

Etude : l'extraterritorialité comme instrument

Par le Professeur Hervé ASCENSIO*

10 décembre 2010

INTRODUCTION

1. La présente note sur l'extraterritorialité est une contribution à la discussion initiée par le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales et autres entreprises, John Ruggie¹. Elle réagit à un ensemble de travaux sur l'extraterritorialité placés sur le site du Représentant spécial, notamment le rapport très détaillé élaboré à la demande du Représentant spécial par Mme Jennifer Zerk (ci-après « *Report on Extraterritorial Jurisdiction* »)². Elle tient compte de la discussion qui s'est déroulée à Boston le 14 septembre 2010 dans le cadre d'un séminaire d'experts et qui s'est poursuivie par des échanges de courriers électroniques.

2. L'extraterritorialité est une « [s]ituation dans laquelle les compétences d'un Etat (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit Etat »³. L'objectif de la discussion est de déterminer dans quelle mesure l'extension des compétences des Etats au-delà de leur territoire est appropriée aux fins de lutter contre les violations des droits de l'homme imputables aux entreprises.

3. L'extraterritorialité pose de nombreux problèmes à la fois juridiques et pratiques. L'un des plus complexes consiste à déterminer à partir de quel moment une situation est localisée sur un territoire donné, alors que les techniques modernes de communications, la structure transnationale de certaines entreprises, la mondialisation économique et financière gommement les frontières⁴. L'étude est de surcroît compliquée par la différence des traditions juridiques nationales en ce domaine. Aussi la présente note se limite-t-elle à insister sur l'approche propre aux pays de tradition continentale, ou romano-germanique⁵, cette approche étant sous-

* Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). L'auteur a bénéficié des travaux de recherche menés par Mlle Marine Séry, stagiaire au Ministère des Affaires étrangères (Direction de la mondialisation, du développement et des partenariats), et, pour le passage sur la régulation dans le secteur bancaire, de l'expertise de M. Régis Bismuth, maître de conférences à l'Université de Paris-Ouest Nanterre La Défense (Paris X).

¹ Le Secrétaire général des Nations Unies a nommé un représentant spécial sur ce thème en 2005, à la demande de l'ancienne Commission des droits de l'homme (E/CN.4/RES/2005/69). Son mandat a été renouvelé en 2008 par le Conseil des droits de l'homme pour une période de trois ans (A/HRC/RES/8/7). Le dernier rapport du Représentant spécial est en date du 9 avril 2010 (A/HRC/14/27).

² Jennifer A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Area*, A report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to help inform the mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights, June 2010, Working Paper n°59 [http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf].

³ Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant / Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491.

⁴ Pour cette raison, la distinction classique entre extraterritorialité directe et indirecte, telle qu'utilisée dans le *Report on Extraterritorial Jurisdiction (passim)*, est fort relative. Il est probable que les mêmes principes de droit international s'appliquent aux différentes formes d'extraterritorialité.

⁵ Ces expressions coïncident avec celle de « *civil law* », utilisée par les juristes anglophones issus de la tradition de la *common law*. Les juristes de droit continental ne l'utilisent normalement pas pour désigner leur propre tradition juridique. L'usage de l'expression « *civil law* » peut d'ailleurs entraîner une confusion avec le droit civil, qui est une branche du droit.

représentée dans les travaux susmentionnés. Elle s'appuie à titre principal sur le droit français, avec des références au droit de l'Union européenne et au droit international public.

4. Après quelques remarques sur le cadre juridique établi par le droit international public (§ 1), le plan est structuré selon les branches traditionnelles du droit interne. Il aborde ainsi l'extraterritorialité en matière pénale (§ 2), en matière civile (§ 3) et en matière administrative (§ 4). Une subdivision est ensuite consacrée à certains régimes juridiques visant à la protection l'environnement, ce domaine comportant de nombreuses spécificités (§ 5). Le dernier paragraphe contient des propositions (§ 6).

§ 1. Les règles du droit international public en matière d'extraterritorialité

5. L'encadrement par le droit international public des compétences étatiques est fondé sur trois principes : le principe de souveraineté, le principe de non-intervention et le principe de coopération.

6. Le principe de souveraineté implique une exclusivité de la compétence de l'Etat sur son territoire pour les actes de contrainte. En revanche, concernant la compétence normative, l'arrêt célèbre adopté en 1927 par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus* a posé une présomption de liberté de l'Etat⁶. La présomption inverse, celle de l'interdiction à défaut d'une autorisation expresse reçue du droit international, était ainsi écartée. Pour autant, la solution du *Lotus* a souvent été contestée en doctrine. Aucune juridiction internationale n'a, jusqu'à présent, eu l'occasion de revenir sur ce point⁷. On pourrait en déduire que les Etats s'accommodent des pratiques actuelles d'extraterritorialité, malgré quelques protestations officielles, ou qu'ils parviennent à les encadrer par voie d'accords plus ou moins formalisés.

7. Le principe de non-intervention limite l'exercice extraterritorial des compétences étatiques. Il coïncide parfaitement avec le précédent en ce qu'il interdit les actes de contrainte exercés par un Etat sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de ce dernier⁸. Concernant la compétence normative, les effets du principe sont moins clairs, même si plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies mentionnent l'interdiction de l'intervention aussi bien directe qu'indirecte⁹. Il a été régulièrement invoqué par des Etats ou par l'Union européenne à l'encontre de réglementations adoptées par les Etats-Unis lorsqu'elles visaient à sanctionner un autre Etat et imposaient pour cela des obligations à leurs ressortissants¹⁰. Il explique sans doute les pratiques d'auto-limitation des Etats en matière d'extraterritorialité.

⁶ CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 19 : « [t]out ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deça de ces limites le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans la souveraineté ».

⁷ La question était soulevée directement dans deux requêtes déposées devant la Cour internationale de Justice. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, les parties se sont finalement entendues pour ne pas plaider ce point, mais seulement la question des immunités (arrêt du 14 février 2002). Dans l'affaire *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* (requête du 9 décembre 2002), le Congo a finalement retiré sa plainte.

⁸ En ce sens, CIJ, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949. Une autre exception au principe résulte de l'article 2 § 7 de la Charte des Nations Unies, qui permet de lever l'interdiction lorsque l'intervention est autorisée par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre du Chapitre VII de la Charte.

⁹ Résolutions AGNU 2131 (XX), 2625 (XXV), 31/91, 36/103.

¹⁰ Les lois dites « Helms-Burton » et « d'Amato-Kennedy » des 12 mars et 5 août 1996 (reproduites in *ILM*, vol. 35, p. 357-378 et 1273-1279, trad. frse in *Documents d'actualité internationale*, 1996, n°19, p. 674-689 et

8. Le principe de coopération oblige les Etats à résoudre leurs conflits en matière de compétence extraterritoriale de manière pacifique et de bonne foi. Cette obligation de comportement a conduit à la conclusion de nombreux traités précisant quelles compétences normatives sont autorisées ou prescrites par le droit international en tel ou tel domaine.

9. La combinaison de ces trois principes a progressivement conduit à l'émergence de règles coutumières et conventionnelles établissant des titres de compétences étatiques. L'Etat disposant d'un tel titre de compétence dans une situation donnée pourra prétendre agir conformément au droit international. Les principaux titres de compétence sont les suivants :

- la compétence territoriale, lorsque la situation est localisée en tout ou en partie sur le territoire de l'Etat ;
- la compétence personnelle, lorsque l'auteur (compétence personnelle dite active) ou la victime (compétence personnelle dite passive) a la nationalité de l'Etat ;
- la compétence réelle, dite encore « de service public », lorsque la situation porte atteinte à un intérêt fondamental de l'Etat ;
- la compétence universelle, lorsqu'il s'agit de défendre des valeurs universelles, en l'absence des liens de rattachement classiques correspondant aux autres titres de compétence.

10. Il convient de s'arrêter un instant sur la compétence universelle, qui fait l'objet de vifs débats en matière pénale, en raison de son utilisation par plusieurs Etats européens afin d'assurer la répression de crimes de droit international, mais également en matière civile, en raison des plaintes déposées aux Etats-Unis sur le fondement de l'*Alien Tort Statute*. En matière pénale, la compétence universelle est imposée par certains traités, mais généralement sous la forme d'une alternative : poursuivre ou extraditer (*aut dedere, aut judicare*). Cette alternative concerne les personnes physiques et suggère une condition de présence du suspect sur le territoire de l'Etat exerçant la compétence universelle¹¹. Ceci n'exclut pas que la compétence universelle soit autorisée par le droit international coutumier et appliquée également aux personnes morales. Son champ d'application matériel est cependant alors limité à la catégorie la plus grave des violations des droits de l'homme, celle des crimes internationaux (« *core crimes* »). En matière civile, aucun traité n'aborde expressément la question, même si une infraction pénale constitue simultanément une faute civile (*tort*) et peut donc engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur ou de la personne morale dont celui-ci est l'agent. L'on pourrait en déduire que le droit international coutumier autorise la compétence universelle en matière civile dans la même proportion qu'il l'autorise en matière pénale. Par ailleurs, que ce soit en matière pénale ou en matière civile, l'existence de conditions supplémentaires, comme la subsidiarité ou une forme de lien avec le territoire, reste débattue¹².

11. *A priori*, le droit international coutumier ne pose aucune règle de priorité dans l'exercice des différents titres de compétence. Certains traités en comportent, notamment pour éviter les

778-782) ont ainsi fait l'objet de nombreuses réactions négatives, recensées par le Secrétaire général des Nations Unies (Doc. NU, A/50/401). L'Union européenne a adopté un texte de blocage, dit « législation-miroir », le règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996.

¹¹ Contrairement à ce que suggère le *Report on Extraterritorial Jurisdiction*, qui insiste sur les cas belge et espagnol (p. 120), ce sont surtout certaines modalités de la compétence universelle, allant au-delà de l'alternative *aut dedere aut judicare*, qui sont contestées.

¹² En faveur d'une condition de subsidiarité : Brief of *Amicus Curiae* of the European Commission in support of neither party, in the Supreme Court of the United States, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 23 January 2004.

conflits de juridiction en matière civile ou commerciale ; ils prennent alors la forme de règles sur la litispendance. Certains droits nationaux préfèrent le standard du « raisonnable », à l'instar du droit constitutionnel des Etats-Unis¹³, éventuellement sous la forme d'une théorie du *forum conveniens* (ou *non conveniens*). Une telle approche est bien moins fréquente dans les systèmes de droit continental que dans ceux de *common law*, probablement parce que cela requiert l'élaboration de critères jurisprudentiels et leur application au cas par cas par le juge. L'exercice des compétences extraterritoriales peut cependant être subordonné, en matière pénale, à une décision du ministère public, prise en opportunité ou à l'aune de critères fixés par la loi. L'étude du droit français permettra d'illustrer ces différents points.

§ 2. L'extraterritorialité en matière pénale

12. A titre liminaire, quelques rappels doivent être faits concernant la responsabilité pénale des personnes morales et le déclenchement de la procédure pénale en France. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal le 1^{er} mars 1994, toutes les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, à la double condition que l'infraction ait été commise par un ou des individus ayant la qualité d'organes ou représentants de la personne morale et pour le compte de cette personne morale. Si, à l'origine, les personnes morales ne pouvaient être poursuivies qu'en vertu d'un texte spécial, la loi du 9 mars 2004 a généralisé leur responsabilité pénale à toutes les infractions¹⁴. La complicité des personnes morales à la commission d'une infraction est également réprimée pénalement (art. 121-6 et 121-7 du code pénal). Par ailleurs, selon les règles ordinaires de la procédure pénale, l'action publique peut être déclenchée par le Ministère public (procureur), mais aussi par la constitution de partie civile des victimes.

13. Le droit pénal français est très ouvert à l'extraterritorialité normative ; toutefois sa mise en œuvre peut être compliquée par des conditions procédurales dérogatoires au droit commun ou par des conditions de fond. L'on raisonnera ci-après en fonction des différents titres de compétence, y compris la compétence dite « territoriale », car elle peut faire apparaître des formes indirectes d'extraterritorialité.

14. La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République (art. 113-2 du code pénal) et au cas de complicité en France d'un fait principal commis à l'étranger (art. 113-5). Concernant la complicité néanmoins, le droit français est d'application subsidiaire et soumis à deux conditions : la double incrimination et une décision définitive de la juridiction étrangère condamnant l'auteur principal. Aux fins de la localisation sur le territoire français d'une infraction, la jurisprudence adhère à la théorie de l'ubiquité : une infraction est réputée commise en France lorsque l'un de ses faits constitutifs, action ou résultat, est situé en France (art. 113-2, alinéa 2).

15. En application de ces règles, le juge pénal français est compétent pour connaître, par exemple, d'un délit d'initié concernant les titres d'une société étrangère cotée sur un marché étranger lorsque l'ordre boursier a été donné en France (lieu de l'action), ou de la pollution d'un cours d'eau touchant le territoire français à partir d'une entreprise située en Belgique

¹³ En ce sens, et avec de sérieux doutes quant à la justification d'une telle condition : John H. KNOX, « A Presumption Against Extrajurisdictionality », *American Journal of International Law*, vol. 104, n°3, July 2010, p. 351-396, spéc. p. 352.

¹⁴ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite « Perben II »), art. 54, modifiant l'article 121-2 du code pénal. *Adde* : loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, art. 125 (modification dans vingt-cinq autres codes).

(lieu du résultat)¹⁵. On signalera qu'une application extensive des critères de localisation a donné lieu à une importante controverse dans l'affaire *Yahoo*, à propos de la vente aux enchères d'objets nazis sur internet. Un juge des référés français a estimé que la loi pénale française était applicable (art. R. 645-1 du code pénal), générant une faute civile, puisque le site était consultable depuis la France et produisait ainsi un dommage en France. Il a ordonné aux sociétés Yahoo et Yahoo France d'empêcher l'accès des internautes situés en France aux pages internet en cause¹⁶. Ayant finalement échoué dans sa tentative d'obtenir aux Etats-Unis une décision faisant obstacle à l'exécution de l'ordonnance française¹⁷, la société Yahoo a retiré les objets de son site. La question de droit n'a pas été tranchée de manière définitive.

16. S'agissant de la compétence personnelle, la loi pénale française est applicable à un très grand nombre d'infractions commises à l'étranger par un Français ou contre un Français – personne physique ou morale. Lorsque l'auteur a la nationalité française, l'extraterritorialité concerne toutes les infractions relevant de la catégorie des « crimes » et, sous condition de double-incrimination, les infractions relevant de la catégorie des « délits » (art. 113-6). Si de surcroît la victime a la nationalité française, l'extraterritorialité concerne tout « crime » et tout « délit puni d'emprisonnement », sans condition de double-incrimination (art. 113-7). Il faut toutefois noter que, pour les délits, la poursuite ne peut être exercée qu'à l'initiative du Ministère public ; elle requiert de plus une plainte des victimes ou une dénonciation par les autorités de l'Etat sur le territoire duquel les faits ont été commis (art. 113-8).

17. A titre d'illustration, la société Total a fait l'objet d'une plainte en France déposée le 16 août 2002, sur le fondement de la compétence personnelle, à propos d'allégations de travail forcé sur un gazoduc en Birmanie entre 1995 et 1998. Les faits sont identiques à ceux de l'affaire *Unocal* aux Etats-Unis. L'infraction visée était le crime de séquestration, le droit pénal français n'incriminant pas le travail forcé en tant que tel. La procédure n'a cependant pas conduit à un procès en raison de l'insuffisance des informations factuelles apportées au juge d'instruction par les plaignants, conduisant à une ordonnance de non-lieu du 10 mars 2006. Parallèlement, ceux-ci ont conclu avec Total le 20 novembre 2005 un accord prévoyant une compensation et le financement de diverses opérations humanitaires pour un montant de 5,2 millions d'euros¹⁸.

18. La condition de déclenchement de l'action pénale par le seul procureur peut gêner la poursuite des infractions pénales relevant de la catégorie des délits et commises par des Français à l'étranger. En 2002, dans l'affaire *Rougier*, cette condition a fait obstacle à la recevabilité d'une plainte déposée par sept agriculteurs camerounais et l'association les Amis de la Terre contre la maison-mère française d'une société camerounaise et contre les dirigeants de cette société, accusée de commerce illicite de bois et de corruption. La plainte se heurtait à un autre obstacle : l'absence de poursuites au Cameroun de la filiale, et donc

¹⁵ Respectivement : Cour de cassation, chambre criminelle, 3 novembre 1992 (*Dalloz*, 1993, p. 120) ; Cour de cassation, chambre criminelle, 15 novembre 1977 (*Revue de sciences criminelles*, 1978, p. 627).

¹⁶ Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé, *UEJF et Licra c. Yahoo ! Inc. et Yahoo France*, 22 mai 2000.

¹⁷ Le juge de première instance avait estimé que l'application de l'ordonnance sur le territoire des Etats-Unis serait contraire au Premier amendement de la Constitution garantissant la liberté d'expression (US District Court, District of California, San Jose Division, 7 novembre 2001). Ceci étant, le problème était plutôt celui de l'application de l'ordonnance en France, ce qui supposait certes que des décisions techniques soient prises aux Etats-Unis. En raison de la complexité du problème et d'une interprétation stricte de sa compétence internationale, le juge d'appel a annulé la décision de première instance (US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 12 janvier 2006).

¹⁸ Voir les informations sur le site de la société Total : [http://birmanie.total.com/fr/controverse/p_4_2.htm].

l'absence de jugement définitif, empêchant la poursuite en France pour complicité¹⁹. En matière de corruption, depuis une circulaire du 21 juin 2004, les procureurs sont tenus de traiter les plaintes des victimes dans les mêmes conditions que celles adressées à un juge d'instruction, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent les classer sans suite pour un motif d'opportunité. Il s'agissait là d'une réponse à une recommandation émise par l'OCDE dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de la Convention du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales²⁰.

19. Pour la compétence réelle comme pour la compétence universelle, il n'est fait aucune distinction entre ressortissants français et étrangers. Qui plus est, les règles ordinaires de la procédure pénale s'appliquent, ce qui permet le déclenchement des poursuites par la constitution de partie civile même en matière de délits. La compétence réelle est prévue pour les infractions spécialement mentionnées, soit à l'article 113-10 du code pénal, soit dans d'autres dispositions²¹. La compétence universelle, telle qu'elle est conçue en droit français, correspond aux cas où une convention à laquelle la France est partie ou un acte de l'Union européenne lui donne compétence (art. 689 du code de procédure pénale). Lesdits textes sont énumérés aux articles 689-2 à 689-10 et 689-12 du code de procédure pénale²². Si la présence en France de l'auteur est toujours requise (art. 689-1), il suffit que l'une des personnes soupçonnées soit présente pour justifier l'ouverture de poursuites ; la compétence peut donc

¹⁹ Cour d'appel de Paris, chambre de l'instruction, arrêt du 13 février 2004 confirmant l'ordonnance d'irrecevabilité de la plainte. Sur cette affaire et le problème du commerce illicite de bois, voir Julie Vallat, « Mondialisation du commerce illicite de bois et droit pénal français : un déficit de juridiction », *Revue de Science criminelle*, 2005, p. 21.

²⁰ Sur la corruption, voir également *infra*, II-1. Le monopole du procureur pour la poursuite des délits de corruption ne concerne pas la corruption d'agents de l'Union européenne, qui relève de la compétence universelle (art. 689-8 du code de procédure pénale).

²¹ A l'article 113-10 : atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation (trahison et espionnage, atteintes aux institutions de la République, à l'intégrité du territoire national ou à la défense nationale), la falsification ou la contrefaçon du sceau de l'Etat ou de la monnaie, les crimes ou délits commis contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français à l'étranger. Peut être assimilée à la compétence réelle celle relative aux infractions commises à bord ou à l'encontre des navires ou aéronefs français où qu'ils se trouvent (art. 113-3 et 113-4 du code pénal), aux infractions relatives aux établissements ou matériels appartenant aux forces armées françaises (art. L-121 § 7 du code de justice militaire), à la falsification ou contrefaçon des monnaies étrangères ou des effets émis par un Etat étranger (art. 442-1 du code pénal), etc.

²² La compétence universelle s'applique donc à la torture au sens de l'article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984 ; aux infractions permettant l'application de diverses conventions relatives à la lutte contre le terrorisme ou la protection de certains biens ou personnes (Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977, Accord entre les États membres des Communautés européennes concernant l'application de la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 4 décembre 1979, Convention sur la protection physique des matières nucléaires du 3 mars 1980, Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et pour l'application du protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental du 10 mars 1988, Convention sur la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970 et Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile du 23 septembre 1971, Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale du 24 février 1988, Convention internationale pour la répression des attentats terroristes du 12 janvier 1998, Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 10 janvier 2000) ; aux infractions permettant la protection des intérêts de l'Union européenne (Protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 27 septembre 1996, Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne du 26 mai 1997). L'ajout des infractions à la réglementation du temps de conduite et de repos commises dans un Etat de l'Union européenne, en application du règlement (CE) n° 561 / 2006, correspond plutôt à l'émergence d'un titre de compétence territoriale européenne (article 689-12 du code de procédure pénale).

s'étendre à la participation d'autres personnes aux mêmes faits²³. Le législateur a ajouté à ces cas une compétence universelle pour les crimes entrant dans la compétence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, avec également une condition de présence de l'auteur ou du complice sur le sol français²⁴.

20. En dernier lieu, il convient de noter que la loi du 6 août 2010 a ajouté à la liste des conventions justifiant l'extraterritorialité du droit pénal français le statut de la Cour pénale internationale. Toutefois, le nouvel article 689-11 constitue plutôt une extension de la compétence personnelle active aux résidents²⁵. De surcroît, et entre autres conditions, le déclenchement des poursuites est réservé au Ministère public.

§ 3. L'extraterritorialité en matière civile

21. Le droit civil français admet l'extraterritorialité selon les conditions posées par les règles du droit international privé, dont les sources sont à la fois internationales, européennes et françaises. L'on s'intéressera principalement aux règles de conflit de juridictions, qui permettent de déterminer la ou les juridictions nationales compétentes, avant de présenter succinctement les règles de conflit de lois, qui permettent de déterminer le droit applicable au fond du litige – les règles de procédure relevant de la *lex fori*.

22. Les litiges en matière civile et commerciale portés devant les juridictions des Etats membres de l'Union européenne sont soumis à des règles de compétence communes, contenues dans le règlement dit « Bruxelles I »²⁶, héritier de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. La compétence de principe est fondée sur le domicile du défendeur (art. 2), ce qui correspond, pour les personnes morales, soit au siège statutaire – ou lieu d'enregistrement au Royaume-Uni et en Irlande –, soit au lieu de leur administration centrale, soit au lieu du principal établissement (art. 60). Le critère de la résidence dépasse ainsi la simple compétence personnelle active et peut conduire, pour certaines entreprises, à une pluralité de juridictions potentiellement compétentes.

23. Des règles de compétence alternatives s'appliquent, en vertu du règlement lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne et que la règle désigne le juge d'un autre Etat membre, en vertu du droit national dans les autres cas. Les principales règles figurant dans le règlement européen correspondent à diverses formes de territorialité : lieu de l'exécution de l'obligation servant de base à la demande (matière contractuelle), lieu du dommage (matière délictuelle ou quasi délictuelle). En certains domaines, il existe des règles de compétence exclusives, renvoyant également à la résidence ou à une forme de territorialité. Par ailleurs, la désignation d'un juge résultant de l'accord des parties (prorogation de compétence) est admise et exclusive, à moins qu'elle ne contrevienne à une compétence exclusive (art. 23). Afin d'éviter la litispendance dans les cas de compétences alternatives, le règlement prévoit la priorité de la première juridiction saisie (art. 27 à 30). Il convient de souligner que, dès lors que le règlement européen est applicable, les juridictions qui recourent à la doctrine du *forum non conveniens*, telles le juge anglais, doivent y renoncer, la Cour de Justice de l'Union européenne ayant constaté sa non-conformité aux règles

²³ Cour de cassation, chambre criminelle, 10 janvier 2007, n°04-87.245, *Bull. crim.* n°7.

²⁴ Lois n°95-1 du 2 janvier 1995 et n°96-432 du 22 mai 1996.

²⁵ A l'instar de l'extension réalisée pour le mercenariat par l'article 431-3 du code pénal.

²⁶ Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

européennes²⁷. Lorsque la situation n'est pas dans le champ du droit européen, les règles du droit national sont applicables. Celles du droit français conduisent à des solutions analogues, avec cependant les alternatives supplémentaires et originales des articles 14 et 15 du code civil, fondées sur la nationalité française de l'une des parties au litige.

24. En application de ces règles, le juge français s'est par exemple déclaré compétent pour connaître d'une plainte civile déposée par une association de défense des droits des Palestiniens contre les sociétés françaises Veolia et Alstom, en raison de leur participation à la construction et l'exploitation d'un tramway reliant Jérusalem à certaines implantations israéliennes en Cisjordanie. Le fondement est, classiquement, le domicile du défendeur ; l'affaire n'a pas encore été jugée au fond²⁸.

25. De surcroît, des titres de compétence à la fois exceptionnels et subsidiaires existent. Ils traduisent l'idée qu'en certaines circonstances, la compétence peut être admise malgré l'absence des critères de rattachement traditionnels. Si un lien avec l'Etat du for est alors tout de même requis, il peut être assez ténu. Ainsi, il existe en droit français un titre de compétence exceptionnel fondé sur l'interdiction du déni de justice, lorsqu'aucun autre juge n'est en mesure d'exercer sa compétence²⁹. Lorsque le juge français y recourt aujourd'hui, il mentionne généralement comme fondement l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a été utilisé, par exemple, pour permettre la désignation d'un arbitre par le juge français dans une procédure arbitrale opposant une société iranienne à l'Etat d'Israël, ou encore pour écarter l'immunité d'une organisation internationale dans un litige relatif à un contrat de travail³⁰. Dans le droit de l'Union européenne, le règlement du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires prévoit également un titre de compétence exceptionnel, nommé « *forum necessitatis* », lorsqu'aucun Etat membre de l'Union n'est compétent en vertu des autres critères posés par le règlement et lorsqu'aucune procédure ne peut « *raisonnablement* » être introduite ou conduite ou qu'elle s'avère impossible dans un Etat tiers avec lequel la situation a des liens étroits³¹.

26. Concernant le droit applicable, il convient de distinguer la matière contractuelle de la matière extracontractuelle (délictuelle ou quasi-délictuelle). Pour la matière contractuelle, le règlement de l'Union européenne dit « Rome I », entré en vigueur le 17 décembre 2009, pose en principe la liberté de choix des parties et, à défaut de choix, désigne la loi applicable au contrat en retenant le critère de la résidence du vendeur ou du prestataire de service, ou d'autres critères selon le type de contrat³². Pour la matière extracontractuelle, le règlement dit « Rome II », entré en vigueur le 11 janvier 2009, désigne par principe la loi du lieu de

²⁷ CJCE, arrêt du 1^{er} mars 2005, *Andrew Owusu c. N.B. Jackson e.a.*, C-281/02 (sur la Convention de Bruxelles à cette époque).

²⁸ Tribunal de grande instance de Nanterre, jugement du 15 avril 2009, confirmé par la Cour d'appel de Versailles le 17 décembre 2009. Il s'agissait à l'origine de responsabilité contractuelle (défaut de validité du contrat pour illicéité de la cause). Les investigations du juge ayant fait apparaître que le contrat comportait une clause attributive de juridiction en faveur du juge israélien, la plainte a été requalifiée en responsabilité quasi-délictuelle (dommages subis par les tiers du fait du contrat). Le fondement de la compétence est le domicile des défendeurs.

²⁹ Voir Lycette CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, 365 p.

³⁰ Respectivement : Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, arrêt n°404 du 1^{er} février 2005, *NIOC c. Etat d'Israël*, et Cour de cassation, chambre sociale, 25 janvier 2005, *Banque africaine de Développement*.

³¹ Règlement (CE) n°4-2009, du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (*JOUE* du 10 janvier 2009, L7/1), article 7.

³² Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (*JOUE* du 4 juillet 2008, L. 177/6).

survenance du dommage³³. Les règles de conflits de lois sont parfois perçues comme un frein à la responsabilité des entreprises dans un contexte transnational, car elles peuvent conduire le juge internationalement compétent à appliquer un droit différent du sien, droit qui peut s'avérer moins protecteur des droits de l'homme. Il convient toutefois de souligner que le juge saisi pourra faire application de ses lois de police, ou dispositions impératives, plutôt que de la loi étrangère et, s'il applique la loi étrangère, pourra en écarter les dispositions jugées manifestement incompatibles avec l'ordre public du for³⁴.

§ 4. L'extraterritorialité en matière administrative

27. Le contrôle exercé par l'administration sur les activités transnationales des entreprises prend de nombreuses formes. L'une des plus connues est le contrôle de l'administration douanière sur les marchandises importées et exportées. Bien qu'il ait le plus souvent lieu sur le territoire national – hors les cas de contrôle délégué à des sociétés privées d'inspection avant expédition –, il emporte des effets extraterritoriaux indirects. Des liens avec les droits de l'homme et la protection de l'environnement existent : application d'un embargo économique contre un Etat motivé par des violations des droits de l'homme commises par cet Etat, notamment en application de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ; lutte contre le commerce illicite d'espèces protégées³⁵. De manière moins nette, le respect du droit international humanitaire était tout de même présent en arrière-plan d'une affaire récemment portée devant la Cour de Justice de l'Union européenne et relative au contrôle exercé par les douanes allemandes sur les certificats d'origine de marchandises produites dans des implantations israéliennes de Cisjordanie³⁶.

28. L'administration fiscale exerce un contrôle à portée extraterritoriale lorsqu'elle s'intéresse à la structure des groupes internationaux de sociétés, et plus particulièrement aux prix de transfert pratiqués en leur sein, afin de déterminer la juste part d'impôt sur le revenu dont doivent s'acquitter leurs établissements situés sur le sol français³⁷. A cette fin, depuis 1996, elle peut réclamer aux entreprises soupçonnées d'avoir réalisé un transfert indirect de bénéfices des informations détaillées sur leurs liens avec des sociétés associées ou groupements établis hors de France, sur leurs activités et opérations, sur la détermination des prix³⁸. De plus, certaines entreprises ont, depuis 2010, l'obligation de tenir à la disposition de l'administration une documentation précise sur ces points, l'obligation étant renforcée pour

³³ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (*JOUE* du 31 juillet 2007, L. 199/40).

³⁴ Articles 9 et 21 du règlement Rome I ; articles 16 et 26 du règlement Rome II. Concernant les interactions entre droit international privé et droits de l'homme, voir Fabien MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, xxi-728 p.

³⁵ Dans le cadre, notamment, de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (« CITES »), Washington, 3 mars 1973 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1975).

³⁶ CJCE, *Brita GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, 29 octobre 2009, C-386/08. La limitation du champ d'application *ratione loci* de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et Israël vise à l'évidence à exclure du bénéfice de ses dispositions de tels produits, d'autant que les marchandises palestiniennes entrent, quant à elles, dans le champ de l'accord de libre-échange conclu avec l'Autorité palestinienne. Le transfert, par un Etat, d'une partie de sa population civile dans des territoires qu'il occupe est interdit par le droit des conflits armés. L'obligation de non-reconnaissance des situations illicites expliquerait la restriction des échanges commerciaux avec ces implantations.

³⁷ Sur la problématique d'ensemble, voir Bernard CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, Paris, 3^{ème} éd., 2010, p. 81 s.

³⁸ Article L13 B du Livre des procédures fiscales.

les transactions avec des entreprises associées établies ou constituées dans un Etat ou territoire non coopératif³⁹. S'il s'avère que des bénéficiaires ont été indirectement transférés, ils sont incorporés aux résultats de l'entreprise vérifiée pour l'établissement de son impôt sur le revenu. Ces dispositions s'appliquent aux entreprises qui sont « *sous la dépendance* » d'entreprises situées hors de France, celles qui « *possèdent le contrôle* » d'entreprises situées hors de France, ainsi que celles qui sont « *sous la dépendance* » d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le « *contrôle* » d'entreprises situées hors de France⁴⁰. Bien que le rapport de cette branche du droit avec les droits de l'homme soit indirect, il est loisible d'en retenir deux techniques : l'extension du périmètre de l'obligation de constituer une documentation au groupe de sociétés ; l'usage des notions de « *contrôle* » et de « *dépendance* » pour apprécier les liens entre entités juridiques distinctes.

29. Le droit de la concurrence est souvent mentionné comme exemple d'un domaine où existe un contrôle administratif à portée extraterritoriale, qu'il s'agisse du droit de la concurrence national ou du droit de la concurrence de l'Union européenne. La théorie des effets est ainsi accueillie par le droit de l'Union, la Commission s'estimant compétente pour réagir aux pratiques anticoncurrentielles ayant des effets sur le marché européen, quand bien même les entreprises concernées seraient extra-européennes et l'entente aurait eu lieu en dehors du territoire communautaire⁴¹. On relèvera que les litiges potentiels avec d'autres Etats sont évités par des accords passés entre autorités administratives, favorisant à la fois l'établissement de règles de répartition des compétences et l'échange d'informations⁴².

30. Ces techniques se retrouvent dans d'autres domaines où le contrôle est confié à des autorités administratives indépendantes. Le domaine bancaire en fournit une illustration d'autant plus instructive que les questions de blanchiment ne sont pas sans lien avec les droits de l'homme, même si le but du contrôle bancaire reste à titre principal l'équilibre du système économique et financier mondial. Des principes de répartition des compétences dans le contrôle des établissements bancaires à l'étranger sont apparus dans un cadre de coopération internationale assez informel, celui du Comité de Bâle du contrôle bancaire, qui regroupe les principales autorités de régulation nationales de ce secteur⁴³. La création d'une filiale ou succursale à l'étranger est ainsi subordonnée à l'autorisation préalable du pays d'origine et du pays d'accueil. Les établissements doivent ensuite être contrôlés sur une base individuelle par le pays d'accueil et sur une base consolidée par le pays d'origine. L'obtention d'informations pour le contrôle des groupes bancaires par le pays d'origine suppose des échanges d'informations, voire des inspections sur place, qui peuvent faire l'objet d'accord. Dans le cadre européen, où la liberté d'établissement et de prestation de services sont garanties, ces

³⁹ Articles L 13 AA et L 13 AB du Livre des procédures fiscales. L'obligation de constituer une documentation a été introduite par la loi de finances n°2009-1674 du 30 décembre 2009, art. 22-II.

⁴⁰ Article 57 du Code général des impôts.

⁴¹ Pour une confirmation jurisprudentielle : CJCE, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. c. Commission* (« *Pâtes de bois* »), affaires jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129 / 85, arrêt du 27 septembre 1988. De manière détaillée, voir Jennifer Zerk, *Report on Extraterritorial Jurisdiction*, p. 91 s.

⁴² Voir Walid BEN HAMIDA (dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence : les réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Litec, 2008, 533 p.

⁴³ Depuis l'élargissement de mars 2009, le Comité de Bâle est composé de représentants de vingt-sept Etats ou territoires. Les principaux textes sur la répartition des compétences sont : *Rapport sur le contrôle des établissements des banques à l'étranger*, 26 septembre 1975 ; *Principes pour le contrôle des établissements des banques à l'étranger*, mai 1983 ; *Echanges d'informations entre autorités de contrôle bancaire*, avril 1990 ; *Normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger*, juillet 1992 ; *Surveillance des activités bancaires transfrontières*, octobre 1996 ; *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace*, octobre 2006 (voir, pour l'ensemble, le site de la BRI : www.bis.org).

principes ont été repris par la directive 2006/48/CE, qui confie le contrôle du groupe et celui des succursales au pays d'origine et le contrôle des filiales au(x) pays d'accueil⁴⁴. Par ailleurs, en France, l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) peut refuser à une banque étrangère l'autorisation d'offrir des services bancaires en France, lorsqu'elle est originaire d'un Etat non membre de l'Espace économique européen et dont le droit est susceptible d'entraver « l'exercice de la mission de surveillance de l'entreprise requérante »⁴⁵. Aux fins de l'échange d'informations, l'ACP comme l'Autorité des marchés financiers peuvent conclure des accords avec leurs homologues étrangers⁴⁶. L'on retiendra de cet exemple les éléments suivants : contrôle consolidé du groupe d'entreprises par le pays d'origine ; répartition internationale des compétences ; échange international d'informations ; fonction de contrôle confiée à des autorités de régulation nationales jouissant le plus souvent de garanties d'indépendance au sein de l'administration.

§ 5. L'extraterritorialité dans les régimes spéciaux de protection de l'environnement

31. Il ne s'agira pas, dans ce paragraphe, de présenter l'ensemble de la réglementation environnementale, mais d'attirer l'attention sur quelques mécanismes originaux susceptibles d'enrichir la réflexion sur l'extraterritorialité. L'on s'intéressera ainsi au régime international d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, à la responsabilité environnementale créée par le droit de l'Union européenne et aux ressources du droit français en matière de responsabilité dans les groupes de sociétés.

5.1. L'indemnisation des dommages dus la pollution par les hydrocarbures (droit international)

32. Aux fins d'indemniser les dommages résultant de la pollution du milieu marin, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 encourage, de manière générale, les Etats à développer le « *droit international de la responsabilité* » ; elle mentionne aussi le possible recours à l'assurance obligatoire ou la création de fonds d'indemnisation⁴⁷. Ces différents procédés avaient été mis en œuvre, pour la pollution résultant du déversement d'hydrocarbures persistants provenant de navires-citernes, dès les conventions de 1969 et 1971, portant respectivement sur la responsabilité civile et sur la création d'un fonds international en ce domaine. Les deux conventions ont été modifiées par deux protocoles de 1992, auxquels s'ajoute un protocole de 2003 créant un fonds complémentaire⁴⁸. Le régime juridique en vigueur procède à la canalisation de la responsabilité sur le propriétaire du navire, qui a aussi l'obligation de souscrire une assurance pour les navires-citernes transportant plus de 2000 tonnes d'hydrocarbures. Le juge exclusivement compétent est celui du lieu du

⁴⁴ Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte) (amendée par les directives 2007/18/CE, 2007/44/CE, 2007/64/CE, 2008/24/CE, 2009/83/CE, 2009/110/CE, 2009/111/CE, 2010/16/UE).

⁴⁵ Code monétaire et financier, article L 511-10 alinéa 7.

⁴⁶ Code monétaire et financier, articles L 632-1 à -7.

⁴⁷ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982 (entrée en vigueur le 16 novembre 1994), art. 235 § 3.

⁴⁸ Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, 29 novembre 1969 (entrée en vigueur le 14 mars 1988), et protocole du 19 novembre 1992 (entré en vigueur le 30 mai 1996) ; Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, 18 décembre 1971, et protocoles du 27 novembre 1992 (entré en vigueur le 30 mai 1996) et du 16 mai 2003 (entré en vigueur le 3 mars 2005).

dommage. Le propriétaire du navire peut cependant limiter sa responsabilité à un montant défini par la convention en fonction de la jauge du navire. Cette responsabilité est objective (*strict liability*) ; le propriétaire peut en être exonéré en tout ou partie s'il démontre que le dommage par pollution est dû à une faute intentionnelle d'un tiers. L'indemnisation couvre tous les dommages causés aux personnes et aux biens, le coût des mesures de sauvegarde ainsi que, depuis le protocole de 1992, les altérations de l'environnement – ou dommage environnemental pur – mais pour le seul « *coût des mesures raisonnables de remise en état* » prises ou à prendre. En cas d'irresponsabilité du propriétaire, d'insolvabilité ou de franchissement de la limitation de responsabilité, les victimes peuvent se tourner vers les fonds internationaux, pour autant que le dommage ait eu lieu sur le territoire ou dans la zone économique exclusive d'un Etat partie au protocole de 1992 ou à celui de 2003. Les sommes disponibles pour l'indemnisation s'élèvent à un total de 203 millions de DTS pour le FIPOL 92 et 750 millions de DTS pour le Fonds complémentaire. Ces fonds sont alimentés par des contributions perçues par les Etats parties et dont doivent s'acquitter les entreprises ou administrations réceptionnant les hydrocarbures.

33. Le mécanisme de l'assurance relève d'une logique d'externalisation, celui des fonds d'une logique de mutualisation sociale du risque. L'un et l'autre peuvent présenter l'inconvénient de rendre le coût de la réparation moins élevé que celui de la prévention pour les responsables du dommage. L'ensemble vise cependant à répartir de manière équilibrée les charges entre propriétaires, assureurs et industrie pétrolière. Par ailleurs, les sommes disponibles auprès des fonds pour un même événement ne permettent pas toujours d'indemniser l'intégralité du dommage. Les Etats se sont directement inspirés de ces mécanismes pour conclure d'autres conventions du même type, qui ne sont cependant pas en vigueur faute du nombre requis de ratifications⁴⁹. Ils ont parfois assoupli la canalisation de responsabilité en prévoyant plusieurs régimes de responsabilité : responsabilité objective pour l'un des opérateurs économiques, souvent l'exploitant, et responsabilité pour faute pour d'autres entreprises impliquées dans l'opération. Ces conventions ne sont pas encore entrées en vigueur non plus⁵⁰.

34. L'affaire du pétrolier Erika, qui a fait naufrage au large des côtes françaises le 12 novembre 1999, permet d'illustrer certaines limites du régime mis en place en droit international, ainsi que la complexité de la réglementation environnementale au niveau européen et national. Nombre de victimes ont été indemnisées par l'assureur et par le FIPOL ; les plafonds ont cependant été dépassés pour les mesures de sauvegarde et de remise en état prises par les collectivités publiques, qui ont cherché à engager la responsabilité de la société pétrolière française Total, le groupe Total étant à la fois vendeur du pétrole et affrèteur du navire *via* deux filiales situées hors de France⁵¹.

⁴⁹ Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses, Londres, 3 mai 1996 ; Convention internationale sur la responsabilité civile pour des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soude, Londres, 23 mars 2001.

⁵⁰ Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux, Bâle, 10 décembre 1999 ; Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, Kiev, 21 mai 2003.

⁵¹ L'affaire illustre parfaitement la complexité des situations juridiques dans le monde global : le propriétaire du navire était une société maltaise, contrôlée par deux sociétés libériennes dont l'actionnaire était italien ; l'affrèteur du navire était une société panaméenne, filiale de la compagnie pétrolière française Total, ayant conclu un contrat de transport avec une société britannique également filiale de Total ; le propriétaire du pétrole

35. Saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation française dans le cadre d'une procédure civile, la Cour de Justice des Communautés européennes a estimé que le pétrole déversé en mer et émulsionné dans l'eau ou aggloméré à des sédiments était devenu un déchet au sens de la directive européenne 75/442⁵². Par application du principe du pollueur-payeur, le coût de l'élimination des déchets pouvait dès lors être mis à la charge du vendeur et affréteur, en tant que détenteur antérieur des déchets, notamment s'il a contribué par sa négligence à la survenance de la pollution. Ceci permettait théoriquement de contourner la canalisation de responsabilité opérée par le droit international.

36. Parallèlement, d'autres parties civiles avaient saisi le juge pénal français, auquel il est finalement revenu de se prononcer à la fois sur la responsabilité pénale et sur la responsabilité civile de Total et des autres personnes poursuivies, à savoir l'armateur, le gestionnaire et la société de certification. Sur le plan pénal, le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 16 janvier 2008 et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 mars 2010 ont tous deux condamnés les prévenus pour pollution, les amendes étant fixées à 375 000 euros pour les personnes morales et 75 000 euros pour les personnes physiques. Concernant Total, il s'agissait d'une faute pénale d'imprudance. De plus, l'arrêt n'hésite pas à écarter la personnalité juridique fictive de la société panaméenne Total Transport Corporation (TTC), créée par Total pour réaliser ses activités de transport⁵³. Sur le plan civil, les deux décisions admettent l'existence d'un préjudice écologique pur, ce qui est particulièrement remarquable, pour un montant porté à 200,6 millions d'euros en appel. Mais l'arrêt du 30 mars 2010, contrairement au jugement de première instance, écarte toute responsabilité civile de la société Total en raison, d'une part, de la canalisation de la responsabilité opérée par le protocole de 1992 à la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et, d'autre part, de l'absence de faute intentionnelle requise par le droit commun de la responsabilité civile⁵⁴. L'indemnisation incombe donc aux autres personnes poursuivies, qui ont déposé un pourvoi en cassation. Par ailleurs, la société Total aurait dépensé 370 millions d'euros afin d'assurer la dépollution des sites et d'indemniser à l'amiable certaines victimes à la suite du jugement du tribunal correctionnel de 2008 et avant l'arrêt de 2010⁵⁵.

5.2. La responsabilité environnementale (droit de l'Union européenne)

37. La « responsabilité environnementale » est un régime juridique portant sur les activités dangereuses créé par l'Union européenne avec une finalité à la fois préventive et réparatrice⁵⁶.

était une société immatriculée aux Bermudes, filiale de Total ; le pétrole devait être acheminé en Italie pour y être vendu à une compagnie d'électricité italienne.

⁵² CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer c. SA Total Raffinage Distribution et Société Total International Ltd.*, affaire n°C-188/07.

⁵³ Cour d'appel de Paris, pôle 4, 11 ch., 30 mars 2010, RG n°08/02278, « Erika » (chapitre 3) : « *La société TTC (...) n'avait aucun effectif, qui n'avait pas de locaux au Panama où elle était immatriculée, qui n'avait (...) pas d'indépendance décisionnelle, pas d'autonomie ni juridique ni financière et dont l'objet était uniquement d'individualiser l'activité du groupe TOTAL en matière de transport (...), n'avait en réalité pas les moyens, par elle-même, d'assurer un pouvoir de contrôle ou de direction sur la gestion ou la marche de l'Erika.* »

⁵⁴ L'ensemble soulève un difficile problème de conflit potentiel entre une convention internationale liant certains membres de l'Union et un acte de droit dérivé de l'Union. La dissociation entre la faute civile et la faute pénale est également à relever.

⁵⁵ Voir le site de Total : [<http://www.total.com/fr/groupe/actualites/actualites-820005.html&idActu=2333>]. Les indemnisations à l'amiable n'ont pas été remises en cause.

⁵⁶ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. Cette

Il est souvent décrit comme un régime de police administrative car, si l'exploitant d'une telle activité a l'obligation générale de prendre les mesures nécessaires, il incombe à la seule autorité administrative – en France le préfet – de préciser ses obligations ou de prendre elle-même les mesures requises, le coût des mesures étant normalement à la charge de l'exploitant. Les personnes victimes du dommage ou ayant un intérêt suffisant à faire valoir, comme les associations de défense de l'environnement, peuvent demander aux autorités publiques d'agir et contester leurs actions ou carences devant un organe indépendant et impartial – en France devant le juge administratif. La « responsabilité environnementale » porte sur le seul dommage environnemental pur, à l'exclusion donc des dommages causés aux biens et aux personnes dont la réparation continue à relever du droit commun de la responsabilité civile. Sont exclus de son champ d'application certains domaines relevant de conventions internationales, comme la pollution par les hydrocarbures ou les dommages dus aux matières nucléaires. Selon les cas, la responsabilité de l'exploitant est objective ou pour faute. La directive 2004/35 a été transposée en droit français par la loi du 1^{er} août 2008, complétée par le décret du 23 avril 2009.

38. Les éventuels effets extraterritoriaux de la responsabilité environnementale européenne sont délicats à identifier. Il convient d'observer en premier lieu que la responsabilité est canalisée sur l'exploitant, celui-ci étant défini comme « *toute personne physique ou morale (...) qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique (...) ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité* »⁵⁷. Il est dès lors envisageable que la personne responsable ait la nationalité d'un Etat différent de celui sur le territoire duquel elle exerce une activité dangereuse, ou encore que le critère du contrôle permette de faire remonter la responsabilité de la filiale de droit local à la maison-mère⁵⁸. Quant au domaine de compétence de l'autorité administrative, il est lié au lieu du dommage, lieu de sa naissance aussi bien que de sa réalisation. En cas de dommage transfrontière, il serait donc cohérent que le coût des mesures prises par l'autorité administrative territorialement compétente soit mis à la charge de l'exploitant d'une activité exercée hors du territoire national mais produisant des effets dommageables sur celui-ci. Tout en le suggérant, la directive 2004/35 insiste surtout sur l'obligation des Etats de coopérer et d'échanger des informations en semblable hypothèse⁵⁹. Le caractère récent de la responsabilité environnementale et de sa transposition en droit français empêche, pour l'heure, de donner des illustrations et de trancher les points les plus délicats.

5.3. La responsabilité dans les groupes de sociétés (droit français)

39. Comme l'a illustré l'affaire de l'Erika, l'une des principales difficultés dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises, notamment des entreprises multinationales, réside dans la complexité de leur structure juridique. L'autonomie de la personnalité juridique empêche souvent la remontée de la responsabilité de la filiale vers la maison-mère, même lorsque la filiale n'est pas en mesure d'assumer les conséquences de ses activités dommageables⁶⁰. La seule réponse apportée par le droit commun de la responsabilité réside

directive a été complétée et modifiée par la directive 2006/21/CE du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006 concernant la gestion des déchets de l'industrie extractive.

⁵⁷ Directive 2004/35, art. 2 § 6.

⁵⁸ Voir Patrick THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 611 s.

⁵⁹ Directive 2004/35, art. 15 § 3.

⁶⁰ Voir not. Blandine ROLLAND, « Responsabilité environnementale et groupes de sociétés », in Chantal Cans (dir.), *La responsabilité environnementale – Prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 215-229.

dans l'application de la théorie de l'abus de droit venant sanctionner une filialisation fictive. Le droit français de l'environnement a récemment ajouté un autre mécanisme de remontée des responsabilités. La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (loi dite « Grenelle II ») permet de mettre à la charge de la société-mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état en fin d'activité incombant à sa filiale. Il faut pour cela que la filiale fasse l'objet d'une liquidation judiciaire et que la société-mère ait commis une « *faute caractérisée (...) qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale* »⁶¹. De plus, les engagements volontaires spécifiques pris par la société-mère afin de prendre à sa charge tout ou partie des obligations de prévention et de réparation incombant à sa filiale ou à une société qu'elle contrôle sont considérés comme la liant juridiquement⁶².

40. En sus des dispositions à finalité réparatrice, la même loi « Grenelle II » a introduit des dispositions à finalité préventive prenant en compte la structure complexe de certaines entreprises. Le code de commerce modifié fait désormais obligation aux sociétés cotées ou dépassant une certaine taille de fournir des informations sur la manière dont elles prennent en compte « *les conséquences sociales et environnementales* » de leur activité ainsi que sur leurs « *engagements sociétaux en faveur du développement durable* ». Lorsque ces sociétés établissent des comptes consolidés, elles devront fournir ces informations de manière également consolidée, c'est-à-dire pour la société-mère, ses filiales et l'ensemble des sociétés qu'elle contrôle. Lesdites informations devront faire l'objet d'une vérification par un « *organisme tiers indépendant* »⁶³.

41. Des obligations de comportement pèsent aussi sur les autorités publiques en ce domaine. A cet égard, il convient de rappeler que la loi de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement du 3 août 2009 (loi dite « Grenelle I ») requiert que la France défende au niveau européen et international le « *principe de la reconnaissance de la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales en cas d'atteinte grave à l'environnement* »⁶⁴. Afin de contrôler la mise en œuvre de cette disposition ainsi que celle décrite au paragraphe précédent, la loi Grenelle II a prévu que le Gouvernement devrait, à partir de 2011, présenter au Parlement tous les trois ans un rapport sur la manière dont les entreprises s'acquittent de leur obligation de rapportage (*reporting*) et sur les actions de promotion menées au niveau national, européen et international pour « *encourager la responsabilité sociétale des entreprises* »⁶⁵.

⁶¹ Article 227-II de la loi n°2010-788 (*JORF* du 13 juillet 2010), modifiant l'article 512-17 du code de l'environnement. Si la société-mère ne peut financer les mesures et qu'elle est elle-même une filiale d'une autre société, le financement incombe à cette dernière. Si la même situation se reproduit pour cette dernière, il est encore possible de remonter à sa propre société-mère.

⁶² Article 227-I de la loi n°2010-788 (*JORF* du 13 juillet 2010), modifiant l'article L.233-5-1 du code de commerce. La notion de contrôle renvoie à l'article L.233-1 du code de commerce, soit une participation au capital supérieure à 50%.

⁶³ Article 225-I de la loi n°2010-788 (*JORF* du 13 juillet 2010), modifiant l'article L.225-102-1 du code de commerce. La notion de contrôle renvoie également à l'article L.233-1 du code de commerce, soit une participation au capital supérieure à 50%. Sont concernées les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés dépassent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat. Les seuils sont de 500 salariés et 43 millions d'euros de total de bilan. Les mêmes dispositions s'appliquent aux compagnies d'assurance mutuelle (code des assurances, art. L.322-26-2-2), aux unions et fédérations mutualistes (code de la mutualité, art. L.114-17h), aux établissements de crédit, entreprises d'investissement et compagnies financières (code monétaire et financier, L.511-35), aux sociétés coopératives agricoles (code rural et de la pêche maritime, art. L.524-2-1), avec également des seuils.

⁶⁴ Article 53, avant-dernier alinéa, de la loi n°2009-967 (*JORF* du 5 août 2009).

⁶⁵ Article 225-I, 3^{ème} alinéa, de la loi n°2010-788 (*JORF* du 13 juillet 2010), modifiant l'article L.225-102-1 du code de commerce.

§ 6. Propositions conclusives

42. Au vu de ces développements, il apparaît que l'extraterritorialité est un instrument utilisable aux fins d'assurer le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement par les entreprises dans un contexte transfrontière, y compris voire surtout lorsque ces entreprises ont une structure transnationale. Les techniques utilisées en droit pénal – lorsque les Etats admettent la responsabilité pénale des personnes morales –, en droit civil, en droit fiscal, en droit bancaire, en droit de l'environnement montrent que les Etats n'hésitent pas à appliquer des législations à effet ou à portée extraterritoriale, sans qu'il en résulte de graves contestations ou de nombreux litiges interétatiques. L'essentiel est qu'il en soit fait usage dans le respect des principes de souveraineté, non-intervention et coopération, conformément au droit international public.

43. Dès lors, l'élaboration d'un **instrument international** en ce domaine apparaît comme une solution pertinente. Un rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est récemment prononcé en ce sens⁶⁶. Il pourrait s'agir de principes directeurs ou d'une recommandation, sans écarter pour autant la perspective à moyen terme d'une convention. Ceci étant, les propositions plus précises qui suivent peuvent être mises en œuvre aussi bien ensemble, dans un texte unique, qu'individuellement, dans des instruments contraignants ou non-contraignants ayant des objets plus restreints ou non exclusivement consacrés aux droits de l'homme. Il serait également envisageable d'en regrouper certaines dans un instrument qui porterait sur un contexte factuel déterminé, comme les activités des entreprises dans les zones de conflit.

44. La première proposition relève de la matière pénale. Elle consiste à réfléchir à l'incrimination de certains comportements des entreprises et/ou de leurs dirigeants. Une convention trop générale serait certainement inappropriée, compte tenu des nombreuses conventions existantes et du degré de précision requis pour les infractions et la détermination des titres de compétence. Il serait en revanche envisageable de définir des infractions transversales, comme le **financement d'activités illicites** ou le **recel du produit des infractions**, en s'inspirant de ce qui a été fait dans la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999.

45. Si l'on adopte une approche sectorielle, un bilan des conventions existantes fait apparaître, parmi les violations graves des droits de l'homme susceptibles d'être commises par des entreprises, une lacune propos du **travail forcé**. Il existe certes en ce domaine deux conventions de l'OIT : la Convention sur le travail forcé du 28 juin 1930 (n°29) et la Convention sur l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957 (n°105). Mais elles ne comportent pas de dispositions pénales et ne traitent pas directement du comportement des personnes privées. Dans le même temps, la réprobation du travail forcé est universelle, comme le démontre son inclusion dans le Pacte mondial des Nations Unies. Un projet en ce domaine serait donc utile. Il pourrait être élargi aux formes dites modernes d'esclavage.

46. Concernant la **responsabilité des personnes morales**, un nombre significatif de conventions contiennent déjà des dispositions obligeant les Etats à prévoir des sanctions contre elles, sanctions pénales ou civiles ou administratives. La pluralité du type de sanctions prévues permet de tenir compte des particularités des droits nationaux qui n'admettent pas

⁶⁶ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Comité des affaires juridiques et des droits de l'homme, rapport de M. Holger Haibach, *Human Rights and Business*, Doc. 12361, 27 septembre 2010, 27 p.

tous la responsabilité pénale des personnes morales⁶⁷. L'inclusion dans toutes les conventions pertinentes, existantes ou à venir, de dispositions de ce type peut donc être recommandée. Par ailleurs, il serait utile de relancer la discussion sur la responsabilité pénale comme civile des personnes morales dans le cadre de l'Assemblée des Etats parties au statut de la Cour pénale internationale.

47. Il conviendrait d'insister sur la **levée des obstacles procéduraux** rencontrés dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale devant les juridictions internes, notamment lorsqu'ils sont le fait des ministères publics. A cette fin, la création d'un organe international de contrôle pourrait être justifiée. A tout le moins, il pourrait être recommandé aux organes internationaux créés par les conventions en vigueur d'accentuer leur contrôle en ce domaine.

48. En matière civile, les règles de compétence juridictionnelle actuellement en vigueur offrent déjà de nombreuses possibilités de recours. Le problème vient plutôt de l'autonomie de la personnalité morale, qui empêche de demander réparation à la société-mère pour les actes de ses filiales à l'étranger. Il conviendrait dès lors d'encourager la **remontée de la responsabilité vers la société-mère** chaque fois que la filiale ou la société liée n'est pas en mesure d'assumer ses responsabilités, en utilisant les notions de « contrôle » ou de « dépendance ». De surcroît, un titre de compétence subsidiaire fondé sur le **déni de justice** pourrait être mis en œuvre, s'il est établi que l'Etat ou les Etats compétents pour connaître des actes dommageables de la filiale sont dans l'incapacité ou n'ont pas la volonté de mener à bien un procès. On relèvera que ce critère de l'incapacité ou de l'absence de volonté de l'Etat existe déjà, en matière pénale, dans le statut de la Cour pénale internationale, en tant qu'exception au principe de complémentarité. Il pourrait également être retenu en matière civile. Le *forum necessitatis* retenu pour les obligations alimentaires dans le droit de l'Union européenne y fait d'ailleurs penser.

49. Des propositions tournées tout autant vers la prévention et le dialogue que vers la sanction peuvent encore être faites. La première consiste à recommander la constitution d'un **réseau de régulateurs publics nationaux** dans le domaine du respect des droits de l'homme par les entreprises. De tels réseaux existent dans des secteurs jugés particulièrement sensibles pour l'économie et l'intérêt public, comme le contrôle bancaire. Pourquoi ne pas transposer la technique à la protection des droits de l'homme et de l'environnement ? Ce réseau pourrait s'appuyer sur les commissions nationales consultatives des droits de l'homme, ou encore sur les points de contact nationaux établis par l'OCDE. Il faudrait toutefois s'assurer que ces régulateurs jouissent de garanties d'indépendance dans leur ordre juridique respectif. L'une des premières tâches de ce réseau consisterait à établir des règles de répartition des compétences dans le contrôle des groupes de sociétés et à définir les modalités de l'échange d'informations.

50. Dans une optique principalement préventive, il conviendrait également d'élargir le périmètre des obligations de rapportage (*reporting*) à l'ensemble du **groupe de sociétés**, lorsque l'entreprise a une structure transnationale et qu'elle dépasse une certaine taille.

⁶⁷ Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 (art. 26) ; Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 (art. 10) ; Protocole facultatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000 (3 § 4) ; Convention du Conseil de l'Europe n°172 sur la protection de l'environnement par le droit pénal du 4 novembre 1998 (art. 9) (non entrée en vigueur) ; Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997 (1 § 2).

51. En matière environnementale, et plus particulièrement pour les activités comportant un risque technologique, il conviendrait d'encourager des formes de mutualisation qui ne nuisent pas à l'objectif de prévention. La création de **fonds internationaux**, financés à un niveau suffisant par l'industrie concernée, reste souhaitable, afin d'indemniser les victimes et financer la remise en état. Ce genre de mutualisation n'est pas adapté aux violations des droits de l'homme, qui ne constituent nullement un risque accepté socialement. Les fonds internationaux en ce domaine, comme celui établi dans le cadre de la Cour pénale internationale ou le Fonds des Nations Unies pour les victimes de la torture, pourraient quant à eux être abondés par des amendes infligées aux personnes morales dont les agents agissant pour leur compte ont été reconnus responsables.

52. Concernant enfin les activités des **entreprises dans les zones de conflit**, il conviendrait en premier lieu de réaffirmer la fonction de protection de l'Etat, notamment lorsqu'il délègue à des entreprises des fonctions régaliennes. Il lui incombe alors de continuer à s'assurer que celles-ci sont exercées correctement. D'autre part, il conviendrait de développer des règles de droit international faisant peser directement des obligations sur les **sociétés militaires et/ou de sécurité privées**, et d'étendre les titres de compétence extraterritoriale des Etats à leur endroit. Le « Document de Montreux », adopté par dix-sept Etats⁶⁸, pourrait à cet égard servir de source d'inspiration.

⁶⁸ *Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés*, 17 septembre 2008, reproduit en annexe du Document NU, A/63/467 et S/2008/636, 6 octobre 2008