



Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **2** Droit pénal et
crimes internationaux

Un rapport de la Commission internationale de juristes
Comité d'experts juridiques sur la complicité
des entreprises dans les crimes internationaux

S'il existe des situations dans lesquelles des entreprises et leurs dirigeants se rendent directement et immédiatement responsables d'atteintes aux droits de l'homme, il est souvent allégué que les entreprises sont impliquées, avec d'autres acteurs, dans la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme. Dans de telles circonstances, les organisations et défenseurs des droits de l'homme, les responsables de l'élaboration de politiques au niveau international, les experts gouvernementaux et les entreprises elles-mêmes recourent dorénavant à l'expression « complicité des entreprises dans des atteintes aux droits de l'homme » pour rendre compte de ce qu'ils considèrent comme une implication indésirable des entreprises dans de tels actes. Cette évolution a suscité l'élaboration de rapports, d'analyses et de débats et a soulevé des interrogations. Que signifie le fait pour une entreprise de se rendre « complice » ? Quelles sont les conséquences d'une telle complicité ? Comment les entreprises peuvent-elles éviter de se rendre complices d'atteintes aux droits de l'homme ? Comment faire pour qu'elles aient à rendre des comptes du fait de leur complicité ? À bien des égards, même si l'utilisation de ce terme s'est généralisée, il reste encore un grand nombre de confusions et d'incertitudes quant aux limites de ce concept et, en particulier, aux circonstances dans lesquelles la responsabilité juridique, aussi bien civile que pénale, peut être engagée.

En 2006, afin de traiter certaines de ces questions, la Commission internationale de juristes a demandé à huit experts juridiques de former un Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux. Ce Comité a été chargé d'analyser les circonstances dans lesquelles les entreprises et leurs dirigeants pouvaient être tenus responsables juridiquement au regard du droit pénal et/ou civil lorsqu'ils se rendent complices d'atteintes graves aux droits de l'homme. Il a également été demandé au Comité de proposer des éclairages sur les situations que les entreprises prudentes devraient éviter.

Dans ce second Volume du rapport final, le Comité s'interroge sur les circonstances dans lesquelles le droit pénal international peut permettre de tenir pénalement responsables des entreprises et/ou leurs dirigeants lorsqu'ils sont impliqués, avec d'autres, dans des atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international. Ce Volume aborde également le rôle essentiel du droit pénal à l'égard des acteurs impliqués dans de telles atteintes, afin qu'ils aient à rendre compte de leurs actes.



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Commission internationale de juristes
CIJ
33, Rue des Bains
CH-1211 Genève 8
Suisse

La Commission internationale de juristes

La Commission internationale de juristes (CIJ) est une organisation non gouvernementale consacrée à la promotion de l'état de droit, à sa compréhension et à son respect ainsi qu'à la protection juridique des droits de l'homme dans le monde entier. Elle est basée à Genève, en Suisse, et bénéficie d'un réseau de 85 sections nationales et d'organisations affiliées. Elle dispose d'un statut consultatif au Conseil économique et social des Nations unies, à l'UNESCO, au Conseil de l'Europe et à l'Union africaine. La CIJ travaille en collaboration avec différents organes de l'Organisation des États américains.

Case postale 91
33, Rue des Bains
CH-1211 Genève 8
Suisse
Adresse électronique : info@icj.org
www.icj.org



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Membres de la Commission internationale de juristes

M. Raja AZIZ ADDRUSE, Malaisie
Prof. Abdullahi AN-NA'IM, Soudan
Juge Solomy BALUNGI BOSSA, Ouganda
Ambassadeur Julio BARBOZA, Argentine
Juge Ian BINNIE, Canada
Prof. Alexander BRÖSTL, Slovaquie
Juge Arthur CHASKALSON, Afrique du Sud
Prof. Santiago CORCUERA, Mexique
Dr Rajeev DHAVAN, Inde
Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, Serbie
Prof. Louise DOSWALD-BECK, Suisse
Juge Unity DOW, Botswana
Juge John DOWD, Australie
Mme Vera DUARTE, Cap Vert
Juge Hisham EL BASTAWISSI, Égypte
Prof. Paula ESCARAMEIA, Portugal
Juge Elisabeth EVATT, Australie
Prof. Jochen A. FROWEIN, Allemagne
Dr Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombie
M. Stellan GÄRDE, Suède
M. Roberto GARRETÓN, Chili
Prof. Robert GOLDMAN, USA
Prof. Jenny E. GOLDSCHMIDT, Pays-Bas

Mme Asma JAHANGIR, Pakistan
Mme Imrana JALAL, Îles Fidji
Prof. David KRETZMER, Israël
Prof. Kazimierz Maria LANDOSZ, Pologne
M. Kathurima M'INOTI, Kenya
Mme Karinna MOSKALENKO, Russie
Prof. Vitit MUNTABHORN, Thaïlande
Dr Pedro NIKKEN, Venezuela
Prof. Manfred NOWAK, Autriche
Dr Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay
Prof. Andrei RICHTER, Russie
Juge Michèle RIVET, Canada
Dr Mary ROBINSON, Irlande
Sir Nigel RODLEY, Royaume-Uni
Juge A.K.M. SADEQUE, Bangladesh
M. Claes SANDGREN, Suède
M. Raji SOURANI, Palestine
Prof. Daniel THÜRER, Suisse
Prof. U. Oji UMOZURIKE, Nigeria
Prof. Vilenas VADAPALAS, Lituanie
Prof. Yozo YOKOTA, Japon
Juge E. Raúl ZAFFARONI, Argentine
Prof. Leila ZERROUGUI, Algérie

Membres honoraires

Juge P.N. BHAGWATI, Inde
Dr Boutros BOUTROS-GHALI, Égypte
M. William J. BUTLER, USA
Prof. Antonio CASSESE, Italie
Juge Marie-José CRESPIN, Sénégal
Dato' Param CUMARASWAMY, Malaisie
Dr. Dalmo A. DE ABREU DALLARI, Brésil
Prof. Alfredo ETCHEBERRY, Chili
M. Desmond FERNANDO, Sri Lanka
Lord William GOODHART, Royaume-Uni
Juge Lennart GROL, Suède
Prof. Hans-Heinrich JESCHECK, Allemagne
Prof. P.J.G. KAPTEYN, Pays-Bas
Juge Michael D. KIRBY, AC, CMG, Australie
Prof. Kofi KUMADO, Ghana

Prof. Jean Flavien LALIVE, Suisse
Juge Claire L'HEUREUX-DUBE, Canada
Dr Rudolf MACHACEK, Autriche
Prof. Daniel H. MARCHAND, France
M. Norman S. MARSCH, Royaume-Uni
M. J.R.W.S. MAWALLA, Tanzanie
M. François-Xavier MBOUYOM, Cameroun
M. Fali S. NARIMAN, Inde
Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyane
M. Bertrand RAMCHARAN, Guyane
Dr Joaquin RUIZ-GIMENEZ, Espagne
Prof. Christian TOMUSCHAT, Allemagne
M. Michael A. TRIANTAFYLIDES, Chypre
Prof. Theo VAN BOVEN, Pays-Bas

Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **2** Droit pénal et
crimes internationaux

Un rapport de la Commission internationale
de juristes Comité d'experts juridiques sur
la complicité des entreprises dans les crimes
internationaux

© Copyright : Commission internationale de juristes, 2008

La CIJ autorise la reproduction gratuite d'extraits de toutes ses publications, à condition que son nom soit mentionné et qu'un exemplaire de la publication contenant l'extrait soit envoyé à son siège, à l'adresse suivante :

Commission internationale de juristes

Case postale 91

33, Rue des Bains

CH-1211 Genève 8

Suisse

Adresse électronique : info@icj.org

www.icj.org

® Complicité des entreprises et Responsabilité juridique, Volume 2

ISBN: 978 92-9037-132-3

Genève, 2008

Edition française, 2010

Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **2** Droit pénal et
crimes internationaux

Un rapport de la Commission internationale
de juristes Comité d'experts juridiques sur
la complicité des entreprises dans les crimes
internationaux



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Ce volume a été rédigé par Magda Karagiannakis, avec la collaboration d'Andrea Shemberg. L'actualisation juridique a été effectuée par Federico Andreu-Guzman. Le Comité a revu ce volume au moins à trois reprises durant le processus de rédaction. Le Volume a été mis en forme par Madeleine Colvin, Leah Hoctor et Róisín Pillay, assistées par Neeltje Eekhout, Marlena Ong et Priyamvada Yarnell. Il a été traduit en français par Salvatore Saguès. Marie-Caroline Caillet a fait la révision de la traduction.

L'analyse du Comité et la production de ce rapport ont été rendues possibles grâce à l'assistance financière fournie par le Ministère des affaires étrangères et du commerce international canadien, Irish Aid et la Division politique IV du ministère suisse des Affaires étrangères.

TABLE DES MATIÈRES

Préface	vii
1 Introduction	1
1.1 Responsabilité pénale et « complicité des entreprises dans les atteintes graves aux droits de l'homme »	1
1.2 Crimes et atteintes graves aux droits de l'homme	3
1.3 Droit pénal international et entreprises	5
1.4 Le rôle important du droit pénal et du droit pénal international	7
1.5 L'évolution du droit pénal international et sa pertinence croissante à l'égard des entreprises	8
Encadré 1 : Les poursuites menées à l'encontre de Frans Van Anraat	11
2 Dans quelles circonstances la responsabilité d'un dirigeant d'entreprise peut-elle être engagée pour complicité aux termes du droit pénal international ou national ?	12
2.1 Auteurs principaux et complices	12
2.2 L'évolution de la responsabilité pour complicité en droit international	14
Encadré 2 : Le procès de Walter Funk	15
3 La responsabilité pour complicité par aide et assistance au regard du droit pénal international et national	19
3.1 Droit pénal international	19
3.1.1 Acte ou Omission	19
3.1.2 Élément psychologique (<i>Mens Rea</i>) – Connaissance et intention	23
3.2 Droit pénal national	27

4 La responsabilité du fait d'un dessein commun au regard du droit pénal international et national	30
4.1 Droit pénal international	30
4.2 Droit pénal national	33
5 Responsabilité du supérieur hiérarchique	35
Encadré 3 : Questions-clés basées sur l'analyse du droit pénal effectuée par le Comité	40
6 Scénarios factuels	42
6.1 La fourniture de biens et de services	42
6.2 Relations dans la chaîne d'approvisionnement	45
Encadré 4 : La saisie de biens : le pillage et le vol	47
6.3 Le recrutement de services de sécurité	48
7 Moyens de défense	50
7.1 Moyens de défense recevables	50
7.2 Arguments qui ne constituent pas des moyens de défense	54
Encadré 5 : moyens de défense non recevables au regard du droit pénal international	56
Encadré 6 : Poursuites menées suite à des violations de sanctions de l'ONU	57
8 Où les poursuites pour crimes au regard du droit international peuvent-elles être menées ?	59
9 Les entreprises peuvent-elles faire l'objet de poursuites ?	64

Préface

En mars 2006, la Commission internationale de juristes a demandé à huit experts juridiques de former un Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux (le Comité). Le Comité a été créé afin d'étudier les circonstances dans lesquelles des entreprises et leurs dirigeants peuvent être tenus juridiquement responsables au regard du droit pénal ou civil lorsqu'ils sont impliqués, avec d'autres acteurs, dans des atteintes graves aux droits de l'homme.

Les membres du Comité sont des juristes éminents dans différents domaines d'expertise, provenant de cinq continents et représentant les traditions juridiques aussi bien de la *common law* que du droit civil. Il s'agit de : Andrew Clapham, Claes Cronstedt, Louise Doswald-Beck, John Dugard, Alberto Leon Gomez-Zuluaga, Howard Mann, Usha Ramanathan et Ralph G. Steinhardt.

Durant tout le processus, la CIJ a sollicité un certain nombre d'experts en tant que conseillers au Comité, notamment : Eric David, Errol Mendes, Peter Muchlinski, Anita Ramasastry et Cees van Dam.

Le Comité directeur du Projet était composé de : Widney Brown & Peter Frankental (Amnesty International), Arvind Ganesan (Human Rights Watch), Patricia Feeny (Rights and Accountability in Development), John Morrison (Business Leaders Initiative on Human Rights ; TwentyFifty Ltd.), Sune Skadegaard Thorsen (Lawhouse DK ; ICJ Denmark), et Salil Tripathi (International Alert).

Le Comité a reçu des documents de recherche préparés par des universitaires éminents, des praticiens et des avocats d'entreprise sur un certain nombre de thèmes importants. Il s'agissait notamment de : Larissa van den Herik (droit pénal international), David Hunter (droit international de l'environnement), Olivier de Schutter (droit de l'Union européenne), Jennifer Zerk (responsabilité civile délictuelle en *common law*), Celia Wells (droit pénal de l'entreprise), Jonathan Burchell (droit pénal comparé en matière de responsabilité solidaire), Beth Stephens (procédures judiciaires aux USA à l'encontre d'entreprises pour atteintes graves aux droits de l'homme), Rachel Nicolson et Emily Howie (personnalité juridique séparée, responsabilité limitée et voile social), Sunny Mann (droit de la concurrence) et John Sherman (Directives des USA en vue de l'élaboration de condamnations applicables à des organisations faisant l'objet d'une accusation).

En octobre 2006, à l'occasion d'une consultation rassemblant de multiples parties prenantes, organisée en partenariat avec la Fondation Friedrich-Ebert, le Comité a noué un débat avec des parties prenantes clés, dont les représentants de : ABB, Amnesty International, BP, Building and Wood Workers International, la Business Leaders Initiative on Human Rights, le Centre for Corporate Accountability, Chatham House, la Coca Cola Company, le Comité International de la Croix-Rouge, la Confédération internationale des syndicats libres, le Conseil d'administration de

l'OIT, le German Forum for Human Rights, Global Witness, le Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme, Human Rights Watch, l'International Council on Human Rights Policy, National Grid, Rights and Accountability in Development et Sherpa.

Le Comité a également sollicité l'avis de juristes, de représentants du secteur des affaires et d'autres par le biais d'un appel à contributions en ligne. Des contributions ont notamment été soumises par l'Association internationale des avocats de la défense, la Corporate Responsibility Coalition (CORE), Earthrights, et Global Witness.

Le Comité s'est réuni en plénière à trois reprises durant ce processus. Les trois volumes de ce rapport présentent les conclusions et recommandations finales de cette étude. Le rapport a été approuvé dans son intégralité par chacun des membres du Comité et reflète leur opinion collective. Cependant, il peut arriver que certains arguments spécifiques mis en avant dans ce rapport ne correspondent pas ou ne reflètent pas totalement, l'opinion particulière de chacun des membres du Comité.

1 Introduction

Dans le présent Volume, le Comité s'interroge sur les circonstances dans lesquelles le droit pénal international et, dans une certaine mesure, le droit pénal national peuvent tenir pénalement responsables des entreprises et leurs employés lorsque ceux-ci participent, avec d'autres, à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international. Ce Volume examine aussi brièvement le rôle important que joue le droit pénal pour garantir l'obligation de rendre des comptes et prévenir l'impunité des acteurs impliqués dans de tels actes. Il étudie encore les évolutions du droit pénal international dans le temps.

Comme il a été expliqué dans le Volume I, l'analyse du Comité n'a pas porté sur la responsabilité juridique des entreprises et de leurs employés lorsque ceux-ci sont les auteurs directs et immédiats d'atteintes aux droits de l'homme. Il s'est agi plutôt d'examiner les moyens d'engager cette responsabilité juridique lorsque des entreprises sont l'objet d'allégations selon lesquelles elles ont été impliquées avec d'autres dans la commission d'atteintes graves aux droits de l'homme. Par conséquent, dans la Partie 2 infra, le Comité étudie l'évolution de la responsabilité pour complicité en droit pénal international et présente les différences entre auteurs principaux et complices au regard du droit pénal. Dans les Parties 3, 4 et 5, il étudie plus en détail trois formes spécifiques de responsabilité pénale et, dans la Partie 6, le Comité applique le raisonnement juridique, présenté dans les Parties précédentes, à un certain nombre d'atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international dans lesquelles les entreprises sont souvent accusées d'être impliquées.

Dans la Partie 7, le Comité examine certains moyens de défense que les accusés invoquent dans le cadre de procédures pénales pour démontrer leur innocence et, dans la Partie 8, il présente les juridictions devant lesquelles les entreprises ou leurs représentants peuvent faire l'objet de procédures pénales s'ils se retrouvent impliqués dans des atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international. Dans la Partie 9, le Comité évalue les possibilités de tenir pénalement responsables les entreprises elles-mêmes, plutôt que leurs employés.

1.1 Responsabilité pénale et « complicité des entreprises dans les atteintes graves aux droits de l'homme »

Comme il a été souligné dans le Volume I, depuis maintenant un certain nombre d'années, le terme de « complicité » est utilisé dans des documents relatifs à des politiques publiques, des articles de journaux et des slogans de campagnes militantes. Il arrive fréquemment que le terme ne soit pas employé dans son sens juridique mais plutôt de manière familière pour signifier que quelqu'un s'est

retrouvé impliqué dans des actes nuisibles et inacceptables. Cette utilisation du terme s'est généralisée dans les travaux menés sur les activités des entreprises et les droits de l'homme. Elle a ainsi fourni un moyen d'expliquer, en termes simples, le fait que les entreprises peuvent voir leur responsabilité juridique engagée dans des atteintes aux droits de l'homme. Les organisations et les défenseurs des droits de l'homme, les décideurs politiques au niveau international, les experts gouvernementaux et les entreprises elles-mêmes recourent maintenant en permanence à l'expression « complicité des entreprises dans des atteintes aux droits de l'homme » entendue dans ce sens.

Cependant, comme le montre également le Volume I, au regard du droit pénal, la notion de complicité a une signification historique et technique qui est étroitement liée à celle de « complicité par aide et assistance » (« *aiding and abetting* »). Toutefois, cette dernière expression juridique ne couvre pas intégralement le champ d'application de la notion de « complicité des entreprises dans des atteintes aux droits de l'homme ». Par conséquent, afin d'éviter toute confusion ou malentendu, le Comité n'a pas recours à l'expression « complicité des entreprises » dans le présent Volume. Il utilise plutôt, tout le long du présent Volume, celle d'*implication* des entreprises avec d'autres dans des atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international.

Dans l'analyse du droit pénal figurant dans le présent Volume, le Comité a choisi d'examiner d'autres formes de responsabilité pénale, outre celle de complicité par aide et assistance, afin de rendre compte de manière adéquate des zones de risque juridique dans lesquelles les entreprises peuvent potentiellement se trouver impliquées avec d'autres acteurs. En effet, le droit pénal international prévoit différentes formes de responsabilité pénale, en sus de la complicité par aide et assistance, aux termes desquelles un acteur peut voir sa responsabilité engagée pour des crimes commis par d'autres. Il s'agit par exemple du fait d'inciter, d'ordonner, de planifier ou de comploter en vue de commettre des crimes ou encore d'engager la responsabilité d'un supérieur hiérarchique pour n'avoir pas prévenu ou puni un crime. Chacune de ces formes de participation à un crime commis par d'autres est régie par ses propres règles juridiques et, parfois, ces formes de participation sont définies en tant que délits ou crimes séparés et distincts de la notion de « complicité par aide et assistance ». Il convient, cependant, de souligner que la Commission du droit international (CDI) considère que, de façon générale, tous ces types de participation à des crimes sont des formes de *complicité*¹.

1 Commission du droit international, *Yearbook of the International Law Commission* (Annuaire de la Commission du droit international, *infra Annuaire de la CDI*), 1996, Vol. II (deuxième partie), Doc. ONU A/ CN.4/SER.A/1996/Add.I (deuxième partie), (Annuaire de la CDI 1996) pp. 18-20.

Atteintes graves aux droits de l'homme

Comme il a été noté dans le Volume I, l'analyse du Comité a porté sur des violations des droits de l'homme commises par des gouvernements et/ou par des acteurs non étatiques, notamment par des groupes armés et des entreprises. Tout au long de son rapport, le Comité emploie l'expression « atteintes aux droits de l'homme » pour décrire de tels actes. Il a été demandé au Comité de prendre en compte les atteintes aux droits de l'homme les plus graves qui ont souvent des effets dévastateurs non seulement pour les victimes personnes physiques mais également pour leurs familles et les communautés locales. Dans le présent Volume, le Comité utilise l'expression « atteintes graves aux droits de l'homme » pour renvoyer à de tels actes. Il s'agit entre autres, par exemple, des crimes contre l'humanité, des disparitions forcées, de l'esclavage et de la torture qui sont généralement reconnus comme constitutifs d'atteintes graves aux droits de l'homme. La notion d'« atteintes graves aux droits de l'homme » est en expansion continue, et des actes qui n'étaient pas jusqu'à présent considérés comme étant constitutifs d'atteintes graves aux droits de l'homme, le sont désormais.

1.2 Crimes et atteintes graves aux droits de l'homme

Le droit pénal international est un ensemble de normes qui incrimine « les infractions les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » parce qu'elles « menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde »². Bien que le droit pénal international ait des racines historiques différentes de celles des droits de l'homme, ces deux ensembles de normes partagent le même principe fondamental sous-jacent : la protection et le respect de l'humanité³. Par conséquent, le droit pénal international définit comme crimes de nombreux actes qui sont également des atteintes graves aux droits de l'homme. Réciproquement, des comportements qui entraînent des atteintes graves aux droits de l'homme sont souvent constitutifs de crimes au regard du droit international. Dans son rapport, le Comité s'est concentré sur les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre ainsi que sur plusieurs autres atteintes graves aux droits de l'homme que les États doivent criminaliser conformément au droit international. Ces trois catégories de crimes sont expliquées ci-dessous.

2 Paragraphe 3 et 4 du Préambule du Statut de la CPI.

3 Pour une plus ample analyse, voir: Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Furundzija*, (Chambre de première instance), 10 décembre 1998, paragraphe 183; L. Doswald-Beck & S. Vité, "International humanitarian law and human rights law", in *International Review of the Red Cross*, No. 293, 30 avril 1993, pp. 94-119.

Crimes contre l'humanité

Ces crimes ont été définis et punis pour la première fois à Nuremberg et à Tokyo à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Malgré certaines variations concernant leur définition et leur champ d'application, ils ont représenté un élément central des tribunaux pour crimes de guerre et des tribunaux mis en place depuis lors. Les crimes contre l'humanité ont été incorporés dans plusieurs traités internationaux et autres instruments internationaux⁴. Les crimes contre l'humanité sont des crimes au regard du droit international coutumier. Ces crimes, qui ont été tout récemment incorporés au Statut de la Cour pénale internationale (CPI), incluent des actes commis de manière généralisée ou systématique, tels que le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé de population, l'emprisonnement, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle, la disparition forcée et la détention arbitraire et le crime d'apartheid. Les crimes contre l'humanité peuvent également inclure d'autres actes inhumains et d'autres actes de persécution qui sont commis pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou de genre. Il est important de noter que tous les crimes contre l'humanité sont punissables quels que soient leurs auteurs, y compris des employés d'entreprises, que ce soit en temps de paix ou dans un contexte de conflit armé⁵.

Crimes de guerre

Les crimes de guerre recouvrent à la fois les infractions graves aux lois et coutumes de la guerre et les violations du droit international humanitaire relatif aussi bien aux conflits armés internationaux que non internationaux. Ils incluent les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole I (relatif aux conflits armés internationaux), les infractions à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et au Protocole II (relatif aux conflits armés internes) et les autres infractions graves aux lois et coutumes de la guerre. Les crimes de guerre peuvent être commis par toute personne prenant part aux hostilités, dont les personnes civiles représentant des entreprises. Pour qu'un acte soit constitutif d'un crime de guerre, il n'est pas nécessaire qu'il soit la conséquence d'un plan ou d'une politique⁶, ou qu'il atteigne une certaine ampleur. Un acte ponctuel, tel que l'homicide arbitraire et illégal, la torture ou le viol, est suffisant. Le Statut de la CPI contient une liste

4 Article 6(c) de la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg, Londres, 8 août 1945 (Charte de Nuremberg); Article 5(c) Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient chargé de juger les grands criminels de guerre, Tokyo, 19 janvier 1946 (Charte de Tokyo); Article 18 du Projet de Code de la CDI des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité 1996 (Projet de Code de la CDI); Principe VI(c) des Principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg de la CDI (1950); Article 5 du Statut du TPIY; Article 3 du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR); Article 2 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL).

5 Article 18 du Projet de code de la CDI; TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel) Décision du 2 octobre 1995 paragraphes 140 et 141; Article 7 du Statut de la CPI; Article 7 des Éléments des crimes de la CPI.

6 W.J. Fenrick, in: O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute*, (1999) article 8, marge No. 4.

exhaustive de crimes de guerre⁷. Ils incluent : l’homicide intentionnel, la torture, les traitements inhumains, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l’intégrité physique de la personne, la destruction et l’appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle, les déportations, transferts ou déplacements illégaux de la population civile et le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les populations civiles. Ils incluent également les attaques contre les biens tels que les pillages et le fait de détruire ou de saisir illégalement des biens.

Autres atteintes graves aux droits de l’homme constitutives de crimes au regard du droit international

D’autres atteintes graves aux droits de l’homme, telles que le génocide, l’esclavage, la torture, les exécutions extrajudiciaires et les disparitions forcées sont également des crimes au regard du droit international coutumier et/ou de traités et de conventions⁸. Les États ont l’obligation, conformément au droit international, de prévenir et de punir ces actes dans leur législation pénale.

1.3 Droit pénal international et entreprises

Le Comité a constaté qu’un grand nombre de juristes et d’agents de conformité travaillant au sein des entreprises sont tout à fait conscients des évolutions récentes en matière de règles de gouvernance des entreprises qui s’appliquent universellement aux activités commerciales et incluent parfois des sanctions pénales à l’encontre des dirigeants. Cependant, ils considèrent rarement que le droit pénal international s’applique à leurs opérations commerciales. Par exemple, peu d’entre eux reconnaissent la pertinence actuelle des tribunaux pour crimes de guerre, instaurés à l’issue de la Seconde Guerre mondiale, qui ont poursuivi et condamné un certain nombre d’hommes d’affaires pour différents types d’implications dans les crimes perpétrés par les Nazis⁹. Pour autant, les précédents établis il y a soixante ans continuent de régir les situations dans lesquelles les dirigeants d’entreprises

7 Article 8 du Statut de la CPI ; Article 8 des Éléments des crimes de la CPI.

8 Voir par ex. : Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; Convention supplémentaire relative à l’abolition de l’esclavage, de la traite des esclaves et pratiques analogues à l’esclavage, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT), Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (ICPPED) (non encore entrée en vigueur) ; Convention Interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes ; Principes de l’ONU relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d’enquêter efficacement sur ces exécutions.

9 À Nuremberg, un certain nombre de dirigeants d’entreprises ont été jugés pour leur implication dans du travail servile, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerres. Voir, par exemple, *United States v. Krupp* (Affaire Krupp), *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* (1948) (Trials of War Criminals), Vol. IX, *United States v. Carl Krauch* (Affaire Farben), *Trials of War Criminals*, Vol. VIII, *United States v. Friedrich Flick* (Affaire Flick), *Trials of War Criminals*, Vol. VI. *The Zyklon B case: Trial of Bruno Tesch and two others*, British Military Court, 1-8 mars 1946, *Law Reports of Trials of War Criminals*, The United Nations War Crimes Commission, Volume I (1947), Affaire No. 9 (Affaire Zyklon B).

peuvent être tenus responsables du fait de leur implication dans des crimes au regard du droit international entraînant des atteintes graves aux droits de l'homme.

Le Comité a la conviction qu'au vu de l'évolution du champ du droit pénal international et compte tenu du fait que les entreprises opèrent dans des contextes nouveaux, le droit pénal international et son application dans des juridictions nationales et internationales vont affecter de plus en plus les entreprises. L'augmentation rapide du nombre de compagnies militaires privées et d'entreprises de sécurité privées opérant dans des zones de conflit armé est un exemple de cas dans lequel des entreprises sont amenées à conduire des activités dans des situations où elles pourraient être impliquées dans la perpétration de crimes de guerre. En outre, de nombreux types d'entreprises dans tous les secteurs, dont l'industrie de l'extraction de ressources naturelles, l'infrastructure et l'ingénierie, le secteur financier, le commerce de détail et de vêtement et l'industrie des communications, disposent maintenant de réseaux de distribution à l'échelle mondiale ou d'une présence dans le monde entier. Elles sont amenées à opérer elles-mêmes ou par le biais de leurs clients et fournisseurs dans des situations de conflits armés ou dans des pays dans lesquels sont commis des crimes contre l'humanité et d'autres atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international. Du fait de leurs transactions commerciales et de leurs relations avec des gouvernements, des groupes armés et d'autres entreprises, ces entités commerciales doivent être à même de déterminer quel type d'action pourrait être constitutif d'un crime au regard du droit international. Par ailleurs, les risques d'être impliqués dans des atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international peuvent émerger dans tous les contextes et ne sont pas, contrairement à ce que pensent certains, un problème ne concernant que les entreprises opérant dans des situations de conflits armés ou dans des pays en développement. Par exemple, des compagnies d'aviation privées ont été la cible de critiques car elles auraient transporté des prisonniers vers des destinations où ces derniers ont été victimes de torture et de disparitions forcées dans le cadre de la pratique de restitution des personnes soupçonnées de terrorisme mise en œuvre par le gouvernement des États-Unis¹⁰.

Dans un tel contexte, le Comité estime qu'il est important de souligner que, bien qu'il n'existe pas encore de forum international compétent pour poursuivre une entreprise en tant que personne morale, il est admis que les dirigeants d'entreprise peuvent faire l'objet de poursuites au niveau international pour leurs activités contraires au droit pénal international. En outre, comme le montre la Partie 9, les systèmes juridiques nationaux incluent souvent les personnes morales, y compris les entreprises, dans la liste des auteurs potentiels de crimes. Alors que ces pays prennent des mesures pour incorporer le droit pénal international dans leurs systèmes juridiques nationaux, les entreprises pourraient être de plus en

10 Voir par exemple, le premier et le second rapport de M. Marty à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (AS/Jur (2006) 16 Part II (7 juin 2006)).

plus confrontées au risque de poursuites pour de tels crimes devant des tribunaux nationaux.

1.4 Le rôle important du droit pénal et du droit pénal international

Le Comité estime que le droit pénal fournit un outil puissant et adéquat pour dissuader et punir les entreprises et leurs dirigeants qui participent à des atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international. Cependant, l'objectif du droit pénal n'est pas seulement de punir les contrevenants. Le fait que le droit pénal interdise clairement certains comportements est également un moyen efficace d'influer sur la conduite des entreprises, en particulier sur les systèmes et procédures que les entreprises devraient instaurer pour bâtir une culture de respect du droit et de la prévention.

Par ailleurs, si le droit pénal est traditionnellement considéré comme ayant pour objectif de punir et de dissuader les auteurs de crimes, en réalité, dans certains systèmes juridiques nationaux de droit civil, il fournit aux victimes de crimes un droit d'agir en justice - ce qui leur permet d'être une partie à des procédures pénales (par exemple en tant que *partie civile*). Elles peuvent ainsi défendre leurs intérêts et demander réparation dans le cadre de procédures pénales¹¹. En outre, dans les pays de droit civil, le droit pénal national autorise, par des moyens divers, les organisations non gouvernementales (ONG) à avoir qualité pour agir dans les procédures pénales¹². En revanche, dans les pays de *common law*, ce type de possibilités, que ce soit pour les victimes de crimes ou pour les organisations concernées, peut ne pas exister du tout ou n'être accessibles qu'à un moindre degré.

Il convient également de noter que, si pendant de nombreuses années le droit pénal international n'a donné que peu d'importance au fait d'accorder aux victimes de crimes la possibilité de demander des réparations financières et non financières, aujourd'hui des signes d'une évolution importante se font sentir en la matière. Ces signes vont dans un sens favorable aux victimes en encourageant leur participation aux procédures pénales¹³. Par exemple, le Statut de la CPI autorise les victimes à

11 Il existe à cet égard plusieurs modalités procédurales pour de telles participations, telles que l'action privée, l'accusation populaire, la plainte, le recours joint, la constitution de partie civile et la tierce intervention. L'intérêt à agir et les pouvoirs accordés selon les modalités procédurales varient selon la législation de chaque pays.

12 Par exemple en France, le Code de procédure pénale prévoit explicitement la possibilité pour les associations à but non lucratif œuvrant pour un projet d'agir en tant que parties civiles dans les procédures judiciaires relatives à ces pratiques. En Espagne, la Loi relative aux procédures pénales autorise les ONG à agir en tant que plaignantes dans le cadre des accusations populaires. Au Guatemala, le Code de Procédure pénale (Décret No. 51-92, Article 116) prévoit qu'une « association de citoyens » peut s'associer en tant que partie civile « contre les représentants publics ou les employés qui ont directement violé les droits de l'homme ».

13 Voir, *inter alia*, Article 8 du Protocole facultatif à la Convention concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants ; Article 6, Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et

intervenir à tous les stades des procédures par l'intermédiaire d'une représentation juridique et à demander réparation pour les préjudices subis¹⁴. La CPI peut également ordonner que des amendes et des indemnités financières soient versées à un fonds au profit des victimes et de leurs familles¹⁵.

La participation à un crime au regard du droit international entraîne des conséquences particulières qui différencient ces actes des infractions issues du droit pénal national. Les caractéristiques des crimes au regard du droit international, analysées infra, renforcent le rôle que le droit pénal international peut jouer dans un monde globalisé.

Comme il sera analysé dans la Partie 8, pour certains crimes reconnus par le droit international, une personne peut être poursuivie par un tribunal international ou le tribunal d'un autre pays, même si son acte n'est pas considéré comme criminel au regard du droit pénal national du pays dans lequel il a été commis, et même s'il est toléré ou encouragé par les autorités de ce pays¹⁶. Par ailleurs, les auteurs présumés et les autres personnes soupçonnées d'avoir participé à des crimes au regard du droit international peuvent être extradés vers un pays ayant la capacité de les poursuivre. De plus, pour certains crimes, l'État est tenu d'extrader ces personnes ou de les poursuivre, conformément à l'obligation *aut dedere aut judicare* (en latin, extradier ou poursuivre). Certains crimes, tels que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, sont considérés au regard du droit international, comme étant si graves qu'aucune « prescription » ne saurait s'appliquer, ce qui signifie qu'un suspect peut être poursuivi et jugé quel que soit le nombre d'années qui se sont écoulées depuis la perpétration du crime. Par conséquent, il est plus difficile pour une personne d'échapper à sa responsabilité du fait d'une implication dans un crime international en fuyant vers un autre pays et/ou en attendant que le temps passe.

1.5 L'évolution du droit pénal international et sa pertinence croissante à l'égard des entreprises

Tout au long de sa recherche et de son analyse, le Comité a noté un certain nombre d'évolutions importantes dans la portée et le champ d'application du droit pénal international, en particulier durant ces 15 dernières années. En parallèle, les

punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants; Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ; l'Ensemble de principes actualisé des Nations Unies pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité (Rapport de Diane Orentlicher, expert indépendant chargée d'actualiser l'Ensemble de principes pour combattre l'impunité, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005).

14 Voir Chapitres 4 (Partie 3) et 5 du Règlement de la Cour.

15 Voir Article 79 du Statut de la CPI.

16 Pour une analyse de la pertinence et de l'importance du droit pénal international en cas de non aboutissement des procédures pénales nationales, voir J.L. Bischoff, Forced Labour in Brazil: International Criminal Law as the Ultima Ratio Modality of Human Rights Protection, in: *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2006, pp. 151–193.

systèmes de droit pénal nationaux, dans lesquels la plupart des poursuites pour des crimes au regard du droit international sont lancées, ont également évolué.

Premièrement, le nombre de tribunaux et de juridictions internationaux compétents pour poursuivre les crimes au regard du droit international a fortement augmenté. Par exemple, les Nations unies ont mis en place deux tribunaux *ad hoc* suite aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité qui ont été perpétrés durant les années 1990 pendant la guerre en ex-Yougoslavie et durant le génocide au Rwanda¹⁷. La jurisprudence de ces deux tribunaux a permis de clarifier les circonstances dans lesquelles un individu peut être tenu responsable pour son implication dans des crimes au regard du droit international.

D'autre part, la création de ces tribunaux a contribué à inciter les États à parvenir à un accord, en 1998, pour instaurer une CPI permanente. Cet accord a été signé en 1998, soit un demi-siècle après que l'Assemblée générale de l'ONU a demandé, pour la première fois, à la Commission de droit international de l'ONU de rédiger le statut d'un tel tribunal. Le Statut de la CPI est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. À la suite d'intenses négociations, les États ont décidé de ne pas lui donner compétence pour poursuivre des personnes morales, telles que des entreprises. Cependant, la révision du Statut de la Cour en 2009 représente une opportunité pour que les États étudient cette possibilité¹⁸.

Parallèlement à l'exercice par la CPI de sa compétence, les poursuites au niveau national vont continuer à jouer un rôle important. De telles poursuites vont être de plus en plus facilitées à mesure que davantage d'États incorporent, dans le cadre de leurs législations nationales, l'ensemble ou certaines atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international. Les États ouvrent ainsi de nouvelles arènes judiciaires pour poursuivre des individus. Quoi qu'il en soit, indépendamment du droit pénal international, les poursuites pénales traditionnelles pour des infractions, telles que le meurtre ou les agressions, constituent souvent, dans ce contexte, une option possible¹⁹.

Par ailleurs, les différents types de crimes au regard du droit international aussi bien que leur champ d'application sont en expansion. Par exemple, le Statut de la CPI a précisé que certaines atteintes commises dans le cadre de conflits armés internes (par opposition aux conflits armés internationaux) constituent également

17 En 1993, le TPIY a été instauré par la résolution 827 du Conseil de sécurité pour poursuivre les infractions graves au droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. En 1994, le TPIR a été créé par la résolution 955 du Conseil de sécurité pour poursuivre les personnes responsables de génocide et d'autres infractions graves au droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 1994.

18 Voir *infra* la Partie 9, pour une analyse des circonstances dans lesquelles la responsabilité de personnes morales peut être engagée pour des crimes.

19 C'est ainsi que l'agression est un crime dans la plupart des pays, mais n'est pas un crime international, à moins qu'elle soit constitutive de torture ou d'autres mauvais traitements graves s'apparentant à un crime de guerre ou un crime contre l'humanité.

des crimes de guerre. Il s'agit notamment des actes de violence sexuelle (tels que le viol), de pillage et des déplacements illégaux de populations civiles. Tous ces actes peuvent désormais faire l'objet de poursuites devant la CPI²⁰. Durant ces deux dernières décennies, de nombreux autres traités ont étendu la liste des crimes au regard du droit international que les États parties ont l'obligation d'incorporer dans leur législation pénale nationale²¹, ce qui multiplie les nouveaux moyens de faire en sorte que les entreprises aient à rendre compte de leurs actes.

Malgré ces possibilités, il demeure vrai qu'au niveau national, il subsiste des obstacles considérables à l'utilisation du droit pénal tant international que national, particulièrement pour les crimes commis dans d'autres pays. Les procureurs ont souvent une connaissance limitée du droit pénal international, surtout si celui-ci a récemment été incorporé dans la législation nationale. Il est souvent difficile de mener des enquêtes et d'obtenir des preuves recevables si les crimes ont été commis dans d'autres pays. De plus, pour des raisons liées à la dynamique des relations internationales, les gouvernements sont parfois réticents à l'idée d'autoriser les poursuites contre des entreprises ou leurs représentants pour des crimes commis à l'étranger.

Toutefois, comme il a été remarqué supra, quel que soit le nombre de poursuites, le rôle du droit pénal consiste également à dissuader. Si les entreprises viennent à prendre conscience de l'importance du droit pénal international, tel qu'il est appliqué tant au niveau international que national, le Comité a la conviction que cela va favoriser l'émergence d'une culture de respect du droit. Pour peu que les procureurs fassent preuve d'une certaine détermination, la responsabilité aussi bien des dirigeants d'entreprises que des entreprises elles-mêmes peut être engagée si ceux-ci ont commis ou été impliqués dans des atteintes graves aux droits de l'homme, constitutives de crimes au regard du droit international. Un tel recours au droit international représentera alors une part essentielle de la stratégie globale de lutte contre l'impunité dont bénéficient les auteurs de ces crimes.

20 Voir Article 8 du Statut de la CPI.

21 Par exemple l'article 4 de la CAT; l'article 4 de l'ICPPED; les articles 2-4 de la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui ; l'article 5 du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants; l'article 6 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

Encadré 1 : Les poursuites menées à l'encontre de Frans Van Anraat

En décembre 2004, Frans van Anraat, un homme d'affaires hollandais, a été arrêté sur la base de chefs d'accusation de complicité de génocide et de crimes de guerre commis par Saddam Hussein. En tant que courtier, van Anraat a fourni, au régime de Saddam Hussein, des milliers de tonnes de thiodiglycol (TDG), une substance employée pour fabriquer du gaz moutarde. Ce gaz a été utilisé dans le cadre du programme irakien de fabrication d'armes chimiques, qui ont notamment été utilisées par Saddam Hussein à l'encontre de la population kurde d'Irak. Durant le procès, il a été démontré que van Anraat savait qu'il exportait cette substance vers l'Irak, qu'il avait conscience qu'elle pouvait être utilisée pour fabriquer du gaz toxique et qu'il y avait un risque raisonnable qu'elle soit employée à des fins d'attaques chimiques, dans la mesure où l'Irak avait utilisé cette tactique durant la guerre Iran-Irak. Le Tribunal de district de La Haye l'a acquitté du chef d'inculpation de complicité de génocide en raison du manque de preuves démontrant qu'il avait connaissance des intentions génocidaires du régime irakien à l'encontre des Kurdes. Frans van Anraat a, cependant, été déclaré coupable de complicité de traitements inhumains constitutifs de crimes de guerre et du fait d'avoir causé la mort ou de grands dommages physiques à autrui en raison de l'emploi d'armes chimiques, en violation du droit international²². Le Tribunal a estimé que Anraat « ayant consciemment et de son propre chef agi en recherchant le profit, avait contribué de manière centrale au programme de guerre chimique de l'Irak...ce qui a permis, ou du moins facilité, un grand nombre d'attaques au gaz moutarde à l'encontre de civils vulnérables »²³. Anraat a été condamné à quinze ans d'emprisonnement. Sa condamnation pour crimes de guerre a été confirmée en appel et sa peine a été alourdie, passant à dix-sept ans d'emprisonnement²⁴.

22 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN AX6406, Tribunal de district de La Haye, 23 décembre 2005, paragraphe 17.

23 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN AX6406, The Hague District Court, 23 décembre 2005 au paragraphe 17.

24 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN BA6734, Cour d'appel de La Haye, 9 mai 2007.

2 Dans quelles circonstances la responsabilité d'un dirigeant d'entreprise peut-elle être engagée pour complicité aux termes du droit pénal international ou national ?

2.1 Auteurs principaux et complices

Aux termes du droit pénal tant international que national, les personnes qui ont été impliquées dans la commission d'un crime peuvent être tenues responsables soit en tant qu'auteurs principaux soit en tant que complices, selon leurs actes et leur rôle dans la perpétration du crime. Le principe de la responsabilité pénale et de la punition individuelles pour les crimes au regard du droit international, réaffirmé à Nuremberg, forme la clé de voûte du droit pénal international²⁵. Il envisage différentes formes de participation à des crimes commis physiquement par une autre personne, telle que la complicité par aide et assistance.

La distinction entre auteurs principaux et complices n'est pas toujours identique en droit international et en droit national. Par exemple, aux termes des Statuts de la CPI et des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda²⁶, une personne peut être tenue responsable pour avoir commis²⁷, planifié²⁸, ordonné²⁹ ou encouragé³⁰ un crime ou pour avoir été complice d'un crime par aide et assistance. De façon générale, le droit international et les législations nationales caractérisent la personne qui a commis directement un crime en tant qu'auteur principal. Ceux qui planifient, ordonnent ou encouragent un crime peuvent être qualifiés soit d'auteurs principaux soit de complices selon les législations nationales spécifiques. Cependant, le fait de fournir une aide ou une assistance à une autre personne en vue de commettre

25 Annuaire de la CDI 1996 p. 19.

26 Voir Article 7(1) du Statut du TPIY; Article 6(1) du Statut du TPIR; Article 25 du Statut de la CPI.

27 Le fait de commettre un crime renvoie à la participation physique de l'accusé aux actes en eux-mêmes, qui représentent les éléments matériels d'un crime. TPIR, *Rutaganda*, (Chambre de première instance) 6 décembre 1999, paragraphe 40; TPIY, *Galic*, (Chambre de première instance) 5 décembre 2003 paragraphe 168. Voir également Article 25(3)(a) du Statut de la CPI.

28 Il y a planification lorsqu'une ou plusieurs personnes envisagent l'élaboration de la perpétration d'un crime aussi bien lors de la phase de préparation que d'exécution de cet acte. TPIR, *Akayesu*, (Chambre de première instance) 2 septembre 1998, paragraphe 480; TPIR, *Rutaganda*, (Chambre de première instance) 6 décembre 1999, paragraphe 37; TPIR, *Galic*, (Chambre de première instance), 5 décembre 2003, paragraphe 168.

29 Il y a ordre lorsqu'une personne en position d'autorité use de cette autorité pour donner à autrui l'instruction de commettre une infraction. TPIR, *Akayesu*, (Chambre de première instance) 2 septembre 1998, paragraphe 483; TPIR, *Rutaganda*, (Chambre de première instance) 6 décembre 1999, paragraphe 39. TPIR, *Gacumbitsi*, (Chambre d'appel) 7 juillet 2006, paragraphes 181-183. Voir aussi l'article 25(3)(b) du Statut de la CPI.

30 Il y a encouragement lorsqu'on incite quelqu'un à commettre une infraction qui est réellement perpétrée, soit par un acte, soit par omission. TPIR, *Gacumbitsi*, (Chambre d'appel) 7 juillet 2006, paragraphe 129. Voir également l'article 25(3)(b) du Statut de la CPI qui interdit le fait de solliciter ou d'encourager la commission d'un crime.

un crime est le plus généralement caractérisé comme une forme de responsabilité pour complicité aussi bien en droit pénal international que national. La responsabilité du complice peut également inclure la responsabilité pénale pour l'assistance offerte, suite à la commission physique d'un crime. Il est parfois nécessaire d'établir que cette assistance a été fournie à la suite d'un accord conclu entre l'auteur et le complice avant que le crime n'ait été commis, mais certains systèmes juridiques nationaux criminalisent une telle assistance même lorsqu'il n'y a pas eu d'accord préalable entre l'auteur et le complice. D'autres systèmes considèrent cet acte comme une infraction distincte en le qualifiant de dissimulation.

Le fait de qualifier l'auteur d'une infraction de complice et non d'auteur principal dans la commission d'un crime au regard du droit international n'atténue pas forcément sa responsabilité juridique. Le concept de responsabilité pour complicité est particulièrement important en droit pénal international au regard de crimes qui sont souvent caractérisés par leur grande ampleur et leur complexité et donc, par le nombre de personnes qui y participent. En effet, l'objectif principal des Cours et Tribunaux pénaux internationaux mis en place depuis Nuremberg n'a pas été de juger les auteurs directs de crimes, tels que les exécutants, les tortionnaires et les violeurs, mais ceux qui ont conçu, dirigé, contrôlé ou facilité leurs actes, et dont la responsabilité peut être encore plus grande que celle de l'auteur principal qui a directement ou physiquement commis le crime.

Il est important de souligner qu'un acte isolé ou une omission peuvent être suffisants pour engager la responsabilité pénale pour implication dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Par exemple, pour être tenu pénalement responsable de « complicité par aide et assistance » d'un crime contre l'humanité (ce qui requiert que le crime ait été commis de manière généralisée et systématique), il n'est pas nécessaire que le représentant d'une entreprise ait participé au plan ou à l'attaque dans son intégralité. Il suffit que le représentant de l'entreprise ait favorisé *un seul acte* commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, en ayant connaissance que l'acte participait à cette attaque généralisée, ou en ayant pris le risque calculé que l'acte puisse participer d'une telle attaque. Par conséquent, si une entreprise fournit des camions ou met à disposition des pistes d'atterrissage, du combustible, des hélicoptères, des abris ou des bâtiments, ou encore si elle fournit des services qui représentent une aide essentielle pour que l'auteur principal puisse commettre ne serait-ce qu'*un seul acte* (tel que meurtre, destruction illégale d'habitations, viol ou torture), et que cet acte participe d'une attaque généralisée ou systématique, la responsabilité pénale pour complicité de crimes contre l'humanité du représentant de l'entreprise pourra être engagée.

Quels types d'implication dans des atteintes graves aux droits de l'homme, constitutives de crimes au regard du droit international, peuvent engager la responsabilité d'un dirigeant d'entreprise en tant que complice ? Pour analyser cette question fondamentale, il est maintenant essentiel d'étudier l'évolution de la responsabilité

pour complicité en droit international depuis ses origines, soit à l'issue de la Seconde Guerre mondiale.

2.2 L'évolution de la responsabilité pour complicité en droit international

Les hommes d'affaires nazis à Nuremberg

Les procès de Nuremberg ont représenté une étape importante dans l'élaboration du droit relatif à la responsabilité pour complicité ainsi que du droit pénal international de façon générale. La Charte de Nuremberg visait à punir les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Elle incorporait la responsabilité pour complicité en affirmant que : « Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan »³¹. Cette disposition était reprise à l'identique dans la Charte de Tokyo³².

À Nuremberg, le premier des quatre chefs d'accusation du Procureur à l'encontre de l'ensemble des accusés les inculpaient d'avoir été dirigeants, organisateurs, provocateurs ou *complices* dans l'élaboration ou l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre des crimes contre la paix en poursuivant une guerre d'agression (chef d'accusation n°2), des crimes de guerre (chef d'accusation n°3), et des crimes contre l'humanité (chef d'accusation n°4). Les chefs d'accusation 3 et 4 alléguaient également explicitement que tous les accusés avaient participé au plan concerté en tant que « dirigeants, organisateurs, provocateurs et *complices* ». Le Tribunal de Nuremberg n'a cependant pas précisé le fondement de la responsabilité de chacun des accusés en délimitant leurs rôles respectifs en tant que dirigeant, organisateur, provocateur ou complice.

Il a été argué devant le Tribunal que, pour exécuter le plan concerté, les accusés ont entrepris des actions qui ont inclus le recours à des « organisations d'entreprises allemandes en tant qu'instruments de mobilisation économique pour la guerre » et que « en particulier les industriels se sont engagés dans un programme massif de réarmement »³³. Dans son arrêt final, le Tribunal a estimé que, dans le cadre de la « réorganisation de la vie économique de l'Allemagne à des fins militaires, le gouvernement nazi a découvert que l'industrie allemande de l'armement était tout à fait disposée à coopérer et à prendre une part active dans le programme de réarmement »³⁴. Plusieurs des individus condamnés à Nuremberg et, lors des procès

31 Article 6, Charte de Nuremberg.

32 Article 5, Charte de Tokyo.

33 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946, Vol. 1, p. 35.

34 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, 14 novembre 1945 – 1er octobre

suivants, ont été impliqués dans l'industrie et dans le secteur bancaire et ont fourni un soutien financier et industriel au régime nazi. Cependant, de façon générale, ces personnes ont agi non seulement en tant qu'hommes d'affaires dans le secteur privé, mais également en tant qu'agents de l'État, en occupant des postes de rang élevé. Ils ne peuvent donc pas être considérés seulement comme des hommes d'affaires privés. Mais ils ont néanmoins exercé des fonctions qui pourraient, dans de nombreuses situations, être également accomplies par des entreprises privées et leurs dirigeants. Leurs procès montrent comment le droit pénal international peut engager la responsabilité de ceux qui ont été impliqués et ont opéré en étroite collaboration avec les auteurs d'atteintes graves aux droits de l'homme.

Encadré 2 : Le procès de Walter Funk

Le procès de Walter Funk représente un exemple de premier plan des procédures judiciaires à l'encontre des hommes d'affaires nazis. Walter Funk a accédé à la fonction de Ministre de l'économie et de Plénipotentiaire général pour l'économie de guerre au début de l'année 1938 et au poste de Président de la Reichsbank en janvier 1939. Il a été nommé membre du Conseil ministériel pour la défense du Reich en août 1939 et membre du Comité central du plan en septembre 1943. Les conclusions du Tribunal de Nuremberg à l'égard de sa présidence à la tête de la Banque nationale allemande ont été accablantes : en 1942, Funk a convenu avec Himmler que les SS devaient fournir une certaine quantité d'or et de bijoux ainsi que des liquidités à la Reichsbank et il a ordonné à ses subordonnés, qui étaient chargés de préciser les détails de l'opération, de ne pas poser trop de questions. Suite à cet accord, les SS ont fourni à la Reichsbank les effets personnels de victimes qui avaient été exterminées dans les camps de concentration. Funk a allégué qu'il ne savait pas que la Reichsbank avait reçu de tels biens. Le Tribunal a estimé que « soit Funk savait ce qui était reçu, soit il a délibérément fermé les yeux sur ce qui se passait »³⁵. L'aide octroyée aux SS par la Banque pourrait, dans la terminologie de la tradition de la *common law*, être qualifiée de complicité de crimes commis à l'encontre des victimes des camps de concentration³⁶.

En 1943, Funk était l'un des membres du Comité central du plan qui a fixé le nombre total de travailleurs nécessaires à l'industrie allemande et il a exigé la mise à disposition de cette main-d'œuvre, qui était généralement

1946, Vol. 1, p. 183.

35 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946, Vol. 1, p. 306.

36 T. Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Knopf, New York, 1992, p. 398.

fournie par le biais de déportations à partir des territoires occupés. Il était conscient que ce Comité procédait de fait à l'importation de travailleurs forcés. En outre, en tant que Président de la Reichsbank, Funk a été indirectement impliqué dans l'utilisation de main-d'œuvre provenant des camps de concentration. Sous sa présidence, la Reichsbank a mis en place un fonds renouvelable de 12 millions de Reichsmarks attribué aux SS pour la construction d'usines destinées à utiliser la main-d'œuvre des camps de concentration. Il a été reconnu coupable de crimes contre la paix, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre³⁷.

Le Tribunal, par conséquent, s'est attaché non seulement aux actes commis spécifiquement par Funk mais également à la connaissance des crimes auxquels il avait contribué. Le Tribunal a utilisé tous les éléments de preuves qui lui ont été soumis, y compris ceux faisant état de l'état psychologique de l'accusé et ceux relatifs aux circonstances objectives de l'époque, afin de déterminer si l'accusé avait agi en connaissance de cause. De façon notable, l'affaire Funk montre que l'aveuglement délibéré quant à la contribution apportée à un crime par un acteur financier de haut rang ou son institution ne saurait être utilisé comme moyen de défense dans un procès pénal.

Évolutions depuis la Seconde Guerre mondiale

Les initiatives mises en œuvre après la Seconde Guerre mondiale par l'Assemblée générale de l'ONU ont abouti aux Principes de Nuremberg³⁸ puis à la seconde version du projet de Code de la Commission de droit international sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui a été adopté en 1996 (Code de la CDI)³⁹. Ces instruments ont instauré des principes de responsabilité pour complicité.

Le Code de la CDI a considéré que tout acte autre que la commission ou la tentative de commettre un crime, entrant dans la catégorie générale de la responsabilité pour complicité⁴⁰. Ces formes de responsabilité incluent : le fait d'ordonner, d'omettre, d'empêcher ou de réprimer un crime en tant que supérieur hiérarchique ; la participation directe à la planification ou à une entente en vue de commettre un crime ; l'incitation directe et publique à commettre un crime⁴¹. Le Code prévoit également qu'un individu sera tenu responsable si « en connaissance de cause [il] fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la facilite de toute autre

37 *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal*, 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946, Vol. 1, pp. 304-307.

38 *Annuaire de la CDI, 1954, Vol. II, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1954/Add.I*, pp. 150-152.

39 *Annuaire de la CDI, 1996, p. 17*

40 Article 2(3)(b)-(f), voir *Annuaire de la CDI 1996, p. 18 & 20*

41 Article 2 (3) (b) à (f); voir *Annuaire de la CDI 1996, p. 18.*

manière, directement et de façon substantielle, y compris en procurant les moyens de le commettre »⁴².

D'autres instruments importants relatifs aux crimes au regard du droit international tels que la torture et les autres traitements inhumains ou dégradants⁴³, le trafic de personnes à des fins de prostitution⁴⁴ et la disparition forcée⁴⁵ ont incorporé le principe de la responsabilité pour complicité. Ce principe est également inclus dans la Convention contre le génocide et dans les statuts des tribunaux *ad hoc* qui ont incorporé les termes utilisés dans la Convention contre le génocide⁴⁶. Dans le contexte de la responsabilité de l'État pour génocide, la Cour internationale de justice a estimé que la responsabilité pour complicité aux termes de la Convention contre le génocide inclut « la fourniture de moyens destinés à permettre ou à faciliter la commission du crime »⁴⁷.

La notion de responsabilité pour complicité est également une composante des tribunaux et elle a été incorporée aux statuts du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), du Tribunal pénal pour le Rwanda (TPIR), du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens et du Tribunal spécial pour le Liban⁴⁸. La responsabilité pour complicité constitue, notamment, une composante du Statut de la CPI⁴⁹ qui représente la source récente la plus importante de l'état actuel du droit pénal international. Le Statut de cette Cour a été signé par plus d'une centaine d'États et ce nombre continue de croître.

42 Article 2(3)(d), voir Annuaire de la CDI, 1996, p. 18

43 Article 4 (1) du CAT.

44 Article 17(4) de la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui.

45 Article 6 de l'ICPPED.

46 Article 3(e) de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; Article 4(3)(e) du Statut du TPIY ; Article 2(3)(e) du Statut du TPIR. La responsabilité pénale pour complicité de génocide sera engagée quelle que soit l'étendue de la participation de l'accusé : TPIR, *Akayesu*, (Chambre de première instance) 2 septembre 1998, paragraphes 542-543, citant *Attorney General of the Government of Israel v. Adolph Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 décembre 1961, in: *International Law Reports* (ILR), vol. 36, 1968, p. 340. Le TPIR a conclu que l'accusé est responsable de complicité de génocide s'il a apporté une aide ou une assistance ou a encouragé une ou plusieurs personnes à commettre un génocide, en sachant que ces autres personnes avaient l'intention spécifique de commettre un génocide: TPIR, *Musema*, (Chambre de première instance) 27 janvier 2000, paragraphe 183; TPIR, *Akayesu*, (Chambre de première instance) 2 septembre 1998, paragraphes 533-548.

47 Cour internationale de justice, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro), arrêt du 26 février 2007, paragraphe 419.

48 Article 7(1) du Statut du TPIY; Article 6(1) du Statut du TPIR ; Article 6(1) du Statut du TSSL ; Article 29 de la loi portant création des chambres extraordinaires, comprenant les amendements adoptés le 27 octobre 2004, Article 3 du Statut du Tribunal spécial pour le Liban.

49 Article 25(3)(c) du Statut de la CPI.

Par conséquent, il apparaît clairement que la responsabilité pour complicité est fermement établie en droit pénal international et qu'elle est déclinée en différentes formes de responsabilité. Parmi ces différentes formes, certaines peuvent viser les salariés d'entreprises qui sont impliqués dans des crimes aux termes du droit international.

3 La responsabilité pour complicité par aide et assistance au regard du droit pénal international et national

Dans sa définition la plus simple, il y a « complicité par aide et assistance » lorsqu'une personne en aide une autre, en connaissance de cause, à commettre un crime. En tant que tel, cet acte est souvent décrit comme une forme d'assistance fournie à l'auteur principal, en connaissance de cause. Il est nécessaire que la personne qui fournit une assistance, une incitation ou un soutien moral sache que ses actions vont contribuer au crime. Cette connaissance peut être déduite de toutes les circonstances pertinentes, y compris les preuves aussi bien directes qu'indirectes. Il n'est pas nécessaire de démontrer que l'assistance, réellement fournie, a *provoqué* le crime, ou même qu'elle l'a aggravé. Il faut plutôt montrer qu'elle a eu un « effet substantiel » sur le crime. Un moyen utile de décrire ce processus est de dire que le crime n'aurait pas eu lieu de la même façon si cette contribution n'avait pas été apportée. La question qui se pose est la suivante : est-ce que cette assistance ou incitation a modifié la façon dont les crimes ont été commis ou les moyens avec lesquels ils ont été perpétrés ?

Le Statut de la CPI prévoit qu'une personne sera reconnue coupable lorsque, en vue de faciliter la commission d'un crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission⁵⁰. La complicité par aide et assistance est également criminalisée dans les statuts des tribunaux internationaux *ad hoc* et hybrides⁵¹ ainsi que dans le Projet de Code de la CDI sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité⁵².

3.1 Droit pénal international

3.1.1 Acte ou Omission

L'une des questions se posant en droit pénal est celle de savoir quel niveau d'assistance ou de contribution devrait être criminalisé. Est-ce qu'un soutien, même mineur et éloigné, devrait être qualifié de complicité par aide et assistance ? Le droit pénal international répond à cette question en imposant le seuil suivant : l'assistance doit avoir un effet substantiel sur le crime pour pouvoir être qualifiée de complicité

50 Article 25(3)(c) du Statut de la CPI.

51 Article 29 de la loi portant création des chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens (Chambres extraordinaires du Cambodge) chargées de poursuivre les crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, 27 octobre 2004 ; Article 7(1) du Statut du TPIY ; Article 6(1) du Statut du TPIR ; Article 6(1) du Statut du TSSL.

52 Article 2(3)(d) du Projet de code de la CDI.

par aide et assistance. Il n'est pas nécessaire, cependant, que le crime n'ait pas pu avoir lieu sans cette assistance. L'assistance peut donc être fournie avant, pendant ou après que le crime ait été commis.

Effet substantiel

Le Code de la CDI prévoit que le complice doit fournir une forme d'assistance contribuant « directement et substantiellement » à la commission du crime, par exemple en fournissant les moyens permettant à l'auteur de commettre le crime. Par conséquent, l'assistance doit faciliter le crime d'une manière significative. D'après la CDI, ce principe est conforme aux autres dispositions internationales pertinentes, y compris la Charte de Nuremberg et les Statuts du TPIY et du TPIR⁵³. Par ailleurs, le commentaire de la CDI précise qu'un soutien, fourni après le crime, peut être constitutif de complicité par aide et assistance, si ce soutien a été convenu entre l'auteur et le complice avant la commission du crime⁵⁴. Cela est certainement le cas mais un dirigeant d'entreprise peut être tenu responsable de complicité par aide et assistance après les faits, même s'il n'avait pas convenu de fournir cette aide avant que le crime ne soit commis. Ni les termes du Code de la CDI, ni les statuts ou la jurisprudence d'appel des tribunaux *ad hoc*, ne prévoient qu'un accord préalable visant à fournir une aide après les faits constitue un pré-requis de la responsabilité pour complicité par aide et assistance.

La Chambre d'appel des deux tribunaux *ad hoc* a précisé que l'*actus reus* (l'élément matériel de l'infraction) de la complicité par aide et assistance comprend les actes visant à assister, encourager ou offrir un soutien moral à la commission d'un crime qui ont un effet substantiel sur sa perpétration⁵⁵. La preuve de la relation de causalité entre le comportement du complice par aide et assistance et la commission du crime, ou la preuve qu'un tel comportement a constitué une précondition à la commission du crime, n'est pas requise. Par ailleurs, l'acte peut avoir lieu avant, pendant ou après que le crime principal a été commis⁵⁶.

La CDI comme la jurisprudence internationale ultérieure insistent donc sur l'exigence selon laquelle l'aide fournie doit avoir un effet substantiel sur le crime pour entraîner l'engagement d'une responsabilité. Si ce critère de substantialité n'a pas été inclus dans la Charte de Nuremberg ni dans les statuts des tribunaux *ad hoc*, il a été établi dans la jurisprudence ultérieure de ces tribunaux. Par ailleurs, malgré

53 Annuaire de la CDI 1996, p. 18: Article 2(3)(d) du Projet de code de la CDI, p. 21, paragraphe 11.

54 Annuaire de la CDI 1996, p. 21 paragraphe 12.

55 TPIY, *Blagojevic and Jokic*, (Chambre d'appel) 9 mai 2007, paragraphe 127; TPIY, *Simic*, (Chambre d'appel) 28 novembre 2006, paragraphe 85; TPIY, *Blaskic*, (Chambre d'appel) 29 juillet 2004, paragraphes 45-46; TPIY, *Vasiljevic*, (Chambre d'appel) 25 février 2004, paragraphe 102; TPIR, *Ntagerura*, (Chambre d'appel) 7 juillet 2006, paragraphe 370.

56 TPIY *Blaskic*, (Chambre d'appel), 29 juillet 2005, paragraphe 48; Voir également TPIY, *Blagojevic and Jokic*, (Chambre d'appel), 9 mai 2007. paragraphe 127, TPIY, *Simic* (Chambre d'appel) 28 novembre 2006, paragraphe 85; TPIR *Ntagerura*, (Chambre d'appel), 7 juillet 2006, paragraphe 372.

l'absence du critère de substantialité dans le Statut de la CPI, il a été suggéré qu'il serait applicable devant la CPI⁵⁷. En l'absence de jurisprudence interprétative de la part de la CPI, les dirigeants d'entreprises feraient bien d'éviter d'apporter *quelque aide* que ce soit à d'éventuelles activités criminelles.

Le Comité est d'avis que le critère selon lequel l'assistance doit avoir un effet substantiel sur le crime permet d'écarter la responsabilité pénale pour des contributions sans effet ou mineures. Cependant, ce critère n'exige pas que le crime n'aurait pas pu avoir lieu sans cette assistance.

Exemples d'actes de complicité par aide et assistance

In fine, la question de savoir si un acte est constitutif de complicité par aide et assistance est une question de fait qui doit être déterminée au vu des circonstances de chaque cas⁵⁸. Des exemples spécifiques de complicité par aide et assistance seront analysés en détail infra dans la Partie 6. En résumé, ces exemples peuvent inclure :

- La fourniture de biens et de services utilisés dans la commission de crimes⁵⁹ ;
- La fourniture d'informations qui conduisent à la commission de crimes⁶⁰ ;
- La fourniture de personnels pour commettre des crimes⁶¹ ;
- La fourniture d'une assistance logistique pour commettre des crimes⁶² ;
- L'obtention et l'utilisation de produits ou de ressources (y compris de la main-d'œuvre) en sachant que la fourniture de ces ressources implique la commission de crimes⁶³ ;
- La fourniture de facilités bancaires permettant aux bénéficiaires tirés de ces crimes d'être déposés dans des comptes bancaires⁶⁴.

57 Kai Ambos, in: O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute*, (1999) article 25, marges N° 15-18.

58 Voir par ex. TPIY, *Blagojevic and Jokic*, (Chambre d'appel) 9 mai 2007, paragraphe 134.

59 Voir par ex. Affaire Zyklon B, p. 93-102; *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN AX6406, Tribunal de district de La Haye, 23 décembre 2005.

60 Voir par ex. *Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 others*, tel que mentionné en TPIY, *Tadic*, (Chambre de première instance) 7 mai 1997, paragraphe 687.

61 Voir par ex. TPIY, *Blagojevic and Jokic*, (Chambre d'appel) 9 mai 2007, paragraphes 130-135.

62 TPIY, *Brdanin*, (Chambre de première instance), 1er septembre 2004, paragraphes 571-583; 533. TPIY, *Brdanin*, (Chambre d'appel) 3 avril 2007, paragraphes 305 – 306.

63 Voir par ex. Affaire Farben, p. 1187; Affaire Krupp, p. 1399; Affaire Flick, p. 1202. Voir également *Commissioner v. Roehling* (Affaire Roehling), *Trials of War Criminals*, Vol. XIV, pp. 1085-1089.

64 Voir par ex. *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*, Vol. 1, pp. 305-306; T. Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir*, Knopf, New York, 1992, pp. 381-398.

Le fait de ne pas agir et de garder le silence

Non seulement un acte positif, mais également une omission ou le fait de ne pas avoir agi, peuvent s'apparenter à l'assistance requise pour pouvoir qualifier un comportement de complicité par aide et assistance, à condition que cette omission ait eu un effet décisif sur le crime⁶⁵. Une omission peut engager cette forme de responsabilité si une personne ne fait rien alors qu'elle a le pouvoir de prévenir, de mettre un terme ou de limiter un crime. C'est le cas également lorsque le silence joue un rôle significatif pour légitimer, encourager ou pour fournir un soutien moral à la perpétration d'un crime.

Le fait de ne pas agir peut engager la responsabilité lorsque le complice est physiquement présent au moment de la commission du crime. Cependant, la simple présence ne permet pas de conclure à la complicité par aide et assistance sauf s'il est possible de démontrer que cette présence a eu un effet significatif en légitimant ou en encourageant l'auteur principal⁶⁶. Dans des procès pénaux tenus après la Seconde Guerre mondiale, des tribunaux ont condamné des individus pour avoir cautionné des crimes par leur silence, même s'ils n'étaient pas officiellement en position de supériorité hiérarchique par rapport aux auteurs principaux et ce, parce qu'ils disposaient d'un statut et d'une autorité⁶⁷. Le TPIR a également condamné le maire d'une commune pour complicité de violences sexuelles par aide et assistance, en partie parce qu'il avait manifesté son approbation en permettant que ces actes de violence soient commis dans les bureaux officiels de la commune⁶⁸.

Même si elle se trouve à distance du lieu physique de la perpétration du crime, une personne peut être tenue responsable de complicité par aide et assistance si elle avait connaissance du crime et n'a rien fait pour l'empêcher ou pour influencer sur le cours des événements alors qu'elle avait le pouvoir de le faire. Par exemple, si un commandant militaire a connaissance de mauvais traitements infligés à des prisonniers par des soldats, de manière régulière pendant une certaine période de temps, et s'il continue, malgré cela, à envoyer des prisonniers travailler pour ces soldats (ou ne fait rien pour l'empêcher alors qu'il en a le pouvoir), ce commandant devient alors complice de ces mauvais traitements par aide et assistance⁶⁹. Le TPIY a condamné pour complicité par aide et assistance un représentant gouvernemental local responsable de centres médicaux parce que celui-ci avait délibérément interdit

65 TPIY, *Blaskic*, (Chambre d'appel) 29 juillet 2004, paragraphe 47.

66 TPIY, *Krnjelac*, (Chambre d'appel) 15 mars 2002, paragraphe 89.

67 Voir TPIY, *Furundzija*, (Chambre de première instance) 10 décembre 1998, paragraphes 199-209; *Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 others*, tel que mentionné en TPIY, *Tadic*, (Chambre de première instance) 7 mai 1997, paragraphe 687.

68 TPIR, *Akayesu*, (Chambre de première instance) 2 septembre 1998, paragraphes 691-694.

69 TPIY, *Aleksovski*, (Chambre d'appel) 24 mars 2000, paragraphes 169 and 172.

l'accès à des soins médicaux aux prisonniers incarcérés. Cela a contribué de manière substantielle aux conditions inhumaines de leur détention⁷⁰.

Même si la question n'a pas encore fait l'objet d'un examen par un tribunal, le Comité considère qu'il pourrait y avoir des situations dans lesquelles le dirigeant d'une entreprise exerce une influence, un poids et une autorité tels à l'égard des auteurs principaux d'un crime que sa présence silencieuse pourrait être interprétée par ces auteurs comme une approbation ou un encouragement moral de commettre un crime. Par ailleurs, si ces dirigeants d'entreprise ont effectivement l'autorité de prévenir, de mettre un terme ou de limiter un crime et qu'ils ne le font pas, ils peuvent être considérés comme complices de ce crime par aide et assistance. Plus l'influence en termes politiques et économiques de l'entreprise est grande, ou plus l'influence personnelle ou professionnelle de ses dirigeants est forte, plus il est probable que les dirigeants de l'entreprise seront exposés au risque de voir leur responsabilité engagée pour complicité. C'est particulièrement le cas lorsqu'ils opèrent dans des pays où il est notoire que des crimes graves sont commis.

3.1.2 Élément psychologique (*Mens Rea*) – Connaissance et intention

En vertu du Code de la CDI, une personne ne peut être déclarée coupable d'avoir fourni une aide ou une assistance à la commission d'un crime ou de l'avoir facilité de toute autre manière que si elle savait que cette assistance allait faciliter un crime⁷¹. Le Code de la CDI est conforme aux décisions ultérieures de la Chambre d'appel des tribunaux *ad hoc*. Dans cette jurisprudence, l'élément psychologique (*mens rea*) requis pour établir la complicité par aide et assistance est le fait de savoir que les actes perpétrés contribuent à la perpétration d'un crime spécifique par l'auteur principal⁷².

Il n'est pas nécessaire que le complice partage la *mens rea* de l'auteur principal. Mais il doit avoir connaissance des éléments essentiels du crime qui a été *in fine* commis par l'auteur principal⁷³. Cependant :

« il n'est pas nécessaire que le complice par aide et assistance connaisse soit le crime précis qui était projeté soit celui qui a été effectivement commis. S'il sait qu'un des crimes sera vraisemblablement commis et que l'un d'eux l'a été effectivement, il a eu l'intention de faciliter la perpétration de ce crime et il est coupable de complicité par aide et assistance »⁷⁴.

70 TPIY, *Simic*, (Chambre d'appel) 28 novembre 2006, paragraphe 134.

71 Annuaire de la CDI 1996, p. 18: Article 2(3)(d) du Projet de code de la CDI, p. 21 paragraphe 11.

72 TPIY, *Blagojevic and Jokic*, (Chambre d'appel) 9 mai 2007, paragraphe 127; TPIY, *Simic*, (Chambre d'appel) 28 novembre 2006, paragraphe 86; TPIY, *Blaskic*, (Chambre d'appel) 29 juillet 2004, paragraphes 45-46; TPIY, *Vasiljevic*, (Chambre d'appel) 25 février 2004, paragraphe 102.

73 TPIY, *Simic*, (Chambre d'appel) 28 novembre 2006, paragraphe 86; TPIY, *Aleksovski* (Chambre d'appel) 24 mars 2000, paragraphe 162.

74 TPIY, *Blaskic*, (Chambre d'appel) 29 juillet 2004, paragraphe 50.

Par conséquent, le représentant d'une entreprise qui sait que l'équipement vendu par son entreprise risque probablement d'être utilisé par un client aux fins de commettre des crimes, n'échapperait pas à sa responsabilité en arguant qu'il ne pouvait pas déterminer quel crime était exactement projeté.

Dans le cas des crimes requérant une intention spécifique, tels que le génocide, le complice par aide et assistance doit avoir connaissance de l'intention spécifique de l'auteur principal⁷⁵. Dans le cas du génocide, les complices par aide et assistance doivent savoir que les personnes qu'ils aident ont l'intention de détruire un groupe national, ethnique ou religieux particulier⁷⁶. En ce qui concerne le crime contre l'humanité de persécution, il n'est pas nécessaire que le complice par aide et assistance partage l'intention de l'auteur, mais il doit avoir eu conscience du contexte discriminatoire dans lequel le crime a été commis et savoir que son soutien ou son encouragement a eu un effet substantiel sur la perpétration de ce crime⁷⁷.

Lorsqu'on applique ces principes à des dirigeants d'entreprises accusés de complicité par aide et assistance, si ceux-ci ont une connaissance suffisante de l'impact de leurs actions, l'argument selon lequel ils ne faisaient que mener des activités commerciales normales n'est absolument pas pertinent. Par exemple, des marchands de biens ou de matériaux (produits chimiques, ordinateurs, bulldozers ou matériaux de forage) peuvent voir leur responsabilité engagée pour complicité s'ils avaient une connaissance, évaluée objectivement, du fait que l'acheteur les utiliserait pour commettre des crimes au regard du droit international.

Sur la question de la *mens rea*, le Statut de la CPI prévoit qu'une personne sera reconnue coupable lorsque, « en vue de faciliter » la commission d'un crime, elle apporte son aide, concours ou toute autre forme d'assistance à la perpétration ou à la tentative de perpétration de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission⁷⁸. Cette disposition introduit un élément psychologique qui va au-delà du critère habituel de la *mens rea* relatif à l'intention et à la connaissance requises pour les autres crimes au regard du Statut de la CPI⁷⁹ et du critère de connaissance décrit supra. En ce sens, il diverge textuellement de l'approche adoptée par le Code de la CDI et par la jurisprudence d'appel des tribunaux *ad hoc*. Cette expression a été empruntée au Modèle de Code pénal de l'*American Law Institute* et implique de façon générale un critère subjectif spécifique plus strict que la connaissance⁸⁰.

75 TPIY, *Simic*, (Chambre d'appel) 28 novembre 2006, paragraphe 86; TPIY, *Blagojevic and Jokic* (Chambre d'appel) 9 mai 2007, paragraphe 127; TPIR, *Ntagerura*, (Chambre d'appel) 7 juillet 2006, paragraphe 370.

76 TPIY, *Krstic*, (Chambre d'appel) 19 avril 2004, paragraphes 140-141.

77 TPIY, *Aleksovski*, (Chambre d'appel) 24 mars 2000, paragraphe 162; TPIY, *Krnjelac*, (Chambre d'appel) 17 septembre 2003, paragraphe 52.

78 Article 25(3)(c) du Statut de la CPI.

79 Article 30 du Statut de la CPI.

80 Kai Ambos, in: O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute*, (1999) article 25, marge No. 19.

En l'absence de jurisprudence de la CPI, la question de savoir si ce critère de subjectivité théoriquement plus élevé aura des effets pratiques reste ouverte, étant donné la manière dont l'état psychologique d'un complice par aide et assistance est évalué par les tribunaux. Comme on le verra, cette évaluation est menée sur la base de toutes les circonstances pertinentes, y compris les preuves directes et indirectes ou circonstancielle. Par conséquent, en termes pratiques, s'il est établi que l'employé d'une entreprise savait qu'un acte allait faciliter la commission d'un crime, mais l'a accompli malgré cela, il pourrait dès lors être possible de démontrer l'existence d'un dessein visant à faciliter la perpétration de ce crime. Le fait que ce dirigeant a apporté une aide en connaissance de cause à un crime afin de dégager un profit n'atténue pas l'aide qu'il a apportée. En effet, cette circonstance pourrait être interprétée comme démontrant une motivation supplémentaire de faciliter le crime « à dessein ». En d'autres termes, cette différence apparente des critères relatifs à la *mens rea* pourrait n'avoir que peu d'effets en pratique.

Par conséquent, selon le Comité, un dirigeant d'entreprise, qui sait que ses actes vont faciliter ou encourager la commission d'un crime ou vont fournir un soutien moral à la perpétration de cet acte et qui les accomplit malgré cela, court un risque sérieux d'être tenu responsable de complicité par aide et assistance.

Preuve de l'état psychologique

De Nuremberg aux tribunaux *ad hoc* et jusqu'à nos jours, l'approche utilisée pour évaluer l'état psychologique (*mens rea*) d'un complice par aide et assistance a consisté à mener cette évaluation sur la base de toutes les circonstances pertinentes découlant des preuves directes et indirectes ou circonstancielle. Par conséquent, il est possible de déduire l'état psychologique de l'accusé à partir de l'examen de faits objectifs⁸¹. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que la connaissance requise ait été explicitement exprimée par l'accusé⁸², mais qu'elle peut être déduite des circonstances⁸³. Plus récemment, le TSSL a confirmé que « la connaissance peut être déduite de toutes les circonstances pertinentes »⁸⁴.

En termes pratiques, il n'est pas facile de prouver la connaissance en satisfaisant les critères définis par le droit pénal. La simple présence d'une entreprise dans une zone où le crime est commis, ou le fait qu'elle retire un profit d'une activité criminelle, ne sont pas en soi suffisants pour démontrer que les dirigeants de l'entreprise

81 Voir *Affaire Farben*, p. 1187; ; *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*, Vol. 1, pp. 305-306; TPIY, *Tadic*, (Chambre de première instance) 7 mai 1997, paragraphes 675-676, 689; TPIR, *Akayesu*, (Chambre de première instance) 2 septembre 1998, paragraphe 548; TPIY, *Aleksovski*, (Chambre de première instance) 25 juin 1999, paragraphe 65; TPIY, *Krstic*, (Chambre d'appel) 19 avril 2004, pp. 26-54 (où sont examinées toutes les preuves directes et circonstancielle pour établir que l'accusé avait la *mens rea* de la complicité du génocide).

82 TPIY, *Limaj*, (Chambre de première instance) 30 novembre 2005, paragraphe 518.

83 TPIY, *Galic*, (Chambre de première instance) 5 décembre 2003, paragraphe 172.

84 TSSL, *Fofana and Kondewa*, (Chambre de première instance) 7 août 2007, paragraphe 231.

savent que leurs biens ou services sont utilisés dans une activité criminelle. Les types de preuves recevables pour démontrer l'état psychologique incluraient, par exemple, les informations dont le représentant de l'entreprise peut disposer aisément au moment où l'entreprise fournit son assistance. Cette information peut être disponible au sein de l'entreprise. Il peut exister des preuves orales ou écrites de comptes-rendus de réunions entre l'auteur principal et les dirigeants de l'entreprise relatifs à l'intention criminelle des auteurs. Dans le cas de Bruno Tesch, le propriétaire d'une entreprise qui a organisé la fourniture du gaz toxique Zyklon B aux SS (l'affaire Zyklon B), le comptable de Tesch a présenté un compte-rendu de déplacement. Ce compte-rendu faisait état d'un entretien entre Tesch et des hauts responsables de la Wehrmacht au cours duquel il lui a été dit que le nombre croissant d'inhumations de Juifs tués par balles posait des problèmes grandissants d'hygiène et que l'on proposait de les tuer à l'aide d'acide prussique. Lorsqu'on a demandé l'opinion de Tesch, celui-ci a proposé d'avoir recours à ce gaz et a entrepris de former les SS à son utilisation⁸⁵.

Les informations spécifiques fournies aux dirigeants d'une entreprise montrant que les produits ou services ont été utilisés pour commettre des crimes peuvent être pertinentes. C'est particulièrement le cas suite à l'essor des nouvelles technologies de la communication lesquelles ont rendu possible la circulation d'une quantité telle d'informations que la plupart des hommes d'affaires peuvent connaître les activités de leurs partenaires et de leurs clients. Les sources dignes de foi peuvent inclure les organisations internationales, les autres hommes d'affaires, les gouvernements ou la société civile. Les rapports indépendants et les preuves orales apportées par des tierces parties, telles que l'ONU et des ONG fiables opérant dans des situations où des violations ou atteintes graves aux droits de l'homme ont été commises ont été une source importante de preuves auprès des tribunaux *ad hoc*.

Il peut être notoirement connu que des crimes sont commis en utilisant les biens ou les services d'une entreprise et cet élément peut également être pertinent pour déterminer si les dirigeants d'une entreprise savaient que leurs actes facilitaient la commission de crimes. Dans l'affaire Krstic, relative à la commission de crimes contre l'humanité et de génocide à Srebrenica, des informations faisant état de la disparition d'hommes bosniaques musulmans avaient été diffusées dans les médias chinois trois jours après la prise de la ville⁸⁶. Il était, par conséquent, difficile pour l'accusé de soutenir qu'il n'en avait pas connaissance. Cependant, il faut être extrêmement prudent lorsque l'on fonde la connaissance sur cette base. Le contenu précis et la véracité de ces informations ainsi que la date à laquelle cette connaissance prétendument répandue était disponible doivent faire l'objet d'un examen minutieux⁸⁷.

85 Affaire Zyklon B, p. 95.

86 TPIY, *Krstic*, (Chambre de première instance) 2 août 2001, paragraphe 88 (fn.179).

87 Voir par ex. TPIY, *Blagojevic and Jokic*, (Chambre d'appel) 9 mai 2007, paragraphes 229-236.

Le contexte dans lequel les transactions commerciales sont effectuées peut aussi être examiné. Par exemple, durant la Seconde Guerre mondiale, il est apparu aux dirigeants de l'entreprise Farben en Allemagne qu'ils ne disposaient pas d'une main-d'œuvre suffisante pour exploiter les deux mines de charbon acquises pour alimenter leur usine d'Auschwitz et qu'ils devaient donc avoir recours à de la main-d'œuvre servile⁸⁸. Ou encore, il pourrait être constaté qu'un client commande une quantité anormalement importante d'un produit chimique utilisé contre les poux, alors que de telles quantités ne pourraient en toute probabilité que servir des activités illégales⁸⁹.

Au même titre, le comportement passé de l'auteur principal du crime ainsi que la durée et la nature de la relation commerciale entre cet auteur principal et le dirigeant d'une entreprise doivent être examinés.

Par ailleurs, la connaissance peut également être déduite de la position et de l'expérience du complice au sein de l'entreprise⁹⁰. Comme un auteur l'a montré :

« Un homme d'affaires compétent occupant un poste de responsabilité connaît le contexte dans lequel les principales stratégies de l'entreprise sont développées. En effet, il est tout simplement logique qu'une personne vendant un produit cherche à évaluer les besoins de ses clients afin d'accroître les ventes. Par conséquent, les tribunaux vont imputer l'existence d'une connaissance à certains dirigeants d'entreprises si d'ordinaire ces dirigeants disposent de ce type de connaissances pour mener à bien leur activité »⁹¹.

3.2 Droit pénal national

Au même titre que le droit pénal international, la plupart des systèmes de droit pénal national incluent la responsabilité pour complicité comme une forme de participation secondaire entraînant une responsabilité pénale. De façon générale, les législations pénales nationales conçoivent la responsabilité pour complicité de manière stricte, en limitant la responsabilité pénale aux actes qui apportent une aide, un concours ou toute autre forme d'assistance à la commission d'un crime par un autre individu. Les législations pénales nationales criminalisent également d'autres formes de participation à des crimes - tels que l'incitation, l'entente ou le fait de donner un ordre, qui sont considérés par la CDI comme des formes de responsabilité pour complicité⁹². Cependant, le droit pénal national définit souvent

88 Affaire Farben, p. 1187.

89 Affaire Zyklon B, p. 101.

90 Voir *United States v. Ernst von Weizsäcker* (Affaire Ministries) *Trials of War Criminals*, Vol. XIV, p. 622. Voir également l'examen de la responsabilité de chacun des accusés dans l'Affaire Farben.

91 K.R. Jacobson, *Doing Business With the Devil: The Challenges of Prosecuting Corporate Officials Whose Business Transactions Facilitate War Crimes and Crimes Against Humanity*, in: *The Air Force Law Review*, Vol. 56 (2005), pp. 167-231, p. 195.

92 Annuaire de la CDI, 1996, pp. 18-20.

ces autres formes de responsabilité pénale comme des infractions ou des crimes séparés et distincts⁹³. Ou bien, il considère que le fondement de la responsabilité pénale de ces comportements réside dans la perpétration et non dans la complicité de ce crime. Ceci étant, les législations pénales nationales vont dans le même sens que le droit pénal international, dans la mesure où elles criminalisent les actes qui assistent la commission d'un crime et qui sont le fait d'un auteur ayant l'intention de fournir une telle assistance. Ces actes sont qualifiés de crimes ou sont considérés comme entraînant d'autres formes de responsabilité pénale.

La responsabilité pour complicité en droit national requiert que l'accusé dispose de l'élément psychologique (*mens rea*) nécessaire. Même si cet élément est interprété différemment selon les systèmes juridiques nationaux, tous requièrent que l'accusé démontre une intention subjective particulière. Dans certains systèmes nationaux, le complice doit partager la même intention que celle de l'auteur principal, à savoir qu'il avait l'intention que le crime soit commis et que ses actes aient fourni une assistance à cet effet⁹⁴. Il a été argué qu'il s'agit, pour les entreprises ou leurs dirigeants, d'un seuil élevé d'engagement de la responsabilité dans la mesure où les actes de ces derniers sont motivés par le profit. Mais un tel argument, selon le Comité, confond la motivation et l'intention. Une entreprise ou ses dirigeants pourraient avoir l'intention, par exemple, de fournir une assistance en vue de recourir au travail forcé, alors que leur motivation plus large était, en fournissant cette assistance, d'accroître les profits qui en résulteraient. Dans d'autres pays, il n'est pas nécessaire que l'intention du complice soit la même que celle de l'auteur principal⁹⁵, et il suffit que le présumé complice par aide et assistance sache que l'auteur avait l'intention de commettre un crime⁹⁶. Certaines législations prévoient qu'un complice peut être tenu responsable s'il estime que la commission de l'infraction est possible et s'il en accepte le risque. Par exemple, en Afrique du Sud, le *dolus eventualis* (l'anticipation subjective de la possibilité de circonstances illégales existantes ou des conséquences illégales résultant de son comportement et le fait d'accomplir l'acte malgré cela) est suffisant pour engager la responsabilité du complice et celle de l'auteur⁹⁷. Aux termes du droit allemand, l'intention inclut le *dolus eventualis*⁹⁸. Au Royaume-Uni, un complice peut être reconnu coupable

93 C'est souvent le cas, par exemple, avec l'instigation, l'entente ou l'association criminelle, la dissimulation ou le crime par omission (« delito de omisión » en droit latino-américain ; « abstention criminelle » en droit français).

94 A. Ramasastry et R.C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law: A survey of Sixteen Countries; Executive Summary*, FAFO, 2006 (infra FAFO, *Executive Summary*), p. 18.

95 Par ex. l'Article 121-7 du Code pénal français vise « la personne qui sciemment, par aide ou assistance » facilite la perpétration d'un crime

96 FAFO *Executive Summary*, p. 19. Voir également Jonathon Burchell, "Joint Liability and Corporate Complicity", *Draft Report written for the ICJ Expert Legal Comité on Corporate Complicity in International Crimes*, (2006) (Burchell) pp. 8-9, www.icj.org.

97 Burchell, p. 9.

98 Le droit pénal allemand opère une distinction entre deux types fondamentaux de responsabilité : l'intention (*Vorsatz*) et la négligence (*Fahrlässigkeit*). L'intention (*Vorsatz*) comprend l'*Absicht*, le *dolus directus*, ou le

sur la base de la connaissance mais également de la témérité ; ce qui implique la connaissance du *risque* qu'une infraction soit commise⁹⁹.

Il n'existe pas de consensus au niveau du droit national quant à la question de savoir s'il faut établir un lien de causalité entre la conduite du complice et la commission de l'infraction par l'auteur principal. Même dans les systèmes juridiques qui requièrent un tel lien, il n'y a pas de consensus quant à la mesure dans laquelle un tel lien doit exister¹⁰⁰.

De manière importante, et comme il apparaît en droit pénal international, la responsabilité d'un complice aux termes des législations pénales nationales ne dépend pas de la condamnation de l'auteur principal¹⁰¹. Cela signifie qu'en droit national et international, une entreprise ou ses dirigeants, qui contribuent à la perpétration d'un crime, courent le risque d'être tenus pénalement responsables alors que les auteurs principaux échappent à toute sanction.

dolus eventualis.

99 *R v. Bainbridge* [1960] 1 QB 219; *DPP for Northern Ireland v. Maxwell* [1978] 3 All ER 1140 (HL); cité in Burchell p. 9.

100 Burchell, pp. 4-6.

101 FAFO, *Executive Summary* p. 18; Burchell, p. 4.

4 La responsabilité du fait d'un dessein commun au regard du droit pénal international et national

4.1 Droit pénal international

Le droit pénal national comme le droit pénal international condamne le fait de participer à un crime en poursuivant un dessein commun. Au regard du droit pénal international, un individu peut être tenu pénalement responsable s'il fait partie d'un groupe de plusieurs personnes qui partagent un dessein commun et entreprennent ensuite une activité criminelle afin d'atteindre cet objectif. Quiconque contribue à la perpétration de crimes commis par l'ensemble des membres du groupe, ou par seulement certains d'entre eux, peut voir sa responsabilité pénale engagée.

Le Code de la CDI n'inclut pas explicitement l'infraction consistant à participer à un crime poursuivant un dessein commun. Cependant, il criminalise le fait de participer à la planification ou à une entente en vue de commettre un crime, ce qui, selon la CDI, englobe une telle forme de responsabilité¹⁰².

Si les dispositions relatives à la responsabilité pénale individuelle figurant dans les statuts des tribunaux *ad hoc* n'incluent pas de référence explicite à la responsabilité du fait d'un dessein commun, la jurisprudence de ces tribunaux intègre la notion de participation à un crime poursuivant un dessein commun comme l'un des modes de « commission » d'un crime¹⁰³. Les tribunaux ont ouvert la voie en qualifiant ce mode d'entreprise criminelle commune (ECC). Trois catégories d'ECC sont énumérées dans la jurisprudence, reflétant ainsi une forme de responsabilité qui existait en droit international coutumier au moment des guerres des Balkans et du génocide au Rwanda. Ces trois catégories d'ECC sont basées, en particulier, sur des procès pour crimes de guerre menés à la suite de la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁴. La première catégorie est une forme « élémentaire » d'ECC dans laquelle tous les auteurs agissent en vertu d'un dessein commun et partagent la même intention criminelle. Un exemple simple est la planification par un certain nombre d'individus d'un meurtre où, même si chacun des participants peut jouer un rôle différent,

102 Voir l'Article 2 (3)(e), qui dispose qu'un individu est responsable d'un crime si cet individu « participe directement à la planification ou à une entente en vue de commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré »; Annuaire de la CDI 1996, p. 18 Article 2 (3)(e) et p. 21, paragraphes 14-15.

103 TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, paragraphe 190; TPIY, *Vasiljevic*, (Chambre d'appel), 25 février, 2005, paragraphe 95; TPIY, *Krnjelac*, (Chambre d'appel), 17 septembre, 2003, paragraphes 28-32, 73.

104 Deux affaires importantes concernant la signification de l'ECC, son fondement en droit coutumier et dans la jurisprudence des procès relatifs à la seconde guerre mondiale peuvent être citées: TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, paragraphes 195-228; TPIY, *Brdanin*, (Chambre d'appel), 3 avril 2007, paragraphes 389-432; Voir également TPIY, *Krnjelac*, (Chambre d'appel), 17 septembre 2003, paragraphes 83-84; TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana*, arrêt, (Chambre d'appel) du 13 décembre 2004, paragraphe 462; TPIY, *Stakic*, (Chambre d'appel), 22 mars 2006, paragraphes 64 and 65.

chacun a l'intention de tuer¹⁰⁵. La seconde catégorie d'ECC concerne une forme « systémique » d'entreprise criminelle commune. Elle est caractérisée par l'existence d'un système organisé de mauvais traitements. L'accusé doit avoir connaissance de la nature de ce système et doit participer activement à la mise en œuvre de ce système¹⁰⁶. Pour que la responsabilité soit engagée pour cette forme d'ECC, l'auteur doit avoir une connaissance personnelle du système et avoir l'intention de poursuivre ce but criminel¹⁰⁷. La troisième catégorie est une forme « élargie » de responsabilité pour ECC, qui permet de condamner un participant à une ECC pour certains crimes commis par d'autres participants à l'ECC, même si ces crimes débordaient le cadre du dessein commun de l'entreprise. Il s'agit, par exemple, du dessein commun ou du plan visant à procéder à un nettoyage ethnique, c'est-à-dire le fait de contraindre par la force les membres d'un groupe ethnique à quitter une zone spécifique sous la menace des armes, entraînant ainsi la mort par balles d'une ou de plusieurs victimes. Si le meurtre n'entraînait pas explicitement dans le cadre du dessein commun, il était toutefois prévisible que l'expulsion forcée de civils sous la menace des armes, pouvait entraîner le meurtre de civils¹⁰⁸. La responsabilité est engagée, dans les circonstances particulières de cette affaire, (i) s'il était *prévisible* qu'un tel crime était susceptible d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe, et ii) si l'accusé a délibérément pris ce risque¹⁰⁹.

Selon la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, pour établir la participation d'un individu à une ECC, il n'est pas nécessaire que celui-ci commette un crime spécifique (par exemple meurtre, extermination, torture ou viol). Cette participation peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution à la mise en œuvre d'un dessein commun¹¹⁰. La participation d'un individu doit représenter un lien dans la chaîne de causalité de manière que son action ait contribué à la mise en œuvre de l'entreprise criminelle. Cependant, il n'est pas non plus nécessaire que la commission du crime tienne uniquement à la participation de l'individu¹¹¹.

L'affaire Krajisnik est un exemple récent d'application de l'ECC à un civil ayant de hautes responsabilités. Momcilo Krajisnik était un dirigeant politique, Président du Parlement, allié proche de Radovan Karadzic et membre de la Présidence serbe de Bosnie en 1992. Il a participé à une entreprise criminelle commune avec d'autres

105 TPIY, *Stakic*, (Chambre d'appel) 22 mars 2006, paragraphe 65.

106 TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, paragraphes 202-203; TPIY, *Krnjelac*, (Chambre d'appel), 17 septembre 2003, paragraphe 89; TPIY, *Vasiljevic*, (Chambre d'appel), 25 février 2004, paragraphe 98; TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana*, (Chambre d'appel), 13 décembre 2004, paragraphe 464.

107 TPIY, *Stakic*, (Chambre d'appel), 22 mars 2006, paragraphe 65.

108 TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, paragraphe 204; TPIY, *Vasiljevic*, (Chambre d'appel), 25 février 2004, paragraphes 95-101; TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana*, (Chambre d'appel), 13 décembre 2004, paragraphe 465.

109 TPIY, *Stakic*, (Chambre d'appel), 22 mars 2006, paragraphe 65.

110 TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, paragraphe 227; TPIR, *Ntakirutimana & Ntakirutimana*, (Chambre d'appel), 13 décembre 2004, paragraphe 466.

111 TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel), 15 juillet 1999, paragraphe 199.

hommes politiques, des représentants gouvernementaux, des commandants à tous les niveaux des forces militaires et paramilitaires serbes. Cette ECC avait pour but de chasser à jamais, par la force ou par d'autres moyens, les Musulmans et les Croates de Bosnie et d'autres habitants non-serbes, des larges étendues du territoire bosniaque en perpétrant des crimes de masse. Il a participé à l'entreprise criminelle commune en commettant un certain nombre d'actes, notamment la conception et la mise en œuvre de la stratégie ; la création, le soutien et le maintien en place de groupes politiques et militaires qui ont commis les crimes ; en s'abstenant d'ouvrir des enquêtes et en menant une campagne de désinformation sur les actes commis par ces groupes. Momcilo Krajsnik a commis ces actes car il souhaitait que les Musulmans et les Croates soient expulsés massivement des territoires serbes de Bosnie. Si des souffrances, des morts et des destructions étaient nécessaires pour asseoir la domination serbe et construire un État viable, il acceptait que les victimes aient à payer ce lourd tribut. Il a été reconnu coupable du crime contre l'humanité de persécutions et a été condamné à vingt-sept ans d'emprisonnement¹¹².

La théorie de l'entreprise criminelle commune a été critiquée dans la mesure où elle pourrait s'apparenter à une forme de culpabilité collective. En tant que telle, elle pourrait être incompatible avec le fondement et l'évolution du concept de responsabilité pénale individuelle. Cependant, la Chambre d'appel des tribunaux *ad hoc*, après avoir établi des fondements juridiques solides pour l'ECC, a expliqué son importance dans la mesure où les crimes au regard du droit international sont souvent des manifestations d'une criminalité collective entreprise par des individus poursuivant un objectif criminel commun. Si certains individus commettent physiquement le crime, d'autres sont amenés à participer ou à contribuer d'une manière équivalente, voire à jouer un rôle encore plus central, dans la commission des crimes. La culpabilité morale de ce second groupe d'individus peut être aussi grande que celle des auteurs principaux ; et le droit cherche à prendre en compte cet élément¹¹³.

Il a également été soutenu que l'« ECC en tant que mode de responsabilité a tendance à viser trop loin, et peut donc potentiellement verser dans la culpabilité par association »¹¹⁴. La Chambre d'appel des tribunaux *ad hoc* a rejeté cette critique en s'appuyant sur le seuil élevé de détermination de la culpabilité pénale qui exige que chacun des éléments du crime soit établi au-delà de tout doute raisonnable. Lorsque tous ces éléments sont prouvés en respectant ce principe, il est alors démontré que l'accusé a fait bien plus que s'associer simplement avec des criminels¹¹⁵.

De plus, le Statut de la CPI envisage la notion de « responsabilité criminelle du fait de la participation à une entreprise criminelle commune ». Cependant, une

112 TPIY, *Krajsnik*, (Chambre d'appel), 27 septembre 2006, paragraphe 1078 et seq.

113 TPIY, *Tadic*, (Chambre d'appel), 15 juillet 15, paragraphes 188- 192 et 226.

114 TPIY, *Brdanin*, (Chambre d'appel), 3 avril 2007, paragraphe 371.

115 TPIY, *Brdanin*, (Chambre d'appel), 3 April 2007, paragraphes 426-432.

distinction est opérée entre les auteurs principaux et les complices. Aux termes de l'Article 25(3)(a) du Statut de la CPI, une personne est pénalement responsable, en tant qu'auteur principal, si elle commet un crime « conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne ». Cette disposition a été interprétée comme une forme de coaction¹¹⁶. Cette forme de responsabilité requiert que l'auteur fournisse, en connaissance de cause et intentionnellement, une contribution coordonnée et *essentielle* à un plan commun comportant une dimension criminelle. La qualité de cette contribution fonde son contrôle conjoint sur le crime¹¹⁷.

L'Article 25(3)(d) du Statut de la CPI dispose qu'une personne est tenue responsable si elle contribue intentionnellement à la commission d'un crime par un groupe de personnes agissant dans le cadre d'un dessein commun. Cette personne doit avoir pour objectif de faciliter le crime ou le but criminel, ou, au minimum, doit savoir que le groupe a l'intention de commettre ce crime. Cette disposition représente un compromis entre les diverses formulations de l'« *entente* » en vue de commettre un crime, qui avaient été envisagées par les Parties au Statut¹¹⁸. La Chambre préliminaire de la CPI a considéré qu'il s'agissait d'une forme résiduelle de responsabilité du complice¹¹⁹. Cette disposition ne semble pas requérir le critère qualitatif plus élevé de contribution requis par l'Article 25(3)(a).

4.2 Droit pénal national

Les systèmes pénaux nationaux punissent aussi la criminalité collective et visent à protéger la société contre des ententes criminelles collectives. Cet objectif trouve son expression la plus commune dans des législations réprimant l'entreprise criminelle commune, les crimes poursuivant un dessein commun et les ententes.

Dans les pays qui punissent l'entente, cette infraction recouvre le fait de conclure un *accord* avec une autre personne en vue de commettre un crime, assortie de l'intention de commettre ce crime¹²⁰. Un fondement spécifique est prévu en France¹²¹ et aux Pays-Bas¹²² pour étendre la responsabilité pour entente à un plan concerté visant à commettre des crimes au regard du droit international. Parmi les pays qui pénalisent l'entente, l'approche majoritaire consiste à considérer que la simple entente à commettre un crime est insuffisante. Il faut également qu'il y ait un acte matériel commis par au moins l'un des membres de l'association en vue de mettre

116 CPI, *Dyilo*, Décision de confirmation des charges, 29 janvier 2007, paragraphe 322 et s.

117 CPI, *Dyilo*, Décision de confirmation des charges, 29 janvier 2007 paragraphe 340-341.

118 Kai Ambos, in: O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute*, (1999) article 25, marge N° 20.

119 CPI, *Dyilo*, Décision de confirmation des charges, 29 janvier 2007, paragraphe 337.

120 États-Unis; Australie, France, Pays-Bas, Belgique, Espagne, Japon et Afrique du Sud. Voir Paragraphe 6 des Questions et Réponses de des enquêtes de la FAFO (infra, FAFO, Questions et Réponses) consacrées à chacun des pays sus-mentionnés. Les Questions et Réponses dans l'étude de la FAFO forment la base du résumé de la FAFO.

121 Articles 212-3 du Code pénal français.

122 Article 80 du Code pénal néerlandais,.

en œuvre l'entente¹²³. La position minoritaire s'accorde à estimer que l'entente ne requiert pas d'acte matériel commis en vue de sa réalisation¹²⁴. Un certain nombre de législations nationales prévoient que le fait de se retirer d'une entente poursuivant un dessein commun est un motif d'exonération¹²⁵.

Un certain nombre de systèmes nationaux, tels que ceux du Royaume-Uni, du Canada, de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, de la Belgique et du Japon, punissent les participants d'un groupe agissant dans le dessein commun de commettre un crime ainsi que les participants d'une entreprise criminelle commune. Certains pays qualifient les participants de co-auteurs et d'autres seulement de complices. D'autres encore n'opèrent pas une telle distinction. Le Code pénal du Canada qualifie simplement le participant d'une entreprise criminelle commune de « partie » à un crime. Un nombre important des pays, qui qualifient les participants à une entreprise criminelle commune de co-auteurs, le font spécifiquement en *imputant* ou en *attribuant* également aux autres participants la conduite de l'auteur principal de l'acte illicite commis dans le cadre de l'entreprise commune¹²⁶. Des législations pénales nationales établissent une infraction spécifique de « crime d'association » en vue de commettre des crimes, soit de façon générale, soit pour des crimes particuliers.

Les crimes d'entente et de dessein commun, définis par les législations nationales, trouvent un écho en droit pénal international dans la théorie de l'entreprise criminelle commune analysée supra. En résumé, aux termes aussi bien du droit pénal national qu'international, les entreprises et leurs dirigeants courent le risque d'être tenus pénalement responsables lorsqu'ils poursuivent un dessein commun ou forment une entente avec d'autres en vue de commettre des crimes. Par ailleurs, ces principes peuvent permettre de leur imputer également les actes commis par ceux avec qui ils agissent, ce qui peut potentiellement accroître leur responsabilité pénale à titre personnel.

123 Australie, États-Unis, France et Japon. La législation belge exige que l'entente criminelle ait « *directement provoqué* » l'infraction. Voir paragraphe 6 des enquêtes de la FAFO, Questions et Réponses consacrées à chacun des pays sus-mentionnés .

124 FAFO, Questions et Réponses sur le Royaume-Uni, paragraphe 3, FAFO, Questions et Réponses sur l'Espagne, paragraphe 6, FAFO, Questions et Réponses sur l'Afrique du Sud, paragraphe 6.

125 Voir par exemple l'article 171 du Code pénal espagnol,; l'article 17 du Code pénal ukrainien,.

126 Voir paragraphe 6 des FAFO, Questions et Réponses, et voir Burchell, pp. 17-20

5 Responsabilité du supérieur hiérarchique

Si l'employé d'une entreprise est tenu responsable pour son implication dans un crime au regard du droit international, la responsabilité pénale de ses supérieurs hiérarchiques peut-elle également être engagée ? Au regard du droit pénal international, c'est le cas lorsque les éléments du principe de responsabilité du supérieur hiérarchique sont réunis.

Le principe selon lequel les supérieurs hiérarchiques militaires et civils peuvent être tenus pénalement responsables pour les actes commis par leurs subordonnés est bien établi en droit conventionnel et coutumier¹²⁷. Ce principe s'applique aussi bien dans le cadre des conflits armés internationaux que dans celui des conflits armés internes¹²⁸. Cependant, il est important de souligner que la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas une forme de responsabilité sans faute pour les infractions commises par ses subordonnés¹²⁹. Par ailleurs, les supérieurs hiérarchiques ne se voient pas inculpés des crimes de leurs subordonnés, mais du fait de ne pas avoir mené à bien leur devoir en tant que supérieurs hiérarchiques consistant à prévenir ou à punir la conduite criminelle de leurs subordonnés ou des personnes sous leur contrôle¹³⁰.

La responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas limitée aux crimes commis physiquement par des subordonnés mais recouvre toutes les formes de responsabilité pénale individuelle, y compris la complicité de crime par aide et assistance¹³¹. Par conséquent, à titre d'hypothèse, si le responsable local de forces de sécurité privées fournit une assistance (telle que surveiller les chambres d'interrogatoires) pour mener, dans une zone de guerre, des interrogatoires qui impliquent le recours à la torture, il pourrait être reconnu coupable de complicité par aide et assistance dans la perpétration d'actes de torture. La responsabilité de ses supérieurs hiérarchiques pourrait alors être engagée en tant que supérieurs, si les autres éléments de l'infraction sont réunis.

127 TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphe 195.

128 TPIY, *Prosecutor v. Hadzihasanovic, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility*, (Chambre d'Appel) 16 juillet 2003, paragraphe 13.

129 TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphes 239, 313.

130 TPIY, *Krnjelac*, (Chambre d'appel), 17 septembre 2003, paragraphe 171.

131 TPIY, *Oric*, (Chambre de première instance), 30 juin 2006, paragraphes 301-305.

Le principe de la responsabilité du supérieur a été énoncé par la CDI¹³² et appliqué par les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo¹³³, les Tribunaux *ad hoc* et le TSSL¹³⁴ ainsi que par les Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens¹³⁵. En particulier, il est inclus dans le Statut de la CPI¹³⁶.

Les éléments essentiels de la responsabilité du supérieur hiérarchique sont les suivants¹³⁷ :

- (a) l'existence d'une relation de subordination entre le supérieur (l'accusé) et l'auteur du crime ;
- (b) le supérieur savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime était sur le point d'être commis ou avait été commis ; et
- (c) l'accusé n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir le crime ou en punir l'auteur.

La relation de subordination est caractérisée par un rapport hiérarchique entre le supérieur et son subordonné¹³⁸, impliquant l'exercice d'un pouvoir ou d'un contrôle effectifs. Elle peut découler d'une position d'autorité *de jure* ou *de facto*¹³⁹. L'élément central du contrôle effectif du supérieur sur les personnes ayant commis l'infraction doit être établi. Il est défini comme la capacité matérielle de prévenir ou de punir la commission de l'infraction¹⁴⁰.

En ce qui concerne l'élément psychologique, il est nécessaire de démontrer que le supérieur avait une connaissance réelle ou présumée de la situation. La connaissance réelle est établie sur la base de preuves directes ou indirectes montrant que le supérieur hiérarchique savait que ses subordonnés étaient sur le point de

132 Annuaire de la CDI 1996, p. 18: Article 2 (3)(c) and p. 25: Article 6 pp. 25 and 26 paragraphes 4-6.

133 Si cette disposition n'est pas prévue dans les Chartes des tribunaux de Nuremberg ou de Tokyo ni dans la Loi No.10 du Conseil de contrôle sur le châtimeut des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, elle a néanmoins été appliquée dans certaines procès organisés après la Seconde Guerre mondiale: *United States v. Wilhelm List*, Trials of War Criminals , Vol. XI, p. 1230, *United States v Wilhelm von Leeb*, Trials of War Criminals , Vol. XI, pp. 462, 512.

134 Voir Article 7(3) du Statut du TPIY, Article 6(3) du Statut du TPIR, Article 6(3) du Statut du TSSL. Le TPIY a réitéré ce principe dans divers arrêts mentionnés dans la présente partie.

135 Article 29 de la Loi promulguant la création de Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens (CETC) pour la poursuite des crimes commis pendant la période du Kampuchéa démocratique, 27 octobre 2004.

136 Article 28 du Statut de la CPI.

137 TPIY, *Delalic*, (Chambre de première instance), 16 novembre 1998, paragraphe 346. Voir également: ICTY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphes 189-198, 225-226, 238-239, 256, 263.

138 TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphe 303.

139 TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphe 193; TPIR, *Niyitegeka*, (Chambre de première instance) 16 mai 2003, paragraphe 472.

140 Voir TPIY, *Hadzihasanovic*, (Chambre de première instance), 15 mars 2006, paragraphe 83. Voir également: TPIR, *Bagilishema*, (Chambre de première instance), 7 juin 2001, paragraphes 39 and 44.

commettre ou avaient commis des crimes. La connaissance présumée ou imputée implique que le supérieur hiérarchique disposait d'informations qui lui indiquaient au minimum qu'il y avait un risque que des infractions soient commises¹⁴¹. Cette connaissance peut être présumée si le supérieur hiérarchique avait les moyens d'obtenir les informations pertinentes relatives au crime et s'il a délibérément omis de le faire (c'est-à-dire qu'il a délibérément fermé les yeux devant l'infraction¹⁴²). Elle peut encore être démontrée si le supérieur hiérarchique a fait preuve, pour obtenir ce type d'informations pertinentes, d'une négligence telle que l'on peut conclure à l'existence d'une intention malveillante¹⁴³.

Enfin, il faut démontrer que le supérieur hiérarchique n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir ou punir les crimes de ses subordonnés. Les mesures que le supérieur hiérarchique doit prendre sont limitées à celles qui sont en son pouvoir, y compris à celles qui peuvent aller au-delà de ses pouvoirs formels. Cependant, il n'est pas exigé du supérieur hiérarchique qu'il accomplisse l'impossible¹⁴⁴.

La responsabilité du supérieur hiérarchique et les civils

Si le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique s'applique traditionnellement au personnel militaire, il est également applicable aux civils. En ce sens, il peut être applicable aux dirigeants d'entreprises, en particulier à celles qui assurent des fonctions de sécurité privée dans des zones de conflits armés ainsi qu'aux entreprises d'extraction minière ou de ressources naturelles qui emploient leur propre personnel de sécurité. Les entreprises se trouvant dans de telles situations peuvent être amenées à exercer un contrôle strict à l'égard de leurs employés pour des motifs de sécurité. C'est notamment le cas des compagnies de sécurité privée qui peuvent opérer conjointement avec du personnel de l'armée et doivent, de ce fait, être organisées de manière similaire pour assurer une action coordonnée.

Le Statut de la CPI prévoit la responsabilité du supérieur hiérarchique civil en se référant à un chef militaire ou à une « personne faisant effectivement fonction de chef militaire » en tant que supérieur hiérarchique¹⁴⁵. Cette disposition est compatible avec la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*. La responsabilité des supérieurs hiérarchiques civils ne peut être engagée que s'ils s'inscrivent dans une relation de subordination, même si cette relation est indirecte et n'implique donc pas de

141 TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphes 223, 241.

142 TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphe 226.

143 TPIR, *Akayesu*, (Chambre de première instance), 2 septembre 1998, paragraphe 479, 489. Voir également Annuaire de la CDI 1996, p. 26, paragraphe 5.

144 TPIY, *Delalic*, (Chambre de première instance), 16 novembre 1998, paragraphe 395

145 Article 28(a) du Statut de la CPI. Ce principe est également reconnu par le Code de la CDI. La référence à une autorité supérieure dans ce code couvre les commandants militaires ou toute autre autorité civile qui exerçait une position similaire de commandement ou un degré similaire de contrôle sur ses subordonnés. Annuaire de la CDI, 1996, pp. 25 and 26 paragraphe 4.

structure stricte au sens militaire¹⁴⁶. Le fait de montrer que le supérieur hiérarchique était simplement une personne influente n'est pas, en général, suffisant pour établir cela. Cependant, la notion de contrôle effectif est différente pour les supérieurs hiérarchiques civils, dans la mesure où le pouvoir de sanction d'un supérieur hiérarchique civil doit faire l'objet d'une interprétation large. Il n'est pas requis que les supérieurs hiérarchiques civils exercent un pouvoir disciplinaire à l'encontre de leurs subordonnés équivalant à celui des supérieurs hiérarchiques militaires dans une position de commandement analogue. Pour démontrer que des supérieurs hiérarchiques civils exercent un contrôle effectif à l'égard de leurs subordonnés, il suffit que les supérieurs hiérarchiques civils, du fait de leur position dans la hiérarchie, aient l'obligation de rendre compte des événements survenus dès que des crimes sont commis et que les rapports établis par ces supérieurs soient susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une enquête ou l'adoption de mesures disciplinaires ou pénales¹⁴⁷.

Le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique civil a été développé dans le cadre des poursuites devant le Tribunal de Tokyo et dans les affaires menées à l'encontre d'industriels allemands. Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient a reconnu le ministre des Affaires étrangères du Japon, Koki Hirota, coupable d'avoir manqué à son devoir de prendre des mesures adéquates pour garantir le respect des droits humains et prévenir les infractions aux lois de la guerre commises par des viols perpétrés à Nankin. Ce ministre avait reçu des informations faisant état d'atrocités commises par les forces japonaises et avait soulevé cette question auprès du ministère de la Guerre. Ce dernier lui a répondu qu'il serait mis un terme à ces atrocités. Mais, en fait, celles-ci ont, continué d'être perpétrées pendant un mois. Koki Hirota a été reconnu responsable parce qu'il n'avait pas saisi le Conseil des ministres et n'avait pas insisté pour qu'une action immédiate soit menée pour mettre un terme à ces atrocités. Il s'est contenté de promesses alors qu'il savait qu'elles seraient sans suite et que des centaines de meurtres, de viols et d'autres atrocités étaient quotidiennement perpétrés. Son inaction s'apparentait à une négligence criminelle¹⁴⁸.

L'affaire Flick est un autre exemple pertinent. Dans cette affaire, un dirigeant de l'entreprise Flick, nommé Weiss, a été condamné pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité pour avoir augmenté le quota de production d'une usine de construction de véhicules de transport de marchandises et avoir obtenu, en conséquence, de la main-d'œuvre forcée supplémentaire pour atteindre les objectifs de production

146 TPIR, *Semanza*, (Chambre de première instance) 15 mai 2003, paragraphe 401.

147 TPIY, *Brdanin*, (Chambre de première instance), 1er septembre 2004, paragraphe 281.

148 De même, le tribunal a conclu que le Premier ministre Hideki Tojo et le ministre des Affaires étrangères Mamoru Shigemitsu étaient pénalement responsables du fait d'avoir omis de prévenir ou de punir les actes criminels des troupes japonaises. Voir la retranscription intégrale des procédures du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, publiés in R. John Pritchard et Sonia Magbanua Zaide (dir.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 20 (Garland Publishing: New York & London 1981), pp. 49, 816, 49, 791, 49, 831 cité dans l'Affaire TPIY *Delalic*, (Chambre de première instance), 16 novembre 1998. paragraphes 357-358.

fixés. Son supérieur hiérarchique dans l'entreprise, Flick, a été condamné car il avait connaissance de ces mesures et les avait approuvées¹⁴⁹. La Commission des crimes de guerre des Nations unies a précisé qu'il paraissait clair que le verdict de condamnation prononcé par le tribunal était fondé sur une application de la responsabilité du supérieur hiérarchique aux actes de ses subordonnés qu'il a le devoir de prévenir¹⁵⁰.

Dans une décision importante et relativement récente, le Tribunal international pour le Rwanda a conclu qu'Alfred Musema, le directeur civil d'une usine, était responsable en tant que supérieur hiérarchique des actions de ses employés ayant participé au génocide. La Chambre de première instance a estimé qu'il était responsable des atrocités commises par ses employés parce qu'il exerçait une autorité *de jure* sur eux lorsque ceux-ci se trouvaient dans l'enceinte de l'usine de thé de Gisovu et lorsqu'ils accomplissaient des activités en tant qu'employés en dehors de l'usine. Il exerçait un contrôle juridique et financier sur ces employés, en particulier du fait de son pouvoir de les nommer et de les démettre de leurs fonctions au sein de l'usine. Il était donc en position de prendre des mesures raisonnables, telles que démettre ou menacer de démettre, des individus de leurs postes s'ils étaient identifiés en tant qu'auteurs de crimes. Il était également en position de prendre des mesures raisonnables pour tenter de prévenir ou de punir l'utilisation de véhicules de l'usine, d'uniformes et d'autres biens utilisés pour commettre des crimes¹⁵¹. Alfred Musema a été reconnu coupable de génocide et de crimes contre l'humanité à la fois en tant qu'auteur à titre individuel et en tant que supérieur hiérarchique.

Il est clair que le droit pénal international relatif à la responsabilité du supérieur hiérarchique a évolué lentement durant la seconde moitié du XXe siècle pour étendre son champ d'application aux civils, ce qui le rend applicable au personnel d'entreprises. Le Comité considère donc que les entreprises opérant dans des pays en conflit, dans lesquels des violations ou des atteintes graves aux droits de l'homme sont généralisées, devraient être particulièrement vigilantes. Cela implique de prendre toutes les précautions requises et de mettre en place des politiques et des procédures de contrôle de gestion pour faire en sorte que les supérieurs hiérarchiques prennent les mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir ou punir les actes commis par des subordonnés, qui pourraient s'apparenter à des crimes.

149 Affaire Flick, p. 1202.

150 TPIY, *Delalic*, (Chambre de première instance), 16 novembre 1998, paragraphe 360.

151 TPIR, *Musema*, (Chambre de première instance) 27 janvier 2000, paragraphe 880.

Encadré 3 : Questions-clés basées sur l'analyse du droit pénal effectuée par le Comité

Il a été indiqué précédemment que le Comité examine trois formes de responsabilité pour complicité en droit pénal, qui sont les plus susceptibles de s'appliquer aux entreprises et à leurs dirigeants : la complicité par aide et assistance, la responsabilité du fait d'un dessein commun et la responsabilité du supérieur hiérarchique. Suivent ici un aperçu des questions-clés qui doivent être considérées comme des moyens, pour chacune de ces formes de responsabilité pénale, de déterminer si la responsabilité pénale d'une entreprise ou de ses dirigeants peut être engagée pour des actes ou des omissions.

Complicité par aide et assistance

Quels actes spécifiques l'employé d'une entreprise a-t-il commis ou n'a-t-il pas commis spécifiquement eu égard au crime, que ce soit avant, pendant ou après que celui-ci ait été commis ?

Cela a-t-il eu un effet sur la commission du crime ? Si tel est le cas, cet effet a-t-il été substantiel ?

Que savaient les employés de l'entreprise, au regard de l'ensemble des circonstances, sur la commission du crime, lorsqu'ils ont agi ou n'ont pas agi, alors qu'ils auraient dû le faire ?

Responsabilité du fait d'un dessein commun

L'employé de l'entreprise a-t-il agi en poursuivant avec d'autres personnes un dessein commun (même s'il n'était pas de nature criminelle) ?

Si tel est le cas, des crimes ont-ils été commis pour exécuter ce dessein commun ?

Si tel est le cas, dans quelle mesure l'employé de l'entreprise a-t-il contribué en connaissance de cause à la commission du crime ou à l'exécution d'un dessein commun ?

Responsabilité du supérieur hiérarchique

Le dirigeant de l'entreprise exerçait-il un contrôle effectif sur les personnes qui ont commis des crimes, telles que des employés ou des fournisseurs ?

Si tel est le cas, le dirigeant de l'entreprise savait-il ou aurait-il dû savoir ce que faisaient ces personnes ?

Si tel est le cas, qu'a fait le dirigeant de l'entreprise pour prévenir ou punir de tels actes ?

Relativement à ces questions, le Comité va maintenant analyser un certain nombre de scénarios factuels dans lesquels il est souvent allégué que des entreprises sont impliquées dans des atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international.

6 Scénarios factuels

Cette Partie analyse les zones de risque juridique en droit pénal eu égard à des situations dans lesquelles des entreprises font souvent l'objet d'allégations d'implication dans des atteintes graves aux droits de l'homme, constitutives de crimes au regard du droit international. Le Comité analyse, en particulier, trois situations: la fourniture de biens et de services à ceux qui commettent des crimes, le recours à des fournisseurs qui commettent des crimes et la perpétration de crimes par des services de sécurité recrutés par l'entreprise.

Le risque éventuel pour des dirigeants d'entreprises d'être accusés de responsabilité pénale dans ce type de scénarios dépend toujours de la situation factuelle particulière, et c'est également le cas de la forme de responsabilité qui pourrait leur être imputée. Quel que soit le fondement de la responsabilité présumée (complicité par aide et assistance, responsabilité du fait d'un dessein commun, ou responsabilité du supérieur hiérarchique), deux questions essentielles sont toujours soulevées. Premièrement, quels sont les actes que le dirigeant a accomplis ou n'a pas accomplis au regard de son propre comportement ou de celui d'un acteur envers lequel il exerçait un contrôle effectif ? Deuxièmement, quel était son état psychologique au moment des faits ?

6.1 La fourniture de biens et de services

Les entreprises font souvent l'objet de critiques pour avoir mis à disposition des acteurs qui commettent des atteintes graves aux droits de l'homme les moyens de perpétrer ces crimes, en leur fournissant des biens ou des services. Dans cette Partie, le Comité analyse les cas dans lesquels une entreprise se trouvant dans une telle situation pourrait se trouver dans une zone de risque juridique pouvant entraîner l'engagement de sa responsabilité pénale.

Le Comité considère que plus l'assistance apportée par l'entreprise au crime est indirecte, plus il sera difficile d'établir que les dirigeants de l'entreprise savaient qu'ils fournissaient ce type d'assistance. D'ordinaire, un dirigeant d'entreprise ne peut pas être tenu pénalement responsable s'il vend des biens légitimes et génériques à un gouvernement qui a ensuite utilisé ces biens en vue d'accomplir un acte criminel. Cependant, la responsabilité pénale des dirigeants d'entreprises risque davantage d'être engagée si l'entreprise fournit une assistance plus directe ou est plus étroitement impliquée dans la commission d'un acte criminel. Par exemple, si une entreprise adapte spécifiquement ses produits pour assister les auteurs du crime, elle risque davantage de voir sa responsabilité engagée.

Les dirigeants d'entreprise qui font le commerce de biens par nature dangereux (armes ou produits chimiques), pouvant être utilisés pour produire des armes, sont exposés à des risques plus importants. Ils doivent faire preuve d'une vigilance

particulière quant à l'utilisation de leurs biens, car ils ne peuvent qu'être conscients des conséquences d'une utilisation illégale de ces produits.

Les entreprises qui fournissent des services doivent savoir que, si la fourniture de leurs services inclut l'utilisation de leurs employés, il peut être plus facile d'établir qu'elles savaient comment leurs services ont contribué à la perpétration de crimes. Cela s'explique par le fait qu'il est probable que les employés rendent compte des activités auxquelles ils ont participé à leurs supérieurs hiérarchiques.

Si une entreprise se retrouve involontairement dans une situation où ses biens ou services fournissent une aide substantielle à la commission d'un acte criminel, elle pourrait être exonérée de sa responsabilité pénale si elle se retire de la relation contractuelle dès que les représentants de l'entreprise prennent connaissance de ce fait. Si une entreprise se retire du contrat longtemps après que les dirigeants en ont eu connaissance (peut-être seulement du fait d'une pression publique), ces derniers peuvent se retrouver dans une zone de risque juridique pouvant engager leur responsabilité pénale. Un certificat d'utilisation finale ou d'autres dispositifs contractuels visant à limiter les buts pour lesquels les biens ou les services peuvent être utilisés ne vont pas en eux-mêmes protéger les dirigeants de l'entreprise contre tout engagement de leur responsabilité pénale. Un tribunal pénal peut procéder à un examen plus large que celui de ce type de documents et déterminer, sur la base de preuves directes ou circonstancielles, si les dirigeants de l'entreprise savaient effectivement comment leur produit allait être utilisé lorsqu'il a été vendu.

Biens

Dans un certain nombre de situations, la fourniture de biens qui ont aidé une personne à commettre un crime, a été considérée comme constitutive d'assistance criminelle¹⁵². À cet égard, un exemple notable est celui du procès de Bruno Tesch dans l'affaire Zyklon B¹⁵³. L'entreprise de Tesch avait fourni un gaz toxique aux Nazis et avait entraîné les SS à son utilisation. Ce gaz, qui était officiellement destiné à l'extermination des poux, a été en fait employé par les SS pour procéder à des meurtres de masse dans les camps de concentration. Les accusés ont soutenu qu'ils ne savaient pas à quelles fins le gaz était employé. Le tribunal a estimé qu'il était impossible qu'ils n'aient pas su la manière dont leur produit était utilisé et Tesch et son adjoint ont été condamnés pour crimes de guerre¹⁵⁴.

Un exemple plus récent concerne le cas d'un homme d'affaires hollandais, M. van Anraat. Il a été condamné en tant que complice de crimes de guerre pour avoir fourni des produits chimiques utilisés pour produire du gaz moutarde (TDG) au gouvernement de Saddam Hussein. Ce régime a, par la suite, employé ce gaz pour

152 TPIY, *Tadic*, (Chambre de première instance), 7 mai 1997, paragraphe 684.

153 Affaire Zyklon B, p. 93-102.

154 Affaire Zyklon B, p. 93-102.

mener des attaques à l'encontre de civils kurdes. La connaissance qu'avait l'accusé de l'utilisation des produits qu'il vendait a constitué une question centrale dans cette affaire et le tribunal a conclu que Anraat avait dû au minimum savoir que le gaz moutarde serait non seulement utilisé dans le cadre de la guerre Iran-Irak mais également à l'encontre de civils kurdes¹⁵⁵. Le tribunal a également analysé l'impact de l'assistance fournie par Anraat sur la perpétration des crimes commis. Il a estimé qu'à partir de 1985, le régime iraquien s'était appuyé entièrement sur Anraat pour obtenir la substance chimique TDG qui a joué un rôle essentiel et important dans la production du gaz moutarde¹⁵⁶.

Information

La fourniture d'informations a également fait l'objet de poursuites pénales, notamment dans des affaires relatives à la Seconde Guerre mondiale au cours desquelles des accusés ont été condamnés pour avoir dénoncé des membres de la résistance française aux autorités allemandes, et avoir fourni aux autorités chargées des arrestations des listes de jeunes Français qui avaient refusé d'être soumis à la conscription¹⁵⁷.

Services

Le fait de fournir du personnel qui participe à la commission de crimes peut également donner lieu à responsabilité pénale. Dans un cas, un commandant militaire a été reconnu coupable de complicité par aide et assistance de meurtres constitutifs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité relativement aux meurtres et aux expulsions de masse qui ont été effectués à Srebrenica durant l'été 1995. Cet homme s'est rendu complice de ce crime en autorisant notamment ses subordonnés à procéder au transfert forcé de femmes, d'enfants et de personnes âgées et à surveiller des prisonniers qui ont été victimes de mauvais traitements puis assassinés. Le fait que ses troupes représentaient un groupe relativement restreint par rapport au nombre total de troupes utilisées pour effectuer les meurtres de masse et les opérations de transfert de populations n'a pas été pris en compte. Le fait que ses troupes n'ont pas participé directement aux mauvais traitements ou aux meurtres n'a eu aucune importance non plus. Ces actes ont, malgré cela, été considérés comme constituant une contribution substantielle aux crimes¹⁵⁸.

Cet exemple pourrait être particulièrement pertinent pour les dirigeants d'entreprises de sécurité privées dont les employés assurent une protection rapprochée ou d'autres entreprises qui fournissent du personnel à des établissements pénitentiaires, tels que des gardiens ou des traducteurs opérant dans le cadre

155 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN BA6734, Cour d'appel de La Haye, 9 mai 2007 paragraphe 12.1.1.

156 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN BA6734, Cour d'appel de La Haye, 9 mai 2007 paragraphe 12.5.

157 *Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 others*, tel que mentionné in TPIY, *Tadic*, (Chambre de première instance) 7 mai 1997, paragraphe 687.

158 TPIY, *Blagojevic and Jokic*, (Chambre d'appel) 9 mai 2007, paragraphes 130-135.

d'interrogatoires. Si des crimes sont commis au cours de ces opérations de sécurité ou durant ces détentions, ces dirigeants peuvent alors courir un risque sérieux de faire l'objet de poursuites pénales. De même, les entreprises qui gèrent des centres de détention privés pour le compte de gouvernements courent le risque de voir leur responsabilité pour complicité engagée, si la détention est illégale ou si des actes de torture ou des traitements inhumains sont perpétrés dans ces centres et ce, même si ces actes sont effectués sur ordre du gouvernement client, ou accomplis par des agents gouvernementaux.

Chacune des trois formes principales de responsabilité pénale analysées précédemment peut être applicable à ces scénarios. Cependant, le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique intéresse particulièrement les entrepreneurs privés. Cela s'explique par le fait que ceux-ci peuvent opérer conjointement avec du personnel de l'armée et doivent donc être organisés d'une manière similaire afin de mener des actions coordonnées. La responsabilité peut être imputée aux cadres supérieurs de ces entreprises privées s'il peut être démontré qu'ils exerçaient un contrôle effectif sur leurs employés, qu'ils savaient, ou auraient dû savoir, que ces employés participaient à des crimes, et qu'ils n'ont pas pris de mesures pour prévenir ces crimes ou punir leurs employés.

Les prestataires de services financiers ou bancaires peuvent aussi courir le risque de voir leur responsabilité pénale engagée pour complicité de crimes par aide et assistance. De façon générale, le Comité considère que la responsabilité pénale d'un financier va dépendre de ce qu'il savait sur la manière dont ses services et prêts allaient être utilisés et de l'influence effective de ces services sur la commission du crime. La responsabilité pénale d'un banquier ou d'un financier qui soutient de manière générale un projet ou son organisation risque moins d'être engagée que celle d'un financier qui facilite des activités criminelles en connaissance de cause, en les finançant ou en gérant les bénéfices tirés de ces crimes.

6.2 Relations dans la chaîne d'approvisionnement

Le Procureur en chef de la CPI a dénoncé publiquement les entreprises qui utilisent des fournisseurs qui commettent des crimes au regard du droit international. Par exemple, il a mis en garde spécifiquement les hommes d'affaires quant au risque de voir leur responsabilité pénale engagée au niveau international s'ils reçoivent des diamants tout en sachant que les personnes qui les fournissent les ont obtenus en commettant un génocide³⁵⁹. Au-delà du commerce du diamant, des entreprises ont fait l'objet de critiques pour leur recours à des fournisseurs qui commettent des crimes, tels que le recours au travail servile, la torture, ou des crimes contre l'humanité.

159 "Firms Face 'Blood Diamond' Probe", 23 septembre 2003, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/3133108.stm>.

Si, dans le cadre des activités commerciales, les dirigeants d'une entreprise fournissent et utilisent des ressources (telles que main-d'œuvre ou biens) tout en sachant que cela implique la commission de crimes, ils peuvent, de ce fait, être considérés comme complices de ces crimes par aide et assistance. Ainsi, des dirigeants de l'usine Farben en Allemagne ont utilisé, dans leurs entreprises, des prisonniers de guerre et de la main-d'œuvre étrangère provenant de camps de concentration, et notamment dans une usine à Auschwitz, qui produisait du caoutchouc et de la gazoline. Farben a également acquis le bloc de contrôle dans deux mines dont le charbon devait être utilisé dans la fabrication de combustible dans l'usine d'Auschwitz. L'implantation de cette usine a été choisie par les dirigeants de Farben en partie du fait de la disponibilité de la force de travail du camp de concentration qui pouvait être utilisée pour les travaux de construction de cette usine. Les mines ont été acquises alors que les dirigeants de Farben savaient, de manière évidente, que celles-ci ne pouvaient pas fonctionner avec une main-d'œuvre volontaire et qu'il fallait donc avoir recours à un travail servile. Les dirigeants de Farben ont obtenu et utilisé, dans ces usines, de la main-d'œuvre étrangère provenant des camps de concentration, en ayant connaissance du traitement inhumain infligé à ces personnes par les SS et en sachant que leur travail à l'usine aggravait leur situation déplorable. Par conséquent, les dirigeants de Farben, qui ont participé à la construction et à la production de cette usine et à l'allocation de main-d'œuvre à ces entreprises, ont été condamnés pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité¹⁶⁰.

Les dirigeants de Krupp, une autre entreprise industrielle produisant du fer et de l'acier qui servait à construire des bateaux et des tanks afin d'alimenter l'effort de guerre nazi, ont également eu recours à une main-d'œuvre servile et ont été condamnés de ce fait¹⁶¹. De même, des dirigeants de l'entreprise Flick ont été condamnés pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité pour avoir fourni la main-d'œuvre nécessaire, composée de prisonniers de guerre, pour remplir leur quota de production dans une usine de construction de véhicules de transport¹⁶².

Le simple fait d'utiliser des biens livrés par un fournisseur qui commet des crimes ne suffit pas en tant que tel pour que la responsabilité d'une entreprise ou d'un de ses représentants soit engagée pour complicité. Cependant, lorsqu'une entreprise est un client majeur d'un fournisseur qui commet des crimes dans le cadre de ses activités commerciales, le fait d'acheter des biens pourrait suffire pour remplir l'un des critères de la responsabilité pour complicité, à savoir le fait que la politique d'achat de l'entreprise a un effet substantiel sur la perpétration des crimes en encourageant leur commission. Il ne serait pas, par exemple, nécessaire d'établir un lien de causalité direct entre les commandes passées par l'entreprise auprès du fournisseur et un cas d'esclavage. Il suffirait de démontrer que les actions de l'entreprise ont encouragé le fournisseur à continuer à avoir recours à une main-d'œuvre

160 Affaire Farben, p. 1187.

161 Affaire Krupp, p. 1399; Voir également Affaire Roechling, pp. 1085-1089.

162 Affaire Flick, p. 1202.

servile. Le fait pour une entreprise d'exiger un prix peu élevé de la part de ses fournisseurs (surtout lorsque le fournisseur est dans une position de faiblesse dans la négociation et est donc plus enclin à devoir accepter le prix demandé) – alors même que cette entreprise sait que, au vu du coût économique de la transaction, le fournisseur devra avoir recours à des pratiques de travail criminelles, telles que l'esclavage, pour satisfaire cette demande - pourrait également être suffisant pour démontrer l'existence d'une incitation à poursuivre ces pratiques en connaissance de cause. On devra également démontrer que l'entreprise savait qu'elle encourageait l'activité criminelle en achetant ces biens. La connaissance de l'activité criminelle peut être prouvée si des informations gouvernementales, des rapports d'organes de surveillance indépendants ou d'autres sources et informations disponibles indiquent que le fournisseur avait recours à des pratiques criminelles.

Les entreprises peuvent éviter certains risques liés à la dynamique de la chaîne d'approvisionnement. Par exemple, les entreprises devraient éviter d'avoir recours à des fournisseurs lorsqu'il y a un risque prévisible que ceux-ci recourent à des pratiques de travail criminelles. Lorsqu'une entreprise occupe une position d'influence à l'égard de fournisseurs, elle peut imposer des normes de comportement élevées et marquer explicitement son opposition aux pratiques criminelles. La surveillance du comportement du fournisseur est également un moyen utile pour l'entreprise d'éviter l'engagement de sa responsabilité, notamment si l'entreprise rompt tout lien avec son fournisseur après avoir découvert le recours à des pratiques criminelles. Pour éviter de voir leur responsabilité engagée, les représentants d'une entreprise, qui soupçonnent ou ont connaissance que des crimes sont commis par des fournisseurs dans le but de livrer des biens à l'entreprise, devraient prendre des mesures immédiates pour annuler les commandes, manifester leur désapprobation à l'égard des crimes et conditionner toutes les commandes ultérieures à une cessation de l'activité criminelle.

Encadré 4 : La saisie de biens : le pillage et le vol

Les employés d'une entreprise peuvent également faire l'objet d'inculpations pénales si leur entreprise coopère avec des gouvernements ou d'autres groupes qui contraignent, illégalement et par la force, des individus à quitter leurs terres pour laisser place à des projets commerciaux.

Si un gouvernement ou un autre groupe, de concert avec une entreprise, saisit la terre ou la propriété privée de personnes qui sont associées avec la partie adverse dans le cadre d'un conflit armé (par exemple, un groupe ethnique minoritaire luttant pour l'indépendance dans le cadre d'un conflit armé interne), et que l'entreprise acquiert en connaissance de cause ce bien pour son usage privé (indépendamment du conflit), cela peut engager sa

responsabilité pénale. À Nuremberg, l'industriel Alfred Krupp a été condamné pour pillage car il s'était emparé d'un grand nombre d'usines, de machines et d'autres biens privés dans des territoires occupés par les Nazis. Surtout, les transferts de biens au bénéfice de Krupp avaient l'apparence de la légalité parce que ces transferts avaient été signés par les propriétaires et attestés comme étant « volontaires » et « légaux ». Toutefois, comme ces biens avaient, en réalité, été transférés de manière « involontaire » et dans le cadre de l'occupation, Krupp a été reconnu coupable de crimes de guerre. Et ce, malgré le fait que cet industriel poursuivait des objectifs purement lucratifs, en prenant avantage des opportunités offertes aux entreprises par l'occupation nazie et qu'il n'était pas impliqué dans les politiques de la guerre¹⁶³.

En dehors du contexte d'un conflit armé, le pillage est qualifié de « vol » et tous les systèmes pénaux nationaux interdisent le vol. Les législations prohibant le vol ou le recel de propriété volée peuvent également s'appliquer à des cas de transfert de propriété privée à des entreprises à des fins commerciales.

6.3 Le recrutement de services de sécurité

La responsabilité pénale peut être engagée dans diverses situations dans lesquelles des entreprises recrutent des services de sécurité. Par exemple, une entreprise peut avoir recours à des services de sécurité pour mener une opération de sécurité légitime visant à assurer la protection des ressources, ou alors des employés de l'entreprise et ces fournisseurs de sécurité extérieurs peuvent, par la suite, commettre des crimes au cours de ces opérations. L'entreprise ou ses employés peuvent également voir leur responsabilité pénale engagée s'ils assistent ceux qui assurent des services de sécurité et commettent des crimes, en fournissant du personnel, un soutien logistique, de l'information, du matériel ou des armes.

Si une entreprise de sécurité privée recrutée par une entreprise commet des crimes au regard du droit international alors qu'elle remplit une mission de sécurité pour le compte de l'entreprise ou avec du matériel fourni par l'entreprise, et si l'entreprise a connaissance de ces crimes, la responsabilité pour complicité par aide et assistance peut être engagée si les éléments de la connaissance et de la contribution substantielle présentés précédemment (Partie 3) sont réunis.

La responsabilité du fait d'un dessein commun peut aussi être envisagée. Il peut être facile de démontrer que l'entreprise et le fournisseur de sécurité agissaient dans le dessein commun d'assurer la protection du personnel et des avoirs de l'entreprise.

163 Affaire Krupp, p. 1327.

Par ailleurs, il peut être aisé de démontrer que les crimes ont été commis pour exécuter ce dessein commun. La question centrale sera là encore celle de l'intention et de la connaissance : dans quelle mesure le dirigeant de l'entreprise a-t-il contribué en connaissance de cause à la commission des crimes ou à l'exécution du dessein commun ?

La responsabilité du supérieur hiérarchique doit faire l'objet d'un traitement particulier dans ce contexte. Si, par exemple, le responsable de la sécurité d'une entreprise dirige de fait les actions menées par les services de sécurité extérieurs, il court un risque accru de voir sa responsabilité pénale engagée. La première question à propos de cette forme de responsabilité sera la suivante : le dirigeant de l'entreprise exerçait-il un commandement et un contrôle effectifs des forces de sécurité extérieurs qui ont commis les crimes ? À cet égard, il n'est pas suffisant de démontrer que les forces de sécurité étaient rémunérées par l'entreprise ou son dirigeant. Ce dirigeant doit avoir eu la capacité de diriger effectivement les activités des forces de sécurité en émettant des ordres contraignants devant être exécutés par les forces de sécurité concernées. On doit alors se poser la question suivante : le dirigeant de l'entreprise savait-il ou aurait-il dû savoir que le personnel de sécurité était sur le point de commettre ou avait commis des crimes ? Un tribunal s'interrogera ensuite sur ce que le dirigeant de l'entreprise a fait pour prévenir ou punir ces crimes. Pour être exonérés de leur responsabilité, les dirigeants de l'entreprise doivent démontrer qu'ils ont pris toutes les mesures en leur pouvoir afin de prévenir ou de punir ces crimes. Lorsqu'un crime a été commis, des dirigeants d'entreprise devraient mettre immédiatement un terme à toutes les activités opérationnelles du personnel de sécurité concerné, lancer des enquêtes internes, informer les responsables de l'application des lois et coopérer avec ces derniers dans leurs enquêtes.

7 Moyens de défense

Dans les juridictions pénales nationales et internationales, une personne ne peut être reconnue coupable d'atteintes graves aux droits de l'homme qu'à condition que l'ensemble des éléments de l'infraction soient prouvés par l'accusation au-delà de tout doute raisonnable. Par conséquent, le premier et principal moyen pour un accusé d'éviter l'engagement de sa responsabilité est de contester les preuves avancées par l'accusation. Il doit réussir à démontrer que l'un ou plusieurs des éléments de l'infraction n'ont pas été prouvés au-delà de tout doute raisonnable. Ces arguments ne sont pas, d'un point de vue juridique, des moyens de défense. Par exemple, même s'il est souvent affirmé que l'alibi est un moyen de défense contre le chef d'accusation d'avoir commis soi-même un crime, en fait, ce n'est pas, à proprement parler, un moyen de défense. Un accusé qui met en avant un alibi nie simplement le fait qu'il était physiquement en mesure de commettre le crime dont il est accusé, si bien que l'*actus reus* du crime n'est pas établi¹⁶⁴.

Il existe, cependant, un certain nombre de moyens de défense au regard du droit pénal international qui peuvent permettre à une personne de dégager sa responsabilité pénale, même si les éléments de l'infraction *sont* démontrés par l'accusation. Historiquement, ni le Tribunal de Nuremberg, ni les tribunaux créés après la Seconde Guerre mondiale n'ont reconnu explicitement de moyens de défense dans leurs chartes ou documents fondateurs. Cependant, des moyens de défense ont été soulevés durant les procès tenus devant ces tribunaux, et la Commission des crimes de guerre des Nations unies a tiré un certain nombre de conclusions relatives à leur application¹⁶⁵. Ces conclusions sont mentionnées dans le commentaire du Code de la CDI et seront analysées dans la présente Partie, laquelle va également examiner les évolutions internationales consécutives aux jurisprudences des tribunaux et à l'adoption du Statut de la CPI.

7.1 Moyens de défense recevables

La légitime défense

Le premier moyen de défense, et le plus évident, est la légitime défense. Il est applicable en droit pénal international comme en droit pénal national. La légitime défense peut exonérer de sa responsabilité pénale une personne qui a eu recours à la force contre une autre personne en entraînant la mort ou des blessures graves, si cet usage de la force était nécessaire pour parer une menace imminente de mort

¹⁶⁴ En soulevant cette question, l'accusé ne fait rien d'autre que d'exiger que le Parquet écarte la possibilité raisonnable que l'alibi soit véridique, TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel), 20 février 2001, paragraphe 581. Généralement si un alibi est avancé, la défense doit le notifier au Parquet en donnant les éléments de preuve étayant cet alibi. Voir la Règle 67 des Règles de procédure et de preuve du TPIY et du TPIR ainsi que l'Affaire du TPIR, *Kayishema & Ruzindana*, (Chambre de première instance), 21 mai 1999, paragraphe 234.

¹⁶⁵ Annuaire de la CDI 1996, pp. 39-40, paragraphes 4-6.

ou de blessure grave qui pourrait être perpétrée par cette autre personne¹⁶⁶. Le Statut de la CPI inclut ce moyen de défense. Ce texte prévoit que, pour invoquer avec succès ce moyen de défense, une personne doit avoir agi de manière raisonnable et proportionnée pour se défendre ou défendre une autre personne contre une utilisation imminente et illégale de la force. En cas de crimes de guerre, ce moyen de défense peut être invoqué par une personne qui a cherché à protéger ses biens. Mais il faut que ces biens soient essentiels à sa survie ou à l'accomplissement d'une mission militaire¹⁶⁷.

Par conséquent, ce moyen de défense ne s'appliquerait pas aux circonstances dans lesquelles des actes criminels ont été commis par les employés d'une entreprise dans le but de protéger les biens de l'entreprise pour des raisons commerciales. Par exemple, si durant un conflit les dirigeants d'une entreprise ont demandé à des forces gouvernementales d'assurer la protection d'une usine privée désaffectée et si ces forces ont tué ou gravement blessé des civils alors qu'elles protégeaient ce bâtiment, les dirigeants de cette entreprise peuvent ne pas être en mesure d'invoquer la légitime défense pour répondre à d'éventuelles mises en cause de leur complicité par aide et assistance pour des crimes au regard du droit international, qui auraient été perpétrés dans le cadre de cette opération.

L'aliénation mentale

Si une personne souffre d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la prive de la faculté mentale de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement ou qui l'empêche de maîtriser celui-ci, elle ne sera pas tenue pénalement responsable de son comportement¹⁶⁸.

Si l'accusé soulève la question de sa déficience mentale en plaçant l'aliénation mentale, cela met en cause le postulat d'une pleine maîtrise de ses facultés mentales. Il s'agit d'un moyen de défense au vrai sens du terme, dans la mesure où il incombe à l'accusé de prouver qu'il est vraisemblable qu'au moment des faits, il souffrait d'une telle déficience de ses facultés du fait d'une maladie mentale qu'il n'était pas en mesure de comprendre la nature et la qualité de ses actions ou, s'il en avait conscience, qu'il ne savait pas que son acte était illégal. Un tel moyen de défense, s'il aboutit, écarte toute responsabilité pénale et conduit à un acquittement¹⁶⁹.

166 Annuaire de la CDI 1996, p. 40, paragraphes 7-8.

167 Article 31(i)(c) du Statut de la CPI. Albin Eser in: O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute*, (1999) article 31, margin Nos. 28-34.

168 Article 31(i)(a) du Statut de la CPI.

169 TPIY, *Delalic*, (Chambre d'appel) 20 février 2001, paragraphe 582.

L'excuse de contrainte ou de nécessité

La contrainte ou la coercition ont été reconnues comme un moyen de défense potentiel ou comme un motif de circonstances atténuantes dans un certain nombre de procès pour crimes de guerre menés après la Seconde Guerre mondiale. La Commission des crimes de guerre des Nations unies a conclu que, de façon générale, la contrainte requiert trois éléments, à savoir que l'acte ait été accompli pour éviter un danger immédiat à la fois grave et irréparable ; qu'il n'y ait aucun autre moyen adéquat d'y échapper ; et que le remède soit proportionné au mal¹⁷⁰. Dans une affaire particulière, il a été argué qu'« il n'existe aucune loi qui exige qu'un homme innocent fasse le sacrifice de sa vie ou subisse un préjudice grave dans le but d'éviter de commettre un crime qu'il condamne. Ceci étant, la menace doit être imminente, réelle et inévitable. Aucun tribunal ne punira un homme qui, un revolver chargé appuyé contre la tempe, est forcé de d'abaisser un levier mortel »¹⁷¹.

Au contraire, la Chambre d'appel du TPIY a estimé que la contrainte ne peut pas fournir un moyen de défense absolu à un soldat accusé de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre au regard du droit international, mais que cet élément peut être pris en compte pour atténuer la peine¹⁷².

Ce moyen de défense a, en général, été avancé dans des contextes militaires, lorsqu'un supérieur ordonne à un subordonné de participer à un crime. Bien que les ordres d'un supérieur ou d'un gouvernement ne représentent pas un moyen de défense pour des crimes au regard du droit international, ils peuvent être pris en compte dans le cadre de l'examen de l'excuse de contrainte.

La Commission des crimes de guerre des Nations unies et la CDI ont opéré une distinction entre d'une part l'excuse de contrainte et d'autre part la nécessité militaire. Elles ont noté que la nécessité militaire pouvait être un moyen de défense ou un motif de circonstances atténuantes dans des cas très limités, examinés durant certains des procès pour crimes de guerre, menés à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Cependant, ce motif a, en général, été plus souvent rejeté qu'admis comme moyen de défense¹⁷³.

Les affaires Flick et Farben évoquées précédemment représentent, à cet égard, deux cas importants.

170 Annuaire de la CDI 1996, p. 40, paragraphe 10.

171 *United States v. Otto Ohlendorf*, *Trials of War Criminals*, Vol. IV, p. 480.

172 TPIY, *Erdemovic*, Opinion individuelle présentée conjointement par le Juge McDonald et le Juge Vohrah, (Chambre d'appel) 7 octobre 1997, paragraphes 73-75, 88.

173 Annuaire de la CDI 1996, p. 41, paragraphe 11.

Dans l'affaire Flick, la plupart des dirigeants de l'entreprise ont été acquittés des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité relatifs à l'utilisation de travail forcé. Eu égard aux accusés qui ont été acquittés, le Tribunal a estimé que :

« Les accusés ici impliqués ne cherchaient pas à employer de la main-d'œuvre étrangère ou des prisonniers de guerre. Il apparaît en outre, cependant, qu'ils étaient conscients de ce qu'il était à la fois futile et dangereux de s'opposer à l'allocation d'une telle main-d'œuvre. Il était connu que tout acte qui pouvait être interprété comme une entrave ou un frein aux programmes d'économie de guerre du Reich pouvait être considéré comme un acte de sabotage donnant lieu à des punitions sommaires et sévères, entraînant des condamnations à mort »¹⁷⁴.

Les deux condamnations prononcées dans cette affaire l'ont été sur la base de la participation active de Weiss, avec la connaissance et l'approbation de son supérieur Flick, dans la sollicitation d'une augmentation du quota de production de véhicules de transports dans l'usine Linke-Hofmann-Werke et dans l'allocation de prisonniers de guerre russes comme main-d'œuvre pour remplir ces quotas de construction accrus¹⁷⁵. Le Tribunal a estimé que ces mesures avaient été initiées non au niveau gouvernemental, mais par la direction de l'usine. Ces initiatives n'ont pas résulté de la coercition ou de la peur mais ont été entreprises, comme cela a été reconnu, pour atteindre la capacité maximum de production. Il s'agissait dès lors de choix délibérés et non pas de décisions prises sous la contrainte¹⁷⁶.

Dans l'affaire Farben, l'excuse de nécessité a été examinée par le Tribunal, après que celui-ci eut étudié d'autres affaires pertinentes jugées après la Seconde Guerre mondiale. Le Tribunal a estimé que :

« L'ordre d'un supérieur militaire ou une loi ou un décret gouvernemental ne saurait fonder une excuse de nécessité sauf si, dans le cadre de cette opération, cet ordre est d'une telle nature qu'il prive son destinataire de toute possibilité d'effectuer un choix moral quant à sa conduite. Il en ressort que l'excuse de nécessité ne saurait être admise quand l'accusé qui l'invoque a été lui-même l'auteur d'un tel ordre ou décret, ou l'a fait exécuter ou quand sa participation est allée au-delà de ce qui était exigé ou qu'il a agi de sa propre initiative. »¹⁷⁷.

Comme il a été montré supra, dans cette affaire, ce moyen de défense a été rejeté en partie parce que certains des accusés avaient demandé au gouvernement de leur fournir de la main-d'œuvre servile et avaient implanté leur usine près du camp

174 Affaire Flick p. 1197.

175 Affaire Flick, p. 1198.

176 Affaire Flick, p. 1202.

177 Affaire Farben, p. 1179.

de concentration d'Auschwitz pour bénéficier de la proximité de cette source de main-d'œuvre¹⁷⁸.

Le Tribunal a estimé que les accusés :

« n'ont pas agi en l'absence de choix moral mais ont, au contraire, saisi l'opportunité de prendre entièrement avantage du programme de travail servile. En effet, on pourrait estimer qu'ils ont été, à un degré très substantiel, responsables de l'élargissement du champ d'application de ce système répréhensible »¹⁷⁹.

Le Statut de la CPI, adopté plus récemment, fusionne les concepts traditionnellement séparés de la nécessité militaire et de l'excuse de contrainte, même si toutes les propositions émises avant la conférence opéraient une distinction entre les deux¹⁸⁰. Le Statut exonère dorénavant l'auteur d'un comportement criminel si celui-ci a été adopté sous la contrainte résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave à l'intégrité physique de cet individu ou à celle d'autrui. Cependant, la personne faisant l'objet de cette menace doit agir par nécessité et de manière raisonnable pour écarter cette menace et ne doit pas avoir eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter¹⁸¹.

Aux termes de ces principes, l'employé d'une entreprise pourrait parvenir à invoquer l'excuse de contrainte et éviter l'engagement de sa responsabilité, si, par exemple, un groupe rebelle l'a forcé, sous la contrainte des armes, à fournir du pétrole, des camions et d'autres matériels pour servir les objectifs criminels du groupe. Mais si l'employé va au-delà de ce qui lui est exigé en offrant par exemple davantage ou d'autres types de ressources ou d'assistance, il ne sera alors pas en mesure d'invoquer ce moyen de défense.

7.2 Arguments qui ne constituent pas des moyens de défense

Il y a un certain nombre d'arguments qui ne peuvent pas être invoqués pour exonérer un accusé de sa responsabilité en cas de crimes au regard du droit international. En premier lieu, et de façon générale, le fait de commettre des crimes sur ordre d'un gouvernement ou en application de lois nationales, ou sur l'ordre de supérieurs hiérarchiques, n'est pas un moyen de défense, mais peut être pris en compte comme un motif de diminution de la peine¹⁸². Le Statut de la CPI ajoute que

178 Affaire Farben, p. 1187.

179 Affaire Farben, p. 1179.

180 Albin Eser in: O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute*, (1999) article 31, marge N° 35. Voir de façon générale N°36-40.

181 Article 31(1)(d), Statut de la CPI.

182 Article 5 du Code de la CDI; Article 7(4) du Statut du TPIY; Article 6(4) du Statut du TPIR et voir l'Affaire Farben, p. 1179. De plus, la position officielle de tout accusé, que ce soit à titre de chef de l'Etat ou du gouvernement ou de responsable gouvernemental, n'exonère pas cette personne de sa responsabilité

ce moyen de défense ne saurait être invoqué à moins que la personne qui a commis l'infraction n'ait eu l'obligation légale d'obéir à cet ordre, qu'elle n'ait pas su que l'ordre était illégal et que l'ordre n'était pas manifestement illégal. Aux fins de cette disposition, l'ordre de commettre des crimes contre l'humanité ou un génocide est considéré comme étant manifestement illégal¹⁸³. D'un point de vue pratique, il est extrêmement difficile pour toute personne, y compris le dirigeant d'une entreprise, de soutenir que l'ordre du gouvernement ou d'une loi ordonnant ou autorisant la perpétration de meurtres, de viols, d'actes de torture ainsi que le transfert forcé de civils ou d'autres crimes similaires, n'était pas manifestement illégal.

Deuxièmement, le fait d'arguer qu'un ennemi dans un conflit a commis des crimes similaires ne peut constituer un moyen de défense pour ceux qui ont commis de tels actes. Il s'agit de l'argument dit du « toi aussi » (en latin « *tu quoque* »). Il consiste en substance à arguer que le non-respect du droit international humanitaire par l'une des parties justifie des infractions similaires par l'autre partie au conflit. Cet argument n'est pas recevable en droit international humanitaire contemporain, lequel se fonde sur des obligations absolues qui sont inconditionnelles et ne sont pas basées sur la réciprocité¹⁸⁴.

Par analogie, il semble que les arguments selon lesquels la conduite d'une entreprise est justifiable parce que d'autres entreprises ont adopté - ou pourraient adopter - un comportement similaire, seraient rejetés. De même, les arguments affirmant que si une entreprise donnée n'avait pas adopté un certain comportement ayant conduit à son implication dans une activité criminelle, une autre entreprise l'aurait fait, seraient également écartés. En effet, on peut montrer que la culpabilité d'un complice ne serait pas effacée par le fait que l'assistance fournie aurait pu aisément être obtenue ailleurs¹⁸⁵. Dans le cas de van Anraat, (l'homme d'affaires condamné pour avoir fourni les matières premières ayant servi à la fabrication du gaz moutarde utilisé par Saddam Hussein à l'encontre de civils kurdes), le Tribunal de district de La Haye a estimé que l'accusé ne pouvait être exonéré de sa responsabilité « ni en se fondant sur le fait que la décision de procéder à des attaques chimiques n'avait pas été prise par lui, ni en s'appuyant sur le fait que ces crimes auraient également été commis sans sa contribution parce que quelqu'un d'autre aurait certainement fourni cette contribution »¹⁸⁶.

pénale et n'atténue pas son châtimeur. Cet élément est expressément exclu comme moyen de défense par les instruments internationaux pertinents. Article 7(2) du Statut du TPIY ; Article 6(2) du Statut du TPIR ; Article 27 du Statut de la CPI ; Article 7 du Code de la CDI. Voir aussi : Article 2(3) du CAT, Article 6(2) de l'ICPPED.

183 Article 33 du Statut de la CPI.

184 TPIY, *Kupreskic*, (Chambre de première instance), 14 janvier 2000, paragraphes 515-520.

185 *LG Hechingen*, 28.6.1947, KIs 23/47 et *OLG Tübingen*, 20.1.1948, Ss 54/47 (décision en appel), rapporté in *Justiz und NS-Verbrechen*, case 022, vol. I, p. 469 ff cité dans TPIY, *Furundzija*, (Chambre de première instance), 10 décembre 1998, paragraphe 224.

186 *Public Prosecutor v. Van Anraat*, LJN AX6406, Tribunal de district de La Haye, 23 décembre 2005, paragraphe 17.

Le droit pénal international ne prend pas en compte les éléments relatifs à la réciprocité ou à la concurrence commerciales ou ceux touchant à la réciprocité morale ; il vise à protéger les droits fondamentaux indérogeables relatifs à la vie, à l'intégrité physique et à la dignité de tous les êtres humains. En tant que tels, ces arguments ne peuvent et ne devraient pas permettre aux participants à des crimes de s'exonérer de leur responsabilité si les éléments du crime sont réunis.

Encadré 5 : moyens de défense non recevables au regard du droit pénal international

Un certain nombre de moyens de défense face aux allégations de complicité par aide et assistance, d'entreprise criminelle commune et de responsabilité du supérieur hiérarchique ne sont pas recevables au regard du droit pénal international. Par exemple, les arguments suivants ne peuvent pas être considérés comme des moyens de défense :

- Un auteur principal n'a pas été jugé ou condamné. La culpabilité pour complicité ne dépend pas du procès ni de la condamnation préalables de l'auteur principal.
- Le crime aurait eu lieu de toute façon. Pour engager une responsabilité, il suffit que l'assistance de l'entreprise ou de l'employé de l'entreprise ait modifié de manière substantielle la façon dont les crimes ont été commis, comme les modalités et le moment de la perpétration de ces actes.
- L'entreprise ou l'employé de l'entreprise ne voulait pas que le crime principal soit commis. Dès qu'un niveau suffisant de connaissance (ou de prévisibilité, dans le cas de la responsabilité du supérieur hiérarchique) est établi, la responsabilité pour complicité peut être engagée.
- L'employé de l'entreprise ne faisait qu'obéir aux ordres d'un supérieur. De plus, les supérieurs peuvent être tenus responsables s'ils n'ont pas empêché ou puni les crimes des subordonnés.
- L'entreprise ou l'employé d'une entreprise respectait la législation nationale. Le respect de la législation nationale n'empêche en aucun cas les poursuites pour crimes au regard du droit international.

Encadré 6 : Poursuites menées suite à des violations de sanctions de l'ONU

Aux termes du Chapitre VII de la Charte de l'ONU, le Conseil de sécurité de l'ONU a le pouvoir d'ordonner des embargos sur certaines pratiques, notamment des embargos sur la vente d'armes à l'encontre d'États ou mêmes d'acteurs non étatiques. Il existe, par exemple, des embargos contraignants sur les armes qui sont actuellement en vigueur à l'encontre de Al Quaida, Oussama Ben Laden, les Talibans, la République démocratique du Congo, la Sierra Leone, le Soudan, la Côte d'Ivoire, la République populaire démocratique de Corée et la Somalie¹⁸⁷. Le Conseil de sécurité de l'ONU ne peut pas poursuivre les individus qui violent les embargos de l'ONU. C'est aux États qu'incombe l'obligation d'adopter des législations nationales pour faire en sorte que les individus relevant de leur compétence ne violent pas les embargos.

Les premières poursuites pour violation d'une loi nationale relative à un embargo spécifique de l'ONU ont été lancées en Italie en 2002 et concernaient Leonid Efimovich Minin¹⁸⁸, un Ukrainien qui a été arrêté et inculpé en Italie pour avoir utilisé de faux certificats d'utilisation finale pour des ventes d'armes illicites à la Sierra Leone et au Libéria. Un tribunal italien a estimé qu'il n'avait pas compétence pour juger Minin car aucun des crimes présumés n'avait été commis en Italie, et qu'il n'avait pas même été possible d'établir si une partie de ces transports d'armes avaient effectivement transité par l'espace aérien italien.

Une seconde affaire importante concernait les poursuites lancées à l'encontre de Guus Van Kouwenhoven. En 2006, le Tribunal de district de La Haye (aux Pays-Bas) l'a condamné pour avoir violé l'embargo de l'ONU sur la vente d'armes imposé au régime de Charles Taylor au Libéria. L'embargo de l'ONU avait été incorporé au droit national néerlandais, ce qui ouvrait la possibilité de poursuivre des citoyens néerlandais même si leurs activités avaient eu lieu en dehors des Pays-Bas¹⁸⁹. En 2008, cette condamnation a

187 Voir le site du Comité des Sanction du Conseil de sécurité des Nations Unies : <http://www.un.org/sc/committees/>.

188 Voir Wannenburg, Gail "Catching the middlemen fuelling African conflicts", The South African Institute of International Affairs, disponible sur : http://www.saiia.org.za/index.php?option=com_content&view=article&id=713:catchingthemiddlemenfuellingafricanconflicts&catid=76:war-and-organised-crime-opinion-&Itemid=213.

189 Jugement dans l'Affaire contre Guus K., Rb Den Haag 7 juin 2006, LJN AY5160. Kouwenhoven a également été inculpé d'implication dans des crimes de guerre pour avoir, entre autres chefs d'inculpation, fourni des armes à Charles Taylor. Il a été acquitté parce que la fourniture d'armes aux forces armées ne suffisait pas à prouver son implication dans les crimes de guerre commis par les forces armées car ces armes pouvaient également être utilisées pour des actes qui sont légalement autorisés.

été annulée en appel et l'accusé a été acquitté, en grande partie pour des motifs liés à l'insuffisance de preuves¹⁹⁰.

Même si aucun de ces cas n'a abouti à une condamnation, ils pourraient indiquer une volonté nouvelle de la part des autorités nationales de lancer des poursuites à l'encontre d'hommes d'affaires qui sont impliqués dans des violations de sanctions ayant entraîné des crimes au regard du droit international. Ces affaires montrent également que si des hommes d'affaires peuvent courir le risque de faire l'objet de poursuites pour avoir violé des embargos sur les armes, il existe également des entraves au succès de ces poursuites. Parmi ces obstacles figurent l'absence de législations nationales adéquates et la difficulté de recueillir et de présenter des éléments de preuve relatifs à des actions extraterritoriales, propres à convaincre des tribunaux aussi bien de l'existence d'actes criminels que de l'intention et de la connaissance de l'accusé.

190 Jugement dans l'Affaire contre Guus Kouwenhoven, Hof Den Haag 10 mars 2008, LJN BC7373.

8 Où les poursuites pour crimes au regard du droit international peuvent-elles être menées ?

Les poursuites pour crimes au regard du droit international peuvent être menées aussi bien auprès de juridictions internationales, par exemple la CPI, que de tribunaux nationaux. Le Comité a pris note de l'émergence d'un réseau sans cesse croissant de législations qui rendent de plus en plus difficile pour ceux qui sont impliqués dans des atteintes graves aux droits de l'homme, constitutives de crimes au regard du droit international, (y compris les employés des entreprises), de trouver des pays sanctuaires dans lesquels ils seraient à l'abri de l'application à leur encontre du droit pénal international.

Tribunaux nationaux

Un grand nombre de systèmes juridiques nationaux ont incorporé les prohibitions de crimes au regard du droit international dans leurs législations nationales, de sorte que ces crimes font partie de leurs législations pénales nationales. Par exemple, divers systèmes nationaux de *common law* comme de droit civil ont maintenant incorporé la prohibition pénale du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dans le cadre de leur législation nationale¹⁹¹. Le Statut de la CPI, de son côté, encourage les États à exercer une compétence complémentaire¹⁹² à l'égard de ces crimes. Cette tendance va certainement se poursuivre à mesure que davantage d'États signent et ratifient le Statut. Par ailleurs, indépendamment du Statut de la CPI, un certain nombre d'États, tels que les USA, l'Inde, l'Indonésie et l'Ukraine, qui n'ont pas ratifié le Statut, ont incorporé un ou plusieurs des trois crimes couverts par la CPI dans leur législation pénale nationale¹⁹³.

Si un État n'a pas incorporé les crimes au regard du droit international dans sa législation pénale nationale, ces crimes peuvent néanmoins, dans la plupart des cas, faire l'objet d'enquêtes et de poursuites aux termes des lois pénales nationales qui punissent les crimes tels que le meurtre, l'agression et le vol. Par ailleurs, si les juridictions internationales (comme la CPI) ne peuvent avoir que la compétence de poursuivre les dirigeants d'entreprises (et non pas les entreprises en tant que personnes morales), les législations pénales nationales d'un grand nombre de pays peuvent autoriser les poursuites pénales à l'encontre des entreprises. Par conséquent, il existe, aux termes de législations pénales nationales, de nombreuses

191 Il s'agit notamment de l'Argentine, de l'Australie, de la Belgique, du Canada, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de l'Afrique du Sud, de l'Espagne et du Royaume-Uni. La France et la Norvège sont en train d'incorporer les définitions de la CPI dans leurs législations nationales. Toutefois, la législation française criminalisait déjà les actes de génocide et de crimes contre l'humanité. Quant à la législation norvégienne, elle criminalisait les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Voir FAFO, *Executive Summary*, p. 15.

192 Article 17, Statut de la CPI et voir également le paragraphe N°6 du Préambule du Statut de la CPI.

193 FAFO, *Executive Summary* p. 15.

possibilités de poursuivre en justice des entreprises ou leurs employés lorsque ceux-ci sont impliqués dans des crimes au regard du droit international.

La compétence nationale extraterritoriale et la compétence universelle

De façon générale, les États exercent leur compétence pénale nationale à l'encontre de crimes commis sur leur territoire, quelle que soit la nationalité de l'accusé ou de la victime (compétence territoriale). Aux termes du droit international, un État peut également exercer sa compétence pénale nationale à l'égard de crimes commis à l'extérieur de son territoire si ces crimes ont été commis à l'étranger par ses ressortissants (compétence extraterritoriale fondée sur le principe de la personnalité active). Il semble y avoir également une acceptation grandissante de la part de certains États lorsque des crimes sont commis à l'encontre de leurs ressortissants (compétence extraterritoriale fondée sur le principe de la personnalité passive) ou lorsque des intérêts nationaux sont la cible de crimes ou font l'objet de menaces (compétence extraterritoriale fondée sur le principe de protection)¹⁹⁴.

Eu égard à certains crimes au regard du droit international, le principe de la « compétence universelle » peut s'appliquer. La compétence universelle signifie que tout État a la capacité d'enquêter, de poursuivre et de punir certains crimes au regard du droit international qui sont condamnés universellement, quels que soient le lieu où ces crimes ont été commis, la nationalité des victimes et des auteurs, ou encore le lieu où ces personnes se trouvent. Il n'est alors pas besoin d'établir un lien entre l'État poursuivant et l'auteur. Par exemple, les crimes contre l'humanité sont souvent décrits comme des crimes au regard du droit international pour lesquels la compétence universelle peut être exercée¹⁹⁵. Les législations nationales prévoyant l'exercice de ce type de compétence existent aussi bien dans certains pays de *common law* que de droit civil¹⁹⁶.

Enfin, quelques traités incluent certaines obligations connues sous l'expression *aut dedere aut judicare*, ce qui signifie « extraditer ou poursuivre ». Ces obligations imposent aux États d'exercer leur compétence pénale à l'encontre des auteurs présumés des crimes concernés lorsque ceux-ci se trouvent sur tout territoire relevant de leur juridiction. S'ils ne poursuivent pas ces individus, ils doivent alors les extraditer vers un autre État où ils seront poursuivis en justice.

194 CDI, Deuxième rapport sur l'obligation d'extraditer ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*), Assemblée générale des Nations Unies A/CN.4/585, 11 juin 2007 p. 21. paragraphe 97.

195 Pour un examen de cette question, voir l'opinion séparée des juges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Affaire concernant le mandat d'arrêt du 11 avril 2000, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=36&case=121&code=cobe&p3=4>; et voir SCSL, *Kallon, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty* (Chambre d'appel), 13 mars 2004, paragraphes 67-70.

196 Il s'agit notamment de l'Espagne, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, du Canada et de l'Australie. Voir pour l'analyse, FAFO, *Executive Summary* p. 16.

Amnisties et prescriptions

Les amnisties et les mesures similaires accordées en droit national pour les atteintes graves aux droits de l'homme et aussi en cas de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, sont généralement considérées comme incompatibles avec les principes du droit international¹⁹⁷. L'Article 6(5) du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève qui autorise les amnisties pour les personnes ayant participé à un conflit armé, est parfois invoqué pour justifier des amnisties pour des crimes commis dans le cadre de conflits armés internes¹⁹⁸. Cependant, le Comité international de la Croix-Rouge a rejeté cette interprétation et a clairement précisé que l'Article 6(5) était destiné à ceux qui « ont été détenus ou punis du simple fait d'avoir participé aux hostilités. Il ne vise pas à amnistier ceux qui ont violé le droit international humanitaire »¹⁹⁹.

Le droit coutumier international prohibe les prescriptions relatives aux poursuites pénales pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre²⁰⁰. Au-delà de cette prohibition, il y a une tendance émergente fondée sur la jurisprudence internationale, le droit comparé et de nouveaux instruments, qui vise à prohiber ou à limiter l'application de prescriptions relatives aux poursuites pour atteintes graves aux droits de l'homme²⁰¹. Par exemple, dans l'affaire *Furundzija*, le TPIY a affirmé

197 Voir TPIY, *Furundzija*, 10 décembre 1998, paragraphe 155 and SCSL, Kallon, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Chambre d'appel), 13 mars 2004, paragraphes 73 and 88. Voir aussi Commission internationale des juristes, *Le droit à un recours et à obtenir réparation en cas de violations graves des droits de l'homme: Guide pratique* (2006), juin 2007, pp. 177-191.

198 Aux termes de cette disposition, « À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues ».

199 Lettre de la division juridique du CICR au Procureur du TPIY, 24 novembre 1995 et au département de droit de l'Université de Californie, 15 avril 1997. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a suivi cette approche en se référant à la Déclaration du CICR. Voir Rapport No. 1/99, Case 10,480 *Lucio Parada Cea and others v El Salvador*, 27 janvier 1999, paragraphe 116.

200 Voir: Article II.5 de la Loi No.10 du Conseil de contrôle sur le châtime des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité (1945) ; Convention internationale sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968) ; Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (1974) ; Article 29 du Statut de la CPI ; Articles 4 and 5 de la Loi portant création des chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens (Chambres extraordinaires du Cambodge) chargées de poursuivre les crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, 27 octobre 2004 ; Partie 17.1 du Règlement n° 2000/15 adopté par l'Administration Transitoire des Nations Unies au Timor oriental portant création de Chambres ayant compétence exclusive à l'égard des crimes graves, UNTAET/REG/ 2000/15, 6 juin 2000.

201 Voir par exemple: TPIY, *Furundzija*, 10 décembre 1998, paragraphes 155 and 157; Cour interaméricaine des droits de l'homme, Arrêt du 14 mars 2001, Affaire *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru)*, paragraphe 41; *Barrios Altos Case*, Interpretation du jugement sur le fond, arrêt du 3 septembre 2001, Series C No 83, paragraphe 15; Affaire *Trujillo Oroza v. Bolivia (Réparations)*, arrêt du 27 février 2002, Series C No 92, paragraphe 106; Affaire *Caracazo c. Vénézuéla (Réparations)*, arrêt du 29 août 2002, Series C No 95, paragraphe 119. Comité contre la torture: Conclusions et recommandations sur la Turquie, 27 mai 2003, CAT/C/CR/30/5, Recommandation, paragraphe 7(c); Conclusions et recommandations sur la Slovénie, 27 mai 2003, CAT/C/CR/30/4, Recommandation, paragraphe 6(b); Conclusions et recommandations sur le Chili, mai 2004, CAT/C/CR/32/5, paragraphe 7 (f). Comité des droits de l'homme : Observations finales sur l'Argentine, 3 novembre 2000, CCPR/CO/70/ARG, paragraphe 9 et Observation générale No 31 sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 26 mai 2004, CCPR/C/21/Rev.1/

que l'une des conséquences de la nature impérative de la prohibition de la torture était le fait que « la torture est sans doute imprescriptible »²⁰². Ces prohibitions ou réserves quant à l'application de prescriptions signifient que la responsabilité pénale ne s'éteint pas avec le passage du temps et que des poursuites peuvent être engagées à tout moment, y compris plusieurs décennies après que les crimes ont été commis.

La Cour pénale internationale

La compétence de la CPI à l'égard du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, s'applique aux individus, y compris les dirigeants d'entreprises, accusés de ces crimes, mais pas aux personnes morales. La compétence de la Cour s'applique à l'égard de ceux qui sont directement responsables de ces crimes ainsi qu'à ceux qui sont impliqués dans la perpétration de ces actes.

La Cour n'est pas dotée d'une compétence universelle. Elle ne peut exercer sa compétence que si l'accusé est un ressortissant d'un État partie ou d'un État ayant accepté la compétence de la Cour ; que si le crime a été commis sur le territoire d'un État partie ou d'un État ayant accepté la compétence de la Cour ; ou que si le Conseil de sécurité des Nations unies défère la situation au Procureur, quels que soient la nationalité de l'accusé ou le lieu où le crime a été commis²⁰³.

Le principe de « complémentarité » signifie que même si la Cour est compétente pour juger d'une affaire, elle ne peut initier d'enquêtes ou de poursuites si le cas a fait ou fait l'objet d'une enquête ou de poursuites par un État compétent²⁰⁴. Cependant, un cas peut être recevable si l'État qui conduit l'enquête ou les poursuites n'a pas la volonté ou est dans l'incapacité de mener à bien cette enquête ou ces poursuites. Par exemple, une affaire serait recevable si les poursuites engagées au niveau national l'ont été dans le but de protéger la personne contre la mise en cause de sa responsabilité pénale ou que la procédure a fait l'objet d'un retard injustifié, ou si la procédure n'a pas été menée de manière indépendante ou impartiale²⁰⁵.

Add.13, paragraphe 18. Voir le Principe 6 des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies A/RES/60/147 du 16 décembre 2003. Voir également les Principes 22 et 23 de l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité. Pour une plus ample analyse voir: Commission internationale de juristes, *Le droit à un recours et à obtenir réparation en cas de violations graves des droits de l'homme: Guide pratique*, juin 2007.

202 TPIY, *Furundzija*, 10 décembre 1998 paragraphes 155, 157.

203 Articles 12-17 du Statut de la CPI. En l'occurrence la compétence de la Cour est limitée aux événements qui ont eu lieu depuis le 1er juillet 2002 : Article 11 du Statut de la CPI. Le Statut est entré en vigueur à cette date.

204 Article 17(1), Statut de la CPI.

205 Article 17(2), Statut de la CPI.

L'émergence d'un réseau de juridictions

Le Comité considère que la compétence croissante des systèmes nationaux en matière de sanctions de crimes au regard du droit international (directement en tant que tels ou aux termes de la législation pénale nationale) combinée à la compétence de la CPI participe de l'émergence d'un réseau croissant de juridictions nationales et internationales compétentes pour exiger des auteurs de crimes au regard du droit international qu'ils rendent compte de leurs actions. Les dirigeants d'entreprise qui sont impliqués dans la perpétration de crimes au regard du droit international courent donc également un risque accru de faire l'objet d'enquêtes, de poursuites, et d'être punis par un grand nombre de juridictions. Les entreprises devraient être conscientes de ce que leurs actions sont soumises aux restrictions imposées par le droit pénal international, quel que soit le lieu où elles opèrent.

9 Les entreprises peuvent-elles faire l'objet de poursuites ?

Traditionnellement, il était considéré que les systèmes de justice pénale nationaux ne pouvaient pas tenir pénalement responsables des entreprises en tant que personnes morales. Le droit pénal ne poursuivait et ne condamnait que des individus pour leurs activités criminelles. Les entreprises étaient traditionnellement classées au même titre que les animaux, les enfants et les personnes souffrant de maladies mentales comme des sujets échappant à la responsabilité pénale²⁰⁶. Les représentants et employés d'entreprises pouvaient être poursuivis à titre individuel pour un certain nombre d'activités, mais pas l'entreprise en tant que telle. Bien que les êtres humains demeurent la cible principale des poursuites pénales, il existe des exemples de législations pénales nationales prévoyant l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, en particulier des entreprises²⁰⁷.

Jusqu'à présent, aucun tribunal pénal international n'a eu compétence pour juger une entreprise, en tant que personne morale, pour des crimes au regard du droit international. Durant les négociations du Statut de la CPI, il a été proposé d'ajouter les entreprises à la liste des personnes à l'égard desquelles la CPI est compétente. Mais cette proposition n'a pas été retenue. Par conséquent, la CPI n'est actuellement compétente qu'à l'égard des personnes physiques²⁰⁸. La proposition, présentée par la France, était limitée aux entreprises privées. Elle ne s'appliquait donc pas aux entreprises étatiques ou publiques lesquelles restaient liées à la responsabilité pénale individuelle d'un haut responsable de l'entreprise qui exerçait une position de contrôle et avait commis des crimes en agissant dans le cadre de ses fonctions au nom de l'entreprise et avec son consentement explicite. La proposition a été rejetée, car elle soulevait un certain nombre de préoccupations. Premièrement, elle risquait de porter atteinte à la priorité accordée par le Statut de la CPI à la responsabilité pénale individuelle. Deuxièmement, la Cour pouvait se retrouver confrontée à des problèmes insurmontables d'établissement des preuves. Enfin troisièmement, il n'existait pas de principe reconnu de responsabilité des entreprises dans l'ensemble des États, si bien que cela rendrait le principe de complémentarité non opérationnel²⁰⁹.

Le Comité considère que ce raisonnement ne devrait pas empêcher les États parties à la CPI d'adopter, à l'avenir, des dispositions prévoyant la responsabilité pénale des entreprises. Le fait qu'une entreprise puisse être tenue responsable de crimes au regard du droit international ne représente pas *per se* une remise en cause de la

206 Celia Wells, « Corporate Criminal Liability », Papier préparé pour le Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux, p. 33, www.icj.org.

207 Voir par exemple : Article 121-2 Code pénal français et Article 5 Code pénal néerlandais.

208 Article 25(1), Statut de la CPI.

209 Kai Ambos, in: O. Triffterer (dir.), *Commentary on the Rome Statute*, (1999) article 25, marge N° 4.

responsabilité pénale individuelle. En effet, il est parfois plus approprié d'engager la responsabilité d'une entreprise plutôt que celle de l'un de ses employés, si la perpétration du crime a été facilitée par une décision explicite et collective de la part de la direction de l'entreprise.

Le Comité a estimé qu'il pourrait être difficile de réunir les éléments de preuve établissant la responsabilité d'une entreprise devant la CPI. Cependant, la conduite des procédures impliquant des entreprises en tant qu'accusées peut être comparée, du point de vue de l'établissement des preuves, aux grandes affaires complexes menées à l'encontre de présidents, de premiers ministres et de généraux à propos desquelles la CPI mène actuellement des enquêtes. L'expérience des tribunaux *ad hoc* a démontré que les chaînes de commandement enchevêtrées et les actions menées dans le cadre de structures gouvernementales et militaires complexes, agissant à de multiples échelons, peuvent être établies et identifiées en s'appuyant sur une analyse de documentations volumineuses et sur des preuves fournies par des experts ainsi que sur des informations de source interne. S'il est possible de mener cet exercice d'établissement de la preuve pour démontrer la culpabilité d'un chef d'État, il devrait également être possible de le faire à l'égard de dirigeants d'entreprises et de leurs entreprises.

Bien qu'il existe des systèmes juridiques nationaux qui incluent les entreprises au nombre des personnes pouvant faire l'objet de poursuites pénales, le Comité note que tous les pays ne tiennent pas les entreprises responsables de leurs actes aux termes de leur législation pénale nationale. Cependant, alors que les législations pénales nationales évoluent de façon à inclure cette forme de responsabilité, il en va de même des arguments allant dans le sens d'une extension de la compétence des tribunaux internationaux à l'égard des entreprises en tant que personnes morales.

En France, depuis 1994, il est admis que certains crimes peuvent être commis par des entreprises. En janvier 2006, un amendement législatif est entré en vigueur aux termes duquel les personnes morales, telles que des entreprises, peuvent être reconnues coupables de toute infraction, majeure ou mineure, au regard du Code pénal français²¹⁰. Le droit belge exige des entreprises qu'elles nomment une personne dont la responsabilité est automatiquement engagée pour tous les crimes commis dans le cadre des activités commerciales menées par cette entreprise, sans qu'il soit nécessaire de prouver que cette personne ait commis une quelconque activité criminelle. La personne désignée reçoit, en contrepartie, une indemnisation et un remboursement de toutes les amendes pénales imposées²¹¹. Ce type de régimes juridiques permet notamment au droit pénal national d'exercer une influence plus

210 Voir, *Memorandum of the Ministry of French Foreign Affairs Re: Criminal liability of private law legal entities under French law and extra-territoriality of the laws applicable to them: Review of the situation and discussion of issues* p. 2. Disponible à l'adresse: http://www.lancs.ac.uk/fss/organisations/humanrights/inthron/Resources/documents/Criminaliabilityoflegalentities050606_000.doc.

211 Celia Wells, « Corporate Criminal Liability », Papier préparé pour le Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux, pp. 34-35, www.icj.org.

grande sur les opérations de l'entreprise que ceux qui limitent leur compétence à la surveillance des actions des individus au sein de l'entreprise.

Dans la majorité des systèmes juridiques qui reconnaissent déjà la responsabilité pénale des entreprises, les entreprises peuvent être tenues responsables aussi bien de crimes nationaux que de crimes au regard du droit pénal international²¹². En outre, dans les pays qui ont incorporé dans leur législation nationale les crimes à l'égard desquels la CPI est compétente, les entreprises peuvent voir leur responsabilité pénale engagée devant les tribunaux nationaux pour des crimes consacrés par le Statut de la CPI.

Malgré ces évolutions importantes, l'imposition de sanctions pénales aux entreprises, en tant que personnes morales, continue de faire l'objet d'une opposition importante. Cette dernière semble être d'abord d'ordre conceptuel, et parfois politique. Les législations pénales nationales ont été élaborées il y a plusieurs siècles, et elles sont construites et conçues autour de la notion de l'être humain individuel en tant qu'être conscient exerçant une liberté de choix, de pensée et d'action. Les entreprises en tant que personnes morales sont considérées comme des êtres fictifs, sans existence physique ni conscience individuelle. De ce fait, un grand nombre de personnes considèrent qu'il est impossible de prouver qu'une entreprise est dotée d'une intention criminelle ou de connaissance. Par ailleurs, beaucoup sont d'avis que tout système de justice pénale a pour objectif central de punir les individus qui commettent des crimes afin d'indiquer à la société qu'il existe des comportements éthiquement mauvais qui doivent susciter des sentiments de honte et de remord. On s'interroge alors sur la façon dont cet objectif peut être atteint lorsque la cible est une entité fictive ne disposant pas des attributs de l'être humain. Un autre obstacle perçu comme tel est le fait que les sanctions pénales traditionnelles peuvent ne pas être appropriées pour les entreprises. Il n'est pas possible d'incarcérer une entreprise. Une amende peut ne pas avoir d'impact significatif sur le comportement de grandes entreprises prospères, en particulier si les sanctions financières peuvent être reportées sur les clients ce qui atténue leur effet punitif, sans toutefois l'annuler. D'autres sanctions adaptées aux entreprises peuvent inclure des mesures telles que l'annulation des statuts de l'entreprise ou de son enregistrement. Cependant il n'est pas toujours aisé de déterminer clairement s'il est dans l'intérêt de la société dans son ensemble de fermer une entreprise qui a commis un crime. Par ailleurs, les sensibilités politiques liées à l'adoption d'une législation pénale applicable aux entreprises ne devraient pas être ignorées : les gouvernements cherchent souvent à encourager les investissements et les activités commerciales de l'entreprise comme un élément important de la croissance nationale et régionale. Par conséquent, ils sont souvent peu enclins à inclure les entreprises au nombre des personnes soumises à leur droit pénal.

212 Burchell, p. 35.

Le Comité considère qu'il n'existe pas d'obstacles conceptuels insurmontables qui empêchent d'imposer la responsabilité pénale aux entreprises en tant que personnes morales. Bien sûr, comme dans tout processus impliquant de nouveaux contextes à des notions et des lois anciennes, les autorités en charge de ce processus peuvent faire face à des difficultés pour appliquer aux entreprises les notions « d'intention » et de « connaissance », qui ont été élaborées par rapport aux individus. Cependant, le fait qu'un nombre grandissant de systèmes juridiques appliquent le droit pénal aux entreprises montre que ces difficultés peuvent être surmontées. Différents pays ont conçu divers moyens d'engager la responsabilité pénale des entreprises. Dans certains pays, l'entreprise peut être tenue pénalement responsable pour les actes de ses employés, dans d'autres une entreprise peut être tenue directement responsable pour les actes de ses hauts dirigeants dans la mesure où la loi considère qu'ils sont le « cerveau » de l'entreprise, et qu'en tant que tels, la culpabilité de l'entreprise découle de leur intention et de leur connaissance²¹³. Récemment, un certain nombre de pays ont cherché à établir un troisième moyen de répondre au problème de la criminalité des entreprises. Par exemple, en Australie, une méthode a été élaborée visant à s'attacher à la culture de l'entreprise, et à la façon dont ses affaires sont menées. Lorsque la connaissance ou l'imprudence sont des éléments de faute, ils peuvent être attribués à une entreprise qui a expressément, tacitement ou implicitement autorisé ou permis la commission d'une infraction. Il faut, pour ce faire, prouver qu'il existait une « culture d'entreprise » qui encourageait activement ou tolérait la violation de règles établies ou qui ne faisait pas la promotion de leur respect²¹⁴.

Le Comité considère que le fait d'engager la responsabilité pénale des entreprises peut permettre aux victimes d'avoir accès à des voies de recours et à des réparations. Par exemple, la possibilité de poursuivre en justice une entreprise peut inciter les entreprises à améliorer leur comportement et à favoriser la prévention de comportements similaires de la part d'autres entreprises et ce, de manière plus efficace que le fait de ne reconnaître coupable qu'un dirigeant haut placé d'une entreprise. Les sanctions pénales à l'encontre des entreprises peuvent inclure l'ordre de modifier leurs politiques et procédures internes et l'obligation de rendre compte de leurs actions, ce qui peut ébranler les ressorts mêmes de l'action illégale commise par l'entreprise. La condamnation pénale d'une entreprise et la médiatisation à laquelle une telle condamnation peut donner lieu peuvent également inciter à une amélioration de la culture de l'entreprise.

213 Voir Celia Wells, « Corporate Criminal Liability », Papier préparé pour le Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux pp. 32-43, www.icj.org.

214 Voir Allens Arthur Robinson « Brief on Corporations and Human Rights in the Asia-Pacific Region », préparé pour le Professeur John Ruggie, Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour la question des droits de l'homme et des entreprises (26 août) aux pp. 28-29, disponible à l'adresse: <http://www.reports-and-materials.org/Legal-brief-on-Asia-Pacific-for-Ruggie-Aug-2006.pdf>.