

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE
INSTITUT DE RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL
ET EUROPÉEN DE LA SORBONNE – IREDIES
Publication de l’IREDIES n° 1

**Les menaces contre la paix et la sécurité internationales :
aspects actuels**



LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES MULTINATIONALES POUR VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

REGIS BISMUTH¹

Résumé

Compte tenu de la conduite croissante d'activités économiques dans des zones de conflits armés, la responsabilité des entreprises multinationales pour violation du droit international humanitaire est une question d'importance majeure. Alors que l'attention s'est davantage focalisée sur la responsabilité pénale individuelle, il se développe plusieurs mécanismes rendant possible ou envisageable la responsabilité des personnes morales pour de telles violations. Ce rapport vise à montrer qu'en dépit de l'absence de mécanismes de mise en œuvre à l'encontre de ces entités au niveau international, il se développe, d'une façon certes encore timide, une responsabilité sociale des entreprises aux échelons nationaux. Ces mécanismes souffrent toutefois de plusieurs lacunes qu'il conviendra de mettre en perspective.

Comprendre les problématiques juridiques soulevées par la responsabilité des entreprises pour violation du droit international humanitaire nécessite de revenir de façon plus large sur les problèmes liés à la responsabilité pénale des personnes morales, possibilité qui n'a d'ailleurs été reconnue qu'en 1994 par le législateur français². Le fameux aphorisme « – Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale – Moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition » traduit en effet parfaitement la difficulté d'une appréhension juridique de ces entités qui servent de véhicules aux activités économiques humaines. Cette ambivalence s'est notamment significativement manifestée lorsqu'il s'agissait de déterminer si ces personnes morales étaient susceptibles d'être responsables pénalement à l'instar des personnes physiques. Cette question a engendré un intense – et encore inachevé – débat entre les partisans d'une telle éventualité et ses opposants pour qui les personnes morales se caractérisent par une absence de dimension émotionnelle à l'inverse de personnes physiques aptes à exprimer vices et vertus et par conséquent une éventuelle intention criminelle (le mens rea) qui est à la base de toute caractérisation d'infraction en droit pénal. Cette ambivalence s'est ainsi traduite par une absence de consensus des droits nationaux sur la possibilité d'une responsabilité pénale des personnes morales qui, lorsqu'elle existe, est souvent limitée à une catégorie restreinte d'infractions et ne peut être déclenchée que dans des conditions très spécifiques.

Au-delà de cette question touchant les droits nationaux, certains développements récents ont démontré la portée de plus en plus significative du droit international humanitaire pour les entreprises multinationales et, par conséquent, la potentielle responsabilité de ces acteurs pour la

¹ ATER, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

² Limitée jusqu'en 2004 que dans les cas prévues par la loi ou les règlements, elle est désormais reconnue de façon générale par l'article 121-2 al. 1 du Code pénal qui dispose que « [!]es personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

violation de telles normes. En effet, les conflits modernes impliquent non seulement des acteurs non-étatiques, tels que les forces militaires privées, mais concernent également de plus en plus des entreprises commerciales traditionnelles qui conduisent par exemple des activités économiques dans le domaine de l'extraction et de l'exploitation de ressources naturelles et minières en zone de conflit armé. Plusieurs des actes commis par les entreprises dans un tel contexte sont susceptibles de constituer des violations du droit international humanitaire et, à cet égard, une récente étude du CICR³ donne les exemples suivants : expropriation illicite, travail forcé, déplacement de population, dommage à l'environnement, production et commerce illicite d'armes. La responsabilité des entreprises est toutefois délicate à appréhender dans la mesure où leurs activités sont le plus souvent conduites par le biais de filiales immatriculées à l'étranger et possédant une personnalité juridique distincte d'une part, mais aussi parce que cette responsabilité est davantage envisageable sous l'angle de la complicité d'autre part, l'activité de ces dernières permettant de financer ou facilitant la commission des plus graves violations.

Envisager la responsabilité pénale des entreprises pour violations graves d'obligations découlant du droit international humanitaire nécessite en premier lieu de déterminer si de telles entités ont des droits et des devoirs au sein de ce corpus de règles. Il doit être préalablement indiqué que les entreprises sont des sujets de droit interne et qu'elles ne sont pas des sujets à part entière du droit international public qui reste dans une large mesure un système interétatique. Les États peuvent cependant adopter des normes de droit international donnant naissance à de tels droits et devoirs pour des acteurs non-étatiques. C'est notamment le cas des multiples accords bilatéraux en matière de protection de l'investissement. Si ces derniers accords reconnaissent sans conteste de nombreux droits aux entreprises, il n'est pas certain que le droit international humanitaire et le droit international pénal fassent peser des obligations spécifiques à destination des entreprises.

C'est sur la base de ces considérations qu'une première partie (Partie I) déterminera l'existence d'obligations de droit international pour les entreprises et évaluera les éventuels mécanismes internationaux permettant d'établir leur responsabilité pour des violations découlant de ces obligations. Cette analyse démontrera que le droit international ne fournit que des mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité minimaux et incomplets. C'est dans cette perspective qu'une seconde partie (Partie II) se penchera sur la responsabilité des entreprises dans les ordres juridiques nationaux au sein desquels ont été insérées les obligations fondamentales découlant du droit international humanitaire. Cette analyse en effet montrera que cette perspective – quoique encore insatisfaisante en de nombreux points – reste à ce jour la plus prometteuse afin d'assurer la mise en conformité des entreprises multinationales avec les obligations du droit international des conflits armés.

PARTIE I – UNE RESPONSABILITE INTERNATIONALE MINIMALE DES ENTREPRISES POUR VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Le droit international humanitaire reste, dans une large mesure, un droit interétatique et les mécanismes de responsabilité visant à en contrôler le respect se concentrent essentiellement sur les personnes physiques, ne laissant aucune place pour la reconnaissance de la responsabilité des

³ CICR, *Business and International Humanitarian Law – An Introduction to the Right and Obligations of Businesses Enterprises Under International Humanitarian Law*, Genève, 2006.

personnes morales au niveau international (A). Cependant, au-delà de cette lacune structurelle, des canaux alternatifs de contrôle méritent d'être explorés dans la mesure où ils mettent en perspective une prise de conscience de la communauté internationale sur l'implication croissante des entreprises dans les conflits armés (B).

A. L'inadéquation structurelle du droit international pénal à connaître de la responsabilité des entreprises pour des violations du droit international humanitaire

La première étape de l'analyse requiert de déterminer le contenu de la personnalité juridique internationale des entreprises en droit international afin de délimiter les droits et obligations de ces dernières dans le domaine du droit international humanitaire (1.), mais aussi au sein des mécanismes de droit pénal international existants visant à en assurer l'application (2.).

1. La potentielle personnalité juridique des personnes morales en droit international humanitaire

Le respect des principaux instruments du droit international humanitaire, et notamment des Conventions de Genève de 1949 ainsi que des protocoles additionnels de 1977, est du ressort des Hautes Parties Contractantes qui se sont engagées dans l'article 1er commun à ces instruments « à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ». Toutefois, le fait que certains acteurs non-étatiques soient mentionnés dans certains autres passages de ces instruments ne les rend pas nécessairement ipso jure responsable au niveau international d'éventuelles violations du droit international humanitaire.

C'est notamment le cas des violations sérieuses de ces conventions dans la mesure où il est du devoir des Hautes Parties Contractantes de « prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention »⁴, les mêmes violations constituant d'ailleurs des crimes de guerre selon le Statut de la Cour Pénale Internationale⁵. Le Protocole Additionnel n° 1 ne fait pas mention d'une quelconque incrimination au niveau national pour de telles violations et, lorsqu'il indique que « [l]es Hautes Parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions ... »⁶ et que « les infractions graves à ces instruments sont considérées comme des crimes de guerre »⁷, il établit une incrimination internationale pour de telles violations mais sans mettre en place de mécanisme de responsabilité.

Dans la mesure où ces instruments ne donnent pas une définition du terme « personnes », suggérant potentiellement que sont incluses tant les personnes physiques que morales, et compte tenu d'une référence dans le Protocole Additionnel n° 1 aux « crimes de guerre » sans mentionner la nature de leurs auteurs, il apparaît que l'ensemble de ces textes n'excluent pas de façon explicite que les personnes morales puissent être titulaires d'obligations en droit international humanitaire. D'ailleurs, une étude du CICR relève que « although states and organized armed groups bear the

⁴ CG(I), Article 49 ; CG(II), Article 50 ; CG(III), Article 129, CG(IV), Article 146.

⁵ Statut de la Cour Pénale Internationale, Article 8(2).

⁶ PA(I), Article 86(1).

⁷ PA(I), Article 85(5).

greatest responsibility for implementing international humanitarian law, a business enterprise carrying out activities that are closely linked to an armed conflict must also respect applicable rules of international humanitarian law »⁸. Cependant, alors que les activités des personnes morales semblent être prises en compte par le droit des conflits armés, ces instruments ne mettent pas en place des mécanismes de sanction pour la violation de ces règles. Il convient dès lors de déterminer si la responsabilité des entreprises peut être engagée dans le domaine du droit pénal international.

2. L'absence de prise en compte des personnes morales par le droit pénal international

Bien que les tribunaux pénaux internationaux aient connu d'affaires impliquant des activités conduites par des personnes morales, ceux-ci ont constamment refusé d'envisager la possibilité d'une responsabilité pénale de cette catégorie de personnes juridiques. Cette position a d'ailleurs été intégrée dans le Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI) qui limite la responsabilité pénale individuelle aux personnes physiques.

En ce qui concerne la première génération de tribunaux pénaux internationaux, il convient de mentionner que le Tribunal Militaire International de Nuremberg (TMI) avait uniquement compétence « pour juger les criminels de guerre ... qu'ils soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes »⁹. La responsabilité des personnes morales a ainsi été exclue ab initio et le TMI souligna dans un célèbre passage que « [c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced »¹⁰. Toutefois, un des éléments distinctifs du Statut du TMI résidait dans la possibilité de « déclarer ... que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle »¹¹ et, de cette façon, quatre organisations ont été jugées criminelles par le TMI. La reconnaissance de la nature criminelle de ces de facto ou de jure organisations ne doit pas, cependant, être interprétée comme une reconnaissance par le TMI de la responsabilité pénale individuelle des personnes morales. En effet, cette disposition très spéciale était liée à la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié établie afin de faciliter la poursuite des criminels de rang hiérarchique inférieur dans la mesure où la simple participation d'un individu au sein d'une de ces organisations déclarées comme criminelles par le TMI constituait un crime selon ce mécanisme. Dès lors, la pénalisation de ces organisations par la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié servait uniquement à fournir une base juridique pour la poursuite de certaines personnes physiques et doit ainsi être distinguée d'un authentique mécanisme de responsabilité pénale des personnes morales, dont l'objectif n'est pas d'établir une punition collective à l'ensemble des personnes prenant part à leurs activités et qui n'implique pas que l'ensemble de la personne morale soit criminelle dans son objet et sa nature. Cependant, plusieurs affaires jugées dans le cadre de la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié, connues sous l'expression Industrial Cases, sont particulièrement instructives dans la mesure où elles mettent en lumière la potentielle relation entre les activités commerciales d'une entreprise et la commission de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (par ex. la production et la fourniture de poison, la spoliation de biens privés, le travail forcé) bien

⁸ CICR, *Business and International Humanitarian Law – An Introduction to the Right and Obligations of Businesses Enterprises Under International Humanitarian Law*, 2006, p. 14.

⁹ Article 1 de l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire.

¹⁰ *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, vol. 22, p. 466.

¹¹ Statut du TMI, Article 9.

que seuls des individus exerçant des fonctions au sein de ces entreprises aient été finalement reconnus pénalement responsables.

Les développements ultérieurs qu'a connu le droit pénal international ont confirmé cette non-prise en compte de la responsabilité pénale des personnes morales. Ainsi, les statuts du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal Pénal International pour le Rwanda indiquent expressément que ces deux juridictions ont « compétence à l'égard des personnes physiques »¹². De la même façon, l'article 25 du Statut de la CPI dispose de façon identique qu'elle a compétence « à l'égard des personnes physiques ». Toutefois, si le texte actuel indique une absence de compétence à l'égard des personnes morales, les travaux préparatoires du Statut de Rome démontrent que plusieurs États ont envisagé favorablement cette éventualité. Ainsi, un projet de statut de la CPI indiquait qu'en plus des personnes physiques, « [l]a Cour est également compétente à l'égard des personnes morales, à l'exclusion des États, lorsque les organes ou représentants de telles personnes ont commis les crimes au nom de celles-ci »¹³. Cette proposition, qui était formulée avec en arrière-plan l'idée de faciliter les restitutions et les réparations, n'a pas finalement été adoptée par les États parties. Plusieurs arguments ont été avancés afin de justifier une telle exclusion, et parmi les plus importants, l'inexistence d'une responsabilité pénale des personnes morales dans le droit interne de plusieurs des États membres, ce qui aurait mis à mal le mécanisme de complémentarité que la CPI établit avec ces derniers.

Ainsi, alors que le droit international humanitaire impose certaines obligations aux personnes morales, et bien que la jurisprudence du TMI ait démontré que leurs activités peuvent faciliter ou servir de base à la commission de sérieuses violations du droit des conflits armés, les entreprises sont restées en dehors du champ de compétence *ratione personae* des juridictions pénales internationales. Les activités criminelles des entreprises ne peuvent donc être jugées au niveau international que par le biais de la responsabilité pénale individuelle des personnes physiques qui ont décidé, dirigé ou mis en œuvre ces activités, laissant ainsi sans réponse la question de la réparation et le maintien d'activités qui nourrissent de façon structurelle le conflit et la commission des crimes.

Toutefois, conclure à la complète inexistence de responsabilité pour les entreprises pour violation du droit international humanitaire semble être une position excessive dans la mesure où certains développements récents ont démontré l'essor de canaux alternatifs de responsabilité pour ces acteurs.

B. L'existence de canaux alternatifs mais fragmentés de responsabilité des entreprises pour violations du droit international humanitaire

L'absence de responsabilité pénale internationale des entreprises ne doit pas cependant éclipser la préoccupation croissante de la communauté internationale sur les activités controversées menées par ces entités en relation avec des conflits armés. Ainsi, plusieurs mécanismes internationaux ont mis en exergue le besoin d'une responsabilité sociale de ces entités. Cela se reflète notamment à travers les sanctions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies (1), et d'autres mécanismes de soft law (2).

¹² Statut du TPIY, Article 6 ; Statut du TPIR, Article 5.

¹³ Article 23(5) du Projet de Statut de la Cour criminelle internationale, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998.

1. Les sanctions du Conseil de sécurité des Nations Unies pour violations du droit international humanitaire

En tant que gardien du système de sécurité collective, le Conseil de sécurité peut, dans le cadre de l'article 41 de la Charte des Nations Unies, adopter des mesures coercitives non-militaires, notamment des sanctions économiques. Dès lors, le Conseil de sécurité peut intervenir dans la conduite d'activités commerciales et imposer des sanctions – sans limitation *ratione personae* de leurs destinataires – sur les États, individus, groupes d'individus et personnes morales.

Suivant l'évolution de la nature des conflits armés impliquant davantage d'acteurs non-étatiques, la pratique du Conseil de sécurité depuis le début des années 1990 a mis en perspective un recentrage de ses sanctions sur des personnes privées, plus connues sous le nom de targeted sanctions ou de smart sanctions. Cette nouvelle politique s'est par exemple traduite par des embargos en matière d'armes et de pétrole en Angola en 1993¹⁴ ou en matière d'exports de diamants au Sierra-Leone en 2000¹⁵. Dans cette dernière situation, le Conseil de sécurité a spécifiquement exprimé sa préoccupation « par le rôle que joue le commerce illégal des diamants en alimentant le conflit en Sierra Leone »¹⁶. D'autres exemples peuvent être cités, notamment les sanctions prononcées par le Conseil de sécurité à l'encontre du régime taliban et d'Al-Quaida¹⁷, de la République Démocratique du Congo¹⁸, de la Côte d'Ivoire¹⁹ ou du Soudan²⁰.

Deux types d'entreprises peuvent être concernées par ce type de sanctions : celles déjà impliquées dans un conflit armé et directement visées par les sanctions adoptées, et toutes les autres qui se voient interdire de façon préventive par ces résolutions d'engager certaines activités commerciales ayant une relation avec ce conflit. Dans la mesure où il est du ressort des États de mettre en œuvre ces résolutions, le Conseil de sécurité n'a pas le pouvoir d'engager des poursuites à l'encontre des personnes physiques ou morales violant ces sanctions économiques. Toutefois, la pratique du Conseil de sécurité en la matière qui tente d'influer sur les activités des personnes morales en relation avec un conflit armé met en lumière des mécanismes indirects de responsabilité des entreprises pour violation du droit international humanitaire.

2. Le développement des mécanismes de soft law

Plusieurs organisations internationales, notamment l'ONU et l'OCDE, ont pris plusieurs initiatives visant à améliorer la mise en conformité de la conduite des entreprises avec les règles fondamentales du droit international humanitaire. Ces initiatives se concentrent principalement sur les entreprises multinationales et sur leurs activités dans les pays les moins avancés ou en développement. Bien que les standards adoptés sous les auspices de l'ONU et l'OCDE ne soient pas

¹⁴ S/RES/864 (1993), §19.

¹⁵ S/RES/1306 (2000), §1.

¹⁶ S/RES/1306 (2000), §6 du Préambule.

¹⁷ S/RES/1267 (1999), § 4.

¹⁸ S/RES/1493 (2003), § 20.

¹⁹ S/RES/1572 (2004), § 7.

²⁰ S/RES/1591 (2005), §3

juridiquement contraignants, ils tendent à développer un corps de normes internationales qui jouent un rôle important en pratique.

L'OCDE a adopté des instruments majeurs visant à réguler l'activité des entreprises multinationales. Elle a notamment développé depuis 1976 des Principes directeurs pour les entreprises multinationales qui ont été actualisés en 2000. Ces Principes touchent à des sujets bien plus larges que le seul respect du droit international humanitaire dans la mesure où ils traitent de problèmes tels que la transparence, la fiscalité ou la concurrence. Toutefois, ils s'articulent également autour du principe selon lequel les entreprises doivent « [r]especter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil » (Article II(1)) et incluent ainsi des standards en matière d'emploi, d'environnement et de lutte contre la corruption, ces derniers éléments permettant d'assurer l'intégration des principes fondamentaux du droit international humanitaire.

La portée de ces principes peut s'illustrer à travers le travail du Panel d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesse de la République Démocratique du Congo qui a utilisé les Principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE comme règles de référence. Le panel a listé l'ensemble des entreprises qu'il considérait comme étant en violation avec ces Principes directeurs et recommanda, entre autres, que les gouvernements et les Nations Unies coopèrent pleinement avec les enquêtes menées dans le cadre de la CPI au sujet de la complicité de certaines entreprises dans la commission de crimes de guerre en République Démocratique du Congo. Bien que ces procédures eussent pour seule perspective la responsabilité pénale individuelle d'individus, cette expérience montre plus largement les possibles relations entre ces Principes directeurs et le contrôle du respect par les entreprises des normes fondamentales du droit international humanitaire.

Plus récemment, l'OCDE a développé en 2006 un Outil de sensibilisation au risque destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance qui vient compléter les Principes directeurs. L'aspect innovant de cet instrument réside dans une référence explicite au droit international humanitaire quant au champ d'application de cet instrument puisque une « zone à déficit de gouvernance » se manifeste notamment par « de graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international, et des conflits violents endémiques suscités par des motivations transversales (économiques, politiques, ...) et impliquant des combattants potentiellement variés ... »²¹. Une attention toute spéciale devrait donc être portée sur ce nouvel outil et sa mise en œuvre au sein de l'OCDE dans les prochaines années.

La question de la responsabilité sociale des entreprises a également été mise à l'ordre du jour des travaux des Nations Unies. Parmi les dernières initiatives visant à mieux encadrer les activités des entreprises ayant des impacts négatifs en matière de respect des droits de l'homme et du droit international humanitaire, les Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises adoptées en 2003 par la Sous-Commission des Nations Unies de la promotion et de la protection des droits de l'homme²² a réaffirmé et clarifié le devoir des

²¹ OCDE, *Outil de sensibilisation au risque destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance*, 2006, p. 42.

²² E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003.

entreprises de respecter les règles du droit international humanitaire, notamment en ce qui concerne la sécurité des personnes et le droit des travailleurs. Bien que cet instrument n'ait pas été adopté par la Commission des droits de l'homme, cette dernière demanda au Secrétaire Général des Nations Unies de nommer un rapporteur spécial sur cette question ayant pour mandat, entre autres, « [d']étudier et préciser les incidences pour les sociétés transnationales et autres entreprises de notions telles que "complicité" et "sphère d'influence" »²³. Dans le cadre de cette mission, les récents rapports publiés par le rapporteur spécial John Ruggie ont effectué un inventaire des instruments les plus pertinents (parmi lesquels les Principes directeurs de l'OCDE)²⁴ et ont présenté leurs mécanismes de mise en œuvre, montrant ainsi toute l'utilité de ces outils soft law.

Il est intéressant de relever que les rapports de John Ruggie ont consacré une attention toute particulière aux mécanismes internes et notamment au développement d'une responsabilité devant les juridictions nationales des entreprises pour crimes internationaux²⁵, par le biais de l'incorporation des règles de droit international précédemment mentionnées.

PARTIE II – L'ÉMERGENCE D'UNE RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES POUR VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE AU SEIN DES DROITS NATIONAUX

Si les entreprises ont le devoir de respecter les principes fondamentaux du droit international humanitaire, la limitation *ratione personae* des juridictions pénales internationales et l'absence de pouvoirs d'exécution des sanctions du Conseil de sécurité sont autant de limites à la mise en œuvre pleinement effective de ces normes. Il ne serait d'ailleurs pas excessif de considérer que ces obligations relevant du droit international humanitaire ne sont que déclaratoires au niveau international. C'est ainsi que leur mise en œuvre repose sur l'intégration de ces obligations dans les ordres juridiques nationaux. En effet, les États ont l'obligation de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité en leur qualité de membres des Nations Unies (A) de même que les règles du droit international humanitaire comprises dans plusieurs conventions dont ils sont les signataires (B). Dans la mesure où il requiert une décision préalable du Conseil de sécurité, le premier mécanisme peut être décrit comme un canal « indirect » de responsabilité alors que le second résulte de poursuites ou actions judiciaires « directes » par les victimes à l'encontre des entreprises.

A. Une responsabilité indirecte des entreprises par la mise en œuvre au niveau national des sanctions du Conseil de sécurité

Bien qu'elle soit de nature indirecte, la responsabilité des entreprises par le biais des sanctions du Conseil de sécurité est, en pratique, l'un des instruments de mise en œuvre du droit international humanitaire les plus efficaces (2) compte tenu de l'autorité juridique quasiment intouchable dont jouissent les résolutions du Conseil de sécurité (1).

²³ E/CN.4/2005/L.87, 15 avril 2005.

²⁴ UN Doc. A/HRC/4/35, 19 février 2007 ; UN Doc. A/HRC/4/35, 7 avril 2008.

²⁵ Doc A/HRC/4/35, 19 février 2007.

1. L'obligation des États membres de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité

Les articles 25 et 48 de la Charte des Nations Unies imposent l'obligation aux États membres de se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité, tout en laissant aux États le choix des moyens les plus appropriés à cette fin. Compte tenu de la diversité potentielle des mécanismes de mise en œuvre, quelques éléments méritent d'être soulignés.

Ne pas mettre en œuvre les sanctions adoptées par le Conseil de sécurité sur la base de l'article 41 constituerait un fait internationalement illicite de l'État récalcitrant. Cette obligation assumée dans le cadre de la Charte ne signifie pas pour autant que ces résolutions revêtent un effet auto-exécutoire en droit interne et elles doivent, d'une façon générale, faire l'objet d'une mesure nationale de mise en œuvre, illustrant ainsi la nécessaire collaboration en la matière entre droit interne et international. Mais l'opération de transposition en droit interne soumet la sanction internationale aux règles d'un ordre juridique distinct, ce qui peut donner lieu à un contrôle de légalité de la sanction selon les standards du droit interne. C'est dans cette perspective que des personnes morales et personnes physiques ont tenté de contester les mesures de mise en œuvre des sanctions onusiennes sur le fondement que celles-ci ont été adoptées en violation de leurs droits fondamentaux, notamment le droit à un recours effectif. Le récent arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européenne dans les affaires Kadi et Al Barakaat²⁶ illustre ce qui peut effectivement constituer une révision de la légalité de telles sanctions visant des personnes morales ou physiques. Les cas de révision des résolutions du Conseil de sécurité sont donc limités à des situations très spécifiques et c'est ainsi que de telles mesures sont quasiment inattaquables, par exemple pour les entreprises concernées.

2. La mise en œuvre des sanctions du Conseil de sécurité à l'encontre des entreprises

L'efficacité des sanctions onusiennes adoptées s'explique par l'absence de limitation *ratione materiae* des personnes qui en sont les destinataires et c'est ainsi qu'elles peuvent directement ou indirectement viser les entreprises. Cette absence de limitation peut être illustrée par la résolution 1493 (2003) visant la République Démocratique du Congo et où le Conseil de sécurité a décidé que « que tous les États ... prendront ... les mesures nécessaires pour empêcher la fourniture, la vente ou le transfert directs ou indirects, depuis leur territoire ou par leurs nationaux, ou au moyen d'aéronefs immatriculés sur leur territoire ou de navires battant leur pavillon, d'armes et de tout matériel connexe ... à tous les groupes armés et milices étrangers et congolais ... »²⁷. C'est ainsi qu'il appartient aux États d'adopter les réglementations adéquates afin que toutes les personnes physiques ou morales relevant de sa compétence ne violent pas ces embargos.

Il y a peu d'exemples de poursuites judiciaires pour des cas de violation de ces embargos. Un récent rapport fait mention de deux cas, en Italie et aux Pays-Bas, impliquant des personnes physiques pour trafic d'armes illicite avec le Sierra Leone et le Libéria²⁸. Mais au-delà de ces rares cas de poursuites, il convient de souligner que ces sanctions économiques ne visent pas uniquement

²⁶ CJCE, *Kadi et Al Barakaat c. Conseil de l'Union européenne*, affaires C-402/05 P & C-415/05 P, 3 septembre 2008.

²⁷ S/RES/1493 (2003), §20. (Nous soulignons).

²⁸ International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability (Vol. II) Criminal Law and International Crimes*, 2008, p. 50.

ceux qui violent délibérément ces sanctions mais peuvent aussi affecter des entreprises dans le cours normal de leur activité. C'est le cas par exemple de la compagnie aérienne turque Bosphorus Airways qui avait conclu un contrat de location d'un aéronef avec la compagnie nationale yougoslave JAT. A la suite de la mise en œuvre des sanctions à l'encontre de la République Fédérative de Yougoslavie au niveau européen, l'aéronef en question a été saisi par les autorités irlandaises. La CJCE et la CEDH ont toutes deux considéré que cette mesure, bien que constituant une atteinte à son droit de propriété, se justifiait par l'intérêt supérieur des États européens de se conformer aux sanctions onusiennes lorsqu'elles ont pour objectif de mettre fin aux violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire²⁹. Dans une perspective comparative avec les mécanismes de poursuites judiciaires, l'affaire Bosphorus est très instructive dans le sens où les sanctions onusiennes atteignent ici des entreprises qui n'auraient jamais pu être considérées comme complices selon les standards du droit pénal.

Ainsi, dès lors que les violations du droit international humanitaire ont été prises en considération par le Conseil de sécurité, les sanctions qui y sont décidées peuvent significativement affecter la conduite des activités économiques des entreprises qui ont un lien direct ou même très indirect avec des violations du droit des conflits armés. Cependant, ces sanctions restent, dans une certaine mesure, sélectives dans la mesure où leur adoption requiert de passer le filtre politique constitué par le Conseil de sécurité, mais aussi limitées car elles ne prennent pas en compte la réparation des dommages causés aux victimes. Ces lacunes peuvent justement être corrigées par des mécanismes de responsabilité plus directs et traditionnels.

B. L'émergence d'une responsabilité directe des entreprises à travers l'application des règles du droit international humanitaire dans les ordres juridiques nationaux

L'intégration des normes internationales du droit international humanitaire est de nature à potentiellement créer deux canaux de responsabilité : civile et pénale. Vouloir établir une distinction stricte entre ces deux mécanismes apparaît excessif. En effet, dans les deux cas, la responsabilité trouve sa source dans des obligations internationales similaires et des standards plus ou moins similaires de complicité de l'entreprise ou de participation sont employés quelque soit la forme pénale ou civile de la responsabilité retenue. Mais bien que cette distinction tend à être peu pertinente d'un point de vue matériel, elle permet de présenter d'une façon plus adéquate des mécanismes de responsabilité pénale (1) et civile (2) qui présente des enjeux juridictionnels distincts.

1. La responsabilité pénale des entreprises

Selon le principe de droit pénal universellement reconnu *nulla poena sine lege*, la poursuite et la condamnation des entreprises pour des violations du droit international humanitaire sont subordonnées non seulement à l'existence de telles infractions dans les droits nationaux, mais aussi à leur applicabilité aux personnes morales.

L'existence des incriminations dans les droits internes résulte principalement des obligations internationales des États contenues dans les conventions de Genève de 1949. En effet, ces quatre

²⁹ CJCE, *Bosphorus c. Minister for Transport, Energy and Communications*, affaire C_84/95, 30 juillet 1996 ; CEDH, *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, requête n° 45036/98.

conventions imposent aux Hautes Parties Contractantes l'obligation de « prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies »³⁰ mais aussi de « rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et ... déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité »³¹, sans oublier de mentionner qu'elles pourront « les remettre pour jugement à une autre Partie contractante »³² selon le principe aut dedere aut judicare. En dépit de ces dispositions, il s'avère que les États n'ont pendant longtemps pas adopté des législations adéquates. Toutefois, la mise en œuvre du Statut de Rome instituant la CPI dans les droits internes a significativement développé l'intégration de ces incriminations dans les droits nationaux.

Si les conventions de Genève et le Statut de Rome ont été rédigés dans l'optique d'incriminer les personnes physiques, et en dépit de l'exclusion des personnes morales du champ *ratione materiae* de la compétence de la CPI, la transposition dans les droits nationaux des incriminations contenues dans ces instruments combinée à la reconnaissance croissante d'une possible responsabilité pénale des personnes morales permettent potentiellement l'application aux entreprises des obligations issues du droit international humanitaire. Mais cette possibilité reste pour l'essentiel virtuelle dans la mesure où, en pratique, la poursuite des entreprises pour de telles violations se heurte aux règles les plus basiques de compétence en matière pénale. En effet, l'État devant les juridictions duquel sont engagées les poursuites n'est habituellement pas le même que l'État de nationalité des victimes, que l'État du lieu de l'infraction et que l'État d'immatriculation de la société visée (les opérations à l'étranger se déroulant essentiellement par le biais d'une filiale disposant d'une personnalité juridique distincte de la société mère visée par les poursuites), ce qui complique naturellement la mise en œuvre de la responsabilité pénale même si le degré d'universalité des crimes visés constitue généralement des facteurs d'atténuation des conditions de compétence.

C'est ainsi que les poursuites engagées contre des entreprises pour violation des normes de droit international humanitaire ont jusqu'alors davantage servi de levier pour obtenir une transaction financière de la part d'entreprises craignant de s'enliser dans des procédures judiciaires potentiellement coûteuses pour leur réputation.

2. La responsabilité civile des entreprises

Sur le papier, les mécanismes de responsabilité civile semblent constituer un environnement bien plus accueillant que ceux de responsabilité pénale, et ce, pour quatre raisons :

- ils s'appliquent dans tous les États de façon indiscriminée aux personnes physiques et aux personnes morales alors que la responsabilité pénale de ces dernières est, soit non reconnue, soit parfois limitée dans son étendue, dans les droits nationaux ;
- la caractérisation de la conduite négligente ou frauduleuse est d'une certaine généralité et n'est pas sujette au principe de légalité ;

³⁰ CG(I), Article 49 ; CG(II), Article 50 ; CG(III), Article 129, CG(IV), Article 146.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

- ils fonctionnent sur la base de standards en matière de preuve moins contraignants qu'en matière de responsabilité pénale
- ils constituent une source autonome de réparation pour les victimes.

Toutefois, le recours à des mécanismes de responsabilité dans ce type de situation présente de nombreux inconvénients. Il est possible d'en dénombrer trois principaux :

- ils sont généralement limités *ratione temporis* en termes de prescription alors que les crimes résultant d'une violation des normes fondamentales du droit international humanitaire jouissent d'une imprescriptibilité, élément qu'il convient de ne pas négliger compte tenu du délai qui peut être important entre la perpétration des crimes et le moment où les victimes s'organisent afin de faire valoir leurs droits ;
- ils sont également limités par des conditions de compétence plus strictes qu'en matière pénale où, comme cela a été souligné, la gravité des crimes, sans pour autant aboutir à la reconnaissance d'une compétence universelle, atténue l'impérativité de ces conditions de compétence ;
- un contentieux au civil impliquant des personnes avec des nationalités différentes ou connaissant d'une conduite délictueuse réalisée à l'étranger conduit à l'application des principes du droit international privé et, bien que le principe *lex loci delicti* (application du droit de l'État où la conduite délictueuse s'est produite) a généralement vocation à s'appliquer, les tribunaux nationaux peuvent éventuellement appliquer d'autres standards (la loi de l'État ayant la plus forte relation vis-à-vis des parties, loi de l'État où le dommage a surgi, etc.), laissant ainsi des zones d'incertitude quant aux règles qui auront vocation à s'appliquer au différend.

Ainsi, les mécanismes de responsabilité civile et pénale ont tous deux leurs avantages et inconvénients et aucun d'eux ne peut prévaloir d'une supériorité globale sur l'autre. C'est dans cette perspective qu'un mécanisme propre au système américain mérite d'être souligné, l'Alien Tort Claims Act (ATCA), législation fédérale datant de 1789 et selon laquelle « [t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States »³³. Son intérêt réside dans la combinaison qu'il opère entre le champ d'application plus large des poursuites au civil (favorisant l'inclusion des entreprises et comprenant des standards de réparation plus généreux), des incriminations directement issues du droit international humanitaire sans transposition nécessaire en droit interne (référence à l'expression « violation of the law of nations » dans le texte), une imprescriptibilité de principe et une portée extraterritoriale. Ces éléments, également combinés au fait que les États-Unis accueillent parmi les principales entreprises mondiales ayant de nombreuses filiales et succursales à l'étranger (facilitant ainsi l'établissement de la compétence *ratione personae* ainsi que la réparation du dommage) ont généré un cadre juridique très attrayant pour des poursuites civiles engagées à l'occasion de violations du droit international humanitaire commises par des entreprises à l'étranger.

Au-delà de son attractivité, qui a résulté en de nombreuses plaintes au civil à l'encontre d'entreprises devant les cours fédérales américaines (plaintes qui servent aussi, à l'instar de celles au pénal, de levier de négociation afin de conclure des transactions avec les entreprises), l'ATCA a

³³ 28 U.S.C. § 1350.

montré la possibilité d'opérer en théorie une fusion réussie entre les mécanismes de responsabilité pénale et civile. La question reste de savoir si cette législation, ancienne et spécifique au cadre américain, pourrait éventuellement servir de modèle dans d'autres États.

PARTIE III : CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Cette étude relative à la responsabilité des entreprises pour violations du droit international humanitaire a in fine mis en relief le rôle crucial des États. En effet, la limitation *ratione personae* du Statut de la CPI ainsi que la nécessité de mettre en œuvre au niveau national les résolutions du Conseil de sécurité ont démontré que cette responsabilité reste virtuelle au niveau international et requiert l'assistance des ordres juridiques nationaux.

Les sanctions du Conseil de sécurité constituent un moyen original et efficace dans certains cas de mise en œuvre indirecte des règles du droit international humanitaire, avec un champ d'application plus large dans le sens où elles peuvent affecter des entreprises qui n'auraient jamais été reconnues responsables de telles violations en matière civile ou pénale même en mettant en œuvre les standards de complicité les plus vagues.

Sous un angle judiciaire, alors que les mécanismes de responsabilité pénale des entreprises pour ces violations n'ont pas encore exploité l'ensemble de leur potentiel, le cadre de responsabilité civile de l'ATCA a démontré son potentiel pour améliorer la responsabilité sociale des entreprises. D'ailleurs, un des récents rapports de John Ruggie a implicitement prôné l'implantation dans les droits nationaux de mécanismes identiques à l'ATCA en indiquant que « [l]es États devraient renforcer la capacité de leurs tribunaux pour examiner des plaintes et faire appliquer les réparations auxquelles a été condamnée toute entreprise en activité ou ayant son siège sur leur territoire ... [et] devraient s'attaquer aux obstacles qui entravent l'accès à la justice, notamment pour les demandeurs étrangers – en particulier lorsque les violations alléguées constituent des violations massives et systématiques des droits de l'homme »³⁴.

Alors que nous sommes les témoins d'une internationalisation croissante du droit pénal ainsi que d'une impressionnante pénalisation internationale des violations du droit international humanitaire commises par les individus, les mécanismes de responsabilité des entreprises les plus prometteurs résident peut-être dans une extension des mécanismes de responsabilité civile, permettant de dépasser ainsi les réticences des États à reconnaître pleinement la responsabilité pénale des personnes morales.

Toutefois, le développement de ces mécanismes de responsabilité civile au sein des droits nationaux pourrait éventuellement constituer une étape vers l'émergence d'un modèle global de responsabilité sociale des entreprises. La communauté internationale, notamment par l'émergence d'instruments de *soft law*, a démontré sa volonté de mieux réguler les activités internationales des entreprises. La possible extension de ces mécanismes de responsabilité civile et leur progressif enracinement dans les droits nationaux peuvent faciliter l'émergence d'une initiative visant à internationaliser ce processus et, pourquoi pas, mener à l'établissement d'un tribunal civil

³⁴ A/HRC/8/5, 7 avril 2008, §91.

international à cet effet. A l'instar des États, les entreprises se sont vues exclues du champ de compétence *ratione materiae* de la CPI et, encore à l'instar des États, elles sont parfois les instrumentales de violations du droit international humanitaire. Si des mécanismes de responsabilité internationale existent pour les États, ils ne sont encore qu'à l'état de chrysalide pour les entreprises. Des mécanismes internationaux de responsabilité sociale des entreprises plus complets et cohérents, impliquant pour ces dernières une pression économique et la crainte de dommages en matière de réputation, constitueraient certainement des outils efficaces visant à assurer le respect par les entreprises des règles du droit international humanitaire.

Bibliographie

BOTTIGLIERO (I.), *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, xxvi + 304 p.

BUHMANN (K.), « Regulating Corporate Social and Human Rights Responsibilities at the UN Plane: Institutionalising New Forms of Law and Law-Making Approaches? », *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, 2009, pp. 1-52.

CICR, *Business and International Humanitarian Law – An Introduction to the Rights and Obligations of Business Enterprises Under International Humanitarian Law*, 2006, 26 p. [[http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0882/\\$File/ICRC_002_0882.PDF](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/p0882/$File/ICRC_002_0882.PDF)].

DE SCHUTTER (O.), *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Background Paper, Décembre 2006, 52 p. [<http://www.reports-and-materials.org/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>].

EarthRights International, *The International Law Standard for Corporate Aiding and Abetting Liability*, 2006, 18 p. [<http://www.earthrights.org/sites/default/files/publications/UNSRSG-aiding-and-abetting.pdf>]

GOWLLAND-DEBBAS (V.) (ed.), *National Implementation of United Nations Sanctions : A comparative Study*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2004, x + 671 p.

HELGENSEN (M.), « War Zones and Grey Zones – Does Legal Liability of Companies Exist under the International Law of Armed Conflict? », *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 118, 2005, pp. 574-607.

International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability (Vol. II) Criminal Law and International Crimes*, 2008, 59 p. [http://www.icj.org/IMG/Volume_2.pdf].

International Commission of Jurists, *Corporate Complicity & Legal Accountability (Vol. III) Civil Remedies*, 2008, 57 p. [http://www.icj.org/IMG/Volume_3.pdf].

KEITNER (Ch. I.), « Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases », *Hastings Law Journal*, vol. 60, 2008, pp. 61-103.

KOH (H. H.), « Separating Myth From Reality About Corporate Responsibility Litigation », *Journal of International Economic Law*, vol. 7, 2004, pp. 263-274.

KYRIAKAKIS (J.), « Australian Prosecution of Corporations for International Crimes », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 809-826.

LEADER (D.), « Business and Human Rights – Time to Hold Companies to Account », *International Criminal Law Review*, vol. 8, 2008, pp. 447-462.

MONGELARD (E.), « Corporate Civil Liability for Violations of International Humanitarian Law », *R.I.C.R.*, vol. 88, 2006, pp. 665-691.

OECD & RAID, *Unanswered questions – Companies, conflict and the Democratic Republic of Congo*, avril 2004, 13 p. [http://www.raid-uk.org/docs/UN_Panel_DRC/Unanswered_Questions_ES.pdf].

RAMASASTRY (A.) & THOMPSON (R. C.), *Commerce, Crime and Conflict – Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, FAFO Report No. 536, 2006, 46 p. [<http://www.fafo.no/pub/rapp/536/536.pdf>].

RUGGIE (J. G.), « Business and Human Rights : The Evolving Agenda », *A.J.I.L.*, vol. 101, 2007, pp. 819-840.

SCHABAS (W. A.), « Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices », *R.I.C.R.*, vol. 83, 2001, pp. 439-459.

WANLESS (W. C.), « Corporate Liability for International Crimes under Canada's Crimes Against Humanity and War Crimes Act », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 201-221.

WEIGEND (T.), « Societas Delinquere non Potest? A German Perspective », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, pp. 927-945.

WEISSBRODT (D.) & KRUGER (M.), « Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with Regard to Human Rights », *A.J.I.L.*, vol. 97, 2003, pp. 901-922.