restoration Council*. Depuis 1997, le SLORC s'est rebaptisé « Conseil d'État pour la paix et le développement » (*State Peace and Development Council* – SPDC).

4. Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar, soumis à la Commission des droits de l'homme par M. Paulo Sérgio PINHEIRO, rapporteur spécial, en vertu de la résolution 2005/10, à la 62^e session, E/CN.4/2006/34, 7 février 2006.

tortures ou d'autres mauvais traitements. Les rapporteurs spéciaux successivement désignés, depuis 1992, par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, ont réitéré ce constat à maintes reprises, faisant état de l'obligation de porter de lourdes charges pour l'armée notamment « dans des zones montagneuses où règnent des conditions climatiques très dures » ; de « sévices (coups, coups de couteau et immersion) destinés à punir la désobéissance ou les tentatives d'évasion » ; de violences sexuelles, y compris le viol à grande échelle ; de la pratique consistant à prendre des femmes et des enfants pour le portage lorsqu'il n'y a pas d'hommes disponibles⁵. L'ampleur de ce phénomène est telle que, agissant sur la base d'une plainte déposée par la Confédération internationale des syndicats libres en juin 1996 conformément à l'article 26 de la constitution de l'Organisation internationale du travail, le Conseil d'administration du Bureau international du travail a créé une commission d'enquête afin d'examiner le respect par le Myanmar de la convention (n° 29) sur le travail forcé. Les membres de la commission d'enquête ayant été interdits d'entrée par les autorités birmanes le rapport de la commission se fonde sur des témoignages recueillis dans des pays voisins auprès de réfugiés et d'autres personnes ayant quitté le Myanmar depuis peu⁶. Le constat qui figure dans le rapport du 2 juillet 1998 est accablant. Le rapport fait état, notamment, de « très nombreux éléments de preuve » montrant que « les autorités civiles et militaires pratiquent de façon très généralisée le recours au travail forcé qui est imposé à la population civile dans tout le Myanmar pour le portage, la construction, l'entretien et les services des camps militaires, d'autres travaux à l'appui des forces armées, le travail sur des projets agricoles et forestiers et d'autres projets de production réalisés par les autorités civiles ou militaires, parfois au profit de particuliers, pour la construction et l'entretien de routes, de voies ferrées et de ponts, pour d'autres travaux d'infrastructure et pour toute une série d'autres tâches [...] »⁷.

Certes, la commission d'enquête reste prudente sur la nature des liens entre les partenaires du projet Yadana et le recours au travail forcé. L'article 4, paragraphe 1^{er}, de la convention (n° 29) sur le travail forcé formule une interdiction spécifique d'imposer ou de laisser imposer le travail forcé ou obligatoire au profit de particuliers, de compagnies ou de personnes morales privées. Dans sa plainte, la Confédération internationale des syndicats libres alléguait notamment que « la population vivant au voisinage du tracé du gazoduc [de Yadana] est régulièrement réquisitionnée pour la réalisation du passage de ce gazoduc ainsi que des infrastructures associées », expliquant que « la réalisation du tracé du gazoduc a consisté essentiellement à défricher la jungle à la main. Les travaux d'infrastructure associés incluent la réalisation de casernes dans le voisinage pour loger les bataillons du SLORC affectés à la région pour assurer la sécurité du gazoduc ». La commission relève que ne relève pas de l'interdiction spécifique de l'article 4, § 1^{er} de la convention sur le travail forcé la construction de casernes pour l'armée ou d'une voie ferrée pour une entreprise d'État, y compris si la présence de

5. Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar, soumis à la Commission des droits de l'homme par M. Yozo YOKOTA, rapporteur spécial, en vertu de la résolution 1993/73, à la 50^e session, E/CN.4/1994/57, 16 février 1994, § 49.

6. L'article 28 de la constitution de l'OIT définit comme suit la mission de la commission d'enquête : celle-ci, « après un examen approfondi de la plainte rédigera un rapport dans lequel elle consignera ses constatations sur tous les points de fait permettant de préciser la portée de la contestation, ainsi que les recommandations qu'elle croira devoir formuler quant aux mesures à prendre pour donner satisfaction au gouvernement plaignant et quant aux délais dans lesquels ces mesures devraient être prises ».

7. Rapport de la commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la constitution de l'OIT pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n° 29) sur le travail forcé (1930), 2 juillet 1998, § 528.

l'armée bénéficie à une entreprise privée ou si le chemin de fer a pour clients des entreprises privées – ce qui naturellement n'empêche pas qu'il y ait pu y avoir, pour ces constructions, recours à du travail forcé au sens prohibé par la convention. Pour le surplus, n'ayant pu se rendre au Myanmar, la commission d'enquête « n'a pas pu établir [...] si la compagnie TOTAL, les sociétés travaillant pour TOTAL ou le projet de gazoduc de Yadana sont les bénéficiaires de celles des aires d'atterrissage d'hélicoptères construites dans la région pour lesquelles il y a des indications selon lesquelles elles ont été construites avec du travail forcé » ;⁸ pas davantage n'a-t-elle pu, pour les mêmes motifs, trancher la question de savoir s'il a été recouru au travail forcé en vue de faciliter l'accès au chantier du pipeline du projet de gazoduc de Yadana⁹.

Que les sociétés participant au projet de gazoduc de Yadana aient bénéficié directement des graves atteintes aux droits de l'homme identifiées dans le rapport reste donc non éclairci par la commission d'enquête. Ce qui par contre paraît hors de doute, est le fait que le projet de construction du gazoduc ait accru le nombre d'atteintes aux droits de l'homme dans les régions concernées. Le rapport de la commission d'enquête de l'OIT indique que le recours au travail forcé frappe de manière disproportionnée les minorités ethniques du pays, et les zones rurales les moins développées, à la fois parce que c'est dans ces zones que sont entrepris les travaux d'infrastructure les plus importants et parce que, dans certains cas, des déplacements forcés de populations « ont été utilisés pour constituer une source de main-d'œuvre facilement accessible à côté d'un grand projet d'infrastructures ou du moins qui a profité de la présence de vastes populations déplacées dans les zones de certains projets pour les contraindre à du travail forcé sur ces projets »¹⁰. La commission d'enquête conclut que « l'obligation aux termes de l'article 1, § 1 de la Convention n° 29 sur le travail forcé (1930) de supprimer l'emploi du travail forcé ou obligatoire est violée au Myanmar [...] de façon généralisée et systématique, avec un mépris total de la dignité humaine, de la sécurité, de la santé et des besoins essentiels du peuple du Myanmar »¹¹. Aux yeux des membres de la commission d'enquête, cette situation peut engager la responsabilité internationale du Myanmar comme celle, individuelle, des personnes responsables, pour crimes contre l'humanité :

« L'État qui commande, incite, accepte ou tolère le travail forcé sur son territoire commet un fait illicite et engage sa responsabilité pour la violation d'une norme impérative du droit international¹². Quelle que soit la position en droit national

8. Rapport précité (n. 7) de la commission d'enquête de l'OIT, §§ 505-510.

9. *Ibid.*, § 452 : « Selon les éléments de preuve soumis à la commission sous la forme de témoignages secondaires, il aurait été fait appel à du travail forcé jusqu'au mois de mai 1995 pour des travaux de nettoyage en vue de faciliter l'accès aux équipes du projet d'oléoduc de Yadana dans la circonscription de Yebyu, division de Tanintharyi. Dans une communication adressée à la commission, la compagnie TOTAL a déclaré qu'il était faux de prétendre que ces travaux de nettoyage aient pu être réalisés par des travailleurs forcés dans le but de faciliter l'accès aux équipes du projet. Au cours des années 1993-94, le travail de nettoyage aurait été réalisé sous le contrôle de TOTAL par la Compagnie générale de géophysique (CGG). Étant donné les contradictions relevées entre les faits présentés et puisque la commission s'est vue refuser l'accès au Myanmar pour compléter ses éléments de preuve, aucune conclusion n'a pu être établie sur cette question ».

10. *Ibid.*, § 293.

11. *Ibid.*, § 536.

12. Citant l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice sur le fond de l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgique c. Espagne)*, Rec. 1970, p. 33, la commission d'enquête relève également, au paragraphe 203 de son rapport, que « l'obligation de protéger la personne humaine contre la pratique de l'esclavage [a été qualifiée] d'obligation *erga omnes* [la Cour] jugeant que, vu l'importance de ce droit, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce qu'il soit protégé ».

en ce qui concerne l'imposition de travail forcé ou obligatoire et la punition de ceux qui en sont responsables, toute personne qui viole l'interdiction du recours au travail forcé aux termes de la convention commet un crime international qui constitue également, s'il est commis à grande échelle ou de manière systématique, un crime contre l'humanité »¹³.

La réaction des autorités birmanes aux conclusions de la commission d'enquête a été d'ordre symbolique¹⁴. La réaction de la Conférence internationale du travail fut, à sa 87^e session (juin 1999), d'adopter une résolution sur le recours généralisé au travail forcé au Myanmar ayant pour effet de suspendre toute forme de coopération technique ou d'assistance avec le Myanmar ainsi que de ne plus inviter ce pays aux réunions, séminaires ou colloques de l'OIT, sauf s'agissant de la coopération ou de réunions ayant pour but d'assurer l'application immédiate et entière des recommandations de l'Organisation. À sa session suivante, en juin 2000, la Conférence internationale du travail a adopté, au titre de l'article 33 de la constitution¹⁵, une résolution relative à l'exécution des recommandations de la commission d'enquête. La résolution contient notamment la recommandation suivante, adressée à l'ensemble des mandants de l'Organisation, gouvernements, employeurs et travailleurs

« [...] d'examiner, à la lumière des conclusions de la commission d'enquête, les relations qu'ils peuvent entretenir avec l'État Membre concerné et de prendre les mesures appropriées afin que ces relations ne puissent être mises à profit par ledit Membre pour perpétuer ou développer le système de travail forcé ou obligatoire visé par la commission d'enquête et afin de contribuer dans toute la mesure possible à la mise en œuvre de ses recommandations ; [et] de faire rapport au Conseil d'administration de manière et à intervalles appropriés ».

C'est dans le contexte qui vient d'être rappelé qu'il faut replacer les affaires *Total* et *Unocal*. Lorsque, le 9 juillet 1992, la société française Total prend la décision d'investir en Birmanie, elle ne peut ignorer la situation politique du pays : le SLORC a refusé de reconnaître le résultat des élections, les militants de la NLD sont harcelés et souvent contraints à l'exil, son leader charismatique, Mme Aung San Suu Kyi, prix Nobel de la Paix en 1991, assignée à résidence. Elle ne peut davantage ignorer l'impact que le projet dans lequel elle se lance aura sur les droits des populations locales. Afin d'exploiter le gisement gazier de Yadana situé en mer d'Andaman¹⁶, à quelque 60 km de la côte birmane, et d'acheminer le gaz vers la Thaïlande en vue de son exploitation, il faut construire un pipeline sur une portion de 63 km du territoire birman. Or ce pipeline traverse une région – le

13. Rapport de la commission d'enquête de l'OIT, § 538. La justification de cette qualification figure au § 204 du rapport. Cette qualification paraît parfaitement justifiée. Aux termes de l'article 7 du statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, peuvent constituer des crimes contre l'humanité des actes de réduction en esclavage, déportation ou transfert forcé de population, emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international, torture ou viol, commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque.

14. Le gouvernement du Myanmar a pris une ordonnance (ordonnance 1/99 de mai 1999) suspendant temporairement la possibilité de réquisitionner de la main-d'œuvre conférée par les lois sur les villages et sur les villes.

15. Cette disposition prévoit que « Si un Membre quelconque ne se conforme pas dans le délai prescrit aux recommandations éventuellement contenues soit dans le rapport de la Commission d'enquête, soit dans la décision de la Cour internationale de justice, selon le cas, le Conseil d'administration pourra recommander à la Conférence [internationale du travail] telle mesure qui lui paraîtra opportune pour assurer l'exécution de ces recommandations ».

16. Le gisement est estimé avoir un potentiel de production de 150 milliards de m³, pour une durée d'exploitation de 30 ans, période sur laquelle porte le contrat de partage de production.

Tenasserim – où se situent notamment des villages de pêcheurs de l'ethnie Mon, ainsi que des villages de Karen, soit deux ethnies minoritaires dont certains membres conduisent une guérilla contre le régime de Rangoon, et qui sont la cible habituelle des violations des droits de l'homme par les forces armées birmanes. La construction du gazoduc exige le déplacement de plusieurs villages dans la zone du chantier¹⁷. La sécurisation du projet appelle un renforcement de la présence de l'armée dans la région, avec toutes les atteintes aux droits de l'homme, notamment le travail forcé sous forme de portage, y afférentes. En outre, parmi les partenaires du projet d'exploitation du gisement de Yadana, figure une entreprise d'État, dont les revenus bénéficient directement à la junte militaire au pouvoir. Le projet est en effet exploité à travers la constitution de deux *joint ventures*, vouée l'une à la production du gaz (son extraction), l'autre à l'acheminement du gaz par la construction et l'entretien d'un gazoduc. Total Myanmar Exploration and Production, la filiale constituée par Total pour le projet, est le partenaire le plus important de ces deux projets, dont elle détient 31,24 % des parts. Mais ces projets comprennent également Unocal Myanmar Offshore Company et Unocal International Pipeline Corporation, deux filiales de la société Unocal (28,26 %) ¹⁸, créées respectivement afin de contribuer au volet production et au volet acheminement du projet. Y figurent également la société thaïlandaise de pétrole PTT-EP (25,5 %) et l'entreprise d'État birmane MOGE (Myanmar Oil and Gas Enterprise) (15 %) ¹⁹. Le montant total de l'investissement est estimé à 1,2 milliards de dollars U.S., ce qui, au regard du total des investissements directs étrangers en Birmanie au cours des dernières années, représente un montant très considérable. Le contrat d'exploitation prévoit que les ressources en hydrocarbures ainsi que les installations permettant l'exploitation sont la propriété de l'État, les investisseurs percevant une rémunération sous forme d'une part des hydrocarbures produits. Bien que le montant des revenus générés pour la junte militaire par le projet ne soit pas publiquement révélé, les partenaires étrangers à des accords conclus avec des entreprises d'État dans les secteurs du gaz et du pétrole se voyant interdire de divulguer ces montants ²⁰, les

17. Dans son plus récent rapport au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, le rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme au Myanmar, M. Paulo Sérgio PINHEIRO, évoque « une politique arbitraire et généralisée de confiscation des terres “visant” plusieurs objectifs : déplacer les populations civiles réputées bienveillantes à l'égard de l'opposition armée, consolider la présence militaire dans les zones de conflit en déployant de nouveaux bataillons de l'armée ou en renforçant ceux qui existent, préparer le terrain à des projets de développement de l'infrastructure [...], faciliter l'exploitation des ressources naturelles, notamment l'extraction gazière en mer [...] » (doc. ONU A/HRC/4/14, 14 février 2007, § 61). Le partenaire électrique thaïlandais du projet, l'Electric Generating Authority of Thailand (E.G.A.T.), se vante dans une publicité parue le 17 avril 1995 dans le Bangkok Post de ce que « [l]a Birmanie a récemment dégagé la voie en déplaçant 11 villages Karens qui faisaient obstruction au passage du projet de développement de ressources en gaz ». Voy. aussi EarthRights International, *Another Yadana : The Shwe Natural Gas Pipeline Project*, 27 août 2004 : « L'armée birmane est soupçonnée d'avoir forcé des dizaines de milliers de villageois – d'aucuns systématiquement – à participer à la construction du pipeline Yadana-Yetagun, entre 1996 et 1998. Ces chiffres ne tiennent pas compte des quelque 36000 personnes que les autorités ont déplacées de force, sans indemnisation, pour libérer le couloir nécessaire à la construction du pipeline. Ils ne tiennent pas compte non plus des victimes d'autres abus : viols, torture, et exécutions sommaires ».

18. Initialement, la *Unocal Myanmar Offshore Company* est une filiale à 100 % de la société *Unocal International Corp.*, enregistrée au Delaware. En 1999, sa propriété passe à une société établie aux Bermudes, la *Unocal Global Ventures, Ltd.*

19. Le partenariat initial liait Total à la MOGE en vue de « l'appréciation, du développement et de la production » du gaz sur le champ de Yadana. Ce n'est que par la suite qu'Unocal a été associée au projet, en acquérant 47,5 % des parts début 1993, part ensuite réduite à 28,26 % lors de l'arrivée de la PTT-EP dans le consortium.

20. Voy. OCDE, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises, documents de travail sur l'investissement international, n° 2002/1, *Les entreprises multinationales dans des situations de conflits violents et de violations généralisées des droits de l'homme*, Paris, 2002, p. 16.

estimations les plus autorisées évoquent un minimum de 200 millions de dollars U.S. par an²¹.

Après que la réalisation du projet eut commencé en 1995, pour s'achever en juin 1998 en vue du démarrage de la production puis de son exploitation commerciale à partir de 2000, trois procédures judiciaires ont été entamées contre les sociétés occidentales impliquées, Total et Unocal, ou leurs dirigeants, devant les juridictions américaines, belges et françaises. Bien que la base juridique des actions entreprises diffère dans chacun des cas, il s'agissait chaque fois pour les plaignants, victimes d'atteintes aux droits de l'homme présentant un lien plus ou moins direct avec le chantier, d'alléguer la responsabilité soit des sociétés Total ou Unocal, soit de leurs dirigeants, en raison de leur complicité supposée avec ces violations, dont les auteurs directs sont les officiers birmans et leurs supérieurs. Cette étude décrit brièvement les procédures judiciaires (II). Elle se penche ensuite sur la question de la complicité, qui figure au centre des affaires *Total* et *Unocal*, mais aussi des débats actuels sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme (III). Elle approfondit, enfin, la question du recours à des législations extraterritoriales afin de contribuer au respect des droits de l'homme par des sociétés transnationales, dans les investissements qu'elles font à l'étranger (IV).

II. – LES PROCÉDURES²²

A. États-Unis

La procédure portée devant les juridictions américaines a démarré par l'introduction de deux actions, respectivement en septembre et octobre 1996, par la Fédération des syndicats de Birmanie, la coalition nationale du gouvernement de l'Union birmane, ainsi que quatre villageois birmans (pour la première action), et par dix-huit autres villageois birmans (pour la seconde action). Bien que les actions invoquent également le *California Business and Professions Code* et le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), elles se fondent principalement sur le *Alien Tort Claims Act* (ATCA). Cette appellation désigne une disposition introduite initialement à la Section 9 du *First Judiciary Act* de 1789, adopté par le premier Congrès fédéral, et qui définit les compétences des juridictions fédérales. La disposition en cause accorde aux juridictions fédérales la compétence de recevoir des actions en responsabilité civile introduites par tout étranger qui prétend avoir subi un dommage ayant sa source dans une violation du droit international en vigueur à l'égard des États-Unis (« *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* »)²³.

21. Ce montant est cité par le *Courrier économique et financier, Asie-Pacifique*, n° 12, 9 janvier 1995. D'autres estimations existent, qui citent généralement des montants plus élevés, mais qui se situent toujours entre 150 et 400 millions de dollars U.S. Voy. Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH), *La Birmanie, Total et les droits de l'Homme : dissection d'un chantier*, rapport de situation, octobre 1996, 48 pages, ici p. 8. Sur les difficultés à obtenir des informations précises, voy. Confédération internationale des syndicats libres (CISL), *Traiter avec la Birmanie*, janvier 2005, spéc. chap. 4, pp. 16-23.

22. Voy. également pour une description de ces procédures, outre l'étude précitée de L. HENNEBEL (ci-dessus, n. 2), Benoît FRYDMAN, « L'affaire Total et ses enjeux », in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 301-322.

23. Actuellement codifiée sous 28 U.S.C. § 1350.

Bien que certaines controverses subsistent quant aux motifs ayant présidé à l'adoption de cette clause, il semble que l'intention du Congrès était surtout de garantir aux étrangers ayant des rapports, notamment diplomatiques et commerciaux, avec les États-Unis, qu'ils ne risqueraient pas de subir un déni de justice s'ils devaient dépendre de la protection des États de l'Union²⁴. Ce texte n'a fait l'objet que d'utilisations marginales jusqu'en 1980, lorsqu'à la suggestion de Peter Weiss, un avocat du *Centre for Constitutional Rights*, une cour d'appel fédérale a accepté dans l'affaire *Filartiga v. Peña-Irala* de prendre appui sur l'ATCA pour affirmer sa compétence à connaître d'une action introduite par des personnes de nationalité paraguayenne, proches d'une personne torturée et tuée au Paraguay, dès lors que, l'agent ayant pratiqué ces tortures se trouvant aux États-Unis, la cour pouvait exercer sa *personal jurisdiction* sur le défendeur²⁵. La revitalisation de l'ATCA s'est largement confirmée depuis²⁶. Elle a trouvé, en outre, une manière de confirmation législative, lorsque le Congrès adopte en 1991 le *Torture Victim Prevention Act* (TVPA)²⁷, lequel vise à étendre la portée de l'ATCA en prévoyant que toute personne ayant subi des tortures ou victime d'exécution extra-judiciaire – y compris, par conséquent, les citoyens des États-Unis, alors que l'ATCA ne protège que les étrangers – pourra rechercher réparation devant les juridictions fédérales américaines. À partir du milieu des années 1990, ce ne sont plus seulement des personnes physiques responsables de graves violations des droits de l'homme qui ont été attaquées sur la base de l'ATCA, mais également des entreprises, en raison de leur rôle présumé dans des atteintes au droit international ayant causé dommage à des étrangers, et cela, indépendamment du lieu de survenance du dommage²⁸. Lorsqu'en 2004, la Cour

24. C'est l'explication qu'en donne le juge Edwards, dans son opinion concordante à l'arrêt *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 233 U.S. App. D.C. 384, 726 F.2d 774, 782-83 (D.C. Cir. 1984) (où se trouvait alléguée une responsabilité de la Libye dans une attaque armée contre un bus de civils en Israël). La doctrine n'est pas unanime sur cette question, cependant : comp. Joseph Modeste SWEENEY, « A Tort Only in Violation of the Law of Nations », *Hastings International and Comparative L. Rev.* 445 (1995) (pour qui l'ATCA ne visait dans l'esprit de ses rédacteurs que la seule possibilité d'engager la responsabilité des équipages de navires abordant d'autres navires soupçonnés de collaboration avec une puissance ennemie) ; et Anne-Marie BURLEY, « The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789: A Badge of Honor », *AJIL*, vol. 83, n° 3 (juillet 1989), pp. 461-493.

25. *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980). Sur cet arrêt, voy. par exemple le symposium organisé par le *Houston Journal of International Law*, vol. 4, p. 1 (1981) ; ou « Federal Jurisdiction, Human Rights and the Law of Nations: Essays on *Filartiga v. Peña-Irala* », *Georgia J. of International and Comparative Law*, vol. 11, p. 305 (1981).

26. Voy. par exemple, outre l'affaire *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, mentionnée ci-avant, les affaires suivantes : *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11th Cir. 1996) (alléguant la torture de prisonniers en Éthiopie) ; *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995) (alléguant des actes de torture, des viols, et d'autres abus commis par le leader des Serbes de Bosnie) ; In re *Estate of Ferdinand Marcos*, 25 F.3d 1467 (9th Cir. 1994) (alléguant des tortures et autres atteintes aux droits de l'homme par l'ex-président des Philippines) ; *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995) (alléguant des atteintes aux droits de l'homme commises par les forces armées du Guatemala).

27. 28 U.S.C. § 1350.

28. Outre l'affaire *Unocal* examinée ici, voy. notamment *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000) (rôle de la *Royal Dutch Petroleum Co.* et de *Shell Transport and Trading Co. plc*, enregistrées respectivement aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, pour leur rôle dans les graves violations des droits de l'homme commises par les autorités du Nigeria dans le cadre de la répression des opposants à la présence de ces sociétés pétrolières dans le delta du Niger) ; *Aguinda v. Texaco*, 142 F. Supp. 2d 534 (SDNY 2001) (la *US District Court for the Southern District of New York* se déclare incompétente, sur la base de l'exception de *forum non conveniens*, pour connaître d'une action introduite par des citoyens péruviens et équatoriens contre la société pétrolière Texaco pour les dommages environnementaux dont ils sont victimes), confirmée par la *Court of Appeals* du 2nd circuit : *Aguinda v. Texaco*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002) ; *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233 (2d Cir. 2003) (action en responsabilité pour dommages environnementaux au Pérou) ; *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117 (EDNY 2000) (survivants de l'holocauste agissant en responsabilité, sur la base de l'ATCA, contre la banque Paribas, pour son rôle dans l'holocauste : l'affaire a débouché sur un règlement amiable) ; ... / ...

suprême des États-Unis est amenée, pour la première fois, à se prononcer sur l'interprétation de cette clause relative à l'étendue de la compétence des juridictions fédérales, la pratique s'est à ce point développée qu'il ne paraît pas pensable de la remettre en cause entièrement : elle confirme donc la jurisprudence *Filartiga v. Peña-Irala*, tout en donnant une définition particulièrement étroite de la notion de « violation du droit international ou d'un traité en vigueur à l'égard des États-Unis », de manière telle que l'ATCA, aujourd'hui, ne concerne plus que les violations les plus graves du droit international des droits de l'homme, qui font l'objet d'une réprobation universelle²⁹.

Il n'est pas nécessaire de pénétrer le détail des procédures portées devant les juridictions fédérales américaines dans l'affaire *Unocal* pour en faire apercevoir la portée. À un stade relativement précoce de la procédure entamée en 1996, ces juridictions se sont déclarées incompétentes à l'égard de la MOGE laquelle, en tant qu'entreprise d'un État étranger, pouvait revendiquer l'immunité de juridiction sur la base du *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), sans que soit applicable l'exception prévue pour les activités de nature commerciale³⁰. Elles ont

In Re : South African Apartheid Litigation, 346 F. Supp. 2d 538 (SDNY 2004) (action en responsabilité fondée sur l'ATCA en vue d'obtenir réparation des sociétés ayant bénéficié de l'apartheid en Afrique du Sud). Pour une comparaison systématique, voy. Halina WARD, « Securing Transnational Corporate Accountability Through National Courts : Implications and Policy Options », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24 (2001), p. 451 ; ainsi que Paul E. HAGAN et Anthony L. MICHAELS, « The Alien Tort Statute : A Primer on Liability for Multinational Corporations », in *Comm. on Continuing Legal Education, ALI-ABA, Course of Study : International Environmental Law*, 2005, p. 121.

29. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739 (2004). La Cour rejette l'idée, avancée par l'attorney general au nom du gouvernement fédéral, que l'ATCA ne contiendrait qu'une clause de simple procédure, exigeant pour pouvoir fonder la compétence du juge fédéral qu'intervienne une législation fédérale complémentaire définissant la nature des violations pouvant donner lieu à une action sur cette base. Elle rejette également une lecture de l'ATCA, fondée sur une approche fidèle à l'intention originelle des auteurs du *Judiciary Act* de 1789, qui n'autoriserait l'introduction d'une action en responsabilité sur cette base que pour exiger réparation des violations du droit international telles qu'elles se trouvaient comprises à l'époque de l'adoption de ce texte. Cependant, la Cour estime que seules peuvent prendre appui sur l'ATCA les actions civiles alléguant une violation des règles de droit international aussi universellement reconnues que les paradigmes que pouvait avoir à l'esprit le Congrès fédéral en 1789 – soit la violation des saufs-conduits, les atteintes aux droits et privilèges des ambassadeurs, et les actes de piraterie. Le passage essentiel de l'arrêt est le suivant : « *We assume [...] that no development in the two centuries from the enactment of §1350 to the birth of the modern line of cases beginning with Filartiga... has categorically precluded federal courts from recognising a claim under the law of nations as an element of common law [...]* Still, there are good reasons for a restrained conception of the discretion a federal court should exercise in considering a new cause of action of this kind. Accordingly we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilised world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognised » (542 U.S. 692, 725).

30. Selon les termes de cette exception, « *states are not immune from jurisdiction of foreign courts insofar as their commercial activities are concerned [...]* » (28 U.S.C. § 1602). Cependant, le FSIA définit l'activité commerciale comme « *either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose* » (28 U.S.C. § 1603(d)). Dans une affaire concernant l'arrestation arbitraire et les tortures infligées à un citoyen des États-Unis employé dans un hôpital en Arabie Séoudite, la Cour suprême a déduit de cette définition que « *a state engages in commercial activity under the restrictive theory where it exercises only those powers that can also be exercised by private citizens, as distinct from those powers peculiar to sovereigns* » (*Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349, 360 (1993)). Dès lors, pas plus que le Conseil d'État pour la restauration de la loi et de l'ordre (SLORC) lui-même, l'entreprise d'État MOGE, qui en constitue un simple instrument, ne saurait se voir refuser l'immunité de juridiction à travers l'exception prévue s'agissant des actes de nature commerciale : « *Because plaintiffs essentially allege that SLORC and MOGE abused their police power, the foreign sovereign defendants' acts that form the basis of plaintiffs' claims are "peculiarly sovereign in nature" and do not come within the commercial activity exception to the FSIA* » (*Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (1997) (décision du 25 mars 1997)). Pour un autre exemple, voy. *Abrams v. Société Nationale des chemins de fer français*, 175 F Supp 2d 423 (EDNY 2001).../...

également refusé de se déclarer compétentes s'agissant de la S.A. Total, cette fois pour le motif que le degré de présence de cette société en Californie, par l'intermédiaire des filiales qui y exercent des activités, ne suffit pas à la placer sous la *personal jurisdiction* des juridictions américaines, au sens requis par le droit californien³¹. En revanche, s'agissant de la société Unocal elle-même, la Cour d'appel fédérale du 9^e circuit a rendu, le 18 septembre 2002, une décision spectaculaire, annulant partiellement les décisions rendues par la Cour de district du Central District of California, lesquelles avaient accueilli favorablement les arguments de Unocal tendant à obtenir un *summary judgment* en sa faveur³². Bien que cette décision n'ait d'autre portée que procédurale – elle exclut le *summary judgment*, et renvoie l'affaire pour jugement au fond à la cour de district – elle prend appui sur un examen scrupuleux des faits présentés par les demandeurs – faits qu'elle examine sous le jour le plus favorable à leur thèse, ainsi qu'elle devait le faire³³ – pour en déduire l'existence d'indices suffisants d'après lesquels le comportement de Unocal pourrait engager sa responsabilité sous l'ATCA pour complicité avec des faits de meurtre et de viol (« *genuine issues of material fact whether Unocal's conduct met the actus reus and mens rea requirements for liability under the ATCA for aiding and abetting murder and rape* »). Ce constat a suffi à convaincre Unocal de chercher un règlement amiable du litige avec les représentants des victimes. Un accord a été trouvé début 2005. Bien que les termes du règlement n'aient pas été officiellement révélés, le montant de 30 millions de dollars U.S. a été mentionné. Ce montant doit couvrir à la fois le versement de dommages aux victimes et la création d'un fonds destiné à améliorer les conditions de vie, notamment en matière de santé et d'éducation, autour du gazoduc³⁴.

B. Belgique

La procédure conduite devant les juridictions belges a démarré le 25 avril 2002. Quatre citoyens birmans ayant le statut de réfugié au sens de la convention

(décision de la US District Court for the Eastern District of New York, concluant à l'immunité de juridiction de la SNCF alors que l'action était introduite par des survivants de l'holocauste contre l'entreprise pour son rôle dans la déportation des Juifs de France). Il y a cependant lieu de relever que, dans l'affaire *Unocal*, sur appel de la décision rendue le 25 mars 1997 par la cour de district du Central District of California, la Cour d'appel pour le 9^e circuit a rendu un arrêt le 18 septembre 2002, sur lequel l'on revient ci-dessous, proposant une interprétation nettement moins extensive de la jurisprudence *Nelson*, tout en aboutissant à la même conclusion que la juridiction inférieure.

31. *Doe v. Unocal*, 27 F Supp 2d 1174 (CD Cal 1998) (aff'd 248 F 3d 915 (2001)). Le droit californien est désigné compétent par les règles régissant la procédure civile devant les juridictions fédérales : les juridictions fédérales sont autorisées à se déclarer compétentes à l'égard d'un défendeur « *who could be subjected to the jurisdiction of a court of general jurisdiction in the state in which the district court is located* » (Fed. R. Civ. P. 4(k)(1)(a)), sous la réserve de l'interdiction du déni de justice découlant du cinquième amendement à la constitution fédérale.

32. *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002). Les décisions entreprises avaient été rendues successivement par le juge Paez (*Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997) ; *National Coalition Government of the Union of Burma v. Unocal, Inc.*, 176 F.R.D. 329 (C.D. Cal. 1997)) et par le juge Lew (*Doe I v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000)), qui ont présidé successivement la Cour de district du Central District of California.

33. S'agissant de déterminer si le défendeur peut bénéficier d'un *summary judgment* en sa faveur, c'est-à-dire en réalité échapper à un procès compte tenu de la faiblesse des éléments apportés par la partie plaignante, le juge doit considérer les éléments qui lui sont présentés sous l'angle le plus favorable aux plaignants.

34. Paul MAGNUSSON, *A Milestone for Human Rights*, Business Week Online, 24 janvier 2005, http://www.businessweek.com/magazine/content/05_04/b3917113_mz017.htm. Pour une excellente critique de ce règlement amiable ainsi que de celui sur lequel a débouché la procédure entamée devant les juridictions françaises, voy. Benjamin FISHMAN, « Binding Corporations to Human Rights Norms through Public Law Settlement », *New York University L. Rev.*, vol. 81, p. 1433 (2006).

de Genève du 28 juillet 1951 déposent entre les mains du juge d'instruction auprès du Tribunal de première instance de Bruxelles une plainte avec constitution de partie civile contre X, la société Total S.A. ainsi que deux de ses dirigeants³⁵, pour crimes contre l'humanité et complicité des crimes contre l'humanité commis en Birmanie (Myanmar) et plus particulièrement aux alentours du gazoduc de Yadana exploité par la société Total. La plainte se fonde sur la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves au droit international humanitaire³⁶, telle qu'amendée par la loi du 10 février 1999³⁷. Dans la mesure où elle vise également la société anonyme Total, qui est poursuivie du chef de complicité de crimes contre l'humanité conformément à l'article 4 de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression grave du droit international humanitaire – les plaignants reprochent à la S.A. Total une participation aux crimes susvisés –, elle invoque également l'article 5 de la loi belge du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : cette loi tend à assimiler dans toute la mesure du possible la personne morale à la personne physique en la soumettant au respect de l'ensemble du code pénal belge et des lois pénales complémentaires, y compris la loi du 16 juin 1993.

À l'époque où la plainte est introduite, la loi de 1993 prévoit que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues (crimes de guerre constituant des infractions graves aux conventions de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, auxquels la loi de 1999 a ajouté le crime de génocide, tel que défini par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, et le crime contre l'humanité, dont la définition a été reprise du statut de la Cour pénale internationale) « indépendamment du lieu où elles ont été commises »³⁸. Cette loi, dite de compétence universelle, donne donc compétence aux tribunaux belges pour poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité commis même à l'étranger et ce quelle que soit la nationalité et la résidence des auteurs et des victimes³⁹. Elle instaure donc une compétence universelle « pure », sans lien de rattachement avec la Belgique autre que celui, découlant de l'exigence formulée à l'article 12 du code de procédure pénale⁴⁰, de la présence de l'inculpé sur le territoire belge pour la poursuite des infractions qui lui sont reprochées. Même cette dernière exigence – faisant obstacle, selon une certaine partie de la doctrine, à l'exercice de poursuites *in absentia* sur la base de la loi de compétence universelle – sera écartée lorsqu'en 2003, dans le cadre des poursuites entamées contre MM. Sharon et Yaron pour leur responsabilité alléguée dans les massacres de Sabra et Chatila en 1982, la Cour de cassation de Belgique considère que cette exigence ne concerne que les infractions contenues dans le chapitre II du code de procédure pénale (« De l'exercice de l'action publique à raison des crimes ou des délits commis hors du territoire du Royaume »), et ne constitue donc pas une règle de droit commun applicable à toute infraction quelconque⁴¹.

35. Sont visés MM. Thierry Desmarest (premier responsable du projet Yadana/Birmanie en tant que directeur de Total Exploration Production de juillet 1989 jusqu'à sa nomination en tant que président directeur général du groupe Total en juillet 1995, poste qu'il occupera jusqu'à 2007) et Hervé Madéo (directeur de Total Myanmar Exploration Production pour la période de 1992 à 1999).

36. *Moniteur belge*, 5 août 1993.

37. *Moniteur belge*, 23 mars 1999.

38. Article 7 de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves au droit international humanitaire, précitée.

39. Voy. J. VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », cet *Annuaire*, 1999, p. 69.

40. Loi du 18 avril 1879 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale.

41. Cass. b. (2^e ch.), 12 février 2003, *Hijazi Samila et crts c. Sharon et Yaron*, *Journal des tribunaux*, 2003, p. 243, et la note de P. D'ARGENT, « Monsieur Sharon et ses juges belges », pp. 247-252.

Les plaignants dans l'affaire *Total* ont été victimes de violations des droits de l'homme ou de diverses formes de torture entre les mains des soldats de l'armée birmane sur le territoire du Myanmar. Afin de justifier la qualification de crimes contre l'humanité, la plainte présente les traitements qui leur ont été infligés comme s'inscrivant dans le cadre d'une attaque systématique, généralisée et planifiée contre la population civile mise en œuvre par la junte militaire du Myanmar, se traduisant par diverses formes de répression comprenant les massacres d'opposants, les arrestations arbitraires, la torture, le déplacement forcé de population et le recours massif au travail forcé. En tant que la plainte vise également la S.A. Total ainsi que deux dirigeants de cette société nommément identifiés, elle met en avant le soutien moral, financier, logistique et militaire local apporté par la société Total et ses dirigeants aux bataillons militaires chargés d'assurer la sécurité du gazoduc de Yadana dans la région du Tenasserim. Comme dans le cadre de l'action portée devant les juridictions fédérales des États-Unis, la plainte contient plusieurs éléments tendant à démontrer que la S.A. Total et ses dirigeants ne pouvaient ignorer que les bataillons déployés dans cette région se rendaient coupables de violations des droits de l'homme systématiques et généralisées⁴².

L'instruction n'aura cependant guère l'occasion de progresser. À la suite de la multiplication de plaintes introduites sur la base de la loi de compétence universelle, y compris contre des chefs d'État en exercice, diverses pressions de milieux diplomatiques et économiques conduisent la Belgique⁴³ à modifier la loi du 16 juin 1993⁴⁴. Elle est d'abord amendée par loi du 23 avril 2003⁴⁵. L'objet de cette première réforme législative est important mais limité : il s'agit essentiellement de mettre la Belgique en conformité avec ses obligations internationales,

42. En 1995, un consultant recruté par Unocal écrit ainsi dans un rapport remis à la société : « *My conclusion is that egregious human rights violations have occurred, and are occurring now, in southern Burma. The most common are forced relocation without compensation of families from land near/along the pipeline route ; forced labor to work on infrastructure projects supporting the pipeline (the SLORC calls this government service in lieu of payment of taxes) ; and imprisonment and/or execution by the army of those opposing such actions. Unocal, by seeming to have accepted SLORC's version of events, appears at best naive and at worst a willing partner in the situation* ». Au cours de 1995 et 1996, les dirigeants de Unocal ont eu plusieurs contacts avec des organisations non gouvernementales, dont Greenpeace et Amnesty International, lesquels ont alerté la société sur les risques liés à la sécurisation du chantier du gazoduc par l'armée. Dans une lettre qu'il écrit le 1^{er} février 1996 à Unocal, un cadre de Total (alors TotalFinaElf), Hervé Chagnoux concède : « *About forced labour used by the troops assigned to provide security on our pipeline project, let us admit between Unocal and Total that we might be in a grey zone* ». Ces éléments et beaucoup d'autres sont détaillés par le juge Lew dans la décision qu'il rend dans l'affaire *Unocal* pour la Cour de district du Central District of California (*Doe I v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000)). L'on relèvera l'importance qu'a jouée dans cette procédure, où la plupart des éléments de preuve concernant l'information dont bénéficiait *Unocal* et la prise de décision en son sein se trouvait entre les mains de cette société, défenderesse dans la cause, de la procédure de *discovery*. Celle-ci permet, dans le droit de la procédure civile appliqué par les juridictions américaines, d'exiger de chacune des parties qu'elle livre ces éléments afin de servir le débat contradictoire. C'est là un des éléments qui explique la préférence des victimes pour des actions civiles devant les juridictions américaines – un autre avantage résidant dans le mécanisme de la *class action* –, alors que la voie pénale a été privilégiée en Europe : là où la procédure de *discovery* n'est pas disponible, il est plus aisé pour les victimes de solliciter des autorités judiciaires, par le dépôt d'une plainte pénale, qu'elles se chargent du recueil des preuves. Pour une comparaison plus systématique, voy. Beth STEPHENS, « Translating *Filartiga* : A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies For International Human Rights Violations », *Yale Journal of International Law*, vol. 27 (2002), p. 1.

43. Voy. ci-dessus, note 41.

44. Pour une description plus détaillée de cette évolution, voy. Ph. GAUTHIER, « Le législateur belge et la compétence universelle », in *La compétence universelle, Annales de droit de Louvain* (vol. 64, 2004, n° 1-2) et *Revue de droit de l'ULB* (vol. 30, 2004-2), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 151-190.

45. *Moniteur belge*, 7 mai 2003. Voy. P. D'ARGENT et J. D'ASPROMONT LYNDEN, « La loi de compétence universelle – revue mais pas corrigée », *Journal des tribunaux*, 2003, p. 480.

telles que celles-ci ont été clarifiées par l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 14 février 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*⁴⁶. Puis, le 5 août 2003, le législateur belge abroge la loi du 16 juin 1993 et lui substitue une nouvelle loi relative aux violations graves du droit international humanitaire⁴⁷. Cette nouvelle loi redistribue les règles contenues dans la loi de 1993 au sein du code pénal (articles 136 bis à 136 octies) et dans l'article 21 modifié du code de procédure pénale. Les incriminations sont inchangées par rapport à la loi de 1993. La nouvelle loi ne modifie pas davantage les diverses formes de participation prévues initialement, l'exclusion de causes de justification, ou le régime de l'imprescriptibilité. Par contre, la loi du 5 août 2003 introduit des critères de rattachement au respect desquels est subordonnée la recevabilité des poursuites : pourront dorénavant être poursuivis pour violations graves du droit humanitaire tout Belge ou toute personne ayant sa résidence principale en Belgique (principe de nationalité active, élargi à la résidence)⁴⁸ ; toute personne, indépendamment de sa nationalité, dès lors que le crime est commis « contre une personne qui au moment des faits, est un ressortissant belge ou une personne qui, depuis au moins trois ans, séjourne effectivement, habituellement et légalement en Belgique » (principe de nationalité passive, élargi à la résidence), mais uniquement à la requête du procureur fédéral qui, dans certaines hypothèses, peut décider du classement sans suite⁴⁹ ; enfin, là également à la requête du procureur fédéral, les juridictions belges sont encore compétentes « pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une règle de droit international conventionnelle ou coutumière liant la Belgique, lorsque cette règle lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice des poursuites » (principe de compétence universelle)⁵⁰. Dans toutes ces situations, il n'est pas nécessaire, pour que les poursuites puissent être entamées, que l'inculpé soit trouvé en Belgique : la modification apportée sur ce point à l'article 12 du titre préliminaire du code de procédure pénale permet de confirmer la jurisprudence de la Cour de cassation, telle qu'elle s'est affirmée dans l'affaire *Sharon et Yaron*.

En même temps qu'elle subordonne la compétence du juge belge à l'existence de ces critères de rattachement, la loi du 5 août 2003 relative aux infractions graves du droit international humanitaire a introduit un régime transitoire, inscrit à l'article 29, § 3, al. 1^{er}, qui prévoit que toutes les affaires à l'instruction au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle seront transmises par le procureur fédéral au procureur général près la Cour de cassation, afin que la Cour de cassation vérifie leur conformité aux nouveaux critères de compétence. Dès le 24 septembre 2003, ainsi, la plainte visant MM. Sharon et Yaron, mais aussi une autre plainte visant M. Bush, sont déclarées irrecevables, conduisant la Cour de cassation à en dessaisir les juridictions belges. L'article 29, § 3, al. 2 prévoit cependant que ne seront pas transférées par le procureur fédéral au procureur général près la Cour de cassation afin d'en faire vérifier la recevabilité « les affaires ayant fait l'objet d'un acte d'instruction à la date d'entrée en vigueur de la

46. Alors que la loi du 1999 avait introduit dans la loi de compétence universelle de 1993 une disposition prévoyant que « l'immunité attachée à la qualité officielle d'une personne n'empêche pas l'application de la présente loi » (article 5 § 3), la loi du 23 avril 2003 précise que ceci ne vaut que « dans les limites établies par le droit international ». En outre, la loi du 23 avril 2003 élargit sur certains points le champ des infractions visées par la loi de compétence universelle.

47. *Moniteur belge*, 7 août 2003.

48. Article 6, § 1bis du titre préliminaire du code de procédure pénale.

49. Article 10, § 1bis du titre préliminaire du code de procédure pénale.

50. Article 12bis du titre préliminaire du code de procédure pénale.

présente loi, dès lors que, soit au moins un plaignant était de nationalité belge au moment de l'engagement initial de l'action publique, soit au moins un auteur présumé a sa résidence principale en Belgique, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi ». Dans l'affaire *Total*, entre l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 2003 et l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 mars 2007 qui clôt provisoirement la procédure⁵¹, toute la discussion a porté sur la question de savoir s'il était discriminatoire, au regard aussi bien de la convention de Genève relative au statut des réfugiés qu'au regard des règles constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination, de ne pas assimiler un plaignant reconnu réfugié en Belgique à un plaignant de nationalité belge, aux fins de l'application de cette disposition⁵². Une procédure longue et complexe en a résulté, qui a opposé la Cour de cassation à la Cour constitutionnelle (alors encore appelée Cour d'arbitrage), et a donné lieu également à une intervention législative visant à interpréter la loi du 5 août 2003 en un sens conforme à la règle de non-discrimination. Cette procédure a finalement débouché sur l'arrêt précité de la Cour de cassation rendu le 28 mars 2007, qui exclut de revenir sur un arrêt antérieur de la même cour ayant conclu au dessaisissement des juridictions belges, et ayant autorisé de chose jugée. Il n'est pas nécessaire de détailler ici ces péripéties, ni la question de l'interdiction de la discrimination envers les réfugiés dans l'accès aux tribunaux, ni celle de l'autorité des arrêts de la juridiction constitutionnelle belge ou des rapports de cette juridiction avec la Cour de cassation, ne constituant l'objet de cette étude⁵³.

51. Voy. ci-dessous, note 52.

52. L'article 16 de la convention de Genève dit que : « [d]ans 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 ». Les plaignants faisaient valoir que cette règle est violée par une disposition (l'article 29 § 3, al. 2, de la loi du 5 août 2003) qui réserve aux plaignants de nationalité belge un traitement plus favorable qu'à tout autre catégorie de plaignants, sans étendre ce traitement plus favorable aux réfugiés reconnus en Belgique. Les articles 10, 11 et 191 de la constitution belge garantissant l'égalité devant la loi et interdisant toute discrimination y compris au bénéfice des étrangers en Belgique.

53. Les principales étapes peuvent être résumées comme suit. Le 5 mai 2004, la Cour de cassation (2^e ch., section française) rend un arrêt (RG P.04.0482.F) dans lequel elle interroge la Cour d'arbitrage, par renvoi préjudiciel, sur la question de la discrimination alléguée entre le plaignant, réfugié reconnu en Belgique, et le ressortissant belge qui, placé dans une situation identique, n'aurait pas vu les juridictions belges dessaisies de sa plainte. La Cour d'arbitrage répond à cette question par un arrêt n° 68/2005 rendu le 13 avril 2005. Elle conclut à l'existence d'une discrimination. Par son arrêt du 29 juin 2005, la Cour de cassation décide toutefois de dessaisir les juridictions belges de la plainte déposée contre X, la S.A. Total et MM. Desmarest et Madeo. Elle estime que l'article 16 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ne peut avoir pour effet de rendre applicable au plaignant qui est un réfugié reconnu ayant sa résidence habituelle en Belgique le régime mis en place par l'article 29, § 3 de la loi du 5 août 2003 qui réserve au seul plaignant ayant la nationalité belge au moment de l'introduction de l'action publique le bénéfice de ne pas voir sa plainte réexaminée au regard des nouveaux critères de rattachement à la Belgique définis par cette loi. La Cour de cassation estime qu'elle ne peut suppléer à la lacune du législateur et ne peut par conséquent, même par analogie, décider d'appliquer au réfugié le régime transitoire qui s'applique aux plaintes introduites par les Belges. Aucun recours n'était ouvert contre cette décision, le plaignant concerné – M. Aung Maw Zin, réfugié reconnu en Belgique – introduit devant la Cour d'arbitrage une requête sollicitant l'annulation de l'article 29, § 3, alinéa 2, de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire. La Cour d'arbitrage fait droit à ce recours dans son arrêt n° 104/2006 rendu le 21 juin 2006. Muni de cet arrêt annulant la disposition discriminatoire de la loi du 5 août 2003, M. Aung Maw Zin sollicite dès lors la rétractation de l'arrêt rendu le 29 juin 2005 par la Cour de cassation de Belgique, conformément à une procédure prévue par la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage qui prévoit pareille possibilité s'agissant des décisions rendues par les juridictions répressives et passées en force de chose jugée qui ont été prononcées sur la base d'une disposition ensuite annulée par la Cour d'arbitrage. L'arrêt rendu le 28 mars 2007 par la Cour de cassation rejette cette demande en rétraction, en estimant que les conditions de la rétractation – conçue au bénéfice de la personne condamnée ou des personnes assimilées, mais non de la partie civile à une procédure pénale – ne sont pas réunies. Depuis le prononcé de cet arrêt, l'instruction a cependant été relancée, à la suite de l'exercice par le ministre de la défense, exerçant les compétences de la ministre de la justice en raison d'une incompatibilité, de son droit d'injonction positive.

C. France

Le 16 août 2002, quelques semaines donc après le dépôt de plainte avec constitution de partie civile auprès du juge belge, une plainte est déposée en France, auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de Nanterre, par deux ressortissants birmans⁵⁴. Ceux-ci affirment avoir été soumis à du travail forcé sur le chantier de construction du gazoduc : ils auraient été contraints de travailler sous les ordres des bataillons de l'armée, lesquels, selon les témoignages déposés dans le cadre de la procédure, auraient agi en étroite concertation avec la filiale locale de Total. Ainsi, Total aurait indiqué les lieux devant être sécurisés en vue des déplacements de son personnel d'un hélicoptère à l'autre ; et parmi les travaux imposés aux victimes, auraient figuré des travaux d'infrastructure directement liés au déploiement du gazoduc, y compris la construction d'hélicoptères⁵⁵. La plainte dénonce des faits d'enlèvement et de séquestration, à l'encontre de MM. Desmarest et Madeo, ainsi que contre X, c'est-à-dire les personnes, non identifiées dans la plainte, qui auraient joué un rôle dans les violations dénoncées, en particulier des responsables opérationnels de la S.A. Total dans le projet concerné au moment des faits. L'article 224-1 du code pénal punit de vingt ans de réclusion criminelle « le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne ». Les plaignants estiment que le travail forcé auquel ils ont été soumis tombe sous cette qualification. Ils affirment en outre la compétence des juridictions françaises sur la base des articles 113-2 et 113-6 du code pénal. L'article 113-2 étend l'application de la loi pénale française aux « infractions commises sur le territoire de la République », en ce y compris « dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Il constitue une simple mise en œuvre du principe classique de la territorialité du droit pénal. L'article 113-6 dit que la loi pénale française « est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Cette disposition justifie l'application extra-territoriale de la loi pénale française sur la base du principe de la personnalité active aux crimes commis par les Français à l'étranger, tout en subordonnant pareille extraterritorialité au principe de la double incrimination lorsque sont en cause des délits.

Ouverte le 9 octobre 2002, l'instruction de la plainte s'est poursuivie jusqu'à une ordonnance de non-lieu prononcée le 22 juin 2006. Dans l'intervalle, la discussion juridique a porté principalement sur la question de savoir si les faits dénoncés, tels que décrits dans les témoignages des plaignants, peuvent être qualifiés de « séquestration » au sens de l'article 224-1 du code pénal, compte tenu de l'absence d'une incrimination spécifique du crime de travail forcé en droit français et de l'interdiction de l'interprétation par analogie du droit pénal, qui découle du principe de légalité. Alors que, dans un premier temps – par un arrêt du 11 janvier 2005 –, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles avait refusé de clore l'instruction ainsi que le demandait le procureur de la République, ce dernier estimant que les faits dénoncés ne pouvaient recevoir une

54. Ceux-ci seront rejoints, par la suite, par six autres plaignants également de nationalité birmane, qui se constitueront parties civiles.

55. La description de la procédure française est fondée sur l'étude précitée (note 2) de L. HENNEBEL, « L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis », ainsi que sur la contribution précitée (note 22) de B. FRYMAN, « L'affaire Total et ses enjeux », qui fournissent de plus amples détails.

quelconque qualification pénale⁵⁶, l'ordonnance de non-lieu du 22 juin 2006 refuse d'assimiler purement et simplement le travail forcé à une forme de séquestration⁵⁷. Elle ajoute que les faits ne pourraient être qualifiés de séquestration qu'en présence d'éléments de fait supplémentaires ; or ces éléments, seules les parties civiles auraient pu éventuellement les fournir, mais elles sont à cette date injoignables et ont retiré leur plainte. En effet, le 20 novembre 2005, les parties civiles annoncent avoir conclu une transaction amiable aux termes de laquelle – selon les éléments qui ont été rendus publics⁵⁸ – elles acceptent de retirer leur plainte, moyennant l'engagement de la S.A. Total à verser à chacun de huit Birmans s'étant constitué partie civile la somme de 10000 euros, ainsi qu'à verser une même somme à toute personne qui, habitant d'un des treize villages concernés par le chantier, alléguerait avoir été victime de travail forcé dans des circonstances similaires. Un fonds, doté de 5,2 millions d'euros, est constitué à cet effet ; les montants qui, au terme d'une période de six mois, n'auraient pas été versés à des victimes ayant fait appel au fonds afin d'obtenir compensation pour le préjudice subi en raison du travail auquel elles auraient été soumises, seront reversés à des projets humanitaires dans la région concernée. Un comité de gestion, composé de quatre avocats (deux avocats des parties civiles et deux avocats de la S.A. Total) ainsi que de deux personnalités extérieures, le professeur Mario Bettati et le président d'Emmaüs France, Martin Hirsch, est chargé de contrôler la mise en œuvre de ce règlement. Le communiqué de presse diffusé par Total lors de la conclusion de l'accord est diffusé sous un titre qui n'évoque pas l'indemnisation de plaignants pour travail forcé, mais met l'accent sur les « actions humanitaires » de la société dans la région concernée⁵⁹. Aux termes dudit communiqué, Total

« maintient le démenti catégorique qu'il a toujours opposé aux accusations de cette nature. Le travail obligatoire – sous quelque forme que ce soit – est inacceptable. Le Groupe a toujours combattu le travail obligatoire, malheureusement non encore éradiqué au Myanmar. Aux termes de cet accord et pour des raisons humanitaires, Total accepte d'indemniser les plaignants. Il prolonge ainsi l'engagement de compensation mis en œuvre dans le passé au bénéfice de certains habitants de la région dès que des faits présumés de recours au travail obligatoire survenus à son insu furent portés à sa connaissance ».

Bien qu'en principe sans incidence directe sur la procédure judiciaire, l'instruction pénale ne dépendant pas, formellement, de l'implication des parties civiles et de leur volonté de demander réparation pour les dommages causés par

56. Chambre d'appel de Versailles, ch. de l'instruction, 10e ch.-section A, appel rendu le 11 janvier 2005. Cette décision considère que le procureur de la République a outrepassé ses compétences en requérant directement le règlement. Elle en déduit que le magistrat instructeur ne peut que passer outre, et reste donc saisi.

57. Cette ordonnance n'est pas publiée.

58. À notre connaissance, le texte même de ce règlement n'a pas été rendu public. Mais il a donné lieu à un communiqué de presse et à plusieurs compte-rendus dans les médias : voy. notamm. Pascal CEAUX et Jacques FOLLOROU, « Total va indemniser ses accusateurs », *Le Monde*, 30 novembre 2005, p. 3 ; Martin ARNOLD, « Total pays 5.2m in Burma Case », *Financial Times*, 30 novembre 2005, p. 32 ; ainsi que d'autres sources citées par B. FISHMAN, étude précitée (note 34), p. 1452.

59. Le titre du communiqué de presse est le suivant : *Myanmar : Total et l'association Sherpa concluent un accord prévoyant la création d'un fonds de solidarité pour des actions humanitaires* (29 novembre 2005). Voy. le communiqué de presse sur le site institutionnel du groupe [www.total.com].

l'infraction dénoncée⁶⁰, cette transaction a eu en réalité pour effet de la clore, à défaut pour le magistrat instructeur de pouvoir compter sur la collaboration des parties civiles à la suite de leur désistement.

III. – LA QUESTION DE LA COMPLICITÉ

Derrière ces différentes procédures figure, en position centrale, la question de la complicité. Au sens le plus large, on entend par là l'éventuelle responsabilité de l'entreprise ou de ses dirigeants pour la violation du droit international des droits de l'homme commise par un autre – l'État dans lequel l'entreprise a investi ou avec le gouvernement duquel elle a noué des rapports contractuels, ses partenaires commerciaux, fournisseurs ou sous-traitants, voire même tous ceux auxquels s'étend sa « sphère d'influence ». Cette notion figure parmi les plus controversées dans les discussions actuelles portant sur les responsabilités des entreprises au regard des droits de l'homme, et ce n'est pas un hasard d'ailleurs si, dans le mandat donné au représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, figure la clarification de cette notion⁶¹. Dans les paragraphes qui suivent, l'on propose de situer les différentes conceptions de la complicité qui se côtoient dans les débats dont le Conseil des droits de l'homme, notamment, fournit le cadre (1.) ; puis l'on formule quelques remarques à propos de la coexistence de ces différentes significations (2.).

A. Une typologie des complicités

Pour faire apercevoir les différentes significations que la notion de complicité peut recouvrir, on peut prendre pour point de départ les Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme adoptées en août 2003 par la sous-commission des droits de l'homme des Nations Unies⁶². Afin de clarifier le partage des responsabilités entre l'État, d'une part, et les sociétés transnationales et autres entreprises, d'autre part,

60. De ce point de vue, le communiqué de presse diffusé à la suite de la conclusion du règlement amiable du 29 novembre 2005 est trompeur. Il précise que les parties « sont parvenu[e]s à un accord pour mettre un terme définitif à la procédure engagée en 2002 devant le Tribunal de grande instance de Nanterre ». À vrai dire, ces termes sont d'autant plus curieux que, formellement, la S.A. Total n'est pas visée par la plainte, en tant que personne morale ; seuls sont visés certains responsables de Total, en raison de leur implication dans les activités de la filiale Total Myanmar Exploration Production et, donc, de leur rôle dans les événements dénoncés.

61. Voy. la résolution 2005/69 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, adoptée le 20 avril 2005 par 49 voix contre 3, avec une abstention, lors de la 61e session de la Commission (E/CN.4/2005/69). Dans cette résolution, la Commission des droits de l'homme recommande au Conseil économique et social d'approuver sa demande au Secrétaire général des Nations Unies de nommer un représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, afin notamment que celui-ci puisse « [é]tudier et préciser les incidences pour les sociétés transnationales et autres entreprises de notions telles que “complicité” et “sphère d'influence” ». En juillet 2005, le Secrétaire général a chargé le professeur John Ruggie, de la John F. Kennedy School of Government de l'Université Harvard, de ce mandat.

62. Pour le texte des normes et le commentaire explicatif, voy. *Commentaire relatif aux Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme*, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003). Les vingt-six experts indépendants membres de la sous-commission des droits de l'homme ont adopté le texte des « Normes » et le commentaire à l'unanimité, le 13 août 2003.

lesdites normes avaient prévu de stipuler que si les États ont la « responsabilité première de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, et de veiller à leur réalisation et, notamment, de garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits », néanmoins « [d]ans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme [...] et de veiller à leur réalisation ». Le commentaire accompagnant ce texte précisait :

« Les sociétés transnationales et autres entreprises font preuve de la diligence voulue pour veiller à ce que leurs activités ne contribuent ni directement ni indirectement à des violations des droits de l'homme et pour veiller à ne tirer profit ni directement ni indirectement des violations dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. Les sociétés transnationales et autres entreprises s'abstiennent également de toute activité qui fragiliserait l'état de droit ou les efforts déployés par le gouvernement ou d'autres entités pour promouvoir les droits de l'homme et en garantir le respect, et usent de leur influence pour contribuer à promouvoir les droits de l'homme et à en garantir le respect. Les sociétés transnationales et autres entreprises s'informent des conséquences pour les droits de l'homme de leurs activités principales et leurs projets majeurs afin d'éviter toute complicité dans d'éventuelles violations des droits de l'homme ».

Au cours des consultations qui se sont déroulées entre la présentation de ce texte par la sous-commission des droits de l'homme – que la commission des droits de l'homme a accueilli très froidement⁶³ – et l'adoption, à la soixante-et-unième session de la commission des droits de l'homme (mars-avril 2005), de la résolution 2005/69 demandant la nomination d'un représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur cette question⁶⁴, il est apparu qu'en dépit du rôle pivot qui leur était attribué dans le texte des normes, les notions de « sphère d'influence » et de « complicité » étaient jugées peu claires par les acteurs concernés. On comprend dès lors que ces notions figurent parmi les questions qu'il était demandé audit représentant spécial d'approfondir. Mais c'est une erreur de penser que la notion de complicité peut être « clarifiée », comme si le droit international avait une réponse déjà faite à cet égard, qu'il suffirait d'aller y puiser, alors que la question même de savoir si le droit international impose des obligations directement aux entreprises demeure l'objet de controverses⁶⁵. Au sens le plus large, comme lorsqu'il s'agit clarifier le contenu d'un code de conduite, tel que le

63. Dans sa décision 2004/116, la Commission des droits de l'homme relève que la sous-commission des droits de l'homme a agi de sa propre initiative en adoptant les normes, et qu'elle ne saurait, sur la base de ce texte, s'arroger un pouvoir de contrôle des activités des sociétés transnationales. La Commission des droits de l'homme recommande au Conseil économique et social de solliciter de la part du bureau du Haut commissaire aux droits de l'homme une étude complémentaire portant sur les Normes et de conduire, à cet effet, des consultations avec l'ensemble des parties prenantes. Cette étude a été préparée entre mai 2004 et début 2005, pour déboucher sur un rapport soumis à la Commission des droits de l'homme le 15 février 2005 en vue de sa soixante-deuxième session : voy. le rapport du Haut commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises au regard des droits de l'homme, 15 février 2005, doc. E/CN.4/2005/91.

64. Voy. ci-dessus, note 61.

65. Pour des tentatives de cerner la notion, voy. Andrew CLAPHAM, « State responsibility, corporate responsibility, and complicity in human rights violations », in Lene BOMANN-LARSEN/Oddny WIGGEN (eds), *Responsibility in World Business. Managing Harmful Side-effects of Corporate Activity*, United Nations University Press, Tokyo-New York-Paris, 2004, pp. 50-81 ; Andrew CLAPHAM/Scott JERBI, *Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses* (2001), disponible sur [<http://www.business-humanrights.org/Clapham-Jerbi-paper.html>].

pacte mondial (*Global Compact*)⁶⁶, qui y fait appel, la « complicité » peut s'entendre comme comprenant au moins trois situations distinctes.

1. *La complicité en droit international pénal*

La complicité comprend d'abord, au sens le plus étroit, ce qu'elle est dans le cadre des crimes internationaux. Dans l'affaire *Unocal*, la cour d'appel du 9^e circuit a puisé le critère de la complicité (*aiding and abetting*) susceptible d'engager la responsabilité de l'entreprise défenderesse dans le cadre de l'*Alien Tort Claims Act* dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Selon la cour, constitue la complicité « *knowing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the perpetration of the crime* »⁶⁷. Ceci fait écho au jugement adopté le 10 décembre 1998 par la chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. S'agissant de l'élément matériel de la complicité, celle-ci avait conclu que, « en droit international, l'*actus reus* de la complicité requiert une aide matérielle, des encouragements ou un soutien moral ayant un effet sur la perpétration du crime »⁶⁸. Ainsi que le relève encore expressément l'arrêt *Unocal* du 18 septembre 2002, il n'est pas nécessaire pour pouvoir évoquer la complicité « que l'aide constitue un élément indispensable, une condition *sine qua non* de la consommation du crime »⁶⁹ : il suffit que « la relation entre les actes du complice et ceux de l'auteur doit être telle que les actes du complice ont influencé considérablement la commission de l'acte criminel de l'auteur »⁷⁰. Cette définition de l'*actus reus* requis afin que puisse être établie la complicité dans la commission d'un crime international figure déjà dans l'arrêt *Dusko Tadic* adopté le 7 mai 1997 par la première chambre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁷¹. Celle-ci avait pris appui sur la version 1996 du projet de code de la Commission du droit international sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui, se fondant sur les précédents de Nuremberg et le droit coutumier international, avait considéré que pouvait être déclaré coupable de complicité dans la commission de crimes internationaux celui qui, « en connaissance de cause, fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la facilite de toute autre manière, directement et de façon substantielle [...] »⁷². À propos de l'*actus reus*, le commentaire du projet de code de la CDI relevait que « le complice doit fournir une assistance qui contribue directement et de façon substantielle à la commission du crime, par exemple en procurant les moyens qui permettent à l'auteur de commettre le crime. La participation du complice doit donc revêtir la forme d'une assistance qui facilite notablement la commission du crime ».

Dans le contexte des affaires *Unocal* et *Total*, se pose cependant la question de savoir si – indépendamment du soutien matériel et logistique éventuellement apporté aux bataillons de l'armée – la seule présence de ces entreprises en Birmanie ne vaut pas encouragement à la commission des graves atteintes aux

66. Voy. le site du pacte mondial [www.globalcompact.org]. Ce forum résulte d'une initiative proposée par le Secrétaire général des Nations Unies Koffi Annan, lors du sommet économique mondial de Davos de janvier 1999.

67. *John Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 945-946 (9th Cir., 2002).

68. *Procureur c. Furundzija*, IT-95-17/1-T (jugement du 10 décembre 1998), § 235.

69. *Id.*, § 209.

70. *Id.*, § 233.

71. *Procureur c. Dusko Tadic*, ICTY-94-1 (jugement du 7 mai 1997), § 688.

72. Article 2 § 3, d), Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session*, 6 mai – 26 juillet 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, 51^e session, Supp., n° 10, p. 30, document de l'ONU A/51/10.

droits de l'homme, notamment par le recours au travail forcé, qu'on a décrites. Dans l'affaire *Tadic*, la première chambre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait déduit des définitions précitées de l'*actus reus* requis pour qu'il y ait complicité que si « aider et encourager » (*aid and abet*) « couvre tous actes d'assistance, sous forme verbale ou matérielle, qui prêtent encouragement ou soutien, aussi longtemps qu'existe l'intention requise », cependant, « la seule présence, sans la connaissance et le caractère délibéré, ne suffit pas [à moins qu'il puisse être] démontré ou déduit, par des éléments de preuve indirects ou autres, que la présence a lieu en connaissance de cause et exerce un effet direct et substantiel sur la perpétration de l'acte illégal, [ce qui] suffit alors à fonder une conclusion de participation et à imputer la culpabilité pénale qui l'accompagne »⁷³. Il résulte donc clairement de l'affaire *Tadic* que le soutien moral lié à la seule présence peut dans certains cas suffire à établir l'élément matériel de la complicité⁷⁴. Il peut en effet advenir que la seule présence, compte tenu de l'interprétation qui en sera faite par les auteurs des crimes, constitue pareil encouragement moral : ceci sera confirmé dans l'affaire *Akayesu* portée devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda⁷⁵.

Encore faut-il, pour que l'on puisse conclure à la complicité, que l'élément moral requis (*mens rea*) soit également présent. Le même commentaire du projet de code de la Commission du droit international sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dit, à propos de la *mens rea* qui caractérise l'existence d'une complicité, que le complice doit fournir « en connaissance de cause cette assistance à l'auteur du crime. Ainsi, un individu qui fournit un type donné d'assistance à un autre individu sans savoir que cette assistance facilitera la commission d'un crime ne serait pas tenu responsable »⁷⁶. Selon la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, il n'est cependant pas nécessaire que le complice partage l'état d'esprit de l'auteur du crime⁷⁷ : dans l'affaire *Unocal*, la cour d'appel du 9^e circuit en a déduit qu'il n'est pas requis, pour que la complicité ait lieu, que le complice possède une connaissance précise des crimes qui seront

73. *Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt précité (note 71), § 689.

74. Voy. l'arrêt rendu le 15 juillet 1999 par la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, § 229 (« *The aider and abettor carries out acts specifically directed to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime (murder, extermination, rape, torture, wanton destruction of civilian property, etc.), and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime* »).

75. *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T (jugement du 2 septembre 1998), §§ 704-705 (relevant que la présence de l'accusé, bourgmestre de la commune où se sont déroulés des faits constitutifs de génocide, a pu constituer une forme de soutien à ces crimes et constituer une forme de complicité). L'article 6(1) du statut prévoit que « [q]uiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime [un crime de génocide, un crime contre l'humanité, ou une infraction grave au droit pénal humanitaire] est individuellement responsable dudit crime ». Le jugement s'exprime comme suit : « *The Tribunal finds, under Article 6(1) of its Statute, that the Accused aided and abetted the following acts of sexual violence, by allowing them to take place on or near the premises of the bureau communal, while he was present on the premises in respect of [multiple acts of rape] and in his presence in respect of [an act of rape and other sexual offences] and by facilitating the commission of these acts through his words of encouragement in other acts of sexual violence, which, by virtue of his authority, sent a clear signal of official tolerance for sexual violence, without which these acts would not have taken place* » (§§ 693-694, souligné par nous). Voy. également le jugement rendu le 1er juin 2001 par la chambre d'appel dans la même affaire, qui précise que l'article 6 § 1er du statut n'exige pas que l'incitation à commettre le crime soit « directe et publique », en dépit de ce que, s'agissant du crime de génocide, l'article 2 § 3 c) du statut du TPIR énonce que l'incitation « directe et publique » à commettre le crime est punissable.

76. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, précité (note 72), p. 24.

77. Pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, voy. *Procureur c. Furundzija*, précité, § 245 ; pour le Tribunal pénal international pour le Rwanda, voy. *Procureur c. Alfred Musema*, ICTR-96-13-A (jugement du 27 janvier 2000), §§ 180-183.

commis par l'auteur principal ; il suffit que le complice sache qu'un ou plusieurs crimes seront en toute probabilité commis, et qu'il offre une assistance à l'auteur en dépit de cette connaissance ⁷⁸.

L'arrêt rendu le 18 septembre 2002 par la Cour d'appel du 9e circuit dans l'affaire *Unocal* prend donc appui sur une conception large de la complicité, en dépit de ce que le critère en est puisé dans le droit international pénal. En revanche, compte tenu du sort qu'ont connu les procédures portées devant les juridictions belges et françaises dans les affaires *Total*, ces juridictions n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de la complicité alléguée de la S.A. Total ou de ses dirigeants dans les crimes commis par les militaires birmanes. Il est cependant aisé d'apercevoir la portée du précédent que constitue l'arrêt *Unocal* du 18 septembre 2002, s'agissant d'évaluer la complicité des entreprises coopérant avec un régime ayant commis des atteintes graves au droit international, pouvant recevoir la qualification de crimes contre l'humanité. Le simple encouragement moral à la commission du crime peut constituer l'élément matériel de la complicité : il est permis de se demander si la présence de ces sociétés en Birmanie, alors que la communauté internationale condamne les graves violations des droits de l'homme qui s'y commettent et, à travers la Conférence internationale du travail, appelle les entreprises à ne pas se comporter en soutien du régime birman, ne résulte pas en un tel encouragement. La simple connaissance de la probabilité que des crimes soient commis, même si ces crimes ne sont pas identifiés avec précision dans le chef du complice, suffit à constituer l'élément moral de la complicité : or les sociétés engagées dans le projet de Yadana non seulement connaissaient le contexte de cet investissement, mais en outre avaient été spécifiquement alertées, par un consultant recruté afin d'évaluer les risques liés à l'investissement, des risques de collaboration avec le régime birman et, sur le terrain, les militaires ⁷⁹. Dans les procédures dont il est question ici, il est question de complicité pour des crimes de travail forcé commis dans le contexte du chantier de construction du gazoduc ; mais la jurisprudence à laquelle il vient d'être fait référence ne permet pas d'exclure que la complicité, au sens requis par

78. Selon les termes de l'arrêt, « *it is not necessary for the accomplice to share the mens rea of the perpetrator, in the sense of positive intention to commit the crime [...] in fact, it is not even necessary that the aider and abettor knows the precise crime that the principal intends to commit [...] rather, if the accused "is aware that one of a number of crimes will probably be committed, and one of those crimes is in fact committed, he has intended to facilitate the commission of that crime, and is guilty as an aider and abettor"* » (*John Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 946 (9th Cir., 2002)).

79. La jurisprudence plus récente ayant fait application de l'*Alien Tort Claims Act* depuis l'affaire *Unocal* a paru adopter une approche plus restrictive de la complicité permettant d'engager la responsabilité civile de l'entreprise pour l'assistance qu'elle apporte à la violation du droit international par autrui, en particulier par les autorités de l'État où elle est présente. Elle semble en effet exiger que l'entreprise dont la complicité est alléguée ait connaissance de la violation spécifique à laquelle elle contribue, sans plus se contenter d'une connaissance abstraite du risque que pareille violation survienne. Voy. *The Presbyterian Church of Sudan and al. v. Talisman Energy and Republic of Sudan*, U.S. District Court (S.D.N.Y.), 01 Civ. 9882 (DLC), slip op. (ordonnance du 12 septembre 2006), p. 63-64 : « *To show that a defendant aided and abetted a violation of international law, an ATS plaintiff must show : 1) that the principal violated international law ; 2) that the defendant knew of the specific violation ; 3) that the defendant acted with the intent to assist that violation, that is, the defendant specifically directed his acts to assist in the specific violation ; 4) that the defendant's acts had a substantial effect upon the success of the criminal venture ; and 5) that the defendant was aware that the acts assisted the specific violation* ». Voy. également, sur ce point précis, In re *South African Apartheid Litig.*, 346 F. Supp. 2d. 538, 551 n.14 (S.D.N.Y. 2004). Les hésitations sur ce point, qui s'expliquent en partie par l'incertitude concernant la question de savoir quel doit être le partage des tâches entre le droit fédéral américain et le droit international dans la définition du régime de la responsabilité sous l'ATCA, a conduit les commentateurs à dénoncer le caractère excessivement vague de la notion de « complicité » apparaissant dans ce cadre : voy. par ex. Gregory WALLACE, « *Fallout from Slave-Labor Case is Troubling* », 150 *N.J.L.J.* 896 (1997).

le droit international pénal, pourrait résulter en outre de la simple présence des investisseurs en Birmanie, compte tenu du soutien que cette présence apporte au régime birman et de ce que ces investisseurs ne peuvent prétendre ignorer la nature du régime avec lequel ils se compromettent.

2. Les autres formes de complicité

Le Haut commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, déjà dans un rapport soumis à l'Assemblée générale en 2001⁸⁰, décrit la complicité comme n'étant pas une notion « figée » et comme pouvant comprendre, au moins, trois « degrés ». La complicité « directe » correspond à la notion juridique de complicité, telle qu'elle vient d'être évoquée : ainsi,

« toute entreprise qui aide sciemment un État à violer les principes du droit international énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme pourrait être considérée comme complice directe de cette violation. Une entreprise, par exemple, qui a soutenu, voire contribué au déplacement forcé de personnes dans des circonstances assimilables à une violation du droit international relatif aux droits de l'homme pourrait être considérée comme directement complice de cette violation. Elle pourrait être qualifiée de responsable si l'entreprise ou ses représentants étaient informés des répercussions probables de leur assistance ».

Mais deux autres niveaux de complicité ont encore été mis au jour, qui en étendent encore la portée. La complicité « par intérêt » – seconde catégorie de complicité identifiée dans ce rapport – concerne l'entreprise qui « tire profit d'abus commis par une autre entité ». Bien que le rapport du Haut commissariat aux droits de l'homme n'évoque ici que le bénéfice tiré des violations des droits de l'homme commises par l'État ou par des rebelles⁸¹, rien n'interdit de l'étendre aux violations commises par des parties privées, notamment par les fournisseurs, sous-traitants ou autres co-contractants de l'entreprise. Il peut s'en déduire une obligation de rompre les relations d'affaires avec un gouvernement ou avec d'autres partenaires, dès lors qu'il apparaît que ceux-ci commettent des violations graves des droits de l'homme : le site du pacte mondial, aussi bien que le rapport précité préparé par le Haut commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies en 2005 en vue de la soixante-deuxième session de la Commission des droits de l'homme⁸², érigent d'ailleurs en tant que catégorie distincte de complicité le fait d'entretenir des relations d'affaires avec un gouvernement ou une autre entité qui se rendent coupables de pareilles violations⁸³. Enfin, la

80. Rapport du Haut Commissaire aux Droits de l'Homme à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, Suppl. N° 36 (A/56/36), 28 septembre 2001.

81. L'exemple type est ici celui de violations commises par des forces de sécurité au bénéfice de l'entreprise, comme lors de la « répression d'une manifestation pacifique contre les activités d'une entreprise » ou lors du « recours à des méthodes répressives lors de la surveillance des locaux d'une entreprise » (*id.*, § 110).

82. Rapport du Haut commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises au regard des droits de l'homme, 15 février 2005, doc. E/CN.4/2005/91.

83. Bien que, dans son rapport du 15 février 2005, le Haut commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies ne fasse référence au partenaire commercial d'une entreprise que lorsque ce partenaire est un gouvernement, que ce raisonnement puisse être étendu à un partenaire privé découle d'une note présentée par le Haut commissaire aux droits de l'homme dans le cadre du pacte mondial, qui vise à clarifier les notions de « complicité » et de « sphère d'influence » : voy. OHCHR Briefing paper, *The Global Compact and Human Rights: Understanding Sphere of Influence and Complicity*, disponible sur le site du Pacte mondial (http://www.unglobalcompact.com/Issues/human_rights/index.html). Cette note décrit en effet la complicité résultant de l'entreprise commune (*complicity in case of joint venture*) comme une situation où « the company has a common design or purpose with its contractual partner to fulfil the joint venture. It knew or should have known of the abuses committed by the partner ».

complicité « tacite » – troisième catégorie – découle de ce que « l'on s'attend normalement à voir les entreprises signaler aux autorités compétentes tout abus systématique ou continu en matière de droits de l'homme »⁸⁴. Indépendamment du fait que, ainsi que nous l'avons vu, le silence de l'entreprise par rapport à certaines violations flagrantes dont elle est le témoin peut valoir approbation (et donc encouragement moral, susceptible d'engager la responsabilité pour complicité « directe » si elle se combine avec la connaissance desdites violations), pareille attente vis-à-vis de l'entreprise « dénote la reconnaissance grandissante par l'entreprise qu'il est répréhensible de ne pas user de son influence en pareils cas ».

B. Les usages de la complicité

Nous aurions donc trois espèces de complicité, selon qu'elle résulte : (1) de l'assistance, le soutien ou l'encouragement donnés par une entreprise, en connaissance de cause, à l'auteur de la violation (complicité « directe »)⁸⁵ ; (2) du bénéfice que l'entreprise tire de la violation par autrui (complicité « par intérêt ») ; (3) du silence de l'entreprise face à des violations flagrantes des droits de l'homme dont elle est le témoin (complicité « tacite »). Ces catégories sont susceptibles, en principe, de s'appliquer aussi bien aux situations où l'auteur direct de la violation est l'État sous la juridiction duquel l'entreprise opère, directement ou à travers des filiales sur lesquelles elle exerce un contrôle, qu'aux situations où la violation a lieu dans la chaîne de production ou de distribution, par exemple lorsque la violation est le fait d'un fournisseur ou d'une filiale.

Une typologie de ce genre est un outil ; elle ne constitue pas un miroir fidèle de la réalité. Aussi bien, outre que ces différentes catégories de complicité ne sont pas étanches les unes aux autres, les situations auxquelles nous sommes confrontés où l'existence d'une complicité peut être alléguée ne se conforment pas toujours exactement aux prescrits d'une telle typologie. En outre, alors que la typologie proposée des différentes catégories de complicité définit trois situations types où l'existence d'une complicité peut être alléguée, ces catégories ne peuvent pas toujours être mobilisées dans tous les contextes. La question de savoir laquelle de ces notions de complicité pourra être invoquée dans telle ou telle situation dépend du forum dans lequel cette question est posée. Lorsque la commission « Vérité et Réconciliation », mise sur pied en Afrique du Sud afin de panser les plaies causées par le régime d'apartheid, s'interroge sur la complicité des entreprises ayant commercé dans ce pays lorsque ce régime était en place, elle peut étendre la notion de complicité très largement, compte tenu de la définition de sa mission, qui est non pas de rendre la justice, mais de reconstituer la réalité du régime d'apartheid, en offrant à chacun l'occasion d'y reconnaître ses

84. *Rapport du Haut Commissaire aux Droits de l'Homme à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, Suppl. N° 36 (A/56/36)*, 28 septembre 2001, § 111.

85. Anita Ramasastry qualifie de complicité directe la situation caractérisée par les éléments suivants : « (1) a strong and interdependent business relationship between the [multinational corporation] and the host government ; (2) the [multinational corporation] is aware of the human rights violations ; and (3) the [multinational corporation] continues to provide financial support to the host state and continues to perform under contractual arrangements, particularly in furtherance of a collaborative project or endeavor » (A. RAMASTASTRY, « Corporate Complicity : From Nuremberg to Rangoon – An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations », *Berkeley J. Int'l L.*, vol. 20 (2002), p. 91, ici p. 103). Cette situation correspond aussi bien aux affaires des industriels ayant collaboré avec les nazis avant et au cours de la seconde guerre mondiale, qu'à l'implication de Unocal et Total en Birmanie. Cependant, elle est trop restrictive, l'existence d'un lien d'affaires avec le gouvernement responsable des violations ne constituant nullement une condition de la complicité selon la signification que cette notion reçoit en droit international pénal.

responsabilités, par un processus qui favorise une réconciliation nationale⁸⁶. Rien ne s'oppose non plus à ce que, dans la rédaction d'un code de conduite par exemple, une entreprise choisisse de s'imposer de n'entretenir de relations d'affaires qu'avec des partenaires acceptant de s'engager au respect des droits de l'homme et offrant, à cet égard, certaines garanties, ou bien de ne pas investir dans certains pays compte tenu des risques de complicité avec les violations flagrantes et massives qui y seraient commises par le gouvernement. Mais, dans le contexte judiciaire, la notion de complicité sera forcément entendue de manière plus étroite, particulièrement si se trouve en jeu la responsabilité pénale de l'entreprise. Il peut bien y avoir des recoupements entre la notion juridique de complicité et les attentes de la communauté à l'égard du comportement « éthique » de l'entreprise ; il serait en revanche miraculeux que ces différentes compréhensions du concept en viennent à coïncider parfaitement.

Dans les stratégies qui visent à imposer des responsabilités en matière de droits de l'homme aux entreprises, le recours à la notion de complicité tient une place d'autant plus centrale que, devant le for étranger, l'État bénéficiera en principe d'une immunité de juridiction. Dans le cadre de l'*Alien Tort Claims Act*, ainsi, les affaires portées devant les juridictions fédérales américaines où s'est posée la question de la violation du droit international par une entreprise, de nature à engager sa responsabilité civile, ont pour la plupart concerné des situations où l'auteur direct de la violation était un État étranger, bénéficiant d'une immunité de juridiction en raison du *Foreign Sovereign Immunities Act*⁸⁷ : les entreprises n'ont donc constitué les cibles principales des actions introduites sur la base de l'ATCA qu'en raison de cet obstacle à l'assignation en justice des responsables directs des violations commises. Encore faut-il, pour que ces stratégies puissent être poursuivies, que les comportements ou les abstentions d'agir reprochés à l'entreprise concernée puissent être dénoncés devant une juridiction, qui s'estime compétente à en connaître. Dans les affaires *Unocal* et *Total*, les législations américaine, française et belge invoquées avaient une portée extraterritoriale, puisqu'elles s'appliquaient à des situations s'étant déroulées en Birmanie ; et elles étaient invoquées devant les tribunaux des États-Unis, de la France ou de la Belgique par des victimes birmanes. La section suivante examine, du point de vue du droit international, la licéité de pareille forme d'extraterritorialité.

IV. – LA QUESTION DE L'EXTRATERRITORIALITÉ

A. Les formes d'extraterritorialité

Telle est en effet l'autre dimension des affaires *Unocal* et *Total* qui mérite ici l'attention : elle concerne le recours par les victimes alléguées des atteintes aux droits de l'homme liées au projet de Yadana à des législations présentant des dimensions extraterritoriales, dès lors que ces législations permettent de porter devant des tribunaux étrangers des faits s'étant déroulés en Birmanie, soit en raison de la nationalité des défendeurs, soit en raison de la gravité des faits reprochés, lorsque ceux-ci sont assimilés à des crimes internationaux justifiant

86. Truth and Reconciliation Commission (South Africa Report), octobre 1998, vol. 4, chap. 2 (*Business and Labour*).

87. Foreign Sovereign Immunities Act (28 U.S.C. Sec. 1608(a)(1)-(4)) (FSIA). Voy. ci-dessus, note 30.

l'exercice par l'État du for de la compétence universelle. La notion même de compétence extraterritoriale – telle qu'exercée, dans les affaires qu'on commente ici, par la Belgique, la France, et les États-Unis – a été approfondie par d'autres auteurs, y compris dans ces pages⁸⁸. Elle peut s'entendre de deux manières⁸⁹. Soit un État accorde à ses tribunaux la compétence de recevoir des actions qui portent sur une situation dont l'ensemble des éléments constitutifs se sont déroulés sur le territoire d'un autre État : on parlera alors de compétence juridictionnelle extraterritoriale. Soit un État adopte une législation qui prétend régler une situation entièrement localisée sur un territoire étranger : on parlera en ce cas de compétence normative extraterritoriale.

Ces deux notions sont en principe sans rapport l'une à l'autre, au sens où elles ne s'impliquent pas nécessairement. Cependant, la matière pénale présente une double spécificité qui conduit à nuancer cette hétérogénéité de principe entre compétence normative et compétence juridictionnelle extraterritoriale. Premièrement, à la différence de ce qui est le cas en droit privé, le juge pénal appliquera en principe exclusivement la loi du for, et non pas le droit pénal étranger⁹⁰. Ce principe s'explique sans doute par le lien étroit que l'on postule encore entre le droit pénal de l'État et sa souveraineté territoriale ; l'interdépendance accrue des États dans le contexte actuel de la mondialisation des rapports économiques permet cependant de prédire, sans grand risque de se tromper, sa disparition prochaine.

88. Sur le rapport de la compétence étatique au territoire national, voy. notamment Bernard H. OXMAN, « Jurisdiction of States », in Rudolf BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, pp. 55-60, spéc. p. 55 ; Frederick MANN, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 111, 1964-I, pp. 1-162 ; Derek W. BOWETT, « Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources », *BYIL*, vol. 53, 1982, pp. 1-26 ; Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, Oxford Univ. Press, 2003, spéc. p. 297 ; Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », cet *Annuaire*, 1986, pp. 7-52 et « L'extraterritorialité revisitée, où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres », *ibid.*, 1992, pp. 239-313.

89. On laisse ici de côté, pour des motifs évidents, ce qu'on qualifie parfois de compétence exécutive extraterritoriale, qui consiste dans le fait pour un État d'intervenir sur le territoire d'un État étranger par des actes de contrainte. L'affaire *Eichmann* en fournit l'exemple classique, où les services secrets d'un État enlèvent une personne sur le territoire d'un État étranger afin de l'amener à répondre de ses actes devant la justice du premier État. Sur l'affaire *Eichmann*, voy., outre les décisions des juridictions israéliennes (*Procureur général du gouvernement d'Israël c. Adolf Eichmann*, Cour de district de Jérusalem (1961), repris in 36 ILR 18, ici p. 26 (arrêt du 11 décembre 1961) ; *Procureur général du gouvernement d'Israël c. Adolf Eichmann*, Cour suprême d'Israël (1962), repris in 36 ILR 28), la note de Covey OLIVER, *AJIL*, vol. 56, n° 3 (juillet 1962), pp. 805-845 ; et James FAWCETT, « The Eichmann Case », *B.Y.I.L.*, vol. 38, 1962, p. 181. Ainsi que le soulignait l'arbitre Max Huber dans l'affaire de *l'île de Palmas*, il est évident que pareille intervention extraterritoriale s'oppose aux principes de souveraineté et d'indépendance des États, dont le corollaire est l'exclusivité de la compétence exécutive sur le territoire national (*Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis)*, sentence du 4 avril 1928, *Nations Unies, Rec. des sentences arbitrales internationales*, vol. II, 1928, p. 829-871, ici p. 838). Dans leur édition la plus récente du traité de Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet écrivent que « [...] le principe de l'exclusivité de la souveraineté territoriale autorise un État à s'opposer aux activités concurrentes des autres États sur son territoire. Il lui est donc possible d'y interdire la mise en œuvre de la législation étrangère ; et c'est en cela – et en cela seulement – que consiste le principe de l'interdiction de l'application extra-territoriale du droit. Le droit international reconnaît aux États une compétence normative extra-territoriale ; il exclut en revanche toute compétence d'exécution extra-territoriale forcée » (P. DAILLIER/A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2002, n° 334, p. 506). Voy. également, sur ce point, l'opinion individuelle que le président G. Guillaume a jointe à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, au paragraphe 6.

90. Voy. le paragraphe 31 du rapport explicatif à la convention européenne sur la transmission des procédures répressives (STCE n° 73), ouverte à la signature le 15 mai 1972 (« À l'opposé du droit privé, en matière pénale le juge compétent et le droit applicable coïncident le plus souvent presque complètement et il existe de nombreuses et bonnes raisons pour maintenir ce principe »).

Deuxièmement, compte tenu de l'importance que revêt le respect dû à la sécurité juridique en matière pénale, l'application de la loi pénale du for sera habituellement subordonnée, lorsque l'acte a été commis à l'étranger, au principe de la double incrimination, de manière telle que ne pourra être poursuivi que l'individu ayant posé un acte érigé en infraction à la fois par l'État territorial et par l'État devant les juridictions duquel il est poursuivi. Le premier principe paraît pour l'heure exclure qu'en matière pénale, un État exerce une compétence juridictionnelle extraterritoriale sans que celle-ci s'accompagne d'une compétence normative extraterritoriale – c'est-à-dire autorise ses juridictions à condamner une personne en faisant application d'un droit pénal étranger, en l'occurrence celui de l'État sur le territoire duquel l'infraction aurait été commise. Mais le second principe vient en quelque sorte neutraliser le premier, puisqu'en général – la règle est loin d'être absolue – l'application extraterritoriale de la loi pénale du for sera subordonnée au respect de la condition de la double incrimination. En définitive, à l'opposition entre compétence normative extraterritoriale et compétence juridictionnelle extraterritoriale, qui est adéquate pour décrire les deux formes d'extraterritorialité que l'on peut rencontrer en droit privé, il faut ajouter une autre paire, correspondant mieux aux spécificités actuelles du droit pénal : elle oppose l'application extraterritoriale du droit pénal devant les juges du for sans référence à l'exigence du principe de double incrimination à l'application extraterritoriale du droit pénal subordonnée au respect de cette exigence. Les formes d'extraterritorialité se présentent donc ainsi :

Droit privé	Droit pénal
A1 : Compétence juridictionnelle extraterritoriale avec renvoi au droit étranger	B1 : Compétence (juridictionnelle et normative) extraterritoriale subordonnée à l'exigence de double incrimination
A2 : Compétence normative extraterritoriale avec application de la loi du for à des situations extraterritoriales	B2 : Compétence (juridictionnelle et normative) extraterritoriale sans exigence de double incrimination

Quoiqu'il soit permis d'évoquer l'extraterritorialité à leur propos, les situations A1 et B1 ne sont pas véritablement problématiques du point de vue de la règle de l'égalité souveraine des États ou de son corollaire, le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures. Car dans ces situations, l'État du for n'exerce sa compétence extraterritoriale qu'afin de donner plein effet au droit étranger – l'on pourrait presque dire : en se mettant à son service. En revanche, l'exercice par un État de sa compétence extraterritoriale dans les situations A2 et B2 mérite une discussion plus approfondie. Or, les affaires *Unocal* et *Total* relevaient précisément de ces situations : tandis que l'*Alien Tort Claims Act* prévoit la possibilité d'engager la responsabilité civile de toute personne ayant causé un dommage à un étranger en violation du droit international (entendu en un sens très restrictif, ainsi qu'il a été précisé plus haut), y compris si l'acte dommageable a été posé à l'étranger et si le dommage a été subi à l'étranger (A2), les procédures entamées devant les juridictions françaises et belges visaient à appliquer le droit pénal français, ou belge, à des situations s'étant déroulées hors du territoire national des États concernés, sans référence à l'exigence de double incrimination (B2). Pareilles formes d'extraterritorialité sont-elles licites au regard du droit international ? Et même si elles sont licites, quelles difficultés

l'exercice de la compétence extraterritoriale rencontre-t-elle dans des situations telles que celles-ci ? Avant de répondre, une remarque préalable s'impose, qui concerne la situation particulière des crimes internationaux.

B. Les crimes de droit international

Une remarque préalable s'impose. Dans un nombre limité de situations, le droit international conventionnel impose une obligation aux États de se reconnaître compétents afin de poursuivre certains crimes internationaux même commis à l'étranger par des personnes de nationalité étrangère sur des victimes de nationalité étrangère, là où l'exercice de pareille compétence extraterritoriale⁹¹ contribue à la lutte contre l'impunité pour de tels crimes. Tel est le cas en matière de crimes de guerre, de torture, et de disparitions forcées. En matière de crimes de guerre, les conventions de Genève du 12 août 1949 non seulement prévoient que les « infractions graves » à ces conventions doivent faire l'objet de « sanctions pénales adéquates », mais elles imposent également une obligation à charge des parties de « rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves », soit afin que chaque partie puisse les déférer devant ses propres tribunaux, soit afin qu'elle puisse les remettre pour jugement à une autre partie intéressée à la poursuite, « pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes »⁹². L'article 85 du protocole additionnel du 8 juin 1977 étend cette obligation aux infractions prévues par ce protocole⁹³. Bien qu'en principe ces obligations ne s'imposent qu'aux seuls États parties à ces instruments, elles sont considérées aujourd'hui comme imposées par la coutume internationale à tous les États, y compris les États non contractants⁹⁴. Dès lors, en vue de contribuer à la prévention et à la répression universelles des infractions graves au droit international humanitaire codifiées dans ces textes, l'ensemble des États de la communauté internationale sont tenus d'autoriser leurs juridictions nationales à se déclarer compétentes à poursuivre ces infractions, y compris lorsqu'elles sont commises par des non-nationaux, à l'encontre de non-nationaux, et à l'extérieur du territoire national. En matière de torture, l'article 5, § 2 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁹⁵ établit également le principe d'après lequel tout État doit soit poursuivre devant ses tribunaux toute personne soupçonnée

91. L'expression de « compétence universelle » paraît devoir être réservée à un usage plus strict. Voy. ci-après, note 115.

92. Article 49 de la convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949 ; article 50 de la convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949 ; article 129 de la convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949 ; article 146 de la convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949.

93. Protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I), 8 juin 1977.

94. Cour internationale de justice, arrêt du 27 juin 1986 (fond) rendu dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, § 220 (où la Cour relève que l'obligation énoncée à l'article 1 des quatre conventions de Genève de « respecter » et « faire respecter » ces conventions « en toute circonstance [...] ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète »).

95. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984.

de torture⁹⁶, soit l'extrader afin qu'elle soit jugée par un autre État intéressé (*aut dedere aut prosequi*)⁹⁷. Enfin, en matière de disparitions forcées, la récente convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, que le Conseil des droits de l'homme a approuvée lors de sa première session⁹⁸, prévoit également à l'article 9, § 2 que tout État partie prend les mesures nécessaires afin d'« établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, sauf si ledit État l'extrade, ou le remet à un autre État conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence ».

De telles obligations existent aussi en matière de crimes de génocide et de crimes contre l'humanité. Certes, la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948⁹⁹ ne le stipule pas expressément, puisqu'elle n'impose une obligation de poursuite qu'au seul État sur le territoire duquel le crime de génocide a été commis¹⁰⁰, l'obligation imposée aux autres États de coopérer avec ledit État, notamment aux fins d'extradition du suspect¹⁰¹, ne se traduisant pas strictement par une obligation de poursuivre, y compris lorsque, en présence d'une demande d'extradition, se présente un obstacle au renvoi du suspect vers l'État *loci delicti* afin qu'il puisse y être jugé. Un État autre que l'État sur le territoire duquel le crime de génocide a été commis peut se déclarer compétent à poursuivre ledit crime, en particulier si le ou les suspects ont sa nationalité¹⁰² ; mais aucune obligation de poursuivre ne découle de la convention elle-même¹⁰³.

96. Cette obligation s'impose y compris lorsqu'aucune demande d'extradition n'a été adressée à l'État. Ceci ressort clairement des travaux préparatoires de la convention contre la torture de 1984 : voy. J. HERMAN BURGERS et Hans DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture : A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publ., 1988, p. 133 ; Groupe de travail sur le projet de convention, UN doc. Z/CN.4/1984/72, § 26 ; et également *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet*, [1999] 2 W.L.R. 827.

97. L'article 5, § 1^{er} de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants prévoit que tout État partie « prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des [des infractions de torture] a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État ; b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ; c) Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié ». L'article 5, § 2 ajoute : « Tout État partie prend [...] les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître [des infractions de torture] dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article ».

98. Doc. ONU A/HRC/1/L.10 (2006).

99. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, approuvée et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948.

100. Voy. l'article VI de la convention du 9 décembre 1948 : « Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ».

101. Voy. l'article VII de la convention du 9 décembre 1948.

102. Ceci a été affirmé très clairement devant la sixième commission de l'Assemblée générale, où la convention a été négociée, les délégués ayant annexé à leur rapport une déclaration affirmant explicitement que l'obligation de l'État *loci delicti* de poursuivre les auteurs du crime de génocide devait s'entendre comme sans préjudice du droit de l'État dont ceux-ci ont la nationalité d'exercer lui-même des poursuites à l'encontre desdits auteurs (Doc. ONU A/C/6/SR. 134, p. 5). Cette déclaration est reprise par la Cour suprême israélienne dans l'arrêt rendu en 1962 dans l'affaire *Procureur général d'Israël c. Eichmann*, arrêt précité (note 89), § 23.

103. En ce sens, voy. Menno T. KAMMINGA, « Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses », *Human Rights Quarterly*, vol. 23 (2001), pp. 940-974, ici p. 945.

Cependant, l'on peut soutenir que, l'ensemble des États de la communauté internationale étant tenus de coopérer à la prévention et à la répression du crime de génocide, ils doivent prévoir dans leur droit interne la possibilité de poursuivre et de juger une personne accusée de génocide, soit lorsqu'aucun État ne demande l'extradition de cette personne, soit lorsque, pour une raison quelconque, la demande d'extradition ne peut être honorée. Ceci paraît devoir découler de la reconnaissance par la Cour internationale de justice, dans son avis consultatif du 28 mai 1951¹⁰⁴, du « caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux (préambule de la convention) ». Dans son arrêt du 11 juillet 1996 (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), la Cour internationale de Justice déduit de la nature des obligations découlant de l'objectif d'une prévention et d'une répression universelles du crime de génocide que « les droits et obligations consacrés par la convention sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque État de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement par la convention »¹⁰⁵. Ceci implique non seulement que tout État peut se voir reconnaître un intérêt juridique au respect des obligations codifiées par la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mais également que tout État a l'obligation de contribuer à la répression du crime de génocide, le cas échéant, par l'exercice d'une compétence pénale extraterritoriale.

Il en va de même, peut-on penser, du crime contre l'humanité. La nature de *jus cogens* de l'interdiction du génocide comme de celle du crime contre l'humanité semble devoir impliquer nécessairement qu'aucun État ne peut autoriser une personne soupçonnée de tels crimes à chercher refuge sur son territoire, de manière telle que, si aucune demande d'extradition est faite ou si une demande d'extradition ne peut être honorée, cet État a l'obligation de la poursuivre¹⁰⁶. Les principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité énoncés dans la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 3 décembre 1973¹⁰⁷, dont la validité a été réaffirmée notamment par la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme¹⁰⁸, prévoient que les personnes contre lesquelles il existe des preuves établissant qu'elles ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité « doivent être traduites devant un tribunal indépendant et impartial en conformité avec les garanties du droit à un procès équitable et, si elles sont reconnues coupables, condamnées, *en principe, dans les pays où elles ont commis ces crimes* » (italiques ajoutées) ; et ils affirment l'obligation de coopération internationale des États pour la répression de tels crimes, ce qui semble impliquer que l'ensemble des États doivent pallier, le cas échéant, l'inertie ou la passivité de

104. Cour internationale de justice, avis consultatif du 28 mai 1951, *Validité des réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Rec. 1951, p. 23.

105. Cour internationale de justice, arrêt du 11 juillet 1996 (exceptions préliminaires) en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie [Serbie-et-Monténégro]*), Rec. 1996, p. 615-616, § 31.

106. Voy. C. BASSIOUNI, « Crimes against Humanity: The need for a specialized Convention », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, pp. 480-481 ; K.C. RANDKALL, « Universal Jurisdiction Under International Law », *Texas L. Rev.*, vol. 66 (1988), p. 785, ici pp. 829-830.

107. A.G.N.U., Rés. 3074 (XXVIII), U.N. GAOR, 28^e sess., Supp. n° 30, p. 78, doc. ONU A/9030 (1973).

108. Voy. Rés. 2000/24 du 18 août 2000, Rôle de la compétence universelle ou extraterritoriale dans l'action préventive contre l'impunité ; et Déc. 2001/22 du 16 août 2001, Coopération internationale en ce qui concerne la recherche, l'arrestation, l'extradition et le châtimement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

l'État *loci delicti*, en acceptant d'exercer sur ces crimes une compétence extraterritoriale. Ceci correspondrait à la perspective tracée par le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996)¹⁰⁹, qui dispose notamment que

« Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20 [génocide, crimes contre l'humanité, crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, et crimes de guerre], quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes »¹¹⁰.

L'article 9 du même code prévoit une obligation de poursuivre ou d'extrader, semblable à l'obligation formulée à l'article 5, § 2 de la convention contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984. L'assimilation des crimes contre l'humanité aux crimes de guerre et de torture, aux fins de l'exercice d'une compétence extraterritoriale, est en outre conforme au statut de la Cour pénale internationale, dont le préambule prévoit que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale [et qu'] il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ».

Il est donc permis d'affirmer qu'en l'état actuel du droit international, tous les États de la communauté internationale ont l'obligation de coopérer à la répression universelle des crimes de guerre, des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, et des crimes de torture, en prévoyant que leurs juridictions nationales seront compétentes aux fins de juger des personnes contre lesquelles il existe des raisons plausibles de penser qu'elles ont commis de tels crimes, lorsqu'aucun État n'a réclamé l'extradition de ces personnes¹¹¹ ou lorsqu'un obstacle s'oppose à ce que pareille extradition ait lieu. Quelles en sont les implications dans les affaires *Unocal* et *Total* présentées ci-dessus ? S'il est question d'extraterritorialité dans ces affaires, c'est seulement dans la procédure portée devant les juridictions belges que la question est posée sous l'angle du droit international pénal¹¹². Dans le cadre de la procédure française, étaient dénoncés des faits qualifiés d'enlèvement, de détention et de séquestration, sur la base de l'article 224-1 du code pénal¹¹³. La question de la compatibilité avec le droit international de la compétence extraterritoriale qu'il était demandé aux juridictions françaises d'exercer dans cette affaire est donc sans rapport avec la manière spécifique dont se pose cette question pour les crimes internationaux. Dans l'affaire *Unocal* portée devant les juridictions fédérales des États-Unis, il était question de travail forcé et d'autres violations graves des droits de l'homme, et le travail forcé était assimilé à l'esclavage, figurant parmi les crimes internationaux susceptibles d'être commis par des particuliers. Mais les faits dénoncés n'ont pas été qualifiés de crimes contre l'humanité, pareille qualification n'étant du reste pas requise compte tenu de la nature civile de l'action. C'est donc uniquement dans le cadre de la procédure portée devant les juridictions belges, sur la base de

109. *Annuaire CDI*, 1996, vol. II (deuxième partie), p. 27.

110. Article 8.

111. Voy. ci-dessus, note 96.

112. Pour une description des potentialités du droit international pénal appliqué aux activités des entreprises, voy. Jan WOUTERS et Leen DE SMET, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen voor ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht in het licht van de Belgische genocidewet », in Eva BREMS and Pieter VANDEN HEEDE (dir.), *Bedrijven en mensenrechten. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2003, pp. 309-338.

113. Voy. ci-dessus, le texte correspondant aux notes 54-55.

la loi de compétence universelle de 1993, que cette notion a été invoquée, afin d'alléguer la complicité de la S.A. Total et de deux de ses responsables dans les crimes contre l'humanité commis par les militaires birmans. Pour autant, à supposer que les faits dénoncés puissent s'analyser comme des crimes contre l'humanité¹¹⁴, l'exercice d'une compétence universelle par les juridictions belges était-il justifié en droit international ?

Le droit international impose aux États une obligation de poursuivre ou d'extrader les personnes soupçonnées de certains crimes de droit international, notamment d'avoir commis ou participé à des crimes contre l'humanité, *dans la mesure où ces personnes sont trouvées sur le territoire de l'État*. Il ne paraît pas imposer l'exercice d'une compétence universelle « pure », c'est-à-dire devant être exercée lorsque l'auteur présumé de ces crimes ne se trouve pas sur leur territoire, et en l'absence de tout autre facteur de rattachement avec l'État¹¹⁵. Entendue strictement, pareille compétence universelle « pure » exigerait d'un État, par exemple, dont les autorités recevraient des informations crédibles concernant des crimes internationaux commis à l'étranger, d'enquêter à propos de tels crimes, y compris si les auteurs présumés ne sont pas des ressortissants de cet État et si aucun de ses ressortissants ne figure parmi les victimes ; et si l'enquête aboutit, à déclencher des poursuites contre les auteurs présumés, justifiant par exemple la délivrance d'un mandat d'arrêt international contre ces auteurs. Pareille obligation de compétence universelle « pure » n'existe pas en droit international¹¹⁶. Ainsi que le relève le président Guillaume dans son

114. Sur cette qualification par la commission d'enquête de l'Organisation internationale du travail, voy. ci-dessus, note 13.

115. La notion de « compétence universelle » est habituellement utilisée en doctrine afin de référer à la situation où une personne peut être poursuivie devant les tribunaux d'un État donné alors que ni l'accusé, ni les victimes ne sont des ressortissants de cet État, et que le crime a été commis sur le territoire d'un autre État. Voy. par ex. Menno T. KAMMINGA, « Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses », précité, ici pp. 941-942 (« *Under the principle of universal jurisdiction a State is entitled or even required to bring proceedings in respect of certain serious crimes, irrespective of the location of the crime, and irrespective of the nationality of the perpetrator or the victim* ») ; Cedric RYNGAERT, « Universal Criminal Jurisdiction over Torture: A State of Affairs After 20 Years UN Torture Convention », *Neth. Quarterly H.R.*, vol. 23/4 (2005), pp. 571-611, ici p. 571 ; Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford Univ. Press, 2003, p. 3 ; Mitsue INAZUMI, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, 2005, pp. 25-26. Cependant, cette définition large de la « compétence universelle » crée un risque de confusion, puisqu'elle ne distingue pas selon que l'accusé est ou non trouvé sur le territoire au moment de l'introduction de l'action publique ou au moment du jugement, en dépit des différences notables qui peuvent résulter de ces circonstances, notamment du point de vue du droit international. Ainsi que le relevaient les juges Higgins, Kooijmans et Burgenthal dans leur opinion individuelle commune jointe à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 14 février 2002 dans l'*Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la soi-disant « compétence universelle » exercée, par exemple, d'après le principe *aut dedere, aut judicare* figurant à l'article 5 de la convention de 1984 contre la torture, ne constitue en réalité rien d'autre qu'une modalité de l'exercice par l'État de sa compétence territoriale : « *this is really an obligatory territorial jurisdiction over persons, albeit in relation to acts committed elsewhere* » (paragraphe 41 de l'opinion individuelle commune).

116. On a parfois voulu déduire une telle obligation des termes des conventions de Genève du 12 août 1949. Les articles 49, 50, 129 et 146, respectivement, des quatre conventions de Genève, obligent les États à « rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves » (italiques ajoutées), ce qui justifierait une telle interprétation obligeant les États à poursuivre les auteurs d'infractions graves au droit pénal humanitaire y compris lorsqu'ils ne se trouvent pas sur le territoire de l'État. En ce sens, voy. Menno T. KAMMINGA, « Lessons Learned from the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offenses », précité, p. 949 et p. 954 ; ainsi que Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit international pénal. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 354-356. Au contraire, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de justice du 14 février 2002 dans l'*Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République ... / ...*

opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de justice du 14 février 2002 dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, l'examen des textes internationaux établissant le principe *aut dedere, aut judicare* aboutit à la conclusion que « aucun de ces textes n'a envisagé l'établissement d'une compétence juridictionnelle pour connaître d'infractions commises à l'étranger par des étrangers à l'encontre d'étrangers lorsque l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur le territoire de l'État intéressé. La compétence universelle par défaut est inconnue du droit international conventionnel »¹¹⁷. En même temps, de ce que le droit international n'impose aucune obligation de compétence universelle « pure », il ne se déduit nullement qu'il interdit l'exercice de pareille compétence extraterritoriale. Ainsi que l'illustre notamment l'affaire *Demjanjuk* – où Israël cherchait à obtenir des États-Unis l'extradition de Demjanjuk afin de le poursuivre en vertu de la Loi de 1950 sur les nazis et leurs collaborateurs sur la base de laquelle Eichmann avait déjà été poursuivi¹¹⁸ –, le caractère de *jus cogens* de ces normes pourrait justifier l'exercice de la compétence universelle, par tout État de la communauté internationale, y compris même en l'absence d'un quelconque facteur de rattachement avec l'État concerné. Tel est le principal argument en faveur de la licéité, au regard du droit international, de la compétence universelle exercée par les juridictions belges dans l'affaire *Total*. Mais afin de porter une appréciation sur l'exercice d'une compétence extraterritoriale dans les affaires *Unocal* et *Total* portées respectivement devant les tribunaux américains et français, il faut s'interroger plus largement sur ce que les États peuvent faire, en l'absence même d'une obligation de compétence universelle imposée par le droit international.

démocratique du Congo c. Belgique), le président Guillaume estime que ces dispositions « ne créent aucune obligation de recherche, d'arrestation ou de poursuite dans les cas où les personnes prévenues ne se trouvent pas sur le territoire de l'État concerné. Elles ne sauraient donc [...] fonder une compétence universelle par défaut » (§ 17). L'opinion séparée commune des juges Higgins, Kooijmans and Buerenthal admet que la question demeure controversée, mais ces juges relèvent néanmoins que les positions de Henzelin et Kamminga ne sont pas celles défendues dans le commentaire Pictet de 1952, qui fournit une interprétation particulièrement autorisée des conventions de Genève du 12 août 1949 (§ 31).

117. § 9.

118. Voy. *In the Matter of the Extradition of John Demjanjuk*, 612 F. Supp. 544, 558 (N.D. Ohio 1985). Voy. aussi *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F. 2d 571 (6th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1016, 106 S. Ct. 1198, 89 L. Ed. 2d 312 (1986), et la note de Monroe LEIGH, *AJIL*, vol. 80, n° 3 (juillet 1986), pp. 656-658. La cour d'appel du 6e circuit a considéré que, compte tenu du droit de chaque État d'exercer une compétence universelle sur les crimes commis contre le droit international et les crimes contre l'humanité, les États-Unis pouvaient faire droit à la demande d'extradition de Demjanjuk, soupçonné d'avoir été un gardien d'un camp de concentration, que la demande émane d'Israël ou de tout autre État. La cour d'appel estime que les actes commis par les nazis et leurs collaborateurs sont des crimes universellement réprouvés, de manière telle qu'en choisissant de contribuer à leur répression, tout État en fait agit pour compte de l'ensemble des nations (*[these] crimes are offences against the law of nations and against humanity and the prosecuting nation is acting for all nations*). Cependant, la cour d'appel prit soin de vérifier si la condition de double incrimination était remplie, c'est-à-dire si les crimes contre l'humanité, tels que définis dans la loi israélienne de 1950, correspondaient à des actes également punis dans le droit des États-Unis. En outre, les juridictions américaines n'ont pas uniquement pris appui sur le principe de la compétence universelle, mais également sur le principe de protection et sur le principe de la personnalité passive pour justifier l'exercice par Israël de sa compétence extraterritoriale, que la demande d'extradition faite aux États-Unis venait concrétiser. Voy. Rena Hozore REISS, « The Extradition of John Demjanjuk: War Crimes, Universality Jurisdiction, and the Political Offense Doctrine », *Cornell Int'l L. J.* 281, pp. 302-307 (1987). Le président Guillaume fait référence, dans son opinion individuelle séparée à l'arrêt du 14 février 2002, au « cas très particulier » que constitue en ce domaine l'État d'Israël, le seul État selon lui qui admet le principe de la compétence universelle par défaut, ou « pure » (§ 12).

C. L'extraterritorialité hors du domaine des crimes internationaux

Les termes du débat sont bien connus. Trois thèses, essentiellement, s'affrontent. Chacune de ces thèses exprime une position sur la liberté dont dispose l'État d'adopter des législations ayant une portée extraterritoriale, c'est-à-dire prétendant affecter des comportements posés sur le territoire d'un autre État. L'on présente brièvement chacune de ces thèses, avant de formuler quelques remarques qui visent à démontrer la spécificité de la situation où un État exerce une compétence extraterritoriale en vue de contribuer à la protection des droits de l'homme à l'étranger.

1. La thèse de la liberté d'exercer une compétence extraterritoriale

Une certaine partie de la doctrine estime que, tant qu'il ne prétend pas poser des actes matériels d'exécution sur le territoire d'un autre État sans le consentement de celui-ci, mais qu'il se borne à adopter des lois dont le champ d'applicabilité territorial excède son propre territoire, l'État exercerait simplement un élément de sa souveraineté. Le droit international n'imposerait aucune limite générale à l'exercice de pareille compétence extra-territoriale¹¹⁹. Dans l'opinion dissidente qu'elle a émise à la suite de 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 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la juge *ad hoc* Van den Wyngaert a résumé ce principe en énonçant que « la règle permissive ne s'applique qu'à la compétence normative, non à la compétence d'exécution : en l'absence d'interdiction, un État A peut engager des poursuites pour des crimes commis dans un État B (*règle permissive*), mais, en l'absence d'autorisation, un État A ne peut pas intervenir sur le territoire dudit État B »¹²⁰.

Cette doctrine prend appui sur le passage suivant de l'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale le 7 septembre 1927 dans l'affaire du *Lotus*, où elle affirme¹²¹ que :

« [L]a limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens la juridiction est certainement territoriale. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un État d'exercer dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne saurait être soutenu que si le droit international défendait d'une manière générale aux États d'atteindre par leur loi et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire et si par dérogation à cette règle prohibitive, il permettait aux États de se faire dans des cas spécialement déterminés. Or tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. *Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. La discrétion laissée par le droit international aux États explique la grande variété de*

119. P. Daillier et A. Pellet écrivent ainsi que le droit international « reconnaît aux États une compétence normative extra-territoriale ; il exclut en revanche toute compétence d'exécution extra-territoriale » (P. DAILLIER/A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e éd. 2002, p. 506).

120. Paragraphe 49 de l'opinion dissidente.

121. Cour permanente de justice internationale, Affaire du *Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 9, p. 19 (italiques ajoutées).

règles qui ont été adoptées sans objections ou plaintes de la part des autres États. Dans ces circonstances, tout ce que l'on peut demander à un État c'est qu'il ne dépasse pas les limites que le droit international met à ses compétences ».

La doctrine énonce ainsi à la suite de cet arrêt qu'« on ne saurait trouver dans le droit international en vigueur une règle limitant l'exercice d'une compétence extraterritoriale aussi longtemps que pareil exercice n'inclut pas l'accomplissement d'actes matériels de coercition en dehors du territoire de l'État auquel un tel acte est imputable »¹²². En France, le Conseil constitutionnel paraît en avoir tiré les conséquences lorsqu'il fut appelé à se prononcer sur les effets que serait susceptible d'entraîner, pour l'exercice de leurs compétences à l'étranger, les restrictions imposées aux conseils d'administration des sociétés ayant fait l'objet de décrets de nationalisation après 1981, estimant que « [l]es limites éventuellement rencontrées dans l'exercice [des compétences dévolues aux conseils d'administration des sociétés nationalisées] en dehors du territoire national constitueraient un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit le droit du législateur de régler les conditions dans lesquelles sont administrées les sociétés nationalisées »¹²³.

2. La thèse de la subordination de l'exercice d'une compétence extraterritoriale à l'existence d'un facteur de rattachement avec l'État

Pourtant le point de vue qu'on vient d'exposer présente d'évidentes limites. Il prend appui sur un passage de l'arrêt *Lotus* qui, comme chacun sait, constitue dans le contexte de cet arrêt un simple *obiter dictum*. En outre, l'attendu apparaît à un moment de la vie du droit international où la souveraineté étatique se trouve sans doute à son apogée ; la question de savoir si le principe de la liberté de l'État d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale subsiste peut être posée, compte tenu de l'évolution des rapports internationaux qui se sont progressivement éloignés de la conception anarchique qui dominait alors. Aussi bien, une autre partie de la doctrine estime, au contraire, que le principe de l'égalité souveraine des États implique qu'un État ne saurait en principe exercer une compétence normative extraterritoriale¹²⁴ sans que se présente un lien de rattachement de la situation régie avec l'État¹²⁵. Cette tendance, qui paraît avoir été influencée par la notion de « rattachement effectif » propre au droit international privé¹²⁶,

122. Fr. RIGAUX, « Communication sur l'avancement des travaux de la 19^e Commission : La compétence extraterritoriale des États », A.I.D.I., Session de Strasbourg, 1997, vol. 67-II, pp. 34-35.

123. Conseil const. fr., décisions des 16 janvier et 11 février 1982, *Rec.*, p. 18 et 31. Le lien entre la doctrine de l'affaire du *Lotus* et cette prise de position du Conseil constitutionnel français est proposé par P. DAILLER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^e éd. 2002, p. 506.

124. L'expression doit s'entendre ici au sens large comme incluant les hypothèses A2 et B2 de la table présentée ci-dessus.

125. Cette perspective orthodoxe est celle que résume le président de la Cour internationale de justice, le juge G. Guillaume, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu par la Cour le 14 février 2002 : « Dans le droit classique, un État ne peut normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que si le délinquant, ou à la rigueur la victime, a la nationalité de cet État ou si le crime porte atteinte à sa sûreté intérieure ou extérieure. Les États demeurent d'ordinaire incompétents pour connaître d'infractions commises à l'étranger entre étrangers » (§ 4).

126. Cour internationale de justice, arrêt du 6 avril 1955, Affaire *Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala)* (2^e phase), *Rec.* 1955, p. 4. Confrontée à un cas de double nationalité dans cette affaire, la Cour internationale de justice affirme que, si chaque État peut déterminer les règles d'attribution de sa propre nationalité, néanmoins l'opposabilité de celle-ci dans des cas individuels pourra être subordonnée à la reconnaissance de la nationalité la plus « effective » : « un État ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre État que s'il s'est conformé [au] but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État » (p. 23). L'analogie est la suivante : de même que la liberté reconnue à chaque État de déterminer les conditions auxquelles il octroie sa nationalité n'implique pas qu'en l'absence d'un rattachement .../...

aboutit à considérer que l'État ne saurait prétendre régir une situation donnée, lorsque celle-ci se situe à l'extérieur de son territoire, que dans un nombre restreint d'hypothèses. Parmi les situations qui peuvent éventuellement justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale, deux retiennent l'attention ici ¹²⁷.

a) *La doctrine des « effets »*

Premièrement, un État peut vouloir régler, par l'adoption d'une législation extraterritoriale, des activités qui sont de nature à produire un effet direct, substantiel, et prévisible sur son territoire national. Le *Restatement of Foreign Relations Law* préparé par l'American Law Institute ¹²⁸ dit ainsi qu'un État a la compétence de régler des comportements posés à l'extérieur de son territoire qui ont ou visent à produire un effet substantiel sur son territoire, pourvu que l'exercice de cette compétence soit raisonnable ¹²⁹. Comme la Cour d'appel pour le 2^e circuit l'a noté en 1945 dans la célèbre affaire « *Alcoa* », « [...] it is settled law [...] that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the State reprehends ; and these liabilities other States will ordinarily recognize » ¹³⁰. Bien que la doctrine ait subi un certain nombre d'évolutions depuis sa formulation initiale ¹³¹, et bien qu'elle ait été critiquée à peu près autant qu'elle est invoquée ¹³²,

effectif de l'individu à cet État, les autres États soient tenus de reconnaître les conséquences qu'il prétend en faire découler, notamment aux fins de l'exercice de la protection diplomatique, de même la liberté de principe que l'on reconnaît à chaque État de déterminer le domaine d'application de ses lois ne signifie pas que les autres États doivent en admettre les modalités d'exercice, notamment en matière de coopération judiciaire, qui ne tiendraient aucun compte de l'existence ou non d'un lien de rattachement effectif à l'État de la situation que celui-ci prétend régler par les lois qu'il édicte.

127. Il est admis, en outre, que peut justifier l'exercice par un État de sa compétence extraterritoriale le souci de poursuivre une infraction qui porte atteinte à un intérêt propre de l'État, notamment à sa sûreté ou à sa monnaie ou ses marques officielles, c'est-à-dire la « foi publique » (principe de protection). Ce cas de figure est cependant sans lien avec les problématiques abordées dans ce commentaire.

128. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, 2 vol., St Paul, American Law Institute (1987).

129. « [A State] has jurisdiction to prescribe law with respect to (...) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory, [however] a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable » (Section 402(1)(c) et Section 403(1)).

130. *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416, 443 (2nd Cir. 1945).

131. Voy. Frederick A. MANN, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *Recueil des cours de l'Académie du droit international*, 1984-III, vol. 186, pp. 30-31 ; Andreas F. LÖWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 20-28. Voy. notamment en jurisprudence, *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993) (« the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States ») ; ou, plus récemment, *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 123 S. Ct. 2359 (2004).

132. La doctrine des « effets » a été invoquée explicitement par le Congrès fédéral des États-Unis lorsqu'il adopta le Helms-Burton Act en 1996, législation qui visait à imposer un régime de sanctions économiques contre Cuba et favoriser l'évolution de ce pays vers la démocratie (*Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996* (Codified in Title 22, Sections 6021-6091 of the U.S. Code) P.L. 104-114). Une des dispositions de cette législation permet aux ressortissants des États-Unis ayant subi une expropriation à la suite de la révolution de 1959 d'obtenir réparation contre toute personne physique ou morale se rendant coupable de « trafic » de pareille « propriété confisquée » ; une autre disposition permet au secrétaire d'État de refuser tout visa aux personnes s'étant livrées à pareil trafic, ainsi qu'à tout dirigeant, ou actionnaire exerçant un pouvoir de contrôle, d'une entité impliquée dans pareille confiscation de propriété ou dans le trafic de propriété confisquée (voy. sect. 302 du *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act (Liability for trafficking in confiscated property claimed by United States nationals)*, située sous le titre III de cette législation (*Protection of Property Rights of United States Nationals*) ; en outre, le titre IV de la loi prévoit dans ce même contexte l'exclusion de certains étrangers des États-Unis). La littérature portant sur la loi Helms-Burton est considérable. Les études les plus pertinentes sur la question spécifique de l'extraterritorialité sont Andreas F. LÖWENFELD, .../...

elle n'a jamais été formellement abandonnée¹³³. Certains auteurs considèrent même que cette doctrine a été revitalisée lorsque la Cour de justice des Communautés européennes a utilisé un raisonnement qui semble s'en inspirer afin de justifier l'application du droit communautaire de la concurrence à des sociétés étrangères, dont les pratiques sont susceptibles d'affecter le fonctionnement du marché intérieur¹³⁴. Quoiqu'il en soit de l'adhésion qu'elle recueille, la doctrine des « effets », encore appelée de « territorialité objective », doit être envisagée avec prudence, en tout cas lorsqu'il est proposé de l'étendre au-delà du droit de la concurrence où son invocation est devenue coutumière. Ainsi que l'a bien noté P. M. Roth, compte tenu du caractère parfois très indirect et général des effets économiques que peut produire sur le territoire d'un État un comportement posé à l'étranger, l'invocation de cette base afin de justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale pourrait souvent constituer l'alibi d'ingérences injustifiées dans les affaires intérieures d'autres États¹³⁵.

b) *Le principe de la personnalité active et passive*

Deuxièmement, l'exercice par un État de sa compétence extraterritoriale est justifié lorsque l'auteur de l'infraction ou, dans le droit de la responsabilité civile, de la faute, a la nationalité de cet État (compétence personnelle dite « active »), ou lorsque la victime a cette nationalité (compétence personnelle dite « passive »). Le principe ne prête pas à discussion. Il suffit à faire échapper à tout soupçon d'illégalité au regard du droit international la procédure lancée devant les juridictions françaises contre MM. Desmarest et Madeo, qui sont l'un et l'autre de nationalité

« Congress and Cuba : The Helms-Burton Act », *AJIL*, vol. 90 (1996), pp. 419-434, et la réplique de Brice M. CLAGETT, « Title III of the Helms-Burton Act is consistent with international law », *AJIL*, vol. 90 (1996), pp. 434-440 ; August REINISCH, « A Few Public International Law Comments on the Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 », *EJIL/JEDI*, 1996-4, vol. 7, p. 55 ; J. L. SNYDER/S. AGOSTINI, « New U.S. Legislation to Deter Investment in Cuba », *Journal of World Trade*, 1996, vol. 30, No. 3, pp. 37-44 ; Brigitte STERN, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *RGDIP*, 1996, pp. 979-1003 ; L. WEERTS/D. CHAÏBI, « Le Titre III de la législation Helms-Burton et le droit international », *précité*, pp. 99-132. La justification de l'extraterritorialité de la loi Helms-Burton par la doctrine des effets a été fortement critiquée, en particulier, par Andreas F. Lowenfeld, aux pp. 430-432 de son étude précitée ; ainsi que par Brigitte STERN, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », aux pages 992-995 de son étude précitée.

133. Pour une comparaison des positions adoptées respectivement par les États-Unis par la Communauté européenne sur cette question, voy. Brigitte STERN, « L'extraterritorialité revisitée, où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres », étude citée (note 88), ici pp. 251-252.

134. Andreas LÖWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, précité, pp. 33-41 ; Derek W. BOWETT, « Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources », précité, p. 7. Dans leur opinion séparée commune jointe à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), les juges Higgins, Kooijmans, et Buergenthal paraissent partager cette interprétation de l'évolution du droit de la Communauté européenne. Les affaires *ICI* et « *Pâte de bois* » sont généralement considérés comme inaugurant cette pratique, devenue aujourd'hui banale, de l'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence (voy. CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, aff. 48/69, *Rec.*, p. 619, §§ 125-130 ; et CJCE, 27 septembre 1988, affaire « *Pâte de bois* », aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117, 125 à 129/85, *Rec.*, p. 5193). Cependant, les arrêts rendus dans les affaires *Walrave et Koch* (arrêt du 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. Association Union Cycliste Internationale et autres*, aff. 36/74, *Rec.*, p. 1405, § 28) et *Béguelin* (arrêt du 25 novembre 1971, *Béguelin Import/G.L. Import Export*, aff. 22/71, *Rec.*, p. 949, § 11) avaient déjà montré la voie.

135. P.M. ROTH, « Reasonable Extraterritoriality : Correcting the "Balance of Interests" », 41 *ICLQ* 267 (1992), p. 285 (« as economic effects can be remote and general, an unlimited acceptance of extraterritorial jurisdiction based on economic effects could clearly lead to extensive interference in the internal affairs of other States »).

française. Il permet également de justifier que les États-Unis reconnaissent à leurs juridictions la compétence de recevoir des actions civiles en réparation dirigées contre MM. John Imle et Roger Beach, respectivement président et CEO de Unocal, et ayant l'un et l'autre joué un rôle actif dans la décision d'investir en Birmanie ainsi que dans le choix de demeurer partenaires dans le projet après que les premiers signaux d'alerte aient été tirés.

Plus délicate est l'invocation du principe de la personnalité active afin de justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale sur les activités des sociétés transnationales. Bien que, dans les affaires *Unocal* et *Total*, cette justification n'ait pas à être mise en avant¹³⁶, la justification de l'extraterritorialité sur cette base peut être particulièrement utile, particulièrement en matière pénale. Traditionnellement – s'agissant des personnes physiques –, le principe de la personnalité active comme base d'exercice d'une compétence extraterritoriale se fonde sur l'idée que, un État se refusant en général à extraditer ses propres nationaux, il lui revient d'assurer à la place de l'État où le délit a été commis la répression que ce dernier État est incapable d'exercer une fois que l'étranger a quitté son territoire. Or les personnes morales ne sont par définition pas extradables. Cela entraîne que dans certains cas, il ne sera pas possible à l'État territorial, où des entreprises se sont rendues coupables de délits, de les poursuivre, en vue d'imposer des sanctions telles que la confiscation de leurs biens ou des amendes, voire la dissolution. Qu'une telle possibilité existe ou non dépendra de la question de savoir si l'État en cause admet ou non le principe de poursuites ou de jugements par défaut, et dans la négative, comment l'exigence d'une « présence » de l'accusé sur le territoire est interprétée à propos des personnes morales. En outre, même si un État devait aller jusqu'à prononcer une condamnation pénale contre une entreprise étrangère s'étant rendue coupable ou complice sur son territoire d'une infraction, le faible degré de développement de la coopération judiciaire pénale au plan international, rendue plus difficile encore ici par la disparité des approches des États sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales, entraîne que même si les juridictions de l'État d'accueil condamnent la société étrangère pour des délits qu'elle aurait commis dans cet État, pareille condamnation sera difficile à faire reconnaître et exécuter par l'État d'origine¹³⁷. Dès lors, en adoptant des lois destinées à régir les comportements des entreprises ayant sa « nationalité » partout où elles opèrent, l'État d'origine contribue à garantir l'efficacité des lois répressives de l'État d'accueil, que celui-ci serait par lui-même incapable de garantir.

Encore l'invocation du principe de la personnalité active pour justifier l'exercice, par leur État d'origine, d'une compétence extraterritoriale à l'égard des sociétés transnationales, doit-elle rencontrer le problème de la détermination de la nationalité des personnes morales. Pas plus qu'en ce qui concerne les personnes physiques, le droit international ne fournit un critère exclusif de détermination de la nationalité des personnes morales¹³⁸. Ceci pourrait entraîner le risque qu'un

136. Dans les deux affaires où était en cause la responsabilité de personnes morales (*Unocal Corp.* devant les juridictions américaines et la *S.A. Total* devant les juridictions belges), cette question ne s'est pas posée, les législations sur lesquelles se fondait la compétence extraterritoriale desdites juridictions ne justifiant pas celle-ci au départ de la nationalité des défendeurs.

137. Ceci est vrai même parmi les États de l'Union européenne : en dépit du degré très élevé de coopération judiciaire pénale entre ces États, les seules sanctions pénales dont l'exécution sera assurée par un État autre que celui qui les aura prononcées sont les sanctions de nature financière (voy. la décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005 sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle à l'égard des sanctions financières, *JO L 76* du 22.3.2005, p. 16).

138. *Compétence pénale extraterritoriale*, rapport préparé par le comité d'experts *ad hoc* sur la compétence extraterritoriale (PC-R-EJ), mis sur pied par le comité européen des problèmes criminels (CDPC), Conseil de l'Europe, 1990, p. 13.

État étende le champ de sa compétence extraterritoriale fondée sur le principe de la personnalité active (ou, d'ailleurs, passive), par l'utilisation d'un critère de nationalité relativement peu exigeant¹³⁹. Ce problème n'est cependant pas insurmontable. S'agissant des personnes physiques, tout en laissant chaque État déterminer librement les conditions d'octroi de sa nationalité, le droit international a pu trouver des solutions aux risques d'abus de la part des États, par exemple lorsqu'ils invoquent le lien de nationalité aux fins de l'exercice de la protection diplomatique¹⁴⁰. Cette logique dissocie la liberté de l'État de déterminer qui est son national de l'obligation pour les autres États de reconnaître les conséquences qu'il prétend attacher à cette détermination. Une même logique devrait présider à la détermination de la « nationalité » des personnes morales. Les États demeurent libres de déterminer quelles sociétés ils considéreront comme ayant leur « nationalité », la seule obligation qui leur est imposée à ce propos étant qu'ils aient recours à des critères suffisamment clairs et précis, exigence qui découle, en matière pénale, du principe de légalité. En pratique, les mêmes États ont d'ailleurs tendance à recourir à plusieurs critères de détermination de la « nationalité » des personnes morales, selon la nature des législations dont ils cherchent à justifier l'application extraterritoriale¹⁴¹. Mais les conséquences qui s'attachent au choix que fait à cet égard l'État ne devraient s'imposer aux autres États que si les critères auxquels il recourt ne sont pas arbitraires, et sont fondés sur une des bases généralement acceptées de détermination de la nationalité. Parmi ces bases généralement acceptées, figurent le lieu d'enregistrement, le principal lieu d'établissement, ou le lieu où se situe le centre d'activités. La question de savoir si la détermination de la nationalité peut découler de la nationalité des actionnaires est plus controversée. L'arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale de justice paraît l'exclure, en tout cas aux fins de l'exercice de la protection diplomatique¹⁴². Mais la Cour avait elle-même admis, dans cet arrêt, que la levée du voile social, permettant de surmonter la division des personnalités juridiques entre l'entreprise et ses actionnaires, pouvait s'envisager dans certaines circonstances, à l'instar de ce qui a lieu en droit national¹⁴³. La question s'est posée en outre, dès le lendemain de l'arrêt, de savoir si son enseignement devait s'étendre au-delà de la question des conditions d'exercice de la protection diplomatique, compte tenu en particulier des mécanismes destinés à protéger les investisseurs étrangers en droit international, où ce qui est importé est bien la nationalité des investisseurs, et non pas celle des entreprises dans lesquelles ils ont investi¹⁴⁴. Et la pratique actuelle,

139. *Ibid.*, p. 28. Sur la liberté des États de déterminer les critères auxquels l'octroi de leur nationalité à des personnes morales est subordonné, voy. aussi A. FATOUROS, « National Legal Persons in International Law », in : R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, 5 vols., Amsterdam, North Holland, 1997, vol. III, p. 495. A propos de la matérialisation dudit risque dans la pratique des États-Unis, voy. YITZHAK HADARI, « The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprises », 1974 *Duke L.J.* 1, ici p. 16.

140. Cour internationale de justice, arrêt du 6 avril 1955, affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (deuxième phase : fond), *Rec.*, p. 4 (exigence d'un rattachement effectif). Voy. ci-dessus, note 126.

141. Ainsi par exemple, aux États-Unis, alors que le critère habituel de la détermination de la nationalité de la personne morale est le lieu d'enregistrement, un test dit de « contrôle », définissant la nationalité de la personne morale à partir de celle de ses propriétaires – les actionnaires dans une société par actions – est utilisé dans d'autres cas, notamment en matière fiscale. Voy. généralement LINDA A. MABRY, « Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Nationality », *Geo. L. J.*, vol. 87 (1999), p. 563.

142. Cour internationale de justice, arrêt du 5 février 1970 (deuxième phase – fond), *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgique c. Espagne)*, *Rec.*, 1970, p. 3, ici p. 184.

143. *Ibid.*, pp. 38-39.

144. Stanley D. METZGER, « Nationality of Corporate Investment Under Investment Guaranty Schemes-The Relevance of Barcelona Traction », *AJIL* 532 (1971).

particulièrement dans le droit de l'investissement international, paraît pouvoir s'interpréter comme traduisant une tolérance plus grande aujourd'hui que par le passé pour les États prétendant justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale en vue de protéger les intérêts de leurs nationaux ayant investi à l'étranger, y compris lorsque ces investissements ont pris la forme de l'acquisition de parts sociales dans des entreprises ayant la nationalité de l'État d'accueil, voire – comme c'était le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction* – d'un État tiers.

La liberté dont dispose l'État dans le choix des critères de détermination de la « nationalité » des personnes morales signifie-t-il qu'il peut, prenant appui sur une conception large de la nationalité, justifier l'extraterritorialité des lois qu'il prend par le principe de la personnalité active ? C'est une possibilité. L'État d'origine d'une entreprise transnationale pourra être tenté d'étendre par ce canal le domaine d'application des normes qu'il édicte, en en imposant le respect à toute société appartenant à cette entreprise, où qu'elle opère. La cible est alors le groupe de sociétés composant l'entreprise transnationale, indépendamment du lieu d'enregistrement de chacune des sociétés composant le groupe, ou du fait que le centre d'activités de ces sociétés ou leur principal établissement se situent à l'étranger. Bien que pareille forme d'extraterritorialité puisse, à la rigueur, prétendre se fonder sur le principe de la personnalité active au nom d'une conception très large de la « nationalité », l'empiètement sur la souveraineté de l'État territorial est réel, puisque l'État d'origine de l'entreprise transnationale, en réalité, prétend édicter des normes obligatoires pour des sociétés qui, bien que membres du groupe transnational, ont des liens plus effectifs avec un autre État – un État qui peut les considérer comme ayant sa « nationalité », par exemple parce qu'elles y sont enregistrées, ou y ont leur siège ou leur principal établissement ¹⁴⁵.

Une autre possibilité est cependant, pour l'État d'origine de l'entreprise transnationale, de ne viser au sein de celle-ci que la société mère, qui a sa nationalité, tout en lui imposant une obligation de contrôler les sociétés qui, au sein du groupe entier, se trouvent sous sa dépendance – ses filiales, bien entendu, mais parfois aussi ses fournisseurs ou sous-traitants. Un premier avantage de cette approche est qu'au lieu d'être incitée à se désintéresser des actes de ses filiales,

145. Par exemple, l'*American with Disabilities Act 1990* – une législation fédérale interdisant la discrimination fondée sur le handicap – s'applique non seulement aux entreprises enregistrées aux États-Unis, qui sont considérées comme de « nationalité » américaine, mais encore à toute entreprise « contrôlée » par elles, y compris de droit étranger : « *If an employer controls a corporation whose place of incorporation is a foreign country, any practice that constitutes discrimination under this section and is engaged in by such corporation shall be presumed to be engaged in by such employer* » (Pub. L. 101-336, title I, § 102, 26 juillet 1990, 104 Stat. 331 ; amendée par Pub. L. 102-166, title I, § 109(b)(2), 21 novembre 1991, 105 Stat. 1077 ; à présent codifiée sous 42 U.S.C. § 12112 (c)(2)(A) (1994)). La législation ne s'applique cependant pas aux entreprises étrangères qui ne sont pas contrôlées de manière décisive par une entreprise domiciliée aux États-Unis (« *[this section does not apply to] the foreign operations of an employer that is a foreign person not controlled by an American employer* ») (42 U.S.C. § 12112 (c)(2)(B) (1994)). La notion de « contrôle » justifiant l'extension de l'applicabilité de la loi est définie au départ de quatre facteurs combinés, qui sont l'intégration des opérations des deux entreprises (*the interrelation of operations*) ; l'existence d'une direction commune ; le gestion centralisée du personnel ; et le fait que les propriétaires de l'entreprise américaine soient également les propriétaires de l'entreprise étrangère (*common ownership or financial control*) (42 U.S.C. § 12112 (c)(2)(C) (1994)). On retrouve une même technique s'agissant de déterminer le champ d'applicabilité personnel du Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, qui interdit les discriminations fondées sur la « race » dans les relations d'emploi, bien qu'un amendement de 1991 ait restreint la protection de cette législation, s'agissant des entreprises domiciliées à l'étranger qui sont « contrôlées » par une société américaine, aux seuls employés de nationalité américaine (Pub. L. 88-352 (Title VII), 42 U.S.C. § 2000e et ss., tels qu'amendés par le Civil Rights Act 1991 (Pub. L. 102-166)). Voy. Ph. I. BLUMBERG, « Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity », 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 24 (2001), p. 297, ici pp. 313-315.

en raison de ce qu'un contrôle trop étroit sur les activités de celles-ci risquerait de favoriser le levée du voile social en faisant apparaître l'autonomie de décision de la filiale comme purement fictive – la responsabilité de la société mère pouvant alors être engagée par les comportements de sa filiale¹⁴⁶ –, la société mère serait incitée à exercer une surveillance rigoureuse de ses filiales, ceci constituant dans son chef une obligation légale et sa responsabilité n'étant engagée, en pareil cas, que si les mécanismes de surveillance qu'elle a mis en place s'avèrent déficients¹⁴⁷. Mais un second avantage de cette façon de concevoir la réglementation des activités des entreprises transnationales réside en ce qu'il sera plus aisé, pour l'État d'origine, d'échapper au reproche de violer le principe de l'égalité souveraine des États, en prétendant imposer le respect de ses législations à des situations localisées sur le territoire d'un autre État. Car en pareil cas, aucune question d'extraterritorialité ne se pose véritablement : un État légifère, à propos des comportements des entreprises qui ont sa nationalité, par exemple parce qu'elles sont enregistrées sous ses lois ; parmi les obligations qu'il leur impose, figure celle de veiller au respect de certaines normes de comportement dans l'ensemble du groupe de sociétés que l'entreprise coordonne, et dirige ; aucune obligation n'est directement imposée à une société étrangère, et si la société étrangère est affectée par l'adoption de pareilles réglementations, c'est uniquement parce que la société mère respecte les obligations que lui impose la législation de son État d'origine. De même que les sociétés transnationales sont parfois tentées de s'abriter derrière le « voile social » pour limiter l'étendue de leur responsabilité lorsque sont en cause les comportements de leurs filiales, de même ici, les États prennent appui sur l'existence de personnalités juridiques distinctes au sein du groupe de sociétés – fiction juridique sans rapport avec la réalité économique –,

146. Sur ce risque, voy. A.J. NATALE, « Expansion of Parent Corporate Shareholder Liability through the Good Samaritan Doctrine: A Parent Corporation's Duty to Provide a Safe Workplace for Employees of its Subsidiary », *Univ. of Cincinnati L. Rev.*, vol. 57 (1988), p. 717, ici p. 736 ; et J. CASSELS, « Outlaws: Multinational Corporations and Catastrophic Law », *Cumberland L. Rev.*, vol. 31 (2000), p. 311, ici p. 326. Ainsi que l'exprime Sarah Joseph, lorsque la responsabilité de la société mère peut se trouver engagée en raison de ses actes (et notamment des initiatives qu'elle prend dans la gestion de ses filiales) plutôt que de ses omissions, « parents will be discouraged from intervening in their subsidiary's operations, even though they may have superior knowledge and technical expertise. Alternatively, parent companies might maintain "strategic control" but avoid responsibility by delegating operational matters, which are more likely to give rise to tortious consequences » (S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publ., Oxford – Portland Oregon, 2004, p. 134).

147. Une comparaison entre deux affaires connues permet d'éclairer les enjeux de ce choix. Dans l'affaire *Rio Tinto* (*Connelly v. RTZ Corporation plc and Others* [1997] UKHL 30 ; [1998] AC 854 ; [1997] 4 All ER 335 ; [1997] 3 WLR 373 (24 juillet 1997)), il était reproché à la société défenderesse d'avoir en fait dirigé la politique de sa filiale namibienne en matière de santé et sécurité au travail, cette politique ayant conduit à exposer le demandeur, selon lui, à des graves risques pour sa santé. Au contraire, dans l'affaire *Lubbe et autres c. Cape plc*, à laquelle la Chambre des Lords fut confrontée trois années après s'être prononcée dans l'affaire *Rio Tinto*, il était reproché à la société mère, domiciliée au Royaume-Uni, de n'avoir pas exercé un contrôle suffisant sur les comportements de sa filiale, à laquelle il était reproché d'avoir exposé les demandeurs à de l'amiante. Ainsi que l'a relevé Lord Bingham de Cornhill dans la décision de la Chambre des Lords : « the central thrust of the claims made by each of the plaintiffs is not against the defendant as the employer of that plaintiff or as the occupier of the factory where that plaintiff worked, or as the immediate source of the contamination in the area where that plaintiff lived. Rather, the claim is made against the defendant as a parent company which, knowing (so it is said) that exposure to asbestos was gravely injurious to health, failed to take proper steps to ensure that proper working practices were followed and proper safety precautions observed throughout the group. In this way, it is alleged, the defendant breached a duty of care which it owed to those working for its subsidiaries or living in the area of their operations (with the result that the plaintiffs thereby suffered personal injury and loss) » (*Lubbe and 4 Others v. Cape plc*, [2000] 1 W.L.R. 1545 (H.L.)). Dans ce second cas de figure, afin d'échapper à sa responsabilité pour omission (ou défaut de vigilance), la société mère doit s'intéresser aux comportements de sa filiale plutôt que de s'en désintéresser ; s'immiscer dans sa gestion, plutôt que de lui abandonner une large autonomie décisionnelle.

pour aboutir en fait à une extraterritorialité de leurs lois qu'ils prétendent ne pas exercer en droit.

3. Le critère du « raisonnable » dans l'exercice de la compétence extraterritoriale

On vient d'évoquer les différents facteurs de rattachement qu'un État pouvait mettre en avant afin de justifier l'exercice d'une compétence normative extraterritoriale ; et si l'on s'est attardé sur le principe de personnalité active, c'est en raison de l'intérêt que présente cette piste pour l'avenir : lorsque l'État territorial manque à son obligation de protéger les droits de l'homme sous sa juridiction, que cela soit par défaut de moyens ou par manque de volonté politique, il peut être demandé à l'État d'origine de l'entreprise transnationale que celui-ci assume une responsabilité de contrôle des activités de cette entreprise, soit en se fondant sur le principe de la personnalité active pour justifier l'exercice de la compétence extraterritoriale, soit – et cela peut constituer une autre voie, au moins aussi satisfaisante – en imposant à la société mère du groupe multinational qu'elle exerce une surveillance sur l'ensemble des entités membres du groupe. Cependant, qu'il faille à un État disposer d'un titre positif de compétence afin de pouvoir prétendre exercer une compétence extraterritoriale – donc afin d'affecter, par les lois qu'il édicte et dont il prétend assurer l'application, des situations localisées à l'extérieur de son territoire – cela demeure toujours controversé.

Une partie importante de la doctrine se situe en effet dans une position qui n'est assimilable ni à l'affirmation d'une liberté de principe de l'État d'exercer une compétence extraterritoriale ni au repli formaliste sur un catalogue des facteurs de rattachement pouvant justifier l'exercice de l'extraterritorialité. Cette troisième position exige de l'État qu'il fasse un usage « raisonnable », ou attentif à l'ensemble des intérêts en présence, de cette modalité d'exercice de sa souveraineté¹⁴⁸. Cette position elle-même peut être déclinée de plusieurs façons. L'on peut soutenir par exemple que, à moins que l'un des facteurs de rattachement précités soit présent et que l'État en a fait un usage raisonnable, l'exercice de la compétence extraterritoriale devrait être prohibé, car elle constituerait une atteinte à la souveraineté des autres États, en particulier de l'État territorial. L'on peut aussi estimer que les bases précitées, permettant de justifier l'exercice de la compétence extraterritoriale, ne constituent que des exemples spécifiques d'un principe plus large, d'après lequel un État ne saurait exercer une compétence extraterritoriale que s'il existe un lien « raisonnable » entre cet État et la situation qu'il prétend affecter : en l'absence d'un tel lien – et à moins que l'État prétende fonder l'exercice de la compétence extraterritoriale sur le principe de la compétence universelle – l'exercice de pareille compétence ne saurait être admise. Enfin, une troisième position serait que l'État demeure libre d'exercer une compétence extraterritoriale, à moins que ceci ne conduise à exercer sur l'État territorial une forme de pression telle que cela équivaudrait à une ingérence dans ses affaires intérieures.

148. Voy. notamment : Frederick A. MANN, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, 1964-I, vol. 111, pp. 43-51 ; E. JIMENEZ DE ARECHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », *RCADI*, 1978-I, vol. 159, p. 182 ; ou Linos-Alexandre SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1992, p. 92 ; ainsi que les sources citées par Laurence WEERTS et Dominique CHAÏBI, « Le titre III de la législation Helms-Burton et le droit international », *RBDI*, 1997/1, p. 99, ici p. 104, note 24.

4. Évaluation critique

Sans qu'il puisse être question ici de vider la controverse – sur laquelle la Cour internationale de justice va devoir à nouveau se pencher dans l'affaire concernant *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, actuellement pendante – on se bornera ici à rapporter ces controverses à la question de l'exercice par l'État d'une compétence extraterritoriale en vue de contribuer au respect des droits de l'homme dans des situations qui se sont déroulées à l'extérieur de son territoire national, y compris lorsque ces situations n'impliquent pas ses ressortissants, ni au titre d'auteurs, ni au titre de victimes. Il faut relever en effet que la compétence extraterritoriale exercée à cette fin ne sert pas principalement les intérêts de l'État qui choisit d'exercer pareille compétence, en adoptant des lois ayant une portée extraterritoriale et en reconnaissant à ses juridictions la compétence d'en faire application à des situations s'étant déroulées en territoire étranger. Au contraire, au même titre que l'exercice de la compétence dite « universelle »¹⁴⁹ en matière de crimes internationaux ou que l'exercice de la compétence extraterritoriale en matière pénale lorsque celle-ci se combine avec l'exigence de la double incrimination (ce qui revient pour l'État exerçant une compétence extraterritoriale à contribuer à l'efficacité de la loi pénale de l'État *loci delicti*), l'État qui exerce une compétence extraterritoriale en vue de contribuer au respect universel des droits de l'homme internationalement reconnus s'inscrit dans une forme de solidarité internationale : quels que soient les motifs qu'a l'État territorial de ne pas garantir le respect des droits de l'homme sur son territoire – que ceci s'explique par la faiblesse de ses moyens, par la corruption de ses élites gouvernementales, ou par son absence de volonté politique – le fait pour un État étranger de contribuer, par l'adoption d'une législation ayant une portée extraterritoriale, à créer des voies de recours susceptibles de bénéficier aux victimes des violations des droits de l'homme qui s'y trouvent commises, ou de permettre que des poursuites soient entamées contre les responsables de telles violations, peut être présenté comme une manière de faciliter le respect, par l'État territorialement compétent, des obligations qui lui sont imposées en vertu du droit international des droits de l'homme.

Que cette justification, puisée au caractère universel des droits de l'homme internationalement reconnus, puisse à l'occasion être instrumentalisée, nul n'en doute : la législation Helms-Burton en constitue un exemple classique¹⁵⁰. Qu'elle suppose un degré suffisant de consensus au sein de la communauté internationale sur la signification même des droits de l'homme universellement reconnus, peut également constituer un obstacle. Mais le principe même, d'après lequel l'extraterritorialité exercée en vue de la promotion de ces droits de l'homme ne saurait se confondre simplement avec l'extraterritorialité exercée dans l'intérêt exclusif de l'État qui y recourt, paraît solidement établi. Cette distinction tenait une place centrale, notamment dans les travaux du comité *ad hoc* d'experts sur la compétence extraterritoriale mis sur pied au sein du Conseil de l'Europe par le Comité européen sur les problèmes criminels, et qu'a assistés la professeure Rosalyn Higgins¹⁵¹. Lorsque l'extraterritorialité constitue une manifestation de la solidarité internationale, elle devrait bénéficier d'une présomption de licéité en

149. Sur les ambiguïtés de cette expression, voy. cependant ci-dessus, note 115.

150. Sur cette législation, voy. ci-dessus, note 132.

151. Rapport précité (note 138), aux pp. 25-30 du rapport.

droit international, bien que les risques de conflit avec le droit de l'État territorial devraient naturellement, autant que possible, être minimisés.

Tout État a un intérêt légitime au respect universel des droits de l'homme, par l'ensemble des autres États. Les obligations des États qui « découlent [...], dans le droit international contemporain, [...] des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine », constituent des « obligations *erga omnes* [qui] concernent tous les États »¹⁵² : si la formule célèbre de la Cour internationale de justice a donné lieu à bien des interprétations abusives de la part de la doctrine, plus soucieuse en général d'en combler les silences que d'en situer le contexte¹⁵³, elle signifie, au minimum, que les mesures que prend un État afin de contribuer au respect des droits de l'homme dans des situations se déroulant sur le territoire d'un autre État ne sauraient être assimilées à des mesures où il a en vue son intérêt propre et exclusif, compte tenu de ce qu'il a un intérêt légitime au respect, par l'ensemble des États de la communauté internationale, de leurs obligations en matière de droits de l'homme.

Pas davantage l'exercice par un État de sa compétence extraterritoriale en vue de contribuer à la protection des droits de l'homme sur le territoire d'un État étranger ne paraît-elle pouvoir être dénoncée comme une ingérence dans les affaires intérieures de ce dernier État. Les droits de l'homme ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'État territorial. Le principe de non-intervention interdit à tout État d'intervenir dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État, mais ceci uniquement dans les matières où cet État peut, conformément au principe de souveraineté, se déterminer librement¹⁵⁴ : les droits de l'homme n'en relèvent pas. En outre, l'intervention, au sens prohibé par le droit international, suppose qu'une contrainte soit exercée contre un autre État. Mais il est permis de se demander si pareille contrainte existe véritablement, du seul fait de l'adoption, par un État étranger, d'une législation ayant une portée extraterritoriale, que ses juridictions ont la compétence d'appliquer : Pierre Mayer pour sa part relève qu'en l'absence d'une compétence extraterritoriale d'exécution, pareille législation ne saurait en tout état de cause produire d'effet au sein de l'État concerné qu'avec le consentement de celui-ci¹⁵⁵.

152. Cour internationale de justice, arrêt du 5 février 1970 (deuxième phase – fond), *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgique c. Espagne)*, *Rec.*, 1970, p. 3, ici p. 32, §§ 33-34.

153. Pour des discussions approfondies, voy. Ian SEIDERMAN, *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*, Hart-Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2001, chapitre IV ; Maurizio RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford Univ. Press, 2000.

154. Cour internationale de justice, arrêt du 27 juin 1986 (fond) rendu dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, § 205.

155. Pierre Mayer en déduit qu'en principe, tout État est libre d'adopter des législations ayant une portée extraterritoriale. Cf. P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 546 : « C'est parce que les normes n'ont d'incidence sur la réalité que dans la mesure où elles conditionnent l'attitude des organes de contrainte que la sphère spatiale de compétence normative de chaque État ne comporte aucune limite ». Cet argument est sans doute excessif. Même en l'absence de contrainte, c'est-à-dire d'actes d'exécution sur le territoire de l'État concerné, les législations extraterritoriales adoptées par un autre État peuvent produire un impact, par exemple en influençant le comportement des acteurs économiques dans le premier État, voire en les dissuadant d'y investir, comme c'est classiquement le cas lorsque sont adoptées des sanctions économiques.

V. – CONCLUSION

Le commentaire qui précède a mis l'accent sur deux questions, celle de la complicité de l'entreprise dans les violations des droits de l'homme qui sont commises par les agents des États où elles opèrent, et celle du recours à l'extraterritorialité comme réponse à l'impunité des sociétés transnationales pour les atteintes aux droits de l'homme dont elles se rendent coupables ou complices dans leurs activités à l'étranger. D'autres questions auraient pu être posées, en particulier celle de la difficulté d'imputer à la société mère les comportements de ses filiales, au sein du groupe transnational, lorsque les juridictions de l'État d'origine n'acceptent de se déclarer compétentes qu'à l'égard de celle-là, tout en refusant de connaître des actes de celles-ci, au motif que les filiales sont de nationalité étrangère¹⁵⁶. Mais peut-être le temps est-il venu de progresser dans une autre direction, qui consisterait à affirmer une obligation, dans le chef de l'État d'origine de l'entreprise transnationale, de contrôler celle-ci, de manière à contribuer au respect des droits de l'homme partout où elle opère. Trois pistes peuvent être explorées.

D'abord, il est des situations où l'entreprise pourra être considérée comme un agent *de facto* de l'État, soit qu'elle constitue un simple instrument entre les mains de l'État¹⁵⁷, soit que se trouvent réalisées les conditions que prévoient les articles 5 (personne ou entité exerçant des prérogatives de puissance publique), 8 (personne ou groupe de personnes agissant sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de l'État) ou 9 (personne ou groupe de personnes exerçant en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives) des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁵⁸ : lorsque l'entreprise constitue, dans ces différents cas de figure, un instrument entre les mains de l'État afin de favoriser la violation par celui-ci des droits de l'homme qu'il est en

156. On a cependant indiqué une préférence pour une solution consistant à imposer à la société-mère, qui est en position de contrôler les filiales même de droit étranger, une obligation d'exercer une surveillance effective sur ces filiales, et de reconnaître aux juridictions de l'État d'origine de la société-mère la compétence d'imposer le respect de cette obligation (voy. ci-dessus, notes 145-146). Cette solution permet à la fois de surmonter le problème posé par le « voile social », au sein d'un groupe transnational composé d'une multiplicité de sociétés ayant chacune une personnalité juridique distincte, et l'objection de l'extraterritorialité, puisque la seule société dont le comportement est régi par la loi de l'État d'origine sera la société-mère, qui a, par hypothèse, la nationalité de cet État.

157. Dans son arrêt du 26 février 2007 rendu dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour internationale de justice relève qu'« une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peut être assimilé – aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale – à un organe de l'État même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la “totale dépendance” de l'État, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument. En pareil cas, il convient d'aller au-delà du seul statut juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'État auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent : toute autre solution permettrait aux États d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction » (§ 392). Ainsi, lorsque des entreprises publiques sont dirigées de fait par des ministères comme cela a lieu dans certains pays, elles pourraient engager directement la responsabilité de l'État dont elles émanent.

158. L'Assemblée générale des Nations Unies a décidé en 2004 de remettre les suites à réserver au texte adopté en 2001 par la Commission du droit international à l'ordre du jour de la 62^e session (2007). Pour une présentation de l'état actuel du débat, voy. James CRAWFORD et Simon OLLESON, « The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility », *ICLQ*, vol. 54 (2005), pp. 959-971.

principe tenu de respecter, il est justifié d'imputer à l'État des actes qu'il adopte, en fait, à travers l'entreprise.

Deuxièmement, compte tenu de la dépendance dans laquelle se trouvent les sociétés transnationales de leur État d'origine, il n'est pas exclu de mettre en cause la responsabilité de celui-ci pour les conséquences liées aux activités desdites sociétés à l'étranger, lorsque le défaut de contrôle produit des conséquences dommageables sur le territoire d'un autre État. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé pour sa part que, conformément à l'idée que « la responsabilité d'un État peut aussi se voir engager en raison d'actes qui ont des répercussions suffisamment proches sur les droits garantis par la Convention, même si ces répercussions se manifestent en dehors de la juridiction de cet État »¹⁵⁹, la Fédération de Russie peut voir sa responsabilité mise en cause au regard de la convention européenne des droits de l'homme par les actes posés par les séparatistes de la République moldave de Transnistrie sur le territoire de la Moldova, compte tenu de ce que cette entité séparatiste se trouve « sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, qu'elle survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédération de Russie »¹⁶⁰. En général, les activités des sociétés transnationales ne sauraient se développer sans le soutien actif de leur État d'origine, par exemple parce que celui-ci a négocié en leur faveur des traités de libre-échange ou d'investissement protégeant leurs investissements, parce qu'il a garanti ces sociétés contre les risques liés à l'investissement à travers une agence de crédit à l'exportation, ou encore parce qu'il a menacé d'exercer son droit de protection diplomatique pour s'opposer à l'adoption de certaines mesures de contrainte adoptées à l'encontre de ces sociétés par l'État d'accueil. La responsabilité de l'État pour le défaut de contrôle sur le comportement de ces sociétés pourrait être vue comme constituant la simple contrepartie du soutien que, par ces différentes mesures, il leur apporte¹⁶¹.

Une troisième piste que l'on pourrait vouloir emprunter afin d'encourager une responsabilisation de l'État d'origine pour les atteintes aux droits de l'homme dont se rend coupable ou complice la société transnationale sur laquelle il peut exercer son contrôle, consiste dans l'affirmation d'obligations extraterritoriales de l'État en matière de droits de l'homme, s'étendant à une obligation de protéger¹⁶². Ces dernières années ont vu un spectaculaire regain d'intérêt pour cette notion¹⁶³. Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et

159. Cour eur. D.H. (GC), arrêt du 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* (req. n° 48787/99), § 317.

160. *Ibid.*, § 392. Pour une mise en perspective de cet arrêt, voy. O. DE SCHUTTER, « Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights », *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), pp. 183-245.

161. Voy. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ. Press, 2e éd. 2004, chap. 4, ici p. 169 (« developed States owe a duty of control to the international community and do in fact have the means of legal control over the conduct abroad of multinational corporations »).

162. Voy. surtout Smita NARULA, « The Right to Food : Holding Global Actors Accountable under International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44 (2006), pp. 691-800.

163. Voy. généralement, sur l'applicabilité extra-territoriale des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Fons COOMANS et Menno KAMMINGA (éd.), *Extraterritorial of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004 ; Michael J. DENNIS, « Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation », *AJIL*, vol. 99, 2005, p. 119 ; Theodor MERON, « Extraterritoriality of Human Rights Treaties », *AJIL*, vol. 89, 1995, p. 78 ; Sigrun SKOGLY, *Beyond national borders : States' Human Rights Obligations in International Cooperation*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, spéc. chap. 3.

culturels lui fournit en outre une base assez solide¹⁶⁴. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels estime dans ce cadre que les États doivent respecter l'exercice des droits reconnus dans le pacte dans les autres pays et « empêcher tout tiers de violer [ces droits] dans d'autres pays s'ils sont à même d'influer sur ce tiers en usant de moyens d'ordre juridique ou politique compatibles avec la Charte des Nations Unies et le droit international applicable »¹⁶⁵. Cette exigence a été réaffirmée avec force, dans ses rapports, par le rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur le droit à l'alimentation, Jean Ziegler¹⁶⁶. Bien que l'obligation d'assistance de coopération internationale, comme telle, ne figure pas dans l'ensemble des traités relatifs aux droits de l'homme¹⁶⁷, l'idée que ces traités peuvent imposer des obligations aux États parties y compris à l'égard de personnes situées hors du territoire national, dès lors que ces personnes se trouvent sous le contrôle effectif, voire l'influence décisive de l'État concerné, n'est pas propre à ce traité.

Les affaires *Unocal* et *Total* illustrent que la protection des droits de l'homme, face aux activités des entreprises transnationales, sont une responsabilité partagée. Il appartient en premier lieu à l'État d'accueil de protéger les droits des personnes sous sa juridiction, y compris à l'égard des activités des transnationales. Mais lorsque l'État d'accueil est défaillant, lorsqu'il ne peut ou ne veut agir – et à plus forte raison, lorsqu'il est le premier coupable de violations des droits de l'homme dont les entreprises sont complices par le soutien qu'elles lui apportent, par le bénéfice qu'elles tirent de ces violations, ou par leur silence face à ces violations – l'État d'origine peut prendre les mesures qui, dans les limites qu'autorise la Charte des Nations Unies, permettent au moins partiellement de pallier ces carences. Que cette intervention doive demeurer strictement subsidiaire à celle de l'État territorialement compétent, cela peut se défendre : dans les pays de *common law* – notamment aux États-Unis, dans le cadre de l'application de l'*Alien Tort Claims Act* – c'est d'ailleurs la fonction de la doctrine du *forum non conveniens* de

164. Pour une discussion de ce point, voy. Ph. ALSTON/G. QUINN, « The Nature and Scope of States Parties » Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n° 2, 1987, p. 172, ici pp. 186-192 ; et Ph. ALSTON, « International Law and the Human Right to Food », in Ph. ALSTON/K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, SIM-Martinus Nijhoff Publ., 1984, pp. 9-68, spéc. pp. 40-43. Plus récemment, voy. Magdalena SEPÚLVEDA, « Obligations of "International Assistance and Cooperation" in an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Neth. Quarterly of H.R.*, vol. 24, no. 2 (juin 2006), pp. 271-303, ici p. 282.

165. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12)*, adoptée à la vingt-deuxième session (2000), § 39 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), § 33.

166. En dernier lieu, voy. son rapport à la 62^e session de la Commission des droits de l'Homme (doc. ONU E/CN.4/2006/44, 16 mars 2006), § 36.

167. Voy. cependant, en un sens conforme à l'article 2, § 1er du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui fait mention de l'assistance et de la coopération internationales (voy. aussi les articles 11 § 1 et 23), l'article 4 de la convention relative aux droits de l'enfant (ainsi que les articles 23 § 4 (coopération internationale en vue de favoriser la protection des droits des enfants handicapés) ou 24 § 4 (droit à la santé de l'enfant)), ou les articles 4 § 2 et 32 de la convention sur les droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006 et ouverte à la signature le 30 mars 2007.

rappeler cette exigence de subsidiarité¹⁶⁸. Que l'étendue de l'obligation de contrôle imposée à l'État d'origine de l'entreprise transnationale doive être encore clarifiée¹⁶⁹, et peut-être approfondie, voire définie dans le cadre d'un processus intergouvernemental précisant la répartition des tâches entre l'État territorial et l'État d'origine de l'entreprise transnationale¹⁷⁰, cela est possible également. Mais la mondialisation économique, avec l'interdépendance plus grande qui en résulte entre les États de la communauté internationale, a du moins conduit à faire émerger le sens d'une responsabilité partagée en ce domaine : les affaires *Unocal* et *Total* nous permettent d'en entrevoir l'émergence.

168. Cette doctrine consiste, pour la juridiction qui est en principe compétente à connaître d'une action présentant un élément d'extranéité, à néanmoins décliner sa compétence s'il existe un autre forum, accessible aux demandeurs et plus approprié pour le traitement du litige, en particulier s'il présente des liens plus étroits avec celui-ci. Cette doctrine témoigne d'une certaine déférence envers le *for* étranger, sans pour autant que la menace d'exercer une compétence extraterritoriale perde son caractère dissuasif ; elle permet l'exercice de la compétence extraterritoriale lorsque, à défaut que cette compétence soit exercée, les victimes se trouveraient privées de recours effectif. Cette doctrine présente plusieurs inconvénients, cependant : la pondération des intérêts qu'elle exige est faite dans l'État du *for*, par les autorités de poursuite ou de jugement, dans des conditions qui n'en garantissent pas nécessairement l'objectivité ; elle exige de la part de ces autorités qu'elles se prononcent sur la qualité de l'appareil judiciaire d'un État étranger ; et l'approche au cas par cas qu'elle exige pour sa mise en œuvre peut nuire à la sécurité juridique (voy. sur ces difficultés et le risque de déni de justice que la doctrine recèle M. J. ROGGE, « Towards Transnational Corporate Liability in the Global Economy : Challenging the Doctrine of *Forum non Conveniens* in *Re : Union Carbide, Alfaro, Sequihua, and Aguinda* », *Texas International Law Journal*, vol. 26 (2001), p. 299). Cependant, la flexibilité même de cette doctrine, comme d'une doctrine semblable qui subordonnerait l'exercice de la compétence extraterritoriale à une épreuve de proportionnalité ou à un critère du « raisonnable », en constitue en même temps l'atout principal : elle permet d'échapper au dilemme entre le fait de ne tenir aucun compte des intérêts de l'État territorial (ou l'État d'accueil de l'entreprise transnationale), d'un côté, et accepter l'impunité pour les auteurs d'atteintes aux droits de l'homme à l'étranger et de priver les victimes de recours effectif, de l'autre, puisque l'exercice de la compétence extraterritoriale sera considérée comme justifiée dans la mesure où la pondération des intérêts penche en faveur de cet exercice, plutôt qu'en faveur de la solution consistant à s'en remettre au choix de l'État territorial face à des violations des droits de l'homme commises dans ce dernier État.

169. Parmi les missions qui sont confiées au représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les questions des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, figure celle d'« approfondir la réflexion sur le rôle des États dans la réglementation et le contrôle efficaces du rôle des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme, notamment par le canal de la coopération internationale ». Voy. Rés. 2005/69 de la Commission des droits de l'homme, précité (note 61).

170. Pour un examen plus systématique du contenu d'un tel instrument destiné à améliorer la coordination des efforts des États hôte de l'investissement international et des États d'origine dans l'imposition aux sociétés transnationales d'obligations en matière de droits de l'homme, voy. O. De SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, rapport au représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, disponible sur [<http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/775593>] ou [<http://www.business-humanrights.org/Documents/de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.doc>].