



Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **3** Recours
civils

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 troisième Volume du rapport final, le Comité s'est livré à une analyse comparative du droit de la responsabilité délictuelle dans les pays de common law et du droit des obligations non contractuelles dans les pays de droit civil afin d'examiner les législations nationales relatives à la responsabilité civile ainsi que les moyens par lesquels, dans les différents systèmes juridiques, des entreprises et/ou leurs dirigeants peuvent voir leur responsabilité civile engagée lorsqu'ils se rendent complices d'atteintes graves aux droits de l'homme.



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 **3** Recours
civils

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 3

ISBN: 978 92-9037-133-1

Genève, 2008

Edition française, 2010

Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **3** Recours
civils

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 Leah Hoctor. Cees van Dam a fourni des conseils d'ordre juridique et a effectué la révision juridique. Le Comité a revu ce volume durant le processus de rédaction à au moins trois reprises. Le Volume a été révisé par Madeleine Colvin et Róisín Pillay. Massimo Frigo a contribué à la recherche menée dans le cadre de ce travail. Marlena Ong et Priyamvada Yarnell ont assisté à sa production. Nous tenons à remercier, outre le Groupe directeur des membres et des conseillers, Paul Hoffman, Jaap Winter et Vino Timmerman pour leur contribution à des questions juridiques spécifiques. Salvatore Saguès a traduit ce volume en français. 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	3
1.1 Responsabilité juridique des entreprises en cas de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme : l'importance de la responsabilité civile dans la définition de la zone de risque juridique	4
1.2 Identification des principes de la responsabilité civile	8
Encadré n°1: Droit national relatif aux droits de l'homme et droit constitutionnel	8
2 Le droit de la responsabilité civile et la notion de complicité	11
2.1 Préjudice et atteintes graves aux droits de l'homme	12
Encadré n°2 : Chevron et le Nigéria	13
2.2 Faute : intention ou négligence	14
Encadré n°3: Établir l'état d'esprit d'une entreprise en tant que personne morale	16
2.2.1 Connaissance ou prévisibilité du préjudice	19
Encadré n°4 : Questions pratiques relatives à la connaissance et à la prévisibilité d'un risque	21
2.2.2 Prendre des mesures de précaution	21
Encadré n°5 : Initiatives volontaires : Guide à l'intention des entreprises quant à la prévisibilité des risques et aux mesures de précaution	23
2.3 Causalité et complicité	24
2.3.1 Causalité factuelle	25
2.3.2 Considérations d'ordre juridique et politique	27
Encadré n°6: Questions pratiques relatives à la causalité	30
2.4 Conclusions : les principes de droit civil	31

3 Application du droit de la responsabilité civile à des allégations spécifiques de complicité	33
3.1 La fourniture de biens et de services	33
Encadré n°7 : Jeppesen Dataplan et le programme de restitution des États-Unis	34
3.2 Relations dans la chaîne d’approvisionnement	39
3.3 Partenariats commerciaux privilégiés	42
3.3.1 Responsabilité pour faute	43
3.3.2 Responsabilité sans faute	44
3.4 Sociétés fournissant des services de sécurité	45
Encadré n°8 : Sécurité, groupes paramilitaires et syndicalistes : Drummond en Colombie	46
3.4.1 L’engagement de sociétés fournissant des services de sécurité au titre d’un accord formel	47
3.4.2 Les sociétés fournissant des services de sécurité en dehors d’un accord formel	49
Encadré n°9 : Au-delà de la complicité – Atteintes aux droits de l’homme résultant d’un dommage à l’environnement	49
4 Procédures légales et règles du droit des sociétés	51
4.1 Prescriptions : empêcher que l’écoulement du temps n’entrave la justice	52
4.2 La responsabilité des sociétés mères : agir avec une personnalité juridique distincte	54
4.3 Où intenter une action civile : déterminer la juridiction compétente	59
4.4 Quel est le droit national applicable ?	61
5 Les États-Unis et le « Alien Tort Statute »	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 Danemark), 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. Il peut cependant 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.

Glossaire des termes clés

Entreprise

Malgré l'emploi, dans le titre du rapport du Comité, de l'expression « complicité des entreprises », tout au long de son analyse, le Comité a étudié toutes les entités commerciales quelle que soit leur structure ou composition, qu'elles soient de grande ou de petite taille, multinationales, transnationales ou nationales, étatiques ou privées. L'analyse et les conclusions du Comité visent à être applicables à l'ensemble des différentes catégories d'entités commerciales et, tout au long de ce rapport, le Comité utilise de manière interchangeable les termes d'*entreprise* et de *société* pour désigner ces entités. De plus, tout au long du présent Volume, lorsque le Comité mentionne la responsabilité juridique des entreprises ou des sociétés, cette expression doit être comprise comme renvoyant à la responsabilité de l'entité commerciale et/ou d'un dirigeant d'une entreprise. Dans tous les systèmes juridiques, les entreprises en tant que personnes morales au même titre que les employés d'une entreprise en tant que personnes physiques peuvent voir leur responsabilité civile engagée.

Complicité

Comme cela a été souligné dans le Volume 1, cela fait un certain nombre d'années que le terme de « complicité » est employé couramment dans des documents relatifs à des politiques publiques, des articles de journaux et des slogans de campagnes militantes pour renvoyer à différentes modalités d'implications inacceptables d'acteurs dans des actes commis par d'autres. Ce terme est souvent employé non pas en référence à la responsabilité pénale d'une personne qui s'est rendue complice d'un crime, mais est plutôt utilisé dans un sens très large et familier avec plusieurs niveaux de significations pour exprimer l'idée selon laquelle une personne a été entraînée et s'est trouvée impliquée dans un acte qui est négatif et inacceptable. Cette utilisation du terme « complicité » s'est généralisée dans le cadre des travaux menés sur les activités des entreprises et les droits de l'homme et fournit un outil pour appréhender et expliquer en termes simples le fait que des entreprises peuvent être impliquées dans des atteintes aux droits de l'homme d'une manière qui implique une responsabilité et une faute. Tout au long du présent Volume, le Comité utilise le terme de « complicité » dans ce sens non juridique afin de décrire les diverses manières dont des entreprises peuvent se trouver impliquées avec d'autres acteurs dans la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme.

Atteintes graves aux droits de l'homme

L'analyse du Comité a porté sur les actions qui constituent des violations des droits de l'homme commises par des gouvernements et/ou des atteintes aux droits de l'homme commises par des acteurs non étatiques, y compris par exemple des groupes armés et des entreprises. Tout au long du présent Volume, le Comité emploie l'expression « atteintes aux droits de l'homme » pour décrire ce type de comportements. Il a été demandé au Comité d'examiner certaines des atteintes aux droits de l'homme les plus flagrantes, qui ont souvent des effets dévastateurs, non seulement pour les victimes concernées et leurs familles, mais également pour les communautés et les sociétés au sein desquelles elles ont été perpétrées. Tout au long du présent Volume, le Comité emploie l'expression « atteinte grave aux droits de l'homme » pour décrire de telles exactions. Cette expression est généralement comprise comme décrivant une infraction flagrante qui s'assimile à une agression directe et manifeste aux droits de l'homme internationalement reconnus. Il s'agit par exemple, entre autres, des crimes contre l'humanité, des disparitions forcées, de l'esclavage et de la torture qui sont généralement reconnus comme étant constitutifs d'atteintes graves aux droits de l'homme. Le concept d'atteinte grave aux droits de l'homme ne cesse de se développer et de s'étendre.

1 Introduction

Le présent Volume porte sur le droit national relatif à la responsabilité civile. Dans ce document, le Comité étudie la manière dont le droit relatif à la responsabilité civile s'applique aux situations dans lesquelles des entreprises se rendent complices d'atteintes graves aux droits de l'homme.

Le Comité emploie l'expression « droit de la responsabilité civile » pour renvoyer aussi bien au droit de la responsabilité délictuelle dans les systèmes de *common law* qu'au droit des obligations extra-contractuelles dans les systèmes juridiques de droit civil¹. Ces deux ensembles de normes visent à réguler et à assurer l'application des principes de la responsabilité civile lorsqu'un préjudice est causé à une personne par le comportement d'un autre acteur et lorsque cet acteur et la victime n'entretiennent pas de relation contractuelle. Le Comité a étudié ces deux ensembles de normes en cherchant à établir les points communs entre eux. Cela lui a permis de mettre en lumière les circonstances et les modalités dans lesquelles, dans les divers systèmes juridiques, une entreprise qui se rend complice d'atteintes graves aux droits de l'homme peut voir sa responsabilité civile engagée.

Dans la Partie 2, le Comité présente les principes de base de la responsabilité civile qui sont applicables dans tous les systèmes juridiques. Il s'interroge sur la nature du facteur psychologique qui doit être établi en droit de la responsabilité civile pour qu'un acteur puisse être tenu responsable d'un acte donné. Il étudie le niveau d'implication d'une entreprise dans une atteinte grave aux droits de l'homme qui est requis avant que l'on puisse et que l'on doive la tenir responsable dans le cadre de différents types d'actions au civil. Dans la Partie 3, le Comité applique ces principes de manière détaillée à un certain nombre de situations particulières dans lesquelles des entreprises sont souvent accusées de complicité dans des atteintes aux droits de l'homme. Dans la Partie 4, le Comité examine certaines des règles et conditions en matière de procédure qui peuvent rendre difficile, pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme, le recours au droit de la responsabilité civile pour obtenir justice. Il analyse comment ces règles et conditions peuvent, et devraient, être interprétées et appliquées afin qu'elles n'entravent pas l'accès à la justice. Dans la Partie 5, le Comité se penche brièvement sur un exemple unique en son genre - existant aux États-Unis - dans lequel une législation communément désignée sous le nom de *Alien Tort Statute* (ATS, Statut de tort envers l'étranger), a été utilisée, en relativement peu de temps, comme fondement pour déposer plusieurs plaintes au civil contre des entreprises accusées d'être impliquées dans des atteintes graves aux droits de l'homme.

1 La terminologie utilisée dans les divers systèmes juridiques pour décrire ce domaine juridique peut varier selon les pays, allant du droit des obligations non contractuelles, à la responsabilité extracontractuelle, à la responsabilité civile délictuelle (en allemand : *Unerlaubte Handlung*) et au droit de la responsabilité délictuelle.

Tous les systèmes juridiques dans le monde prévoient une forme de droit de la responsabilité délictuelle ou de droit des obligations extra-contractuelles. Le champ d'investigation du Comité était dès lors très vaste². Il existe non seulement des différences générales entre le contenu du droit de la responsabilité délictuelle dans les pays de *common law* et celui du droit des obligations extra-contractuelles dans les systèmes de droit civil, mais le droit de la responsabilité civile varie également d'un pays à l'autre. Le Comité a cherché à prendre en compte ces différences tout en examinant et en identifiant les similitudes. Il s'est ainsi efforcé de décrire le type de comportements et les situations que les entreprises dans le monde entier devraient éviter si elles veulent rester dans les limites du droit de la responsabilité civile et éviter les zones de risque juridique.

1.1 Responsabilité juridique des entreprises en cas de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme : l'importance de la responsabilité civile dans la définition de la zone de risque juridique

Le Comité estime que la responsabilité civile constitue un outil de plus en plus important pour faire en sorte que la responsabilité juridique d'une entreprise qui se rend complice d'atteintes graves aux droits de l'homme soit engagée.

Tout d'abord, l'établissement de la responsabilité civile peut avoir un impact significatif sur la situation et la vie des victimes d'atteintes aux droits de l'homme en leur offrant des recours appropriés³. Elle peut aussi influencer de manière importante sur les pratiques prévalant dans une société, en augmentant le niveau d'exigence quant aux comportements considérés comme acceptables et en prévenant la répétition de certains comportements aussi bien par l'acteur reconnu responsable de ces actes

2 Le Comité n'a pas analysé de manière approfondie de nombreux domaines juridiques pertinents dans lequel la responsabilité civile peut être engagée, en particulier des domaines importants du droit du travail, du droit de l'environnement et du droit des sociétés. Le Comité estime, cependant, qu'il serait utile d'examiner à l'avenir la manière dont ces ensembles de normes sont et pourraient être utilisés pour tenir des entreprises juridiquement responsables lorsqu'elles se rendent complices d'atteintes aux droits de l'homme.

3 Dans tous les systèmes juridiques, le droit de la responsabilité civile comprend des mécanismes de recours qui peuvent souvent refléter les types de réparation requis par le droit international en cas d'atteintes aux droits de l'homme. Par exemple, le droit international prévoit qu'une réparation appropriée peut inclure, entre autres, l'un ou plusieurs des éléments suivants : la restitution, l'indemnisation, la réadaptation, la satisfaction et des garanties de non répétition. Voir par exemple l'article 34 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ; l'article 63 de la Convention américaine des droits de l'homme (infra CADH) ; l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme (infra CEDH) ; l'article 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (infra CPI), et les 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) (infra Principes des Nations unies sur le droit à réparation). Pour d'autres sources et un examen général de cette question, veuillez consulter le document publié en 2006 par la 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*.

que par d'autres acteurs opérant dans des sphères similaires ou se trouvant eux-mêmes dans des situations comparables.

Deuxièmement, dans tous les systèmes juridiques, les victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme ou leurs familles peuvent déposer elles-mêmes des plaintes au civil⁴. Cela signifie que même lorsque les autorités gouvernementales sont réticentes à l'idée d'engager des procédures pénales (parce qu'elles ont intérêt à protéger une entreprise donnée ou ses représentants contre l'engagement de leur responsabilité ou parce qu'elles veulent se protéger elles-mêmes s'il est allégué que l'entreprise s'est rendue complice d'atteintes aux droits de l'homme commises par l'État), la responsabilité juridique peut néanmoins être invoquée dans des cas de complicité présumée.

Troisièmement, bien que le droit de la responsabilité civile n'emploie pas toujours la terminologie du droit relatif aux droits de l'homme (et peut, par exemple, ne pas catégoriser les préjudices en tant que « torture », « détention arbitraire » ou « prostitution forcée »), comme cela est souligné dans la Partie 2.1 du présent document, dans tous les systèmes juridiques, ce droit protège des « intérêts » tels que la vie, la liberté, la dignité, l'intégrité physique et mentale, et la propriété⁵. Le Comité estime qu'en toutes circonstances, un préjudice porté à l'un ou à plusieurs de ces intérêts participe intrinsèquement d'une atteinte grave aux droits de l'homme et que, par conséquent, en cas d'atteintes graves aux droits de l'homme, il est généralement possible d'intenter une action au civil.

Quatrièmement, en matière de responsabilité civile, peu importe que l'entreprise, dont la responsabilité civile est invoquée, ait été un acteur primaire ou secondaire. Dans la plupart des cas, le droit de la responsabilité civile n'emploie pas le terme de complicité et n'opère pas de distinction entre les complices et les auteurs principaux de l'infraction. En général, tous les acteurs dont le comportement a contribué à un degré plus ou moins important au préjudice subi par autrui risquent potentiellement de voir leur responsabilité civile engagée, qu'ils soient ou non à l'origine de cette situation, qu'ils aient ou non provoqué de manière active ce préjudice ou qu'ils aient ou non apporté leur aide à l'auteur principal de cet acte⁶.

4 Par contre, dans le cadre d'enquêtes et de poursuites pénales, l'implication du Parquet et/ou d'autres autorités étatiques peut parfois être requise à diverses étapes de la procédure.

5 Pour une analyse de cette question, voir la Partie 2.1, p. 12.

6 Si les différents systèmes juridiques peuvent décrire de manière différente ce que recouvre le terme de « comportement » ou peuvent utiliser différentes formes de responsabilité, le Comité a conclu qu'il existe fondamentalement, dans tous les pays, un certain type de comportements qui peut placer un acteur dans une zone de risque juridique. Ce type de conduite est analysé dans la Partie 2, p. 11. Dans de telles circonstances, lorsque la responsabilité civile est établie et lorsque plusieurs acteurs sont responsables du préjudice causé, les responsables de ces actes sont généralement désignés sous le terme d'auteurs conjoints du délit ou de co-auteurs. Cependant, cette absence de catégorisation ne se retrouve pas dans tous les systèmes juridiques. Par exemple, aux États-Unis, non seulement une personne physique ou morale peut généralement être tenue responsable au regard du droit de la responsabilité délictuelle sans qu'il soit nécessaire de spécifier le rôle que cette personne a joué dans le préjudice causé, mais, dans certains cas, elle peut être spécifiquement tenue pour responsable de complicité par « aide et assistance » à la

Cinquièmement, lorsqu'on cherche à mettre en cause la responsabilité juridique d'une entreprise, le droit de la responsabilité civile peut souvent représenter la seule voie de recours possible pour les victimes. En effet, le droit de la responsabilité civile sera en toutes circonstances applicable au comportement des entreprises, des individus et des autorités étatiques. En revanche, que ce soit au niveau national ou international, les organes de surveillance des droits de l'homme, les tribunaux et les cours n'ont que très peu souvent compétence pour connaître de plaintes déposées contre des entreprises et des individus⁷, tandis que le droit pénal se limite souvent aux poursuites intentées contre des individus⁸.

Tout au long de ses recherches, le Comité a été frappé par le fait que le droit de la responsabilité civile est amené à s'adapter et s'appliquer dans de nouveaux contextes. Comme le Comité l'a souligné dans le Volume 1, les victimes d'atteintes aux droits de l'homme s'adressent de plus en plus à la justice pour contrer le pouvoir des entreprises : afin de demander des comptes aux responsables d'atteintes commises par des entreprises et chercher à obtenir une réparation juridique. Alors que les victimes d'injustices placent des attentes sans cesse grandissantes dans les recours juridiques, le droit de la responsabilité civile est amené à devoir répondre à des situations nouvelles.

Au cours des trois dernières décennies, le nombre de procédures judiciaires a augmenté de manière spectaculaire aux États-Unis sur la base d'une loi adoptée en 1789 et souvent appelée l'*Alien Tort Statute* (ATS)⁹. Cette législation, qui est examinée plus en détail dans la Partie 5, permet à des étrangers de poursuivre des acteurs privés devant des tribunaux aux USA pour leur participation présumée, dans le monde entier, à certaines des atteintes aux droits de l'homme les plus flagrantes. Cette législation n'existe qu'aux États-Unis, mais les procédures judiciaires fondées sur l'ATS ont eu un rayonnement dans le monde entier. Elles ont incité des avocats dans d'autres pays à explorer la possibilité d'engager, au sein de leur propre système juridique, la responsabilité civile d'acteurs impliqués dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité a conclu qu'à l'heure actuelle un nombre modeste, mais croissant, d'actions ont été intentées dans différents pays sur la base de la législation nationale relative à la responsabilité civile à l'encontre d'entreprises

perpétration du délit. Voir US Restatement of the Law, 2nd, Torts; et pour une analyse de cette question, voir Zerk, *Common Law Tort Liability for Corporate Participation in International Crimes: A paper prepared for the International Commission of Jurists, Expert Legal Panel on Corporate Complicity*, www.icj.org.

7 Pour une brève analyse des conditions dans lesquelles il est possible de déposer plainte contre une entreprise devant une juridiction nationale pour violation d'un droit de l'homme ou d'un droit constitutionnel, voir l'encadré 1, p. 8. Les organes de surveillance des droits de l'homme ont uniquement une compétence de contrôle sur les États, voir par exemple : l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (infra PIDCP) et l'article 1 du Premier Protocole facultatif au PIDCP ; l'article 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (infra CERD) et les articles 33 et 34 de la CEDH.

8 Voir Volume 2, Partie 9.

9 28 U. S. C. §1350 'Alien's action for tort'. Texte inclus dans le *Judiciary Act* de 1789. Cette législation est souvent appelée *Alien Tort Claims Act* (ATCA).

accusées d'implication dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité considère que ces évolutions contribuent à la formation d'un réseau de voies de recours visant à établir les responsabilités et obtenir justice, ce qui offre progressivement aux victimes davantage d'opportunités d'avoir accès à des réparations au civil lorsque des entreprises sont impliquées dans des atteintes graves aux droits de l'homme.

Bien sûr, dans le même temps, en dépit des nombreuses caractéristiques positives et importantes de la responsabilité civile, les victimes continuent, comme il sera expliqué dans la Partie 4, d'être confrontées à des obstacles considérables lorsqu'elles cherchent à engager la responsabilité d'une entreprise pour son implication dans des atteintes graves aux droits de l'homme.

Le Comité estime qu'il est de la plus haute importance que, dans le cadre des processus d'élaboration des lois et des politiques, des mesures continuent d'être prises pour lutter de manière appropriée contre les obstacles qui peuvent s'opposer à l'engagement de la responsabilité civile et garantir l'extension du champ d'application de la responsabilité civile. Aux termes du droit international relatif aux droits de l'homme, les individus ont droit à un recours et à réparation lorsque leurs droits sont violés. Les États ont l'obligation d'assurer la jouissance des droits de l'homme et doivent notamment protéger ces droits contre toute atteinte et fournir l'accès à des recours judiciaires lorsque ces droits sont violés¹⁰. Les gouvernements mentionnent souvent le droit de la responsabilité délictuelle et le droit des obligations extra-contractuelles comme des mécanismes par lesquels ils respectent ces obligations¹¹. Dans ce contexte, le Comité estime que les gouvernements doivent prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que le droit de la responsabilité civile soit un mécanisme permettant efficacement de traiter les recours relatifs aux atteintes graves aux droits de l'homme.

10 Voir l'article 2 du PIDCP ; les articles 2 et 6 de la CERD ; l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant (infra CRC) ; l'article 2, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (infra CEDAW), l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ; les articles 1 et 25 de la CADH ; l'article 1 de la CEDH. Voir également l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (infra Charte africaine) et des Principes de l'ONU sur le droit à réparation. Pour des exemples relatifs à la manière dont des organes de surveillance des droits de l'homme ou des tribunaux internationaux ont examiné l'obligation de garantir la jouissance des droits de l'homme, notamment les obligations de protéger les droits de l'homme et de garantir l'accès à des recours, voir par exemple Comité des droits de l'homme (infra CDH), *Observation générale No 31 sur l'article 2 du PIDCP*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (infra CIADH), *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, 29 juillet 1988. Pour une étude approfondie de ces questions et spécifiquement du droit à un recours et notamment à une réparation, voir le document publié en 2006 par la 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*.

11 Voir par exemple le rapport soumis par le Pérou au Comité contre la torture (CAT/C/20/Add.6, 12/08/98, paragraphe 86), le rapport du Danemark au CDH (HRI/CORE/1/Add.58, paragraphe 60), le rapport soumis à ce même organe par la France (CCPR/C/76/Add.7, paragraphe 35) et le rapport de l'Irlande au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/C/IRL/4-5 (2003)).

1.2 Identification des principes de la responsabilité civile

Sur la base d'une analyse comparative du droit de la responsabilité civile, le Comité a dégagé un certain nombre de questions auxquelles les tribunaux du monde entier doivent chercher à répondre lorsqu'ils s'efforcent de délimiter la frontière juridique entre les comportements engageant ou non la responsabilité. Dans les Parties 2 et 3 infra, le Comité met en évidence le fondement juridique de ces questions et examine en détail la manière dont il est possible d'y répondre et de les analyser lorsque des entreprises font l'objet d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Ces questions sont les suivantes :

Un préjudice a-t-il été causé à un intérêt juridiquement protégé par la loi ?

Le comportement de l'entreprise a-t-il contribué à causer ce préjudice ?

L'entreprise savait-elle que son comportement risquait de causer un préjudice à la victime ou une entreprise prudente aurait-elle été consciente de ce risque dans les mêmes circonstances ?

Eu égard à ce risque, l'entreprise a-t-elle pris les mesures de précaution qu'une entreprise prudente aurait prises afin d'éviter que ce risque ne se matérialise ?

Évidemment, si les faits et les considérations d'ordre politique varient au gré de chaque situation particulière, il en ira de même quant à la décision de tout tribunal d'imposer ou non une responsabilité civile à un acteur donné. Cependant, le Comité estime que toute entreprise prudente souhaitant éviter le risque de se rendre complice d'un préjudice sera amenée à se poser ces questions et à agir en conséquence pour modifier son mode d'action et/ou y remédier.

Encadré n°1: Droit national relatif aux droits de l'homme et droit constitutionnel

Lorsqu'il s'agit de garantir la responsabilité juridique des entreprises et de leurs dirigeants en matière d'atteintes aux droits de l'homme, le droit pénal (Volume 2) et le droit de la responsabilité civile (Volume 3) prévoient en général des mécanismes par lesquels les gouvernements respectent leurs obligations internationales en matière de protection des droits de l'homme et fournissent un accès à des voies de recours.

C'est peut-être la raison pour laquelle on considère généralement qu'en cas d'atteintes aux droits de l'homme commises par des acteurs non-étatiques, la législation nationale relative aux droits de l'homme ou la protection fournie par les droits constitutionnels n'offrent pas de mécanismes directs permettant l'établissement des responsabilités.

Cependant, le Comité a conclu que, dans un certain nombre de systèmes juridiques, des dispositions figurant dans la Constitution ou dans la législation nationale relative aux droits de l'homme fournissent en fait un fondement direct pour agir en justice à l'encontre des acteurs non-étatiques, y compris des entreprises et leurs dirigeants, lorsqu'il est allégué que leur comportement a violé un droit protégé. Dans certains systèmes juridiques, ce fondement peut être invoqué de manière générale¹² alors que, dans d'autres pays, de tels mécanismes peuvent exister eu égard à un nombre plus limité de circonstances comme, par exemple, lorsqu'une entreprise agit au nom d'un gouvernement, avec le soutien ou sous le contrôle de l'État, ou dans le cadre de l'accomplissement d'un service public¹³.

Le Comité estime qu'une action en justice fondée directement sur des principes constitutionnels ou des dispositions de protection des droits de l'homme peut jouer un rôle symbolique important pour garantir la responsabilité juridique en matière d'atteintes aux droits de l'homme. Cependant, en pratique, il est rare que de telles plaintes contre des entreprises ou leurs dirigeants faisant l'objet d'allégations d'implication dans des violations graves des droits de l'homme soient déposées. Tout d'abord parce qu'un recours constitutionnel n'est généralement possible qu'à la condition qu'aucune cause d'action ne soit prévue en vertu d'un autre ensemble de normes, y

-
- 12 Par exemple: Argentine: Constitution de l'Argentine, article 43; Portugal: Constitution du Portugal, article 18. Voir aussi Brésil : *União Brasileira de Compositores v. Arthur Rodrigues Villarinho*, R.E. 201.819-8, Supremo tribunal Tribunal fédéral Suprême, Segunda Turma, 11 octobre 2005; Irlande: *Meskill v. Coras Iompair Eireann*, Cour suprême de l'Irlande, 1973 1 I.R. 121; Nigéria: *Gbemre v. Shell Petroleum Development Co. Nigeria Ltd and Others*, disponible sur le site suivant <http://www.climatelaw.org/cases/case-documents/nigeria/ni-shell-novo5-judgment.pdf>. Cette liste n'est pas exhaustive. Dans certains systèmes juridiques, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme qui ont été incorporés dans la législation nationale peuvent avoir un effet similaire et il peut être possible d'intenter une action en justice contre des acteurs privés eu égard à tous ou certains des droits de l'homme consacrés par ces traités.
- 13 Voir par exemple Inde: *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) et *Ramana Dayaram Shetty v. Intl. Airports Auth. of India*, (1979) 3 S.C.C. 489; Nouvelle-Zélande: Bill of Rights Act de la Nouvelle Zélande, 1990, Partie 3. Tous les systèmes juridiques diffèrent quant à la manière de définir la fonction étatique ou ce qu'ils considèrent comme le fait « d'agir au nom de l'État ». Voir par exemple Inde : *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) et *Ramana Dayaram Shetty v. Intl. Airports Auth. of India*, (1979) 3 S.C.C. 489, et comparez ces arrêts avec ceux rendus par des tribunaux des États-Unis : *Food Employees v. Logan Plaza*, 391 US 308 (1986), *Holly v. Scott*, 434 F.3d 287, Cour d'appel des USA, 4th Cir.12 janvier 2006, paragraphe 293, *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* (419 US 345), et *Blum v. Yaretsky* (457 US 991)). Voir aussi la Partie 6 (3) (b) du Human Rights Act adopté par le Royaume-Uni en 1998, disponible sur : http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1 (et en ce qui concerne l'interprétation de cette disposition, voir la Déclaration du Ministre de l'intérieur, Jack Straw, HC Deb, 17 juin 1998, col. 433; YL (by her litigation friend the Official Solicitor) (FC) (Appellant) c. Birmingham City Council and others (Respondents), [2007] UKHL 27; et le Rapport du Joint Committee on Human Rights (Chambre des Lords), *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act*, 19 mars 2007).

compris le droit de la responsabilité civile¹⁴. Deuxièmement, parce que dans la majorité des pays, les recours constitutionnels donnent lieu uniquement à un constat d'inconstitutionnalité d'un comportement donné, sans prévoir d'autres formes de réparation. Pour ces raisons, et comme cela est examiné dans la Partie 2, le droit de la responsabilité civile délictuelle fournit généralement les fondements principaux des actions déposées au civil dans le type de cas examinés dans le cadre de l'enquête menée par le Comité.

Cependant, dans le même temps, il est important de rappeler que les droits constitutionnels et les dispositions relatives aux droits de l'homme ont, sans aucun doute, un impact puissant sur l'application du droit de la responsabilité civile aux faits dans chaque affaire donnée et, en particulier, dans les cas d'atteintes aux droits de l'homme. Cela s'explique par le fait que, dans la majorité des systèmes juridiques constitutionnels ou dans les systèmes disposant de législations nationales relatives aux droits de l'homme, le droit de la responsabilité civile délictuelle doit être appliqué et interprété conformément aux dispositions constitutionnelles ou aux normes relatives aux droits de l'homme¹⁵.

14 Voir par exemple Argentine: article 43 de la Constitution de l'Argentine et Irlande : *Meskill v. Coras Iompair Eireann*, 1973 1 I.R. 121.

15 Voir par exemple: Allemagne : *Lüth Case*, Cour constitutionnelle allemande, BVerGE 7, 198, 15 janvier 1958; Afrique du Sud : *Ronald Stuart Napier v. Barend Petrus Barkhuizen*, Cour d'appel suprême, 30 novembre 2005; Suisse : Tribunal fédéral suisse, *BGE 111 II 245*, 18 juin 1985.

2 Le droit de la responsabilité civile et la notion de complicité

Dans chaque système juridique, en dépit des différences en matière de terminologie et d'approches, un acteur peut être tenu responsable au regard du droit de la responsabilité civile si, suite à un *comportement négligent* ou *intentionnel*, il *cause un préjudice* à autrui¹⁶. Dans de nombreux systèmes juridiques, cet acte est qualifié de responsabilité pour faute¹⁷. La plupart des systèmes juridiques prévoient également une responsabilité sans faute applicable à des types d'activités ou à des préjudices spécifiques à l'égard desquels la responsabilité d'un individu peut être engagée même si son comportement n'était ni négligent ni intentionnel. Un exemple de ce cas de figure est la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur pour le préjudice causé par l'un de ses employés à un tiers¹⁸. Cependant, les situations dans lesquelles la responsabilité sans faute s'applique constituent généralement des exceptions spécifiques à la règle générale qui requiert l'existence d'une intention ou d'une négligence. Le Comité a donc concentré son analyse sur la responsabilité pour faute : à savoir les situations où l'existence d'un *préjudice*, d'un *comportement intentionnel* ou *négligent* et d'un *lien de causalité* sont des conditions requises pour établir la responsabilité.

Dans les pages qui suivent, en prenant en compte les différences prévalant entre les différents pays et systèmes juridiques, le Comité explique successivement le contenu de chacune de ces conditions, et il analyse leur application éventuelle à un certain nombre de situations.

-
- 16 Pour un échantillon de ce type de législations dans les pays de droit civil, voir : Code civil français articles 1382 et 1383, Code civil allemand, article 823 ; Loi finlandaise relative à la responsabilité délictuelle, article 1, Partie 1, chapitre 2 ; Code civil italien, article 2043 ; Code civil espagnol, article 1.089 ; Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine, article 106, Partie 1, chapitre VI ; Code civil des Philippines, article 20, chapitre 2 ; Code civil arménien, article 1058 (1) & (2), Partie 1, Division 9, chapitre 60, Code civil chilien, article 2314 (lu en conjonction avec l'article 2284) ; Code civil colombien, article 2341 ; Code civil brésilien article 927 ; *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554, Cour suprême du Canada. Dans les pays de *common law*, il n'existe généralement pas de dispositions législatives/codes qui énumèrent les cas pouvant engager une responsabilité délictuelle et les règles juridiques en la matière se trouvent plutôt dans les décisions de justice. En ce qui concerne les cas de négligence, voir par exemple, en Angleterre et dans le Pays de Galles : *Donoghue v. Stevenson* ([1932] A.C. 562 ; *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605. Pour une analyse comparative des systèmes juridiques européens, voir *Principles on European Tort Law, European Group on Tort* ; Article 1 (101), Law, disponible sur www.egtl.org. Pour un échantillon plus large d'exemples, voir *International Encyclopaedia of Comparative Law: Tort*, p. 5, et suivantes ; Voir également Cees Van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press.
- 17 Tous les systèmes juridiques n'utilisent pas le terme de responsabilité pour *faute* – cependant les composantes de la responsabilité pour faute décrites par le Comité (intention ou négligence, causalité et préjudice) peuvent être un fondement de la responsabilité dans tous les pays.
- 18 Voir par exemple Code civil français, article 1384 ; Code civil allemand, article 831 ; Loi finlandaise relative à la responsabilité délictuelle, Chapitre 3, Partie 1 ; Code civil italien, article 2049 ; Code civil brésilien, articles 932 et 933. Et voir également dans le présent volume, Partie 3.3 p. 42 l'analyse du Comité portant sur la responsabilité dans le cadre de partenariats économiques et de la responsabilité sans faute liées aux « activités dangereuses », dans l'encadré No 9 : Au-delà de la complicité – Atteintes aux droits de l'homme résultant d'un dommage à l'environnement.

2.1 Préjudice et atteintes graves aux droits de l'homme

L'un des principaux objectifs du droit de la responsabilité civile est de protéger les intérêts personnels et de fournir des recours à ceux qui ont subi un préjudice. Au regard du droit de la responsabilité civile délictuelle, pour avoir accès à ces recours, il faut que le préjudice trouve sa source dans la violation d'un intérêt juridiquement protégé¹⁹. Dans cette optique, le droit de la responsabilité civile délictuelle peut, *in fine*, fournir des recours pour un préjudice porté à tout intérêt qu'une société donnée estime digne de protection juridique.

Dans de nombreux systèmes judiciaires de droit civil, le droit des obligations extra-contractuelles n'énumère pas explicitement les cas dans lesquels un tel recours peut être possible et il incombe aux tribunaux de déterminer au cas par cas s'il a été porté atteinte à un intérêt légitime juridiquement protégé par la loi ouvrant droit à réparation²⁰. Dans d'autres pays de droit civil, les dispositions relatives au droit des obligations non contractuelles énumèrent explicitement les intérêts protégés²¹. Dans les pays de *common law*, le droit de la responsabilité délictuelle s'assimile davantage à la première catégorie de systèmes de droit civil et ne dresse généralement pas une liste des catégories de préjudices susceptibles de fonder des recours (notamment en ce qui concerne le délit de négligence dans les pays de *common law*)²².

Cependant, comme cela a été expliqué dans la Partie 1.1, quelle que soit l'approche adoptée dans un système juridique donné, dans tous les pays, le droit de la responsabilité civile peut être invoqué pour obtenir un recours contre toute atteinte portée à la *vie*, à la *liberté*, à la *dignité*, à l'*intégrité physique* et *mentale* et à la *propriété*. Si, de manière générale, le droit de la responsabilité civile n'emploie pas la terminologie des droits de l'homme, le Comité estime que tout préjudice porté à l'un ou à plusieurs de ces intérêts participe toujours intrinsèquement à une atteinte grave aux droits de l'homme et par conséquent, en cas d'atteintes graves aux droits de l'homme, il est toujours possible d'intenter une action civile.

19 Voir par exemple, *Principles on European Tort Law*, Article 2: 101, disponible sur www.egtl.org, qui adopte une approche européenne comparative.

20 Voir par exemple Code civil français, articles 1382 ; Code civil italien, article 2043, Code civil espagnol, article 1.089, Code civil chilien, article 2314 (lu en conjonction avec l'article 2284).

21 Voir par exemple Code civil allemand, article 823 ; Code civil des Philippines, article 32, Chapitre 2 ; Code civil de la Fédération de Russie, article 1064, Chapitre 59, Section IV, Partie 2.

22 Dans certains pays de *common law*, il existe des délits distincts du délit de négligence, qualifiés de délits intentionnels, tels que des coups et blessures volontaires ou la séquestration, qui sont définis en vue de protéger un intérêt particulier. En ce qui concerne l'intégrité physique en cas de coups et blessures volontaires, voir par exemple : *Wainwright & Anor v. Home Office* [2003] UKHL 53 (16 octobre 2003), *Collins v. Wilcock* [1984] 1 WLR 1172, *Re F* [1990] 2 AC 1 ; et concernant la liberté personnelle en cas de séquestration : Lord Goff of Chieveley, *R v. Bournemouth Community and Mental Health NHS Trust*, ex parte L., [1998] UKHL 24 ; [1999] AC 458 ; [1998] 3 All ER 289 ; Voir aussi Bird v. Jones (1845) 7 QB 742 ; *Austin and Saxby v. the Commissioner of Police of the Metropolis* [2007] EWCA Civ 989 ; et *Meering v. Grahame-White Aviation Co. Ltd.* (1920) 122 LT 44, aux paragraphes 51, 53.

Encadré n°2 : Chevron et le Nigéria

En 1998, l'armée et la police nigérianes auraient tué et torturé, dans le Delta du Niger, des manifestants et des militants écologistes qui faisaient campagne contre les forages pétroliers effectués dans la région par une filiale de Chevron. En 2004, une plainte a été déposée devant une juridiction civile aux États-Unis contre l'entreprise Chevron et ses filiales concernées²³. Les demandeurs ont allégué que ces entreprises étaient impliquées dans la planification et la perpétration de ces attaques : à savoir qu'elles avaient demandé contre rémunération aux autorités nigérianes d'assurer la sécurité de leurs opérations commerciales, qu'elles les avaient accompagnées lors des attaques, leur avaient fourni des renseignements et autres informations et avaient participé à la planification et à la coordination des opérations de sécurité. Il a également été soutenu que les entreprises avaient fourni à l'armée et à la police les moyens de mener ces attaques – y compris en leur livrant des armes, des hélicoptères et des bateaux.

Les entreprises ont nié ces allégations en bloc²⁴. À ce jour, leur responsabilité n'a pas été établie. Cette plainte a donné lieu à un certain nombre de jugements préliminaires au cours desquels un tribunal de district américain a estimé que les demandeurs avaient soulevé des éléments de fait donnant matière à procès, permettant ainsi la poursuite de cette procédure judiciaire²⁵. Par exemple, dans l'une de ces décisions, le tribunal a affirmé que « les demandeurs ont fourni des éléments de preuve indiquant que le personnel de CNL (Chevron Nigeria Limited) était directement impliqué dans ces attaques ; que CNL avait transporté des forces de sécurité gouvernementales ; CNL avait payé ces forces de sécurité gouvernementales et CNL savait que ces forces étaient susceptibles de recourir à un usage excessif de la force. Ces faits, entre autres, suffisent à donner matière à procès afin d'établir si CNL savait que les forces de sécurité gouvernementales planifiaient une attaque et si CNL avait donné son accord pour que ces forces commettent ces attaques²⁶ ».

23 *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*. Pour des informations supplémentaires et des liens vers des documents et des décisions de justice relatives à ces questions, voir : <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ChevronlawsuitreNigeria>.

24 *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*, Defendants' Answer to Tenth Amended Complaint for Damages.

25 Voir par exemple *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*, 14 août 2007, Case 3:99-cv-02506-SI, Document 1640, Order Re: Defendants Motion for Summary Judgement on Plaintiffs' Claims 10 Through 17.

26 *Ibid.*

2.2 Faute : intention ou négligence

Lorsqu'il est porté atteinte à des intérêts juridiquement protégés, le droit de la responsabilité civile vise à attribuer la responsabilité de ce préjudice aux acteurs qu'elle considère devoir à juste titre en porter le poids au vu des circonstances. Cela signifie que le droit de la responsabilité civile engage uniquement la responsabilité des acteurs dont le comportement est considéré comme contraire à une norme dont le respect pouvait être légitimement attendu par la société, au vu des circonstances. Comme cela a été signalé supra, dans tous les pays, un comportement *intentionnel* et *négligent* qui porte atteinte à des intérêts légalement protégés est considéré par les tribunaux comme ne respectant pas les attentes légitimes de la société et pourrait donc engager la responsabilité civile des auteurs de ces actes²⁷.

Au-delà de la sphère juridique, les concepts d'intention et de négligence ont des significations claires et simples qui ont acquis une résonance universelle, l'intention évoquant une volonté d'agir d'une manière spécifique²⁸ tandis que la négligence renvoie à une certaine forme d'insouciance ou à un manque de prévoyance et d'attention²⁹. Bien que les significations juridiques des notions d'intention et de négligence englobent ces significations communes, elles ont des acceptions plus spécifiques et, au regard du droit de la responsabilité civile, lorsqu'il s'agit d'établir qu'un acteur a agi de manière négligente ou intentionnelle, il peut être nécessaire de prendre en compte un certain nombre de conditions que le Comité examine infra.

Les cas où des entreprises désirent réellement participer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme et souhaitent infliger des préjudices constituent plutôt l'exception que la règle. Cependant, en matière de responsabilité civile, dans les cas d'atteinte à la vie, à la liberté, à l'intégrité physique et mentale d'un individu ou à la propriété, il importe peu de savoir si l'auteur de ces actes souhaitait effectivement porter préjudice à un tiers. Dans ce type de cas, l'examen mené par un tribunal pour déterminer si ce comportement était intentionnel ou a résulté d'une négligence ne portera pas sur la question de savoir s'il existait un désir de causer un préjudice mais plutôt sur ce que l'entreprise *savait* quant à la probabilité que sa conduite entraînerait des préjudices (dans le cas d'un acte intentionnel) ou ce qu'elle aurait dû savoir (dans le cas d'un acte par négligence).

27 Pour des exemples, voir note en bas de page 16, p. 11

28 « Purpose, Goal ; aim » (but, objectif ; finalité). *Collins English Dictionary*, Millenium Edition.

29 « Lacking attention, care or concern ; careless or nonchalant » (manquer d'attention, être négligent, nonchalant). *Collins English Dictionary*, Millenium.

Intention

Dans la majorité des systèmes juridiques, au-delà des différences de terminologie, en matière de responsabilité civile, il est souvent considéré qu'un acteur a agi de manière intentionnelle s'il a adopté volontairement un certain type de comportement tout en sachant que celui-ci risquait fortement d'entraîner un préjudice³⁰. Dans cette optique, peu importent le mobile de l'acteur et s'il avait l'intention de nuire ou un désir réel d'infliger un préjudice³¹. Dans de nombreux pays de droit civil, le fait d'agir en sachant qu'un préjudice risque d'être causé par un comportement donné est qualifié d'action impliquant un *dolus eventualis* : à savoir un acteur sait que son comportement peut entraîner un préjudice et, même s'il espère en réalité qu'aucun préjudice n'en découlera, il en accepte l'éventualité en adoptant tout de même cette conduite. En matière de droit de la responsabilité civile, dans les pays de *common law*, le contenu de l'intention varie en fonction du délit. Cependant, en ce qui concerne les délits intentionnels portés à des intérêts protégés (par exemple la vie, la liberté ou l'intégrité physique ou mentale) tels que des coups et blessures volontaires et la séquestration³², là encore, le fait d'adopter de manière volontaire un comportement donné, tout en sachant que celui-ci risque d'entraîner un préjudice, peut entraîner l'engagement de la responsabilité³³.

Négligence

De même, dans la plupart des systèmes juridiques, en matière de responsabilité civile, pour déterminer s'il y a eu négligence, peu importent l'existence d'un mobile ou le fait de savoir s'il y avait ou non une intention de nuire ou un désir d'infliger un préjudice. En outre, dans tous les pays, contrairement aux critères requis pour l'établissement de l'intention, pour démontrer qu'un acteur a agi avec négligence, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il avait conscience ou percevait le risque de préjudice. Comme cela est expliqué en détail infra, un acteur peut être considéré comme ayant agi avec négligence si le droit estime que, dans ces circonstances, il aurait dû prévoir le risque.

30 Pour un examen général des approches de ces différents systèmes, voir *International Encyclopaedia of Comparative Law, Tort* p. 31.

31 Parfois des actions en justice peuvent être fondées sur un préjudice spécifique ou un comportement particulier pour lesquels un motif visant à infliger un préjudice ou une intention malveillante de nuire sont requis, mais il s'agit là généralement d'exceptions et ces cas n'ont pas été pris en compte dans l'analyse menée par le Comité. Parmi les exemples de ce type de situations figurent la responsabilité suite à une violation d'un droit en France ; la responsabilité pour un préjudice contraire aux principes éthiques en Allemagne, voir Code pénal allemand, article 826 ; et la responsabilité pour poursuite malveillante en Angleterre et au Pays de Galles, voir *Mitchell v. Jenkins*, 1835.

32 Voir note de bas de page 22, p. 12

33 Royaume-Uni: *Bradford Corporation v. Pickles*, 1895 A.C. 587; *Daily Mirror Newspapers, Ltd. v. Gardner and Another*, 1968 2 Q.B. 768; Canada: *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551.

Le Comité a constaté qu'en cas d'atteintes portées à la vie, la liberté, la dignité, l'intégrité physique et mentale et la propriété, un comportement négligent suffit souvent pour engager la responsabilité. Par conséquent, la plupart du temps, dans les pays de droit civil, lorsqu'un préjudice est causé à ce type d'intérêts, on n'accorde aucune importance à la distinction entre la notion de négligence et celle d'intention. La responsabilité civile peut ainsi être engagée à partir du moment où l'on démontre que, à tout le moins, un acteur a fait preuve de négligence (et que les critères de préjudice et de causalité sont réunis). Ainsi, lorsqu'il est porté atteinte à ces intérêts, les tribunaux dans les systèmes de droit civil se préoccupent rarement de rechercher l'existence d'une intention. Bien que le droit de la responsabilité délictuelle dans les systèmes de *common law* prévoit explicitement quelques fondements d'actions en justice visant à assurer un recours uniquement pour les préjudices infligés de manière intentionnelle à certains intérêts spécifiques³⁴, en cas d'atteinte à la vie, la liberté, la dignité, l'intégrité physique et mentale et la propriété, la négligence peut toujours constituer un fondement d'action, même si le critère plus élevé de l'intention n'est pas rempli.

Dans la mesure où, dans tous les systèmes juridiques, le comportement négligent représente le critère déterminant lorsqu'il s'agit d'établir le type de comportement pouvant engager la responsabilité civile, le Comité étudie plus en détail dans les pages suivantes les éléments constitutifs d'une conduite négligente.

Encadré n°3: Établir l'état d'esprit d'une entreprise en tant que personne morale

Si le droit de la responsabilité délictuelle et le droit des obligations non contractuelles peuvent engager la responsabilité des entreprises aussi bien que celle des personnes physiques, les entreprises n'ont pas d'existence physique au même titre que les individus et, contrairement aux êtres humains, elles ne bénéficient pas d'un cerveau et elles ne sont pas animées. Par conséquent, pour établir l'état d'esprit d'une entité commerciale (à savoir, a-t-elle adopté un comportement préjudiciable intentionnellement ou par négligence ?), il faut se référer à l'état psychologique des êtres humains liés à cette entreprise.

« Une personne vivante est douée d'un esprit qui peut avoir une connaissance ou une intention ou qui peut être négligent et elle a des mains pour mettre en œuvre ses intentions. Une entreprise ne possède aucun de ces attributs : elle doit agir par l'intermédiaire de personnes vivantes, bien qu'il ne s'agisse pas toujours d'une seule ou de la même personne. En

34 Par exemple, comme cela a été mentionné supra, les délits d'« atteinte à la personne » : coups et blessures volontaires, agression, séquestration. Voir note de bas de page 22, p. 12.

l'occurrence, la personne qui intervient ne parle pas ou n'agit pas pour le compte de l'entreprise. Elle agit en tant qu'entreprise et l'esprit qui guide son action représente l'esprit même de l'entreprise. L'entreprise ne saurait en aucun cas être considérée comme responsable du fait d'autrui. L'individu n'agit pas à titre de serviteur, de représentant, d'agent ou de délégué. Il est une incarnation de l'entreprise ou, pourrait-on dire, il entend et parle en exprimant la personnalité de l'entreprise, dans sa sphère de compétence et son esprit est l'esprit de l'entreprise³⁵. »

Le Comité a constaté que, dans les différents systèmes juridiques, lorsqu'il s'agit d'établir si une entreprise a agi intentionnellement ou avec négligence, le droit prend uniquement en compte l'état psychologique de certains employés ou cadres de l'entreprise³⁶. Du point de vue juridique, « certains des employés de l'entreprise sont de simples serviteurs et agents qui ne sont rien de plus que les mains qui effectuent le travail et l'on ne saurait considérer qu'ils représentent l'état d'esprit ou la volonté [de l'entreprise]³⁷.

En règle générale, le Conseil d'administration, le Directeur général et les autres cadres supérieurs d'une entreprise sont considérés comme parlant et agissant en tant que l'entreprise et par conséquent leur état psychologique fera l'objet d'un examen par tout tribunal cherchant à déterminer l'état d'esprit de l'entreprise³⁸. Le droit reconnaît également que ces cadres peuvent dans certains cas déléguer leurs fonctions à d'autres employés de l'entreprise - dans ce cas, l'état psychologique de ces derniers peut fournir un élément de preuve de l'état d'esprit de l'entreprise.

Bien qu'il puisse exister des différences dans la terminologie employée en droit de la responsabilité délictuelle dans les pays de *common law* et en droit des obligations non contractuelles dans les pays de droit civil pour décrire les critères formels requis pour déterminer qu'il y a eu négligence, les éléments d'ordre politique, qui sous-tendent ces critères formels, et orientent l'application du droit par les tribunaux, sont similaires. Ainsi, dans la plupart des systèmes juridiques, pour déterminer si un comportement est dû ou non à une négligence, un tribunal est amené à se poser à peu près les mêmes questions, même si elles sont formulées différemment selon

35 *Tesco Supermarket v. Nastrass*, [1971] 2WLR 1166 (UK).

36 Pour l'Angleterre et le Pays de Galles, voir par exemple : *Tesco Supermarket v. Nastrass*, [1971] 2WLR 1166 (UK).

37 Lord Denning, *Bolton (Engineering) Co. v. Graham* [1957] 1 Q-B. 159 (UK).

38 « D'autres sont des directeurs ou des cadres qui représentent l'état d'esprit de la direction et la volonté de l'entreprise et contrôlent ce qu'elle fait. L'état d'esprit de ces cadres est l'état d'esprit de l'entreprise et est traité comme tel par la loi. » *Lord Denning, Bolton (Engineering) Co. v. Graham* [1957] 1 Q-B. 159 (UK).

les pays et même s'il peut y avoir des considérations explicites ou implicites selon le système juridique concerné.

En termes simples, une entreprise peut potentiellement être tenue juridiquement responsable pour négligence si elle ne fait pas preuve de la diligence exigée d'elle par le droit de la responsabilité civile.

Même si les éléments pris en considération peuvent être formulés différemment, pour établir si une entreprise a été suffisamment prudente, il s'agit pour l'essentiel de se poser les questions suivantes :

L'entreprise connaissait-elle, ou aurait-elle dû connaître, le risque de préjudice qui était impliqué par son comportement?

L'entreprise a-t-elle pris des mesures suffisantes pour empêcher que le risque ne se matérialise ?

Dans tous les systèmes juridiques, un tribunal sera amené à examiner ces deux questions en se fondant sur ce que, selon lui, une personne raisonnable aurait su et aurait fait dans ces circonstances³⁹. La personne raisonnable, telle qu'elle est conçue en droit de la responsabilité civile, ne représente pas le plus petit dénominateur commun, mais est au contraire un acteur responsable, prudent, « un membre honorable de la société⁴⁰ ». Le Comité a noté qu'alors que le niveau des attentes sociales continue de se développer et de s'élever, il en va de même des attentes placées sur cette personne raisonnable en droit de la responsabilité civile, et les exigences posées en matière de comportement raisonnable aujourd'hui seront toujours plus élevées qu'elles ne l'étaient hier.

Comme l'indiquent les deux questions présentées supra, les facteurs-clés permettant d'établir si un type de comportement a été ou non négligent, ont trait (1) à la connaissance qu'une entreprise avait, ou aurait dû avoir, quant au risque de préjudice causé par son comportement et (2) au fait de savoir si elle a pris des mesures

39 Voir par exemple l'article 276 du Code pénal allemand: « Une personne agit avec négligence lorsqu'elle ne fait pas preuve d'une diligence raisonnable » ; pour l'Angleterre et le Pays de Galles, voir : *Blyth v. Company of Proprietors of the Birmingham Waterworks* (1856) 156 ER 1047, 1049 (citation infra); et d'un point de vue de droit comparé, voir par exemple Article 4:102 (1) Required Standard of Conduct, *Principles of European Tort Law*, disponible sur www.egtl.org. « La norme de comportement requise est celle d'une personne raisonnable dans ces mêmes circonstances et dépend, en particulier, de la nature et de la valeur de l'intérêt protégé concerné, du caractère dangereux de l'activité, de l'expertise que l'on peut attendre de la personne menant cette activité, de la prévisibilité du préjudice, de la relation de proximité ou de dépendance spécifique entre les personnes impliquées ainsi que de la disponibilité et du coût de mesures de précaution ou de méthodes alternatives ».

40 En France et dans des systèmes juridiques similaires, on parle du « bon père de famille ». En Angleterre et dans le Pays de Galles, voir par exemple *Blyth v. Company of Proprietors of the Birmingham Waterworks* (1856) 156 ER 1047, 1049 (UK): « La négligence est l'omission d'un acte qu'une personne raisonnable, guidée par les considérations qui orientent généralement la conduite des affaires humaine ferait, ou le fait d'accomplir un acte qu'une personne prudente et raisonnable ne ferait pas ». Pour une analyse de cette question, voir Cees Van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press.

suffisantes pour minimiser ce risque. Ces deux éléments sont évalués et analysés plus en détail infra.

Lorsque l'on cherche à comprendre le type de réponses que le droit de la responsabilité civile apporte à ces deux questions au vu d'une certaine situation de fait, il est important de se rappeler que, dans la plupart des pays, tout dommage corporel ou toute conduite préjudiciable n'engagent pas nécessairement la responsabilité de l'auteur. Le droit de la responsabilité civile peut introduire des conditions qui limitent les circonstances dans lesquelles la responsabilité d'un acteur peut être imposée⁴¹. Par exemple, dans certains pays de *common law*, l'établissement de la responsabilité, en cas de négligence, requiert l'existence d'un « devoir de diligence »⁴². Pour qu'un acteur ait à l'égard d'autrui un devoir de diligence, il doit être prévisible que son comportement risque de causer un préjudice à un acteur ou à une catégorie d'acteurs spécifiques. Bien que les systèmes de droit civil ne se réfèrent pas à ce devoir de diligence, certains systèmes juridiques peuvent exiger que la conduite en question ait non seulement été effectuée sans la diligence voulue, mais qu'elle ait aussi un caractère « illégal »⁴³. La signification de l'« illégalité » varie selon les systèmes juridiques et peut être plus ou moins précisément définie, mais on considère généralement que cette notion inclut des actes tels que la violation du droit d'un autre acteur, le non-respect d'une obligation juridique ou l'infraction d'une disposition légale spécifique⁴⁴. D'autres systèmes juridiques n'introduisent pas de manière explicite de tels mécanismes de contrôle quant aux circonstances dans lesquelles la responsabilité peut être engagée pour comportement négligent, mais, comme cela sera examiné dans la Partie 2.3., ils peuvent plutôt limiter implicitement l'engagement de la responsabilité par le biais de critères de causalité⁴⁵.

2.2.1 Connaissance ou prévisibilité du préjudice

Lorsqu'il est amené à établir si une entreprise prudente aurait pu prévoir un risque donné, un tribunal va examiner les éléments de preuve objectifs relatifs à la nature des informations disponibles concernant le risque encouru – en se fondant, par exemple, sur l'expérience passée de l'entreprise ou sur ses employés et consultants ainsi que sur les médias et la société civile. Dans les cas où il est allégué que le

41 Ces conditions jouent généralement un rôle particulièrement central dans certains cas particuliers, par exemple lorsque le préjudice en question a été causé par omission, en cas d'allégation de la responsabilité d'organismes publics ou lorsque le préjudice pour lequel un recours est invoqué est une « perte purement économique » d'ordre financier.

42 Voir par exemple pour le Royaume-Uni : *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605, et voir Winfield et Jolowicz *on Tort* (2006), paragraphe 5-2ff.

43 Voir par exemple l'article 823 du Code pénal allemand : « Une personne qui, de manière intentionnelle ou par négligence, porte illégalement atteinte à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à un autre droit d'une autre personne est tenue d'indemniser l'autre partie des dommages provoqués par ce comportement ». Voir également Code civil autrichien, article 1294 ; et Code civil et commercial thaïlandais, article 420.

44 Voir par exemple l'article 823 du Code civil allemand.

45 Ceci est le cas en France et dans de nombreux systèmes juridiques qui s'inspirent du système français.

comportement d'une entreprise a aidé un autre acteur à infliger un préjudice, des questions peuvent être soulevées quant à la nature des informations dont disposait l'entreprise, y compris sur les pratiques et le comportement passé de cet acteur. Bien sûr, avec le temps, à mesure que les moyens de communication et les informations deviennent de plus en plus disponibles, le niveau de ce qui est considéré comme raisonnablement prévisible s'élève également.

Ce type de questions a, par exemple, été soulevé dans de nombreuses plaintes déposées au civil dans plusieurs pays suite aux préjudices à la santé subis par certains employés en raison de leur exposition à l'amiante sur leur lieu de travail⁴⁶. Dans ces affaires, les tribunaux ont décidé que, à partir d'un moment donné, les entreprises savaient que l'exposition à l'amiante entraînait des risques pour la santé de leurs employés. Les tribunaux ont déterminé la connaissance des entreprises en se fondant sur leurs déclarations montrant qu'elles étaient conscientes de ce risque⁴⁷, et sur le fait qu'elles disposaient d'une documentation importante en la matière⁴⁸. Cependant, même en l'absence de tels éléments de preuve, les tribunaux auraient pris en compte l'état des connaissances généralement disponibles à cette époque et se seraient prononcés sur la base de la connaissance d'une personne raisonnable.

Au-delà de la question relative au type d'informations généralement disponibles, le Comité a observé que le droit de la responsabilité civile peut considérer qu'au vu des circonstances, une personne raisonnable, qui serait à la place de l'entreprise, aurait diligenté une enquête pour connaître les risques potentiels engendrés par sa conduite et aurait, en conséquence, prévu le risque de préjudice. En ce sens, le droit de la responsabilité civile requiert souvent d'une entreprise qu'elle mène une enquête avec toute la diligence voulue, en effectuant une étude et un inventaire des risques potentiels pour les tiers qui pourraient être liés à ses activités. De manière générale, plus le risque encouru par des tiers est grave, moins il sera aisé pour les entreprises de démontrer qu'elles ne connaissaient pas ou n'auraient pas pu connaître ce risque, si ce dernier se matérialise.

46 *Wren v. Csr Ltd & Another* [1997] NSWDDT 7; (1997) 15 NSWCCR 45 (8 août 1997), Australie, Dust Diseases Tribunal of New South Wales; *John Pinder v. Cape LPC*, (2006) EWHC 3630 (QB), 20 décembre 2006.

47 *John Pinder v. Cape LPC*, (2006) EWHC 3630 (QB), 20 décembre 2006.

48 *Wren v. Csr Ltd & Another* [1997] NSWDDT 7; (1997) 15 NSWCCR 45 (8 août 1997), Australie, Dust Diseases Tribunal of New South Wales.

Encadré n°4 : Questions pratiques relatives à la connaissance et à la prévisibilité d'un risque

Le Comité estime qu'une entreprise qui cherche à éviter le risque de voir sa responsabilité civile engagée doit se poser les questions suivantes quant à la prévisibilité d'un risque :

- L'entreprise possède-t-elle des informations tangibles indiquant que des atteintes graves aux droits de l'homme peuvent avoir lieu dans une situation particulière ?
- Ce type de risques a-t-il été porté à l'attention de l'entreprise par d'autres acteurs ?
- D'autres acteurs impliqués dans cette situation ont-ils commis par le passé des atteintes aux droits de l'homme ?
- Des informations publiquement disponibles ont-elles attiré l'attention sur ce risque d'atteintes aux droits de l'homme dans un tel contexte ou dans un cadre plus général ?
- Des informations, à disposition des experts familiarisés avec le contexte, la situation, le lieu et/ou les acteurs concernés, soulignent-elles le risque d'atteintes graves aux droits de l'homme ?
- L'entreprise a-t-elle (guidée par l'exemple des meilleures pratiques) mené des enquêtes visant à (1) déceler le risque de préjudice et (2) examiner de manière exhaustive tous les aspects du risque de préjudice que sa conduite contribuerait, d'une manière ou d'une autre, à provoquer ?

2.2.2 Prendre des mesures de précaution

S'il est établi qu'une entreprise connaissait, ou aurait dû connaître, l'existence d'un risque, la deuxième question à se poser concerne les mesures qu'elle aurait dû prendre pour empêcher que le préjudice ne se matérialise. Quel était le degré de gravité de ce préjudice potentiel ? Quelle était la probabilité que ce préjudice survienne ? Quelle aurait été l'attitude d'une personne raisonnable qui aurait mesuré ce risque ? Y avait-il d'autres lignes de conduite possibles ? Est-ce que le risque aurait pu être évité ? Était-il possible de prendre des mesures préventives ou des mesures visant à réduire le risque et, le cas échéant, pourquoi ces mesures n'ont-elles pas été prises ?

Au regard du droit de la responsabilité civile, la responsabilité peut être engagée non seulement en cas de comportement causant directement un préjudice, mais également si l'acteur ne fait rien, c'est-à-dire s'il s'abstient d'agir ou s'il garde le silence⁴⁹. Cela signifie que, pour prendre des mesures de précaution, une entreprise doit non seulement s'abstenir d'adopter un certain comportement, par exemple fournir des armes à un acteur donné, mais elle peut, en outre, être amenée à devoir agir de manière préventive afin de protéger un tiers ou faire en sorte qu'un acteur cesse d'agir d'une certaine façon. Il peut certes être difficile de délimiter clairement la frontière entre les actes et les omissions. Cependant, dans tous les pays, le droit de la responsabilité civile reconnaît que, dans certaines circonstances, on peut imposer un devoir d'agir⁵⁰. Dans les pays de *common law* comme dans ceux de droit civil, le droit aura davantage tendance à imposer un tel devoir d'agir lorsqu'une entreprise entretient un lien spécial avec l'auteur principal de l'atteinte, avec la victime, le lieu où le préjudice a été causé, ou les moyens par lesquels ce préjudice a été infligé.

En effet, qu'il s'agisse des actes ou des omissions, il est généralement avéré que plus les relations qu'entretient une entreprise avec la victime sont étroites, notamment dans le temps et l'espace, et plus les rapports qui ont été noués avec le principal auteur de l'atteinte sont anciens et étroits, plus le tribunal sera alors enclin à conclure que l'entreprise aurait dû prendre des mesures positives particulières pour éviter qu'un risque de préjudice ne se matérialise.

En outre, au regard du droit de la responsabilité civile, plus le risque est élevé, plus l'entreprise doit faire preuve de prudence. Cela signifie que plus le risque est grand que des tiers soient négativement affectés par le comportement d'une entreprise ou plus le préjudice en question est grave, plus une entreprise doit faire preuve de prudence. Par exemple, dans le cas de l'amiante, le risque pour la santé est considéré comme étant tellement élevé que l'utilisation de ce matériel a été interdite. Les entreprises qui procèdent à des travaux de désamiantage doivent fournir à leurs employés un équipement doté de la sécurité la plus élevée. Les *conséquences graves* pour la santé d'un employé, au cas où il contracterait une maladie due à l'amiante, exigent la plus grande précaution de la part de l'employeur. Dans d'autres cas, lorsque le risque est moins grave ou moins immédiat, il pourrait suffire d'avertir

49 On emploie parfois le terme de “*nonfeasance*” (inexécution d'une obligation).

50 Pour une brève étude comparative du droit européen, voir l'article 4:103 du *Principles of European Tort Law*, disponible sur www.egtl.org: « Il peut exister un devoir d'agir positivement afin de protéger autrui d'un préjudice si cela est prévu par la loi. Ce devoir existe également lorsque l'acteur crée ou contrôle une situation dangereuse, lorsqu'il y a une relation spéciale entre les parties ou lorsque d'un côté le caractère grave du préjudice et de l'autre la facilité avec laquelle il aurait été possible d'éviter ce préjudice. » Dans les systèmes juridiques de *common law*, la question de savoir si une responsabilité par omission peut être invoquée est généralement traitée par le biais de l'analyse du devoir de diligence, voir par exemple: *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605. En Allemagne, l'article 823 (1) du Code civil allemand est considéré comme englobant la responsabilité par omission pour un préjudice porté à l'intérêt et/ou au droit d'autrui : RG 30 octobre 1902, RGZ 52, 373; et en France l'article 1383 du Code civil français est considéré comme couvrant la responsabilité aussi bien pour des actes positifs que pour des omissions. Pour une analyse de cette question voir *European Tort Law*, Cees van Dam, p. 205.

les victimes potentielles du risque qu'elles encourent⁵¹. Cela n'empêche pas le risque mais cela réduit les possibilités que ce risque se matérialise.

Encadré n°5 : Initiatives volontaires : Guide à l'intention des entreprises quant à la prévisibilité des risques et aux mesures de précaution

Le Comité a constaté que, dans certaines situations, il existe un certain nombre d'initiatives volontaires et de lignes directrices qui fournissent à des entreprises opérant dans des domaines donnés, des exemples de bonnes pratiques leur permettant d'identifier et d'évaluer les risques prévisibles et de prendre, en conséquence, les mesures de précaution appropriées. Même si ces textes ne sont pas des instruments juridiques et n'ont pas d'effet juridique dans les procédures civiles nationales, de telles initiatives peuvent parfois fournir aux entreprises, aux avocats et au pouvoir judiciaire, des exemples concrets de bonnes pratiques et des indications quant aux types de comportements appropriés.

Cependant, le Comité a également noté qu'une entreprise ne saurait se contenter de suivre les orientations présentées dans ces initiatives pour s'assurer qu'elle n'entre pas dans une zone de risque juridique. Les initiatives volontaires existantes ne traitent pas de tous les cas et circonstances dans lesquelles une zone de risque juridique peut surgir. En outre, même lorsqu'il existe des directives volontaires adéquates, il peut arriver que les exigences juridiques applicables soient plus élevées ou plus spécifiques.

Prévisibilité des risques : Parfois, la simple adoption ou introduction de telles initiatives souligne le fait que, dans certains cas ou contextes, ou eu égard à certaines activités, les risques de préjudices et d'atteintes aux droits de l'homme sont généralement considérés comme étant prévisibles. Par exemple, le nombre de codes de conduite à l'intention des fabricants, des détaillants et de toutes les autres entreprises travaillant dans la chaîne d'approvisionnement du textile, promus par des industries et des ONG, mettent en lumière le fait qu'il existe un risque généralement reconnu que des atteintes aux droits de l'homme sont susceptibles d'être commises dans de tels contextes, y compris le recours au travail forcé et au travail des enfants⁵².

51 Par exemple, un fabricant de médicaments peut, sous certaines conditions, mettre sur le marché un médicament qui peut avoir certains effets secondaires, à condition qu'il informe de manière adéquate les utilisateurs/patients quant à ces effets.

52 Voir par exemple: Fair Labour Association, Code of Conduct: http://www.fairlabor.org/all/code/FLA_PRINCIPLES_OF_MONITORING.pdf.

Prévisibilité des risques et mesures de précaution : Certaines initiatives volontaires fournissent parfois des exemples du type d'évaluations que les entreprises devraient mener afin d'identifier les risques potentiels (prévisibilité) et le type d'activités nécessaires pour atténuer ces risques (mesures de précaution). Par exemple, les Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme recommandent un certain nombre de mesures que les entreprises impliquées dans les services assurant la sécurité publique et privée devraient prendre afin à la fois d'évaluer les risques potentiels et de répondre à ces risques⁵³.

Mesures de précaution : Les initiatives volontaires fournissent souvent des exemples du type de mesures que les entreprises pourraient prendre afin de minimiser ou d'éliminer les risques. Par exemple, le Processus de certification de Kimberley met en avant un certain nombre de mesures que les entreprises achetant et vendant des diamants devraient prendre afin de minimiser le risque que, via le commerce de diamants, elles soutiennent financièrement et contribuent à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme⁵⁴.

2.3 Causalité et complicité

Comme il a été précisé supra⁵⁵, lorsqu'un préjudice est subi dans le cadre du principe de la responsabilité pour faute, le droit de la responsabilité civile engage uniquement la responsabilité des acteurs dont le comportement négligent ou intentionnel est lié, ou a contribué de quelque manière que ce soit, à ce préjudice. L'analyse menée par le Comité a visé à examiner les circonstances dans lesquelles il est possible, en matière de responsabilité civile, de conclure qu'une complicité dans une atteinte grave aux droits de l'homme constitue un tel lien ou une telle contribution.

En matière de responsabilité civile, la question de savoir s'il existe ou non un lien suffisant entre un comportement donné et le préjudice subi n'est pas simple à déterminer et les tribunaux sont amenés à prendre en compte de nombreuses questions différentes d'ordre factuel, juridique et politique pour établir l'existence de l'élément requis du lien ou de la contribution. Dans le même temps, en dépit de ces complexités, il existe des points communs entre les divers systèmes juridiques et,

53 Voir les Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme : http://www.voluntaryprinciples.org/files/principes_volontaires_francais.pdf.

54 Voir <http://www.kimberleyprocess.com>.

55 Voir p. 14.

chaque fois que le comportement d'une entreprise constitue une *cause* du préjudice subi, l'entreprise se trouve potentiellement dans une zone de risque juridique⁵⁶.

Au regard du droit de la responsabilité civile, pour qu'un comportement constitue une *cause* de préjudice, il doit y avoir un lien de causalité entre le comportement en question et le préjudice. C'est une question de fait. Une fois cet élément établi, des considérations d'ordre juridique et politique entrent en jeu afin de déterminer si ce lien de causalité est suffisamment étroit pour justifier l'engagement de la responsabilité. À cet égard, la plupart des systèmes juridiques estiment que « certaines limitations doivent être établies en matière de responsabilité juridique dans la mesure où, en théorie, les conséquences d'un acte peuvent s'étendre à l'infini »⁵⁷.

2.3.1 Causalité factuelle

Pour déterminer si cette relation de causalité est ou non présente, la question principale que les tribunaux se posent est de savoir si ce comportement a été ou non une condition sans laquelle le préjudice ne serait pas survenu⁵⁸. Chaque fois qu'un préjudice est subi, il existe de nombreux faits, importants ou modestes, proches ou distants qui forment une chaîne de causalité menant à l'infliction du préjudice, sans lesquels celui-ci ne serait pas survenu ou aurait été d'une nature différente ou d'un degré moindre. D'un point de vue factuel, si un comportement donné constitue un élément dans cette chaîne de causalité, même si ce n'est pas la cause unique ou principale⁵⁹, le lien requis sera établi.

En cas d'atteinte grave aux droits de l'homme, le Comité estime qu'en général il existe plusieurs acteurs dont le comportement négligent a un lien de causalité avec l'atteinte et le préjudice qui en a résulté. Pour retracer la chaîne de causalité, il est nécessaire d'aller au-delà de l'auteur principal (qu'il s'agisse du gouvernement, d'un groupe armé, ou d'un autre acteur) et de comprendre les nombreux facteurs qui ont rendu possible la perpétration de ces atteintes. Par exemple, lorsque des

56 Pour des exemples de sources, voir note en bas de page 106.

57 Cour d'appel d'Afrique du Sud, *Minister Of Safety And Security v. Hamilton* (457/2002) [2003] ZASCA 98 (26 septembre 2003), paragraphe 42; et voir aussi Cour d'appel d'Afrique du Sud, *International Shipping Co (Pty) Ltd v. Bentley* (1990 1 SA 680 (A) 700F-H).

58 Cet élément est communément désigné par l'expression « *Conditio Sine Qua Non* ». Voir par exemple, Article 3:101. Causation, *Principles of European Tort Law*, disponible sur <http://www.egtl.org>. En anglais, cette évaluation est souvent appelée "but for test" (le critère du facteur déterminant): Est-ce que le préjudice se serait produit *n'eût été* le comportement en question? Pour l'approche adoptée dans des pays de *common law*, voir par exemple *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*, 1969 1 QB 428 et pour une analyse de cette question : Hoffman *Causation*, *Law Quarterly Review*, 2005, 121(Oct), 592. Pour déterminer si oui ou non le lien requis est présent, il faut procéder à une sorte d'enquête hypothétique et rétrospective quant à ce qui aurait pu se passer, dans le cours ordinaire des événements, si le comportement en question n'avait pas eu lieu : voir *International Shipping Co (Pty) Ltd v. Bentley* 1990 (1) SA 680 (A); *Minister for Security v. Hamilton*, 26 septembre 2003, Case No. 457/02 (Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud).

59 Voir par exemple : *Athey v. Leonati* 1996, 2 SCR 458 (Canada); *March v. E & MH Stramere Pty. Ltd* 1991 171 CLR 506 (Australie).

dissidents politiques sont victimes de disparitions forcées et de torture par un organe gouvernemental, plusieurs actes différents, mais reliés entre eux, peuvent avoir rendu cette atteinte possible. Ainsi des actions menées directement par des fonctionnaires peuvent se conjuguer avec la fourniture, par une entreprise de transport, de véhicules et de services utilisés pour le transfert des dissidents, avec le recours aux services d'une entreprise de technologie pour localiser ces individus et avec la vente par un fabricant d'armes de matériel destiné à la torture. Il est parfois allégué que le rôle d'une entreprise dans la chaîne de causalité implique sa participation directe et active dans des atteintes commises par l'auteur principal, par exemple s'il est soutenu que les employés d'une entreprise de sécurité privée ont personnellement participé à l'interrogatoire et à la torture de personnes détenues dans des prisons militaires. Dans d'autres cas, il est allégué que des entreprises ont causé un préjudice soit en fournissant à l'acteur principal les armes ou les outils nécessaires, soit en concluant un partenariat commercial dans lequel les termes de l'accord assignent un rôle particulier à un autre acteur qui, en accomplissant la tâche qui lui est dévolue, commet des atteintes graves aux droits de l'homme.

Tous les types de comportements peuvent être considérés comme une cause de préjudice, même s'ils font partie des pratiques courantes dans le monde des affaires. Certains types particuliers d'accords et de transactions commerciales, que le Comité va examiner plus en détail infra, tels que la vente et la fourniture de biens et de services, l'achat dans le cadre d'une chaîne d'approvisionnement, le financement, le recrutement de personnel et la participation à une coentreprise (*joint venture*), ont tous fait l'objet d'allégations selon lesquelles ils faisaient intrinsèquement partie d'une chaîne de causalité ayant mené à la réalisation d'un préjudice du fait d'atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité estime qu'en matière de responsabilité civile, la nature du comportement négligent ou intentionnel en question est et doit être considérée comme une question sans importance, une fois qu'il a été établi que le comportement en question fait partie de la chaîne de causalité conduisant à une atteinte grave aux droits de l'homme.

Des entreprises soutiennent parfois qu'un lien de causalité ne peut pas être établi parce que les atteintes graves aux droits de l'homme auraient de toute façon été perpétrées, même si l'entreprise n'avait pas été impliquée. Cependant, il ne s'agit pas de déterminer si des atteintes graves aux droits de l'homme se seraient produites en général sans l'intervention de l'entreprise - mais plutôt si le préjudice spécifique subi par une victime spécifique a été provoqué, même à un faible degré, par le comportement d'une entreprise. Par exemple, le fait qu'un gouvernement ait recours de manière systématique au travail forcé ne constitue pas un élément pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si une entreprise - qui a conclu un accord de coentreprise avec un gouvernement, lequel a recours au travail forcé dans le cadre de cet accord - n'est qu'incidemment liée à des atteintes aux droits de l'homme et aux préjudices qui en résultent. Si dans de telles circonstances, il peut être vrai que des personnes auraient de toute façon été soumises au travail forcé dans le pays en question, avec ou sans l'accord commercial liant l'entreprise et le gouvernement, la

question qui doit être posée est de savoir si, en l'absence de cet accord de coentreprise, les mêmes personnes auraient été victimes de cette atteinte et auraient subi le même préjudice, dans les mêmes circonstances ?

Parfois, les entreprises soutiennent que si elles n'avaient pas noué d'accord commercial avec un gouvernement, avec un groupe armé ou d'autres entreprises, un autre acteur l'aurait fait. Cependant, cet argument n'est pas pertinent pour établir la chaîne de causalité. Un tribunal s'en tiendra simplement à l'examen des faits réels du cas donné et ne substituera pas au comportement de l'entreprise l'intervention hypothétique d'autres acteurs qui n'ont pas été impliqués en fait. L'argument selon lequel plusieurs autres entreprises n'attendaient que de pouvoir prendre la place de l'entreprise en question si celle-ci se retirait de l'affaire, n'est pas pertinent en matière d'établissement de la causalité.

2.3.2 Considérations d'ordre juridique et politique

Une fois qu'un lien de causalité entre un comportement donné et un préjudice subi a été établi, des considérations d'ordre juridique et politique entrent en jeu pour déterminer si, au vu des circonstances, cette situation peut entraîner l'engagement de la responsabilité. Comme cela a été souligné supra, une chaîne de causalité peut être composée de plusieurs éléments de plus en plus éloignés qui, en dépit de cet éloignement, constituent des causes factuelles du préjudice. Le droit de la responsabilité civile opère une distinction entre les actes de causalité qui engagent la responsabilité et ceux qu'il considère comme trop éloignés dans la chaîne de causalité pour entraîner l'engagement de la responsabilité civile⁶⁰. Le Comité estime que, si elle est appliquée de manière adéquate, cette approche peut être conciliée avec l'opinion de bon sens quant au fait de savoir quel acteur doit ou ne doit pas être tenu de rendre des comptes pour les différentes répercussions que sa conduite peut avoir entraînées.

La terminologie employée pour décrire la distinction que le droit opère dans ce domaine diffère selon les systèmes juridiques, et pas seulement entre les systèmes de *common law* et ceux de droit civil, mais également en fonction des pays. Il n'existe pas d'approche généralisée à cet égard. Cependant, en fonction des

60 Voir Cour d'appel d'Afrique du Sud, *Minister Of Safety And Security v. Hamilton* (457/2002) [2003] ZASCA 98 (26 septembre 2003), paragraphe 42; et Cour d'appel suprême d'Afrique du Sud, *International Shipping Co (Pty) Ltd c. Bentley* (1990 1 SA 680 (A) 700F-H) : « Le second problème soulève la question de savoir si, ou dans quelle mesure, le défendeur devrait avoir à répondre des conséquences que son comportement a effectivement contribué à produire. D'un point de vue politique, certaines limites doivent être imposées à la responsabilité juridique, dans la mesure où, en théorie, les conséquences d'un acte peuvent s'étendre à l'infini. Il doit y avoir un lien raisonnable entre le préjudice éventuel et le préjudice infligé. Cet examen, contrairement au premier, ouvre un éventail beaucoup plus large d'options, au vu desquelles les considérations de politique juridique et les jugements de valeur communément acceptés doivent permettre en dernier lieu de décider de l'équilibre à adopter entre la réclamation d'une indemnisation pleine et entière pour la perte subie par une victime innocente du fait du comportement coupable d'autrui et le fardeau excessif qui serait imposé à l'activité humaine si l'auteur d'un acte illicite était tenu de répondre de toutes les conséquences de son acte fautif ».

circonstances, les tribunaux des divers systèmes juridiques sont amenés à prendre en compte des facteurs similaires pour déterminer la causalité⁶¹. Il est important de se demander si le dommage subi aurait pu être prévu par une personne raisonnable. Comme cela est souligné supra, le critère de prévisibilité raisonnable est un critère objectif qui détermine ce qui aurait été perçu par une personne prudente au vu des circonstances et ce critère joue un rôle dans l'établissement aussi bien de la négligence (la faute) que de la causalité⁶². Lors de l'examen mené afin de savoir si une entreprise a été ou non négligente, tel qu'évoqué supra, la question de la prévisibilité raisonnable porte sur la question de savoir à quel point il était prévisible qu'un préjudice - de quelque nature que ce soit, infligé à quelque intérêt que ce soit - serait causé par la conduite négligente de l'acteur. Au contraire, en ce qui concerne la causalité, la question est de savoir dans quelle mesure il était prévisible que les dommages réellement subis seraient causés par une conduite négligente. Lorsqu'il s'agit de déterminer la causalité en vue d'engager une responsabilité pour négligence, le critère de prévisibilité est lié au fait qu'un comportement particulier peut causer un préjudice à un intérêt spécifique, tel qu'un préjudice à la santé ou une atteinte à la propriété. Il n'est pas nécessaire que la chaîne précise des événements qui ont conduit au préjudice soit en elle-même prévisible, en particulier en cas de dommages corporels⁶³.

Parmi les autres facteurs importants à prendre en considération figurent la distance (aussi bien dans le temps que dans l'espace) séparant le préjudice du comportement en question, la nature et la valeur de l'intérêt protégé (la causalité est plus facilement établie lorsque des intérêts tels que la vie et la santé sont en jeu que dans des cas de simple perte économique) et les précautions prises par l'acteur concerné (le tribunal sera d'autant plus enclin à établir une causalité qu'il considère qu'un comportement a été très imprudent⁶⁴).

Un tribunal peut parfois estimer qu'un autre événement ou qu'un autre comportement de l'acteur a rompu la chaîne de causalité entre l'action de l'entreprise et le préjudice. Cet élément est parfois appelé un « événement nouveau »⁶⁵. Dans

61 Voir par exemple l'article 3:201, *Principles of European Tort Law*, www.egtl.org: « Lorsqu'une activité constitue une cause selon l'acception de ce terme présentée dans la Partie 1 du présent chapitre, la question de savoir si et dans quelle mesure un préjudice peut être attribué à une personne dépend de facteurs tels que a) la prévisibilité du dommage aux yeux d'une personne raisonnable au moment de l'action, en prenant en compte en particulier la proximité, en termes de temps et d'espace, entre l'action préjudiciable et ses conséquences ou l'ampleur du dommage comparée aux conséquences normales d'une telle activité ; b) la nature et la valeur de l'intérêt protégé (article 2:102) ; c) le fondement de la responsabilité (article 1:101) ; d) l'ampleur des risques ordinaires de la vie ; et e) l'objectif de protection de la règle qui a été violée. »

62 Voir p. 19, Partie 2.2.1.

63 Pour une analyse de cette question, Cees van Dam, *European Tort Law* (2006), p. 267.

64 Notamment dans les pays de droit civil où le code civil est conforme à l'approche germanique, lors de l'examen de la causalité, la question de savoir si les conséquences faisaient partie des risques ordinaires de la vie et si la règle violée visait à protéger le préjudice réellement subi par la victime peuvent également être soulevées.

65 *Novus Actus Interveniens*.

ce cas, les tribunaux peuvent considérer que le lien de causalité entre l'action de l'entreprise et le préjudice n'est pas suffisamment direct parce que le dommage est « trop éloigné » de la conduite de l'entreprise⁶⁶ ou ne constitue plus une « conséquence inévitable » de l'acte ou de l'omission du défendeur⁶⁷. Cependant, il est très peu probable que le comportement intentionnel d'un autre acteur soit considéré comme constituant un événement nouveau si ce comportement était prévisible et si l'entreprise entretenait une relation spéciale avec l'acteur en question.

Lorsque des membres du personnel militaire américain ont entamé des poursuites civiles contre des banques qui avaient fourni au gouvernement irakien des lettres de crédit, le tribunal de district américain, saisi de cette plainte, a examiné la question de savoir si la fourniture de ces lettres constituait ou non une *cause* des blessures physiques subies par le personnel militaire pendant la Guerre du Golfe, lorsque les forces américaines et alliées ont fait exploser les armes chimiques irakiennes. Les lettres de crédit avaient été utilisées par le gouvernement irakien dans le cadre de transactions avec les fournisseurs d'armes chimiques. Le tribunal a estimé que, dans ces circonstances, le préjudice subi n'était pas un résultat prévisible de la fourniture des lettres de crédit :

« Les demandeurs demandent en substance au tribunal de reconnaître que, en fournissant les lettres de crédit aux fabricants de produits chimiques, la Banque ... aurait dû percevoir le risque que ces produits chimiques seraient vendus à l'Irak ; que Saddam Hussein utiliserait ces armes pour fabriquer des armes létales, que ces armes seraient stockées dans un lieu qui serait un jour bombardé par des forces de coalition ; que les bombes atteindraient leur cible et feraient exploser ces armes; que cette explosion causerait des émissions toxiques ; que ces émissions pénétreraient dans l'atmosphère; que les demandeurs se trouveraient dans cette atmosphère, qu'ils inhaleraient ces émissions et subiraient les dommages allégués. Au vu de cette suite d'événements, le tribunal est amené à conclure que rien ne pouvait suggérer à la personne la plus prudente qu'une lettre de crédit causerait le préjudice allégué par les demandeurs⁶⁸. »

66 C'est généralement l'approche adoptée dans les systèmes juridiques de *common law*.

67 Cela peut être l'approche adoptée en France ou dans des systèmes de droit civil qui sont conformes à l'approche du droit français.

68 *James Stutt et al. v. the De Dietrich Group et al.*, United States District Court, E.D. New York, F Supp.2d, 2006 WL 1867060, paragraphe17, 30 juin 2006.

Encadré n°6: Questions pratiques relatives à la causalité

Le Comité estime qu'une entreprise, souhaitant éviter le risque de voir sa responsabilité civile engagée pour complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme, devrait se poser les questions suivantes pour savoir si son comportement risque d'être considéré par un tribunal comme étant la cause d'un préjudice dans le cadre d'une plainte déposée au civil :

- Y a-t-il un lien de causalité potentiel, grand ou petit, entre le comportement de l'entreprise et une atteinte grave aux droits de l'homme ? À savoir, le comportement de l'entreprise peut-il, de quelque façon que ce soit, contribuer à la perpétration d'une atteinte grave aux droits de l'homme ?
- L'entreprise peut-elle prévoir - ou une entreprise responsable pourrait-elle prévoir - (sur la base d'une enquête et d'une évaluation des risques) que le comportement de l'entreprise risque de contribuer à un type particulier de préjudice (par exemple un dommage corporel), ou au préjudice porté à un intérêt particulier (par exemple une atteinte à la vie ou à la liberté personnelle) ?
- Quel est l'intérêt qui risque de subir un préjudice ?
- À quel niveau dans la chaîne de causalité menant à l'atteinte grave aux droits de l'homme le comportement d'une entreprise risque-t-il de se situer ?

Eu égard à la question des circonstances dans lesquelles un tribunal peut ou non établir un lien de causalité, le Comité a observé que cette décision varie selon les faits et est prise, en fin de compte, en fonction du contexte. Dans chaque système juridique, le tribunal doit, en substance, mener une évaluation d'ordre politique quant au type de comportement que le droit de la responsabilité civile doit sanctionner et au type de préjudice pour lequel il doit assurer un recours.

Par exemple, la nature du préjudice subi et/ou du droit ou intérêt affecté par le comportement représente souvent un facteur déterminant dans la décision d'un tribunal et il arrive, par exemple, souvent que le tribunal considère que le fait d'infliger une atteinte à l'intégrité physique d'un individu constitue une conséquence plus prévisible que celui de causer un dommage à ses intérêts économiques⁶⁹. Plus

69 Dans les systèmes juridiques de *common law* comme de droit civil, en matière de blessure physique, la maxime « l'auteur du délit doit remettre la victime dans son état antérieur » est généralement acceptée. Cela signifie que le défendeur doit également répondre des conséquences des vulnérabilités et des prédispositions du demandeur, même si ce dernier est extrêmement vulnérable et que cela n'était pas prévisible

une atteinte aux droits de l'homme et le préjudice qui en résulte sont graves, plus une entreprise risque de voir sa responsabilité juridique engagée si son comportement est un élément dans la chaîne de causalité. Les atteintes graves aux droits de l'homme ont des répercussions durables et sérieuses sur leurs victimes et le Comité estime que les considérations d'ordre politique prescrivent, et vont de plus en plus imposer, que de tels préjudices puissent faire l'objet d'un recours en invoquant la responsabilité civile afin que les personnes ayant contribué à ce préjudice soient tenues juridiquement responsables de leurs actes.

En outre, le Comité a constaté que, dans tous les systèmes juridiques, lorsqu'une entreprise a agi de manière intentionnelle, la causalité sera plus simple à établir et les tribunaux auront tendance à adopter une approche plus souple. Il arrive souvent qu'un type de comportement adopté dans l'intention de contribuer à infliger un préjudice soit considéré comme une cause de préjudice même si, par exemple, ce comportement est très éloigné du préjudice dans la chaîne de causalité⁷⁰.

2.4 Conclusions : les principes de droit civil

Dans la Partie précédente, le Comité a examiné les éléments que le droit de la responsabilité civile prend en considération pour engager la responsabilité d'une entreprise qui fait l'objet d'allégations de complicité d'atteintes graves aux droits de l'homme. À l'issue de son analyse, le Comité a identifié un certain nombre de questions que les tribunaux vont soulever afin de déterminer si la responsabilité devrait être engagée au vu d'une série de faits donnés. Il s'agit des mêmes questions que celles présentées dans la Partie 1.2.

Un préjudice a-t-il été infligé à un intérêt de la victime qui est protégé par la loi ?

L'entreprise savait-elle que son comportement comportait un risque de préjudice pour la victime, ou une entreprise prudente aurait-elle été consciente de ce risque dans les mêmes circonstances ?

Eu égard à ce risque, l'entreprise a-t-elle pris les mesures de précaution qu'une entreprise prudente aurait prises afin d'éviter que ce risque ne se matérialise ?

Enfin, le comportement de l'entreprise a-t-il contribué à la réalisation de ce préjudice ?

dans ce cas particulier. D'un autre côté, dans les cas où le préjudice subi s'assimile à une perte purement économique, il pourra arriver qu'un tribunal de *common law* n'examine même pas la question de la causalité parce qu'il pourra considérer qu'il n'y avait pas de devoir de diligence, alors qu'un tribunal de droit civil pourra estimer que la prévention d'une perte économique ne relevait pas du champ d'application de la règle invoquée comme fondement de la responsabilité.

70 *Quinn v Leatham* [1901] AC 495, 537: « l'intention de nuire au demandeur écarte tout argument relatif au degré d'éloignement des dommages ». Voir aussi Allemagne : BGH 27 janvier 1981, BGHZ 79, 259, 262. Voir également Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, Vol. 1, p. 77.

Dans la Partie suivante, le Comité analyse la façon dont ces questions sont examinées dans le cadre de plusieurs scénarios factuels dans lesquels des entreprises ont souvent fait l'objet d'allégations de complicité d'atteintes graves aux droits de l'homme.

3 Application du droit de la responsabilité civile à des allégations spécifiques de complicité

Des entreprises font l'objet, dans de nombreuses situations, d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Ces allégations sont souvent formulées lorsque des entreprises sont engagées dans une transaction commerciale, ou nouent et entretiennent une relation commerciale, avec un autre acteur qui commet des atteintes graves aux droits de l'homme. Dans les pages qui suivent, le Comité étudie la façon dont le droit de la responsabilité civile peut potentiellement s'appliquer à certains types d'interactions et de relations commerciales qui peuvent entraîner des allégations de complicité. Dans ces situations, pour déterminer si la responsabilité juridique d'une entreprise peut être engagée, il est nécessaire d'examiner la situation à la lumière des quatre questions rappelées à la fin de la Partie précédente.

Étant donné que les faits relatifs à chaque situation individuelle varient, il en va de même pour les réponses apportées à ces questions et pour la décision de tout tribunal quant au fait de savoir s'il est possible d'engager la responsabilité de l'entreprise concernée. De plus, au-delà de l'analyse factuelle, le Comité a constaté que des considérations d'ordre politique jouent un rôle important dans toute décision d'engager, ou de ne pas engager, la responsabilité civile d'une entreprise lorsque celle-ci fait l'objet d'allégations de complicité d'atteintes graves aux droits de l'homme. Ces considérations d'ordre politique varient considérablement selon les cas, et leur impact ne peut pas être évalué quantitativement de façon absolue dans l'abstrait.

3.1 La fourniture de biens et de services

Qu'il s'agisse de la fourniture de matières premières, d'équipements et d'infrastructures, d'aide logistique, de la mise à disposition d'un lieu, d'informations ou de financement, des entreprises opérant dans de nombreux secteurs dans le monde entier ont fait l'objet d'allégations de complicité d'atteintes graves aux droits de l'homme pour avoir fourni à l'auteur principal de ces actes les moyens de perpétrer ces atteintes.

Dans ces situations, des entreprises ont également parfois fait l'objet de poursuites judiciaires au civil. Plusieurs actions en justice ont été engagées aux États-Unis, par exemple, contre un fabricant d'équipement de construction pour avoir vendu des bulldozers à l'armée israélienne qui les a utilisés pour procéder à la destruction d'habitations en Palestine, ce qui a parfois entraîné des dommages corporels ou la mort de civils⁷¹. D'autres actions similaires ont visé des compagnies pétrolières,

71 *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.* Pour des arrêts de tribunaux pertinents, voir : United States District Court, W.D. Washington: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 403 F.Supp.2d 1019, W.D.Wash., 2005., 22 novembre 2005

des fabricants d'armes, des banques, des constructeurs automobiles et des entreprises de technologie informatique accusées d'avoir vendu et fourni des biens et des services divers au régime d'apartheid en Afrique du Sud⁷². Des plaintes ont également été déposées dans d'autres pays, par exemple en Suisse, contre une entreprise de technologie informatique au motif qu'elle aurait fourni au régime nazi, lors du génocide des Juifs, des logiciels qui auraient été employés pour localiser et identifier les personnes ciblées pour être exterminées⁷³.

Encadré n°7 : Jeppesen Dataplan et le programme de restitution des États-Unis

Entre 2001 et 2007, un certain nombre d'individus de diverses nationalités soupçonnés de terrorisme ont été arrêtés dans plusieurs pays du monde entier et détenus par la C.I.A. et d'autres agences gouvernementales des États-Unis⁷⁴. Ils ont ensuite été transférés vers des lieux de détention situés dans différents pays et interrogés. Il a été allégué que ces hommes ont été détenus au secret durant des périodes de temps variées, et qu'ils ont, dans certains cas, été victimes de disparitions forcées et de torture. Bien que les circonstances dans lesquelles ces individus ont été détenus diffèrent, dans tous les cas, leur détention et leur transfert auraient été effectués en dehors des procédures juridiques habituelles en matière d'extradition, de déportation, d'expulsion ou de relocalisation. Il leur a été interdit d'entrer en contact avec leurs familles, leurs avocats et les agents consulaires de leur pays de citoyenneté et leur détention n'a fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire durant des périodes de temps significatives au cours de leur incarcération.

En 2007, certaines de ces personnes ont déposé plainte devant une juridiction civile aux États-Unis contre la compagnie de transport aérien Jeppesen

et Cour d'appel des États-Unis, 9^{ème} circuit: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 503 F.3d 974, C.A.9 (Wash.), 2007, 17 septembre 2007.

- 72 *Khulumani v. Barclay Nat. Bank Ltd.*: Pour des arrêts de tribunaux pertinents, voir *Khulumani v. Barclay Nat. Bank Ltd.* 509 F.3d 148, C.A.2, 2007., 27 novembre 2007; *Khulumani v. Barclay Nat. Bank Ltd.* 504 F.3d 254 (2nd Cir.(N.Y.) 12 octobre 2007) et *In re South African Apartheid Litigation*, 346 F.Supp.2d 538 (S.D.N.Y. 29 novembre 2004).
- 73 Pour des arrêts de tribunaux pertinents dans lesquels le tribunal a estimé qu'il ne devait pas être donné suite à l'affaire en raison de l'application d'une prescription, voir : *GIRCA v IBM*, no. 4C.296/2004 /ech, 22 décembre 2004, et *GIRCA v. IBM*, no. 4C.113/2006 disponible en français sur : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.
- 74 On appelle souvent cette pratique une « restitution extraordinaire » qui implique le transfert, effectué par des agents des USA, de citoyens non américains, en dehors des procédures juridiques habituelles, vers des lieux secrets situés en dehors du territoire des USA, où ils sont détenus et interrogés, souvent en secret et où ils sont régulièrement victimes de tortures. Pour d'autres informations voir : Premier et deuxième rapports de M. Marty à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (AS/Jur (2006) 16 Partie II (7 juin 2006): http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/20060606_Ejdoc162006PartII-FINAL.pdf and AS/Jur (2007) 36 (7 juin 2007): http://assembly.coe.int/committeeDocs/2007/Emarty_20070608_noEmbargo.pdf).

Dataplan⁷⁵. Cette plainte soutenait que cette compagnie avait contribué à des atteintes graves aux droits de l'homme commises par le gouvernement américain, en mettant à la disposition de fonctionnaires américains des moyens logistiques et de transport qui auraient été utilisés pour transférer ces hommes en dehors de toute protection juridique, vers des lieux secrets où ils ont subi des actes de torture et ont été victimes de disparitions forcées. La plainte alléguait que cette compagnie aérienne avait organisé les plans de vol et assuré les formalités de dédouanement, avait obtenu les permis nécessaires pour l'atterrissage et le départ des avions, avait prévu la restauration, le logement et le transport à terre, avait embauché des agents de services de sécurité, et s'était chargée de l'approvisionnement en carburant et de la maintenance des avions. Les demandeurs ont soutenu que cette compagnie avait fourni des services au gouvernement américain alors qu'elle savait, ou aurait dû savoir, que ceux-ci permettraient au gouvernement américain de mener à bien leurs opérations secrètes de transfert et de détention vers des lieux où ces individus seraient soumis à la torture.

Lorsque la plainte a été déposée, le gouvernement américain a introduit une requête demandant de pouvoir intervenir dans cette affaire et a soutenu devant le tribunal que cette plainte devait être rejetée car elle traitait de questions soumises au « *privilège des secrets d'État* »⁷⁶. En 2008, un tribunal américain a rejeté l'affaire en se fondant sur le fait qu'elle relevait du « *privilège des secrets d'État* »⁷⁷.

Suite à la motion du gouvernement américain demandant de déclarer irrecevable cette plainte et la décision du tribunal qui s'en est suivi, la compagnie aérienne n'a pas répondu aux arguments des demandeurs, mais a souligné qu'elle se réservait le droit de soulever des éléments de défense en fait et en droit⁷⁸. Les demandeurs ont, depuis lors, interjeté appel de la décision du tribunal, en alléguant que celui-ci avait appliqué de manière erronée la doctrine du « *privilège des secrets d'État* » et qu'un tribunal américain se devait de connaître de cette affaire⁷⁹.

75 *Mohamed Binyam v. Jeppesen Dataplan, Inc.* http://www.aclu.org/pdfs/safefree/mohamed_v_jeppesen_1stamendedcomplaint.pdf.

76 *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc., Reply in Support of Motion to Dismiss, or, in the Alternative, for Summary Judgment By the United States of America*, 18 janvier 2008.

77 *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 539 F. Supp. 2d 1128, N.D.Cal., 2008., 13 février 2008 http://www.aclunc.org/cases/active_cases/asset_upload_file957_7038.pdf.

78 *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, Defendant Jeppesen Dataplan, Inc.'s Statement of Non-Opposition to (1) the United States' "Motion to Intervene"; and (2) the United States' "Motion to Dismiss, or, in the Alternative, for Summary Judgment".

79 http://www.aclunc.org/cases/active_cases/mohamed_v_jeppesen_dataplan_inc.shtml.

Connaissance

Lorsqu'une entreprise fournit à un autre acteur des biens ou des services qui sont utilisés par ce dernier pour perpétrer des atteintes graves aux droits de l'homme, la première question soulevée par le droit de la responsabilité civile est celle de savoir si l'entreprise connaissait, ou aurait dû connaître, la manière dont ces produits ou services seraient utilisés.

La détermination de ce que l'entreprise aurait dû connaître dépend, dans une large mesure, de la nature du produit ou du service fourni ainsi que de celle de l'entreprise, de l'organisation ou de l'organisme public qui va utiliser ce produit ou service. De manière générale, plus le produit ou service est susceptible d'être utilisé pour violer les droits de l'homme, plus le fournisseur devra faire preuve de méfiance. À cet égard, des distinctions sont souvent opérées entre, d'une part, des biens ou des services génériques à usage multiple que le destinataire utilise de manière dévoyée et, d'autre part, des biens et des services conçus sur mesure par une entreprise afin de répondre aux besoins d'un acteur particulier qui cherche à les utiliser d'une manière spécifique, ou encore des biens ou des services intrinsèquement dangereux.

A priori, il sera peu probable que d'un point de vue juridique on estime qu'une entreprise qui fournit des produits ou des services génériques à usage multiple aurait dû prévoir que des tiers seraient victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme suite à un usage dévoyé de ses produits. Cependant, il peut en aller autrement en cas de circonstances particulières ou si l'entreprise connaissait en réalité le risque de préjudice, ou aurait pu facilement le connaître. Les faits sont, à cet égard, déterminants, eu égard en particulier à la nature de la relation prévalant entre l'entreprise et la victime ou avec l'auteur principal de l'atteinte, ainsi qu'au contexte dans lequel la fourniture de biens ou de services a été effectuée.

Il arrive parfois, par exemple, que des entreprises fassent l'objet d'allégations de complicité parce qu'elles ont fourni, à titre gratuit (sans exiger de contrepartie financière), des biens à divers acteurs qui les ont utilisés pour perpétrer des atteintes graves aux droits de l'homme. Dans la plupart de ces cas, les acteurs concernés sont des forces militaires ou des groupes armés. Le Comité estime que, dans de telles situations, étant donné qu'il se peut qu'une entreprise entretienne une relation avec un acteur, dans le cadre de laquelle ils sont amenés à partager des équipements, il serait prudent pour l'entreprise de se montrer vigilante quant aux utilisations possibles du matériel qu'elle a fourni.

Le Comité a également constaté que le droit est souvent plus enclin à estimer que le risque de préjudice peut être raisonnablement prévisible lorsqu'il s'agit de biens ou de services conçus spécifiquement pour le client ou s'ils sont intrinsèquement dangereux. Lorsque de tels produits ou services sont utilisés pour violer des droits, l'entreprise qui les fournit court un risque accru de faire l'objet d'allégations selon lesquelles elle connaissait ou aurait dû connaître à quelles fins ces produits ou

services allaient être utilisés. Par exemple, dans le cadre des poursuites engagées contre la compagnie de transport décrite supra, il a été soutenu que cette compagnie connaissait les besoins des agences américaines et avait donc pu adapter spécifiquement ses services pour leur permettre d'effectuer, par avion, leurs opérations de restitution secrètes de personnes soupçonnées de terrorisme. Dans ce cadre, il est allégué que l'entreprise connaissait, ou aurait dû connaître, les circonstances entourant les vols parce qu'elle avait travaillé très étroitement avec des agences américaines pour créer un dispositif permettant d'effectuer ces vols en secret.

En pratique, il existe beaucoup de zones grises entre ces deux extrêmes, à savoir ce qui est considéré comme étant prévisible et ce qui ne l'est pas. Le Comité estime qu'une entreprise qui est soucieuse de ne pas enfreindre le droit de la responsabilité civile doit être vigilante et attentive et s'informer des conséquences potentielles que peut avoir, pour des tiers, la fourniture de ses produits et services à un acteur particulier.

Mesures de précaution

Si une entreprise savait ou avait des raisons de penser qu'il pouvait être fait un usage dévoyé de ses produits ou services dans le but de perpétrer des atteintes graves aux droits de l'homme, il incombe à cette entreprise, au regard du droit de la responsabilité civile, de mener les enquêtes appropriées afin d'évaluer ces risques. Par conséquent, pour éviter que sa responsabilité civile ne soit engagée, une entreprise devrait mener une évaluation appropriée des risques en examinant, par exemple, l'utilisation potentiellement dévoyée d'un de ses produits ou services ou les conséquences involontaires de leur utilisation.

En ce qui concerne la vente de biens, la responsabilité incombant à une entreprise de surveiller les risques ne s'arrête pas nécessairement au moment de la vente du produit. Lorsqu'il existe un risque raisonnablement prévisible, les entreprises de production de biens doivent parfois, pour atteindre le niveau de précaution qu'une personne raisonnable aurait adopté au regard du droit, surveiller leur produit et sa sécurité depuis le moment où il quitte leurs locaux jusqu'à ce qu'il parvienne à son utilisateur final et tout au long de la durée d'utilisation de ce produit. Bien que de telles obligations soient moins clairement définies en ce qui concerne les entreprises fournissant des services, le Comité estime qu'au regard du droit de la responsabilité civile, les fournisseurs de services doivent également surveiller et effectuer un suivi des risques potentiels.

Lorsqu'il existe un risque de dommage prévisible, le droit exige que l'entreprise mette en œuvre des mesures supplémentaires. La nature de ces mesures dépend tout d'abord de l'intensité du risque. Si le risque est substantiel ou réel, le droit peut tout à fait estimer que l'entreprise devrait s'abstenir de conclure l'accord en question (portant sur la fourniture de biens ou la mise à disposition de services à la partie impliquée dans une atteinte grave aux droits de l'homme). Si le risque est moins important mais néanmoins réel, des mesures moins radicales peuvent être

imposées. Le droit peut considérer, par exemple, qu'il aurait été raisonnable que le fabricant obtienne un engagement clair de la part de l'acheteur quant à la manière dont l'objet serait utilisé.

Causalité

Il doit également y avoir un lien de causalité entre la fourniture de biens ou de services et le préjudice subi suite à une atteinte grave aux droits de l'homme. Il s'agit en l'occurrence de déterminer si la fourniture de biens ou services a été un élément factuel dans la chaîne de causalité et, le cas échéant, s'il s'agit d'une cause d'un point de vue juridique : faisait-elle suffisamment partie intégrante de la chaîne de causalité pour qu'il ait été prévisible qu'un préjudice en découlerait ? La question de la nature des relations entre l'entreprise et ses partenaires se pose de nouveau ici, de même que celle de la nature du bien ou du service concerné. Par exemple, si une entreprise travaille étroitement avec un autre acteur pour élaborer des biens et des services conçus dans un but spécifique impliquant la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme, le comportement de l'entreprise risque davantage d'être considéré comme faisant partie intégrante de la chaîne de causalité.

Observations générales

En ce qui concerne la question de la fourniture de biens ou de services, le Comité a conclu que la relation de l'entreprise à l'égard des victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme constitue un facteur particulièrement important à prendre en compte. Dans un pays de *common law*, cela consistera à déterminer si l'entreprise a une obligation de diligence à l'égard des victimes. Dans les pays de *common law* comme dans les pays de droit civil, ce facteur sera également pertinent eu égard aux questions de prévisibilité ou aux considérations d'ordre politique qui influent sur la détermination de la causalité. Ce problème a été soulevé aux États-Unis, dans une affaire centrée sur des allégations selon lesquelles un fabricant avait contribué au meurtre d'un militant pour la paix et d'un certain nombre de civils palestiniens par les Forces de défense israéliennes (FDI) en fournissant des bulldozers à l'armée israélienne. Celle-ci avait utilisé ces bulldozers pour détruire des habitations dans les Territoires palestiniens occupés, causant ainsi la mort d'individus. Dans cette affaire, le tribunal de district a décidé que « en vertu des principes de diligence et de causalité, les demandeurs n'ont pas de fondement valable lorsqu'ils invoquent la vente légale d'un produit non défectueux qu'un client a utilisé pour intentionnellement blesser un tiers »⁸⁰. Le tribunal a estimé qu'en l'absence d'une relation spéciale entre la victime et l'entreprise, il n'y a pas de devoir de diligence.⁸¹

80 Tribunal de district des USA, W.D. Washington: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 403 F.Supp.2d 1019, 22 novembre 2005, p.13. http://ccrjustice.org/files/Corrie_decision_11_05_0.pdf.

81 *Ibid.*

À cet égard, le Comité estime que plus la relation entre l'entreprise et les victimes des atteintes graves aux droits de l'homme est étroite ou spéciale, plus il est probable que le risque de dommage soit considéré comme prévisible. Par conséquent, l'entreprise devra se montrer d'autant plus proactive en adoptant des mesures de précaution, et, dans l'examen de la causalité, on considèrera d'autant plus que le préjudice subi est proche de l'acte originel de l'entreprise consistant à vendre un bien ou à fournir un service utilisé par un acteur pour infliger un préjudice. Cependant, le Comité souhaiterait également souligner que la décision du tribunal de district des États-Unis, dans l'affaire susmentionnée, concluant que l'utilisation par l'armée israélienne de bulldozers pour blesser des civils était trop éloignée de la vente par l'entreprise des bulldozers à l'armée, devrait être lue dans le contexte de la décision finale de ce tribunal aux termes de laquelle cette action en justice interférait avec la politique étrangère américaine et ce, dans la mesure où la vente des bulldozers participait d'un programme officiel de ventes militaires mis en œuvre par le gouvernement américain⁸². Cette décision a, par la suite, été confirmée par une Cour d'appel⁸³ :

« En l'occurrence, le facteur décisif est que les ventes de Caterpillar à l'État d'Israël ont été payées par les États-Unis. Bien que nous soyons conscients de la nécessité d'analyser chaque 'requête individuelle' des demandeurs, (...) chaque requête repose inévitablement sur le postulat unique selon lequel Caterpillar n'aurait pas dû vendre ses bulldozers aux FDI [Forces de Défense israéliennes]. Pourtant ces ventes ont été financées par le pouvoir exécutif en application d'un programme adopté par le Congrès donnant discrétion à l'Exécutif quant à ce qu'implique la politique étrangère et les intérêts de sécurité nationale des États-Unis... Le fait de permettre la poursuite de cette action en justice impliquerait nécessairement la remise en cause par le pouvoir judiciaire de la décision prise par le pouvoir exécutif de fournir une aide militaire de grande ampleur à l'État d'Israël »⁸⁴.

Selon le Comité, cet élément a pu être un facteur dans la décision du tribunal du district de ne pas examiner la question de savoir si le principe général, selon lequel la responsabilité des entreprises fournissant des produits génériques à usage multiple ne saurait être engagée, peut faire l'objet d'exceptions.

3.2 Relations dans la chaîne d'approvisionnement

Dans tous les secteurs commerciaux, l'une des relations importantes pour une entreprise est celle qu'elle entretient avec ses fournisseurs dans le cadre de la chaîne d'approvisionnement. C'est également dans le cadre de cette relation que

82 Tribunal de district des USA, W.D. Washington: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 403 F.Supp.2d 1019, 22 novembre 2005, p. 1032.

83 Cour d'appel des USA, 9^{ème} circuit: *Cynthia Corrie v. Caterpillar Inc.*, 503 F.3d 974, 17 septembre, 2007.

84 *Ibid.*, p. 982.

des entreprises font souvent l'objet d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Par exemple, des fabricants textiles, des marques d'équipements sportifs, des entreprises d'informatique ont, les uns comme les autres, fait l'objet d'allégations de complicité de travail des enfants, lorsqu'il a été découvert que des enfants étaient impliqués dans la fabrication de produits que ces entreprises achetaient à des fournisseurs. Ces types d'entreprises ont également été accusées de complicité de travail forcé lorsqu'il a été allégué que des adultes travaillaient pour ce fournisseur dans des conditions s'assimilant à de l'esclavage. Dans certains de ces cas, des plaintes ont été déposées au civil. Des allégations de complicité dans le cadre de chaînes d'approvisionnement sont également formulées dans des situations qui vont au-delà des cas de travail des enfants ou de travail forcé. Des entreprises ont, par exemple, fait l'objet d'allégations de complicité et d'actions en justice pour le meurtre et la torture de syndicalistes par des groupes paramilitaires qui auraient été engagés par des entreprises dans le cadre de leurs chaînes d'approvisionnement. Des affineurs de métaux précieux et des bijoutiers ont également fait l'objet d'allégations de complicité pour avoir contribué aux atteintes graves aux droits de l'homme perpétrées par des groupes armés en achetant des métaux précieux ou des diamants à ces groupes et en finançant, de ce fait, leurs opérations.

Là encore, comme cela a été expliqué supra, le Comité a conclu que lorsqu'une atteinte grave aux droits de l'homme est commise dans le cadre de la production ou de la fourniture de matériaux au sein d'une chaîne d'approvisionnement, il faut examiner les questions relatives à la prévisibilité, aux mesures de précaution et à la causalité pour établir si la responsabilité civile d'une entreprise qui achète ces biens peut être engagée.

Connaissance

La question de la connaissance porte sur le fait de savoir si une entreprise savait que des atteintes graves aux droits de l'homme pouvaient survenir dans le cadre de la production ou de la chaîne d'approvisionnement ou s'il était raisonnablement prévisible que de tels actes pouvaient être perpétrés. Par exemple, lorsqu'un fournisseur a été associé par le passé à des atteintes graves aux droits de l'homme, une entreprise connaît souvent, ou a facilement les moyens de connaître, le risque que des atteintes sont en train d'être commises. Même lorsque cet élément de connaissance est absent, le droit de la responsabilité civile considère souvent qu'une personne raisonnable aurait entrepris une évaluation des risques potentiels que des atteintes graves aux droits de l'homme soient commises dans le cadre de sa chaîne d'approvisionnement. Dans le cas du travail d'enfants par exemple, même s'il n'existe pas d'informations spécifiques faisant état des pratiques d'un fournisseur donné, on estimera souvent que le risque qu'un fournisseur ait recours au travail d'enfants était raisonnablement prévisible, lorsqu'il est généralement connu que le travail des enfants est une pratique courante dans le pays où le fournisseur opère.

Mesures de précaution

Pour déterminer si une entreprise a pris les mesures de précaution requises afin d'éviter que l'achat de produits à un fournisseur ne devienne un facteur entraînant la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme, le droit de la responsabilité civile prend en compte un certain nombre d'éléments. Une entreprise peut, bien évidemment, à titre de précaution, s'abstenir de commercer avec le fournisseur. Cependant, si cela n'est pas possible ou raisonnablement faisable, le droit peut considérer que l'entreprise a certaines obligations envers ceux qui subissent un préjudice et il peut lui incomber de prendre un certain nombre de mesures concrètes pour assurer leur protection. C'est particulièrement le cas lorsque les personnes qui subissent le préjudice sont des employés du fournisseur, lorsque l'entreprise était l'unique client du fournisseur en question, ou lorsque ses commandes représentaient une part prédominante du chiffre d'affaires du fournisseur.

Le Comité a conclu qu'il arrive souvent que la relation d'une entreprise avec des fournisseurs ne s'assimile pas à une transaction distante entre un acheteur et un vendeur mais implique en réalité une relation bien plus étroite. Par exemple, il arrive parfois que le fournisseur soit également une filiale de l'entreprise acheteuse. Dans de tels cas, les obligations incombant à une entreprise en matière de devoir de diligence, de mesures de précaution et de prévisibilité augmentent de manière significative.

D'une manière générale, plus le fournisseur concerné est proche de l'entreprise dans la chaîne d'approvisionnement (c'est-à-dire moins il y a d'intermédiaires entre le fournisseur et l'entreprise), plus la relation entre les victimes et l'entreprise sera considérée comme proche, et plus l'entreprise aura l'obligation de mener des actions positives importantes pour protéger ces personnes du risque de préjudice. Cependant, même s'il y a un certain nombre d'intermédiaires entre le fournisseur et l'entreprise dans la chaîne d'approvisionnement, le niveau des mesures de précaution requis augmente en fonction de l'importance du rôle joué par ce sous-traitant dans la fabrication du produit acheté par l'entreprise et du degré de gravité des atteintes aux droits de l'homme.

Causalité

Ces facteurs jouent également un rôle dans la décision d'un tribunal, lorsque celui-ci est amené à se prononcer sur la question de savoir si le comportement d'une entreprise faisait suffisamment partie intégrante de la perpétration des atteintes pour remplir les conditions de causalité. Par exemple, lorsque des biens sont fabriqués en faisant appel à du travail forcé et que l'acheteur est la seule entreprise cliente de ce fournisseur particulier, le tribunal peut alors conclure que l'achat des articles a été la cause du préjudice subi par les travailleurs. Cela peut être dû au fait que, dans une telle situation, l'unique acheteur a pu imposer les conditions de la vente, y compris éventuellement le prix et la cadence de la production. Si, au contraire, l'entreprise n'est qu'un des nombreux acheteurs et contribue seulement à une faible partie du

chiffre d'affaires du fournisseur, le lien de causalité entre l'achat et le recours au travail forcé peut être considéré comme plus ténu.

Observations générales

Le Comité a conclu qu'au regard de la relation de proximité prévalant souvent entre une entreprise et ses fournisseurs, et dans la mesure où une entreprise est souvent tenue d'exercer un devoir de diligence spécifique à l'égard des employés de ses cocontractants et fournisseurs, une entreprise prudente devrait, pour pouvoir rester dans les limites du droit, prendre un certain nombre de mesures à la fois pour enquêter sur les risques éventuels et pour les éviter. Le Comité estime qu'une entreprise devrait, en particulier, orienter son action en tenant compte des facteurs examinés par le droit pour déterminer l'éventuelle attribution d'une responsabilité. Il s'agira, par exemple, de savoir si un acheteur a instauré des mécanismes de contrôle effectifs et appropriés eu égard aux pratiques de ses fournisseurs et si l'entreprise acheteuse a négocié de manière équitable des prix d'achat et une cadence de livraison raisonnables.

3.3 Partenariats commerciaux privilégiés

Des entreprises sont parfois accusées d'être responsables d'atteintes graves aux droits de l'homme qui sont commises par un autre acteur avec lequel elles sont liées contractuellement par un partenariat commercial, comme par exemple une coentreprise. Dans le cadre d'arrangements de ce type, il existe habituellement une collaboration et une coordination étroites entre les partenaires. En général, c'est à la fois l'existence de la relation concernée et son caractère présumé étroit qui engendrent de telles allégations.

Par exemple, des victimes de travail forcé et d'actes de violence commis par le gouvernement birman ont intenté une action civile contre Unocal. Cette société avait conclu un accord de coentreprise avec le gouvernement birman pour la construction et la gestion d'un oléoduc, et c'est dans ce cadre que les victimes ont allégué avoir subi un préjudice⁸⁵. De même, l'entreprise Talisman a vu sa responsabilité civile engagée sur la base notamment d'un partenariat commercial conclu avec le gouvernement soudanais suite à des allégations d'atteintes graves aux droits de l'homme commises par l'armée soudanaise dans une zone d'extraction de pétrole dans laquelle Talisman opérerait⁸⁶.

85 *Doe v. Unocal Corporation*, pour un arrêt pertinent en la matière, voir : Cour d'appel des USA, 9^{ème} circuit, *Doe I, et al. v. Unocal Co., et al.*, 395 F.3d 932, C.A.9 (Cal.) 2002, 18 septembre 2002: <http://www.earthrights.org/files/Legal%20Docs/Unocal/0056603.pdf> (Cet arrêt a depuis lors été annulé car les parties sont parvenues à un accord). Pour une série de documents pertinents et pour des liens voir : <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/UnocallawsuitreBurma>.

86 *The Presbyterian Church of Sudanc v. Talisman Energy*. Pour une série de documents pertinents, y compris la plainte du demandeur, voir : <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TalismanlawsuitreSudan>.

Il existe deux formes de responsabilité qui, en fonction des faits, peuvent être invoqués à l'encontre d'entreprises liées par un partenariat dans le cadre duquel le partenaire commercial commet des atteintes graves aux droits de l'homme.

3.3.1 Responsabilité pour faute

Tout d'abord, en fonction des faits, le droit de la responsabilité civile peut considérer qu'une entreprise est responsable, sur la base d'une responsabilité pour faute, pour les conséquences de sa conduite négligente ou intentionnelle. Il faut, de nouveau, se poser ici les mêmes questions essentielles : est-ce que l'entreprise savait ou est-ce qu'une entreprise raisonnable dans la même situation aurait pu savoir que sa conduite faisait encourir un risque de préjudice pour la victime ? Étant donné ce risque, l'entreprise a-t-elle pris les mesures de précaution qu'elle aurait dû prendre afin d'empêcher le risque de se matérialiser ? Enfin, le comportement de l'entreprise a-t-il contribué à infliger le préjudice ?

Connaissance du risque

Le Comité considère que, dans le cadre d'un partenariat commercial tel que celui d'une coentreprise, une entreprise pourra difficilement démontrer qu'une entreprise responsable opérant à sa place dans des circonstances similaires n'aurait pas pu prévoir le risque qu'un préjudice survienne suite au comportement de son partenaire. Par exemple, il est plus que probable que le droit considèrera qu'une entreprise faisant preuve de responsabilité dans un partenariat commercial aurait entrepris des évaluations de risques quant à l'impact éventuel de ce partenariat sur des tiers. Si elles sont menées de manière adéquate, ces évaluations devraient inclure un examen de la manière dont le comportement du partenaire commercial, dans le cadre de l'exécution des tâches prévues dans l'accord de partenariat, pourrait affecter des tiers. En effet, dans les cas où le partenaire au sein de la coentreprise a commis, par le passé, des atteintes graves aux droits de l'homme ou lorsque le partenaire est partie à un conflit armé, le droit peut considérer que l'entreprise avait connaissance des risques et il peut, par conséquent, examiner les mesures de précaution que cette entreprise aurait dû prendre.

Lors de l'examen d'une plainte déposée au civil contre Unocal, un tribunal des États-Unis a examiné les questions relatives à la connaissance et à la prévisibilité des faits en cause⁸⁷. Dans un jugement qui a depuis été infirmé, le tribunal a constaté qu'il existait des éléments de preuve indiquant que les consultants de l'entreprise avaient informé celle-ci des pratiques du gouvernement birman en général, et tout particulièrement en ce qui concernait la construction de l'oléoduc. Le tribunal a également relevé des éléments de preuve montrant que l'entreprise avait reçu des informations d'organisations de la société civile, telles qu'Amnesty International, selon lesquelles

87 Cour d'appel des USA, 9^{ème} circuit, *Doe I, et al. v. Unocal Co., et al.*, 395 F.3d 932 C.A.9 (Cal.), 2002, 18 septembre 2002; Cet arrêt a depuis lors été annulé car les parties sont parvenues à un accord.

l'armée birmane avait recours au travail forcé et commettait des atteintes graves aux droits de l'homme à l'encontre des personnes travaillant sur cet oléoduc. Sur la base de ces éléments de preuve, le tribunal a retenu que « des éléments de preuve laissent penser que Unocal savait qu'il était fait recours au travail forcé et que les partenaires de la coentreprise tiraient profit de cette pratique »⁸⁸. Le tribunal a poursuivi en déclarant qu'il existait des éléments de preuve indiquant que Unocal « savait ou aurait dû raisonnablement savoir que son comportement – y compris les paiements et les instructions relatives aux lieux où des moyens de sécurité devaient être fournis et où des infrastructures devaient être construites – aiderait ou encouragerait l'armée birmane à soumettre les demandeurs au travail forcé »⁸⁹.

Mesures de précaution

Si le droit considère que le risque de préjudice était raisonnablement prévisible, alors, dans le cadre d'un partenariat commercial ou d'une coentreprise, le droit peut exiger d'une entreprise qu'elle prenne des mesures de précaution substantielles, comme par exemple négocier certaines clauses garantissant la protection des droits de l'homme pour les parties affectées par les activités communes. C'est tout particulièrement le cas lorsque le risque est lié à un comportement pouvant entraîner de graves préjudices pour des êtres humains. Le niveau des mesures de précaution exigé peut aussi être déterminé par l'identité des victimes potentielles et la relation qu'entretient l'entreprise avec ces dernières. S'il s'agit de salariés du partenaire de la coentreprise qui ont été employés en vertu de l'accord de coentreprise, l'entreprise devra alors probablement prendre des mesures de précaution particulièrement rigoureuses. Un haut niveau de diligence peut aussi être nécessaire si, par exemple, les victimes potentielles sont des civils vivant à proximité du projet de coentreprise.

Causalité

Enfin, un tribunal sera amené à examiner la question de savoir si le comportement de l'entreprise a contribué à infliger le préjudice. Le droit peut considérer que les clauses mêmes de l'accord de partenariat établissent le lien de causalité si celles-ci prévoient que le partenaire commercial doit exécuter certaines actions. Il est possible, par exemple, qu'un accord de partenariat assigne un rôle particulier au partenaire commercial. Par conséquent, en fonction des circonstances, le droit peut estimer que si le partenariat n'avait pas existé, le préjudice n'aurait pas été infligé dans les mêmes circonstances ou aux mêmes victimes.

3.3.2 Responsabilité sans faute

Dans de nombreux cas, il peut ne pas être nécessaire de démontrer que l'entreprise a agi avec négligence ou de manière intentionnelle (c'est-à-dire qu'il y a eu faute),

⁸⁸ *Ibid.* paragraphe 947.

⁸⁹ *Doe I, et al. v. Unocal Co., et al.*, 395 F.3d 932, paragraphe 953.

dans la mesure où dans tous les systèmes juridiques, la responsabilité des entreprises peut être engagée pour les actions commises par ceux avec qui elles sont en partenariat. Il s'agit d'une forme de responsabilité sans faute, ce qui signifie que tous les partenaires commerciaux peuvent, sans avoir commis de faute, être tenus responsables d'un préjudice causé par l'un des partenaires dans le cadre de ce partenariat.

Cette forme de responsabilité peut être engagée lorsque les partenaires ont eu la volonté de former un partenariat, qu'ils partagent un intérêt et exercent un contrôle commun sur le projet et que les bénéfices et les pertes sont partagés. Il va de soi que, pour que cette forme de responsabilité soit engagée, le comportement en question du partenaire commercial doit être suffisamment lié aux activités de la coentreprise ou du partenariat.

3.4 Sociétés fournissant des services de sécurité

Dans un grand nombre de situations et pour différentes raisons, des entreprises sont amenées à engager les services de sociétés de sécurité. En fonction du cadre dans lequel elle opère, une entreprise peut avoir la responsabilité légitime d'assurer la sécurité de ses employés ou peut vouloir protéger ses biens contre toute destruction. C'est souvent le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise opère dans des situations de conflit armé ou lorsque les populations locales s'opposent aux opérations menées par l'entreprise. Les sociétés fournissant des services de sécurité peuvent être des sociétés privées. Cette sécurité peut également être assurée par des forces armées étatiques (militaires ou de police) et même, dans certains cas, par des groupes armés qui contrôlent *de facto* certaines zones ou certains territoires. Ces services de sécurité sont souvent fournis moyennant rémunération mais, cependant, il arrive parfois (particulièrement lorsque la sécurité est assurée par des forces étatiques) qu'il n'y ait pas versement d'argent et qu'un acteur assure une protection parce qu'il a un intérêt à protéger l'investissement de l'entreprise. Dans toutes ces situations, des entreprises ont pu faire l'objet d'allégations de complicité lorsque des sociétés fournissant des services de sécurité ont commis des atteintes graves aux droits de l'homme dans le cadre des services de protection qu'elles assuraient à l'entreprise.

Dans de telles situations, il peut arriver que l'entreprise et l'acteur qui fournit un service de sécurité se trouvent en réalité dans une relation de partenariat commercial ou de coentreprise. Lorsque l'on est en présence d'un tel partenariat commercial, l'analyse présentée dans la Partie 3.3 s'applique. Cependant, même en l'absence d'un partenariat commercial, une entreprise peut être tenue responsable du préjudice subi en raison d'atteintes graves aux droits de l'homme perpétrées par les sociétés qui lui fournissent des services de sécurité. Là encore, afin d'établir une éventuelle responsabilité de l'entreprise concernée, il faut se poser les mêmes questions : est-ce que l'entreprise savait, ou est-ce qu'une entreprise prudente dans la même situation aurait pu savoir, que son comportement faisait peser un

risque de préjudice pour la victime ? Étant donné ce risque, est-ce que l'entreprise a pris les mesures de précaution qu'une entreprise prudente aurait prises dans le but d'éviter que le risque ne se matérialise ? Enfin, est-ce que le comportement de l'entreprise a contribué à infliger le préjudice ?

Encadré n°8 : Sécurité, groupes paramilitaires et syndicalistes : Drummond en Colombie

Dans deux cas distincts en Colombie, trois dirigeants de syndicats travaillant pour Drummond Ltd., une filiale de l'entreprise minière Drummond, auraient été enlevés de force d'un bus et assassinés par des membres d'un groupe paramilitaire local. Il a été allégué qu'au moment de leur mort, les victimes participaient à des négociations avec Drummond Ltd. dans le but, entre autres, d'obtenir de cette entreprise qu'elle assure une plus grande sécurité aux travailleurs menacés et qu'elle indemnise les victimes blessées lors d'un accident dans la mine.

Immédiatement après ces assassinats, une action en justice a été initiée au civil contre Drummond et ses filiales aux États-Unis alléguant de la responsabilité des entreprises dans les événements en cause. Les demandeurs ont affirmé que ces assassinats avaient été commis dans le cadre d'un accord entre les entreprises et les groupes paramilitaires et que les entreprises avaient apporté un soutien matériel aux groupes paramilitaires⁹⁰.

L'entreprise a nié toutes ces allégations, en affirmant que ni elle, ni ses dirigeants, n'étaient en aucune manière impliqués dans la mort des syndicalistes. L'entreprise a également précisé qu'elle n'avait versé aucun paiement et n'avait conclu aucune transaction avec des groupes illégaux⁹¹.

Lors du procès, le jury a acquitté l'entreprise, jugeant qu'elle n'avait pas commis de faute. L'entreprise a salué cette décision⁹². Les demandeurs ont interjeté appel en alléguant, entre autres, que le tribunal de district avait

90 *Romero et al. v. Drummond et al.*, pour des documents pertinents, y compris la plainte de la partie demanderesse, voir <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/DrummondlawsuiteColombia>.

91 Communiqué de presse de Drummond, 21 mars 2007: http://www.drummondco.com/news/pdf/news_03212007.pdf.

92 Communiqué de presse de Drummond, 26 juillet 2007, http://www.drummondco.com/news/pdf/news_07262007.pdf.

refusé à tort de les autoriser à présenter des témoignages qui auraient démontré que l'assassinat de ces hommes par les groupes paramilitaires faisait partie d'un pacte conclu avec des représentants de l'entreprise et au titre duquel ils avaient reçu un paiement⁹³.

3.4.1 L'engagement de sociétés fournissant des services de sécurité au titre d'un accord formel

Dans les cas où une entreprise engage les services d'une société de sécurité, ou conclut un accord formel avec une société fournissant des services de sécurité (qu'il y ait paiement ou non), le Comité a estimé que l'acte de l'entreprise consistant à conclure un contrat pour bénéficier des services en question était au cœur des allégations de complicité. Il est souvent allégué que lorsqu'une entreprise charge des sociétés de sécurité de lui assurer des services de protection dans un environnement où de graves atteintes aux droits de l'homme sont commises, cette entreprise a créé les circonstances dans lesquelles ces atteintes ont été perpétrées.

Connaissance du risque

À cet égard, le Comité estime que, lorsqu'il s'agit d'établir ce que l'entreprise savait ou aurait dû savoir, le droit de la responsabilité civile requiert généralement que toute entreprise prudente mène un certain nombre d'enquêtes afin de déterminer les risques encourus par les tiers du fait du recours à des sociétés fournissant des services de sécurité.

Le Comité considère qu'une évaluation des risques sera toujours requise lorsque, étant données les circonstances, le fait d'assurer la sécurité entraîne nécessairement des contacts physiques directs entre les sociétés fournissant des services de sécurité et d'autres personnes. Même lorsque l'accord relatif à la fourniture de services de sécurité n'implique pas en lui-même des interactions avec des individus ou des communautés ou un recours à la force (et que, par conséquent, le droit peut considérer que le risque de préjudice était moins prévisible ou moins probable), il est en général toujours nécessaire de procéder à une évaluation des risques. Une telle évaluation devrait examiner explicitement le risque que des atteintes aux droits de l'homme soient commises par les sociétés fournissant des services de sécurité. Le risque peut être considéré comme élevé si la situation est instable, ou si des atteintes graves aux droits de l'homme sont régulièrement perpétrées, ou encore lorsque l'acteur engagé a commis des atteintes aux droits de l'homme par le passé.

93 http://www.iradvocates.org/Drummond_Pls%20Opening%20Brief.pdf.

Mesures de précaution

Étant donné que le risque de préjudice est toujours prévisible dans le cadre de contrats relatifs à la fourniture de services de sécurité et que ce préjudice peut parfois être important, une entreprise engageant une société fournissant des services de sécurité peut se voir imposer de prendre des mesures strictes de précaution. Il peut s'agir, évidemment et tout simplement, de s'abstenir d'utiliser les services de l'acteur en question. Cependant, il se peut parfois que cela ne soit pas faisable et, dans de tels cas, le droit peut examiner si l'entreprise a tenté ou non d'obtenir un engagement de la part de l'entreprise de sécurité que des atteintes graves aux droits de l'homme ne seraient pas commises, ou si elle a instauré des mécanismes rigoureux en matière de contrôle, d'information et de commandement.

Le Comité a observé que, très souvent, lorsqu'une entreprise fait l'objet d'allégations de complicité d'atteintes graves aux droits de l'homme commises par des sociétés fournissant des services de sécurité, non seulement de telles mesures de précaution n'auraient apparemment pas été prises mais, en réalité il est également allégué que l'entreprise a ignoré le risque, ou a même joué un rôle actif dans les atteintes.

Causalité

De telles considérations sont également pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer si les conditions de causalité ont été remplies. Les facteurs pris en compte pour établir la causalité peuvent inclure le caractère proactif de l'entreprise lorsqu'elle a chargé l'acteur en question de lui fournir des services de sécurité, ou le fait qu'elle n'a pas empêché l'acteur concerné de causer le préjudice aux victimes concernées. Il peut parfois arriver que l'entreprise ait mené des actions supplémentaires qui ont facilité la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme. Par exemple, il arrive parfois que les allégations de complicité ne s'étendent pas seulement au fait que les sociétés fournissant des services de sécurité à une entreprise auraient commis des atteintes graves aux droits de l'homme, mais également au fait que l'entreprise a fourni des armes et un soutien logistique aux sociétés fournissant des services de sécurité ou a joué un rôle actif dans ces atteintes.

Tout comme dans les scénarios précédents, la relation que l'entreprise entretient avec les victimes doit être prise en compte lorsque le droit examine ce qui était prévisible, quelles mesures de précaution auraient dû être prises, et si les conditions de la causalité sont remplies. Par exemple, si les victimes vivent à proximité de la zone d'opération de l'entreprise ou sont identifiées comme des membres d'une communauté qui proteste contre les opérations de l'entreprise dans la région, le droit peut alors exiger que l'entreprise prenne en compte la sécurité de ces personnes dans sa gestion des risques. Cela est d'autant plus vrai lorsque les victimes sont des employés de l'entreprise.

3.4.2 Les sociétés fournissant des services de sécurité en dehors d'un accord formel

Même en l'absence d'accord formel ou de paiement entre une entreprise et des sociétés fournissant des services de sécurité (qu'il s'agisse de services privés, d'une armée gouvernementale ou de membres d'un groupe armé), s'il est établi que ces sociétés assurent *de facto* une protection à l'entreprise et que, dans le cadre de ces services rendus, des atteintes graves aux droits de l'homme surviennent, l'entreprise peut alors potentiellement voir sa responsabilité engagée. Tout tribunal devant prendre une décision dans ce domaine sera amené à tenir compte de certains facteurs importants, notamment le fait de savoir si les forces des services de sécurité étaient autorisées à accéder au site d'exploitation de l'entreprise, si elles étaient présentes de façon régulière sur le lieu même ou à proximité du site de l'entreprise, et si l'entreprise fournissait des armes, du matériel ou un autre soutien logistique. Une autre question importante consiste à déterminer s'il y a une continuité dans les services de sécurité fournis. La combinaison de certains ou de tous ces éléments peut être considérée comme constituant un accord de sécurité *de facto* entre l'entreprise et les sociétés fournissant des services de sécurité. Dans ce cadre, le droit de la responsabilité civile peut exiger que si l'entreprise connaissait, ou aurait dû connaître, le risque que de graves atteintes aux droits de l'homme seraient commises par des services de sécurité dans le cadre d'une protection fournie à l'entreprise, celle-ci aurait alors dû prendre certaines mesures de précaution.

Encadré n°9 : Au-delà de la complicité – Atteintes aux droits de l'homme résultant d'un dommage à l'environnement

Dommage résultant d'activités dangereuses : responsabilité sans faute

Dans tous les pays, la responsabilité juridique d'une entreprise peut être engagée si celle-ci entreprend une activité anormalement dangereuse qui entraîne un préjudice, que l'entreprise soit ou non fautive et quelles que soient les dispositions qu'elle a prises afin de prévenir la survenance du préjudice. Il s'agit de nouveau d'une forme de « responsabilité sans faute » (ou « responsabilité absolue ») et celle-ci est prévue sous une forme ou une autre à la fois par le droit de la responsabilité délictuelle dans les pays de *common law* et par le droit des obligations non contractuelles dans les pays

de droit civil⁹⁴. Les dispositions ou les lois de base encadrant cette forme de responsabilité sont de plus en plus assorties de législations spécifiques qui identifient de nouvelles situations dans lesquelles cette forme de responsabilité est imposée, tout particulièrement en cas de responsabilité du fait du produit concerné et de dommages à l'environnement.

En 1985, à la suite d'une fuite de gaz d'oleum dans une usine de fabrication en Inde, ayant causé des atteintes à la santé des individus habitant à proximité, les personnes blessées ont déposé une plainte au civil devant la justice indienne à l'encontre de l'entreprise responsable. Au cours de la procédure, la Cour Suprême de l'Inde a développé une théorie de la responsabilité absolue.

« Une entreprise qui entreprend des activités industrielles périlleuses ou par nature dangereuses ... a un devoir absolu et non déléguable envers la société de veiller à ce qu'aucun dommage ne résulte pour quiconque en raison ... de l'activité qu'elle entreprend... De telles activités périlleuses ou par nature dangereuses menées à des fins commerciales peuvent uniquement être tolérées à condition que l'entreprise... indemnise tous ceux qui souffrent en raison de la réalisation d'une telle activité périlleuse ou par nature dangereuse, peu importe qu'elle soit réalisée avec prudence ou non... L'entreprise est tenue de manière stricte et absolue d'indemniser tous ceux qui ont été affectés par l'accident, et les causes d'exonération prévues en matière de responsabilité sans faute ne sont pas ici applicables»⁹⁵.

94 Dans certains systèmes juridiques, ces deux expressions signifient la même chose. Dans d'autres, la « responsabilité absolue » impose une norme plus élevée qui ne permet aucune dérogation, si ce n'est en cas de catastrophe naturelle ou de sabotage : voir par exemple *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) (Oleum Gas Leak Case); Voir également, US Restatement (Second) of the Law of Torts, § 519. Pour une synthèse comparative du droit européen qui examine les conditions dans lesquelles la responsabilité sans faute peut être engagée, voir : Article 5.101, *Principles of European Tort Law*, disponible sur www.egt.com. Dans les pays de *common law*, outre la législation prévoyant une responsabilité sans faute, il est possible de lancer une action pour responsabilité sans faute lorsqu'une entreprise utilise sur ses sites des substances qui, si elles s'échappent ou ont un impact en dehors du site d'activités, provoquent de graves préjudices, voir *Rylands v. Fletcher 1865* 3 H&C 774; 159 ER 737.

95 *M.C. Mehta v. Union of India*, WP 12739/1985 (1986.12.20) (Oleum Gas Leak Case).

4 Procédures légales et règles du droit des sociétés

Le droit de la responsabilité civile existait bien avant que la communauté internationale ait élaboré les principes relatifs aux droits de l'homme et ait adopté des instruments juridiques limitant l'exercice du pouvoir dans le but de protéger ces droits. Cependant, alors que des victimes cherchent de plus en plus à faire en sorte que ceux qui contribuent aux atteintes aux droits de l'homme aient à rendre compte de leurs actes et, alors que l'impunité n'est plus tolérée, on s'est tourné, avec succès, vers le droit civil pour accéder à des voies de recours. Cela s'explique par un grand nombre de raisons qui sont brièvement exposées dans la Partie 1 du présent Volume.

Alors que l'on constate une extension du champ d'application du droit de la responsabilité civile aux cas d'atteintes aux droits de l'homme de manière générale (et, en particulier, dans des affaires visant des entreprises), il est nécessaire de reconnaître et de prendre en compte les questions et difficultés auxquelles les victimes sont confrontées lorsqu'elles cherchent à obtenir réparation. Le Comité a observé que ces obstacles peuvent parfois survenir parce que le droit et les décideurs politiques, les avocats, les juristes d'entreprise et le pouvoir judiciaire sont encore en train de s'adapter au nouveau rôle qui a été assigné au droit de la responsabilité civile en matière de protection des droits de l'homme.

Tout comme en droit pénal, diverses questions peuvent être soulevées. Premièrement, l'inégalité des armes entre une entreprise importante et souvent puissante et la victime de l'atteinte aux droits de l'homme constitue un élément qu'il ne faut pas négliger. Une assistance juridique n'est pas toujours nécessairement disponible, même si l'affaire inclut des questions relatives aux droits de l'homme, ce qui fait reposer sur les victimes un fardeau financier que, de son côté, l'entreprise peut assumer. Cela peut aboutir à ce que des plaintes ne soient jamais déposées au civil, particulièrement dans des systèmes juridiques où, dans le cadre d'une action en justice au civil, la partie perdante doit payer les coûts de procédure pour les deux parties, et où les avocats ne peuvent pas être payés en fonction des dommages et intérêts obtenus. Deuxièmement, si des sommes importantes sont accordées aux États-Unis par des tribunaux ou des jurys afin d'indemniser les victimes dans des procédures civiles, attirant de ce fait l'attention du public, il n'en va pas de même dans la majorité des systèmes juridiques, soit parce que le montant de la compensation qu'un tribunal peut accorder est limité par la loi, soit parce que les actions en justice au civil n'impliquent pas la constitution d'un jury ou soit parce que la possibilité de verser des dommages et intérêts punitifs (à savoir un montant élevé de dommages et intérêts accordés dans le but de sanctionner l'auteur responsable) n'est pas prévue. Cela peut avoir pour conséquence que, même si la décision d'un tribunal rend justice aux victimes et permet en partie de couvrir les coûts réels du préjudice subi, l'effet préventif de la décision, recherché par un grand nombre de victimes, est amoindri, à moins que la décision ne bénéficie d'une certaine publicité.

Cet effet préventif permet de veiller à la fois à ce que l'entreprise elle-même modifie son comportement futur et que les autres entreprises s'abstiennent de se comporter de manière similaire.

D'autres difficultés sont de nature plus substantielle et quatre d'entre elles doivent être tout particulièrement relevées. Premièrement, un délai de prescription peut empêcher le dépôt d'une plainte au civil si les événements sont survenus un certain temps avant le lancement de la procédure. Deuxièmement, le fait que le droit des sociétés catégorise chaque type d'entreprise en tant qu'entité juridique distincte, y compris au sein d'une même « famille d'entreprises », peut entraîner des difficultés lorsque l'on cherche à engager la responsabilité d'une société mère, même en cas d'allégations selon lesquelles celle-ci avait connaissance et soutenait le comportement de sa filiale. Troisièmement, le fait parfois d'avoir à démontrer la compétence d'un tribunal et de convaincre celui-ci d'exercer sa compétence peut être un obstacle important à surmonter. Quatrièmement, le fait d'arriver à déterminer et à s'accorder sur le type de régime juridique national qui doit s'appliquer à une affaire donnée peut porter à confusion, être complexe et prendre du temps. Dans la partie qui suit, le Comité examine l'impact de ces quatre difficultés.

4.1 Prescriptions : empêcher que l'écoulement du temps n'entrave la justice

Bien que les prescriptions puissent varier en fonction du préjudice infligé ou de la juridiction concernée (et que, dans beaucoup de systèmes juridiques, le délai ne commence pas à s'écouler si l'entreprise a pris des mesures pour dissimuler son comportement, sa localisation ou son identité), dans de nombreux systèmes juridiques, si l'action civile n'est pas déposée dans un certain délai après la survenance du préjudice, elle sera considérée comme forclose. Par exemple, un tribunal helvétique a conclu qu'en raison de l'application du délai de prescription, il ne pouvait pas être donné suite à une action civile à l'encontre d'IBM, accusé d'être impliqué dans les préjudices infligés par le régime nazi dans le cadre du génocide des Juifs⁹⁶.

Le Comité estime que souvent il existe des raisons pour lesquelles les victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme n'intentent pas d'action civile dans les délais relativement courts qui sont généralement prévus par les règles applicables en matière de prescription. C'est le cas, par exemple, lorsque dans le pays en question, le gouvernement au pouvoir est impliqué dans les atteintes aux droits de l'homme ou si les groupes armés impliqués dans ces actes ont menacé ceux qui oseraient parler, ou encore si le système juridique en question n'est pas opérationnel pour d'autres raisons. Dans de telles circonstances, il peut être difficile ou risqué pour les victimes, d'intenter une action civile dans les délais impartis. De plus, il arrive

96 *GIRCA v. IBM*, no. 4C.296/2004 /ech, 22 décembre 2004, et *GIRCA v. IBM*, no. 4C.113/2006 disponible en français sur: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

souvent que la nature des atteintes soit telle que les victimes sont trop traumatisées à court terme pour initier une action en justice.

Comme cela a été étudié dans le Volume 2, le droit international prévoit que les délais de prescription peuvent ne pas s'appliquer dans le cadre des poursuites pénales au niveau national ou international lorsque le crime en question constitue un crime de guerre, un crime contre l'humanité, un génocide ou un apartheid⁹⁷. Cela est dû au fait que ces actes sont considérés comme étant si graves qu'il est primordial qu'ils puissent faire l'objet de poursuites, quel que soit le nombre d'années écoulées entre la perpétration de ces crimes et le lancement de poursuites judiciaires. Pour cette même raison, on considère de plus en plus qu'il faudrait interdire les délais de prescription dans le cadre des poursuites pénales relatives à d'autres atteintes graves aux droits de l'homme, comme la torture ou les disparitions forcées⁹⁸.

Le Comité a recueilli des éléments démontrant l'émergence d'une opinion selon laquelle des considérations similaires devraient être prises en compte en matière d'actions civiles pour un préjudice causé par des atteintes graves aux droits de l'homme⁹⁹. Le Comité estime que cette tendance est d'importance capitale. En effet, le Comité considère que, pour toute action en justice au civil, lorsqu'une atteinte grave aux droits de l'homme est en cause, les tribunaux devraient au minimum pouvoir décider de manière discrétionnaire de prendre en considération les différents facteurs soulignés supra lorsqu'ils décident d'appliquer ou non le délai de prescription¹⁰⁰.

97 Voir par exemple la Convention internationale sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 29 ; Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ; Voir aussi le Volume 2 de la présente série, Partie 8 pour une brève analyse de cette question et pour d'autres sources. Pour une analyse plus approfondie et pour d'autres sources, 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*, décembre 2006.

98 Voir, par exemple, Partie IV, Prescription, dans les Principes des Nations unies sur le droit à réparation ; Voir également la CIADH : *Affaire Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru)* 14 mars 2001; Pour une analyse plus exhaustive et des sources supplémentaires, 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*, décembre 2006.

99 Voir par exemple le principe 23 de l'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité et la paragraphe 73 de l'Observation générale sur l'article 19 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées : <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilationMay06.pdf>; Pour une analyse plus exhaustive et des sources supplémentaires, 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*, décembre 2006.

100 En effet, dans le cadre des actions en justice visant spécifiquement et explicitement à assurer un recours pour des atteintes aux droits de l'homme telles que des requêtes fondées sur des droits constitutionnels ou sur la législation relative aux droits de l'homme, dans tous les systèmes juridiques, les tribunaux bénéficient souvent d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'application ou non de la règle de la prescription pour tous les cas relevant d'atteintes aux droits de l'homme (et non pas uniquement en cas d'atteintes graves aux droits de l'homme). Pour un exemple de jurisprudence au niveau régional s'appliquant à cette question, voir : ECHR, *Stubbings and Others v. UK*, Case no. 36-37/1995/542-543/628-629, 22 octobre 1996.

Le Comité estime que ces considérations sont particulièrement importantes lorsque la plainte vise à engager la responsabilité d'une entreprise. Comme cela a été examiné dans la Partie 1, dans de nombreux cas, le droit de la responsabilité civile fournit aux victimes les seules voies de recours juridiques permettant d'engager la responsabilité d'une entreprise pour son implication dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité estime que là où un tribunal n'a pour le moment pas compétence pour se prononcer de manière discrétionnaire sur l'application d'un délai de prescription en matière de responsabilité civile délictuelle, les législateurs et les décideurs politiques doivent, dans le cadre de réformes législatives, prendre en compte le fait que le droit de la responsabilité civile fournit souvent une voie de recours très importante pour obtenir justice. Par conséquent, donner à un tribunal au minimum le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer les délais de prescription peut s'avérer extrêmement important afin de garantir un accès approprié à des voies de recours et à une réparation en cas d'atteintes graves aux droits de l'homme¹⁰¹.

4.2 La responsabilité des sociétés mères : agir avec une personnalité juridique distincte

Tout au long de sa recherche et de son processus de consultation, le Comité a été frappé par la complexité grandissante des structures commerciales modernes. Il n'est pas inhabituel de nos jours qu'une entreprise comprenne une société mère et de nombreuses filiales qui elles-mêmes disposent de filiales auxquelles elles sont liées, ou qu'elle passe un accord de partenariat commercial avec d'autres entreprises qui donne naissance à une nouvelle entité.

Dans ce contexte, il existe un certain nombre de raisons pour lesquelles il peut être important de prendre en compte l'implication d'une société mère dans le comportement de sa filiale en cas d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Par exemple, lorsqu'une filiale est impliquée dans des atteintes aux droits de l'homme, il peut arriver que la société mère ait toléré ou ait été indifférente au type de comportement adopté ; ou la filiale a pu agir alors que la société mère connaissait parfaitement ou avait approuvé cette conduite, voire avait donné des directives en ce sens.

Le Comité a conclu que lorsqu'il est allégué qu'une société mère s'est rendue complice, tout comme sa filiale, d'atteintes graves aux droits de l'homme, il peut être nécessaire que les victimes aient la possibilité d'engager la responsabilité juridique de la société mère afin de garantir une réparation morale et fournir un fondement approprié pour accéder au droit à un recours et à réparation. Premièrement, l'engagement de la responsabilité d'une société mère peut jouer un rôle important pour prévenir toute répétition du comportement en question et modifier les pratiques générales de l'entreprise. Le risque de voir sa responsabilité engagée

101 Voir Partie 1.1, p. 4.

peut encourager l'entreprise à anticiper les problèmes et à prendre des mesures pour veiller à ce que toutes ses composantes les évitent. Cela est d'autant plus vrai lorsque la filiale est une entreprise à responsabilité limitée. Lorsque les sociétés mères et leurs directeurs font partie des actionnaires d'une société à responsabilité limitée, leurs actifs sont protégés, comme c'est le cas pour les actifs de l'ensemble des actionnaires. Par conséquent, la possibilité d'engager directement la responsabilité des sociétés mères, en plus de celle de leurs filiales, peut jouer un rôle important afin de garantir au sein des entreprises une culture de gouvernance qui n'occulte pas et n'ignore pas le risque d'implication dans des atteintes aux droits de l'homme et mais prenne, au contraire, des mesures afin d'éviter ce type de risques.

Deuxièmement, il arrive parfois qu'une filiale ne dispose pas de fonds suffisants, parfois du fait de son statut de responsabilité limitée, pour offrir une indemnisation satisfaisante aux victimes, dans l'éventualité d'une décision de justice allant dans ce sens. Dans l'affaire du désastre de Bhopal, le montant des pertes et dommages subis était si élevé, en raison de l'ampleur du nombre de personnes décédées, blessées ou ayant perdu leurs moyens de subsistance, que les capitaux de l'entreprise qui gérait l'usine, Union Carbide India Limited, avaient été considérés comme insuffisants pour l'honorer, et il avait été jugé nécessaire de rechercher l'engagement de la responsabilité juridique de la société dans son ensemble¹⁰².

Responsabilité juridique

D'un point de vue juridique cependant, tout comme les être humains, les entreprises sont considérées comme étant des personnalités juridiquement autonomes et distinctes. Chaque entreprise bénéficie d'une personnalité juridique autonome et est considérée comme une entité distincte de toutes les autres personnes morales et physiques¹⁰³, y compris la société mère qui en assure la direction et les entreprises qui font partie de sa « famille » ou ses filiales¹⁰⁴. Cette séparation juridique ou « voile social » entre les différentes entités d'une entreprise entre parfois en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la responsabilité juridique d'une société mère peut être engagée dans des situations dans lesquelles sa filiale a été impliquée dans des atteintes aux droits de l'homme.

102 Voir également la situation sous-tendant la requête déposée dans l'affaire *Lubbe v. Cape plc* 2000 4 All ER 268, dans laquelle le demandeur invoquait la responsabilité de la société mère du fait d'avoir été exposé à l'amiante dans l'une de ses filiales sud-africaines. Il avait été allégué que la filiale était insolvable et n'était donc pas en mesure de verser une indemnisation adéquate.

103 Lorsqu'un dirigeant d'une entreprise agit en tant que l'entreprise dans le sens donné dans l'encadré No 3 p. 16, cette séparation juridique est inapplicable.

104 Dans des systèmes juridiques de *common law*, voir par exemple : *Salomon v. Salomon* [1897] AC 22, et pour une analyse de cette question : *The Impact of the Corporate Form on Corporate Liability for International Crimes: Separate Legal Personality, Limited Liability and the Corporate Veil – An Australian Law Perspective*, document présenté au Comité par Rachel Nicolson et Emily Howie de la firme Allens Arthur Robinson, www.icj.org.

Dans les différents systèmes juridiques, lorsqu'il s'agit d'attribuer la responsabilité juridique, le principe de base est que le comportement d'une filiale n'est pas assimilé à celui de sa société mère. Cela signifie qu'en règle générale, une société mère n'est pas considérée comme responsable du fait d'autrui en raison du comportement de sa filiale, même dans l'hypothèse où elle possède 100% de l'actionnariat de sa filiale. Il en va différemment, cependant, des relations au sein même de l'entreprise, à l'instar de celles prévalant entre les succursales et les sociétés mères, ou entre des entités opérant pour le compte d'une société mère. Le comportement d'une succursale comme celui d'une entité subordonnée peut être imputé à celui de leur société mère, et la responsabilité sans faute du fait d'autrui de la société mère peut être engagée¹⁰⁵.

Dans la plupart des systèmes juridiques, il existe seulement deux moyens d'établir la responsabilité d'une société mère en sus de la responsabilité d'une filiale. Premièrement, lorsque la doctrine de la séparation des personnalités juridiques est employée à des fins abusives pour effectuer des fraudes ou se défaire d'obligations juridiques existantes, les tribunaux peuvent être enclins à « lever le voile social » de façon à examiner la structure d'ensemble de l'entreprise, imputer le comportement de la filiale à la société mère, et engager la responsabilité de cette dernière sur la base de la responsabilité du fait d'autrui pour les actes de sa filiale¹⁰⁶.

Deuxièmement, lorsqu'une filiale est impliquée dans des atteintes aux droits de l'homme, la responsabilité juridique de la société mère peut être engagée si le comportement de la société mère elle-même s'avère négligent ou intentionnel (c'est-à-dire que la société mère a commis une « faute »). Cela signifie qu'en l'occurrence la responsabilité de la société mère doit être basée sur son propre comportement – et ne peut pas simplement dériver de la responsabilité de la filiale. Le Comité a conclu qu'il arrive parfois que l'on n'établisse pas de manière correcte la distinction entre, d'une part, les situations dans lesquelles une société mère serait responsable sur la base de son propre comportement fautif et, d'autre part, les situations dans lesquelles il est demandé au tribunal de « percer le voile social » et d'engager la responsabilité du fait d'autrui de la société mère pour les actes de sa filiale. Le Comité recommande vivement aux avocats, aux décideurs politiques et aux spécialistes d'éviter de confondre ces deux fondements distincts de la responsabilité, dans la mesure où ils ont des justifications et des implications juridiques très différentes.

105 La question de la responsabilité au sein des coentreprises et des partenariats est traitée séparément en plus grand détail dans la Partie 3.3 p. 42.

106 Voir par exemple : *Australia, Briggs v. James Hardie* (1989) 16 NSWLR 549 (paragraphe 567); *England and Wales, Re Darby Ex parte Brougham* 1911 1 KB 95; Pour une analyse de l'approche adoptée dans les systèmes de *common law*, voir : *The Impact of the Corporate Form on Corporate Liability for International Crimes: Separate Legal Personality, Limited Liability and the Corporate Veil – An Australian Law Perspective*, document présenté au Comité par Rachel Nicolson et Emily Howie de la firme Allens Arthur Robinson, www.icj.org.

Pour déterminer si la responsabilité d'une société mère peut être engagée sur la base de sa propre faute, il s'agit d'appliquer les principes relatifs à la connaissance/ la prévisibilité, aux mesures de précaution (en cas d'allégations de comportement négligent de la part de l'entreprise) ainsi que ceux touchant la causalité examinés dans la Partie 2, ce qui implique de se poser les questions rappelées à la fin de la Partie 2. L'entreprise a-t-elle initié une série de comportements négligents et intentionnels qui ont été la cause d'un préjudice pour la victime concernée ? A-t-elle été un facteur ayant contribué au préjudice subi ? Le Comité a estimé qu'il existe pour l'essentiel deux situations dans lesquelles il sera répondu par l'affirmative à ces questions : (1) lorsque la société mère a été elle-même activement impliquée dans les atteintes, ou (2) lorsque, bien que la société mère n'était pas activement impliquée, elle exerçait un contrôle tel sur sa filiale qu'elle aurait dû prendre des mesures pour influencer sur le comportement de la filiale.

La Société mère est activement impliquée dans les atteintes

Comme cela a été expliqué dans la Partie 2, il est clair que plusieurs individus ou entreprises différents peuvent commettre des actes qui sont la cause ou qui contribuent au même préjudice, et ils peuvent tous voir leur responsabilité juridique engagée pour ce préjudice¹⁰⁷. Cela est tout aussi vrai lorsque les différentes entités en cause comprennent une société mère et une filiale au sein de la même entreprise. Dans de telles situations, le degré de proximité entre la société mère et la situation qui a donné lieu au préjudice et/ou ceux qui ont subi ce préjudice constitue un élément à prendre en compte pour déterminer à la fois si son comportement a été ou non une cause du préjudice subi, si dans ces circonstances elle connaissait ou aurait dû connaître le risque que son comportement pouvait entraîner un préjudice, et si elle a pris des mesures de précaution suffisantes. Un tribunal recherchera les éléments de preuve d'une implication active. Par exemple, dans sa décision sur la recevabilité de la plainte déposée au civil contre la société mère Chevron-Texaco en relation avec les événements survenus au Nigéria et impliquant sa filiale nigériane (voir l'encadré n°1), un tribunal des États-Unis a conclu que « le fait que les défendeurs aient tenté de manière anormalement fréquente de contacter le Nigeria le troisième jour de l'incident de Parabe montre de manière probante que les défendeurs étaient impliqués dans l'incident »¹⁰⁸.

Parmi les cas dans lesquels la responsabilité des sociétés mères a ainsi pu être engagée en raison de leur négligence figure celui d'une société mère qui a été directement impliquée dans les défauts et les défaillances de la conception et de la construction d'un bateau, ce qui avait provoqué une marée noire causant à la fois des atteintes à la santé d'individus et des dommages à l'environnement¹⁰⁹. Dans une

107 Voir Partie 1, p. 3 et Partie 2.3: Causalité et complicité.

108 *Bowoto et al. v. Chevron Co. et al.*, 5 juin 2007, Case 3:99-cv-02506-SI, Document 1628, Order Denying Defendant's Motion for Summary Judgement on Plaintiffs Tertiary Liability Theories.

109 *Amoco Cadiz*, 954 F.2d 1279, US Court of Appeals, 7TH Cir., 24 janvier 1992; Voir également le "OK Tedi

autre affaire, la responsabilité d'une société mère a été engagée pour les atteintes à la santé dues aux conditions de travail de sa filiale, dans la mesure où ses dirigeants étaient directement impliqués dans la direction de la filiale¹¹⁰.

La Société mère est tenue d'intervenir activement dans le comportement de sa filiale

Dans ce type de cas, il s'agit de déterminer si une société mère a eu un comportement négligent étant donné que, à la lumière du contrôle qu'elle exerçait sur sa filiale, elle n'a pas fait preuve de la diligence qui pouvait être attendue d'elle dans ces circonstances en matière d'intervention dans le comportement de sa filiale et d'adoption d'autres mesures positives de prévention. Si la société mère connaissait, ou aurait dû connaître, le risque que sa filiale cause un préjudice à des tiers, elle était alors tenue de prendre des mesures de précaution suffisantes. Le niveau de mesures de précaution exigé par le droit dépend, au vu des circonstances, du niveau de contrôle que la société mère exerce, à titre formel et *de facto*, sur sa filiale et de sa capacité d'intervention dans les activités de sa filiale.

Par exemple, dans les nombreux cas où la société mère détient plus de 50% de l'actionariat de sa filiale, elle peut aussi la contrôler *de facto* et avoir autorité pour intervenir dans les activités de la filiale. Cependant, cela n'est pas toujours le cas et il est donc nécessaire de procéder à un examen approfondi au cas par cas. Si les politiques commerciales d'une filiale sont fixées ou approuvées par sa société mère et que le préjudice en question a été causé par le comportement adopté pour mettre en œuvre ces politiques, le droit peut considérer que la société mère aurait dû être en mesure d'influer sur ce comportement et aurait dû, par conséquent, prendre certaines mesures positives. Au contraire, si le préjudice a été causé par un comportement adopté en dehors ou en contradiction avec la politique de l'entreprise, il est moins probable que la société mère soit considérée comme ayant eu la capacité d'empêcher ou de limiter le préjudice grâce à des mesures de précaution. Cependant, à nouveau, chaque cas individuel doit faire l'objet d'un examen au vu des faits. Si une société mère détient uniquement une part minoritaire dans l'actionariat de sa filiale, il sera souvent considéré qu'elle ne disposait pas du contrôle nécessaire sur sa filiale pour être en mesure d'influer sur les décisions de celle-ci afin d'éliminer ou de réduire les risques de préjudice. Toutefois, dans de telles hypothèses, la responsabilité ne saurait être totalement écartée et il peut s'avérer qu'au vu des faits la société mère soit considérée comme ayant eu la capacité d'influer sur le comportement de sa filiale en demandant, par exemple, des informations et en la dissuadant d'avoir recours à certaines pratiques.

case": *Dagi v. BHP No. 2 1997 1 VR 428.*

110 *Wren v. Csr Ltd & Another* [1997] 44 NSWLR 463; (1997) 15 NSWCCR 650 (8 août 1997), Australie, Dust Diseases Tribunal of New South Wales; *John Pinder v. Cape LPC*, (2006) EWHC 3630 (QB), 20 décembre 2006.

4.3 Où intenter une action civile : déterminer la juridiction compétente

Comme cela a été examiné dans le Volume 2, il arrive souvent que les auteurs d'atteintes graves aux droits de l'homme s'assimilant à des crimes au regard du droit international fassent l'objet de poursuites pénales dans un grand nombre de pays – non seulement dans celui où le crime s'est produit, mais également dans leur pays d'origine ou, dans certaines circonstances, dans le monde entier¹¹¹. En ce qui concerne les actions civiles, il est établi que les tribunaux nationaux ont compétence, au regard du droit international, de connaître des actions civiles lorsque le préjudice est survenu dans un lieu relevant de leur juridiction ou lorsque le défendeur a un lien avec le pays qui le juge. Dans les affaires impliquant des entreprises, la plupart des systèmes juridiques nationaux exigent que l'entreprise soit domiciliée ou se soit constituée dans une zone relevant de leur juridiction, bien que parfois, par exemple aux États-Unis, le lien puisse être moins formel et avoir trait à la conduite des affaires ou aux intérêts financiers dans le pays en question¹¹².

Dans de nombreux cas, les victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme recherchent le forum le plus approprié – celui qui leur permet d'obtenir les meilleures chances de bénéficier d'un recours et d'une réparation adéquats. Le plus souvent, il s'agit du système juridique du pays où l'atteinte a eu lieu. Cependant, du fait de la structure complexe et multinationale d'un nombre important de grandes entreprises actuelles, ces dernières ont une influence, une présence et un impact qui dépassent les frontières. Les victimes peuvent ainsi parfois chercher à obtenir justice dans un pays différent de celui où le préjudice est survenu. Cela peut être dû au fait que l'entreprise concernée est domiciliée dans le pays choisi pour intenter l'action, ce qui offre aux victimes de plus grandes garanties quant à l'accès à l'information et aux éléments de preuve disponibles et quant à l'exécution du jugement rendu. Cela peut également s'expliquer par le fait que les victimes sont confrontées à des obstacles pour accéder à la justice dans le pays où le préjudice a été infligé.

Lorsqu'une action est intentée dans un pays différent de celui où le dommage est survenu, le fait d'établir la compétence d'une juridiction et de convaincre un tribunal de l'exercer constitue, dans toute affaire, un aspect important¹¹³. Lorsqu'il

111 Voir Volume 2 de la présente série, Partie 8.

112 Pour une analyse comparative, voir le *Fourth and Final Report: Jurisdiction over Corporations*, produit par l'International Law Association, Committee on International Civil and Commercial Litigation, <http://www.ila-hq.org/pdf/Civil%20&%20Commercial%20Litigation/Civil%20&%20Commercial%20Litigation%20for%20Final%20Report.pdf>; Pour une analyse de la situation prévalant aux USA, voir également : Stephens, *US Litigation Against Companies for Gross Violations of Human Rights*, préparé pour le Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux de la CIJ, www.icj.org.

113 Pour une analyse comparative des motifs pour lesquels des tribunaux dans différents systèmes juridiques refusent parfois d'exercer leur compétence, voir : *Third Interim Report: Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation*, par l'International Law Association, Committee on International Civil and Commercial Litigation, <http://www.ila-hq.org/pdf/Civil%20&%20Commercial%20Litigation/CommLitigation.pdf>.

est demandé à des tribunaux de se prononcer sur la responsabilité de sociétés mères pour des actes commis par leurs filiales à l'étranger, l'établissement de la compétence d'une juridiction peut s'avérer particulièrement complexe. Lorsqu'il cherche à identifier un facteur reliant une plainte à une juridiction compétente pour la connaître, le tribunal sera le plus souvent amené à identifier les éléments de preuve qui indiquent (dans le sens des facteurs examinés de la Partie 4.2) que la société mère a elle-même été impliquée dans le préjudice. Comme nous l'avons vu dans la Partie 4.2, cette question peut être complexe, en particulier si elle doit être traitée durant les phases préliminaires de l'action en justice. Ainsi, par exemple, pour établir s'il avait compétence pour connaître d'une action, un tribunal canadien a dû d'abord déterminer s'il existait des éléments de preuve indiquant que la responsabilité de la société mère pouvait être engagée pour le déversement de déchets toxiques dans l'environnement, effectué par sa filiale qui gérait une mine au Guyana¹¹⁴. Il s'agissait nécessairement, en l'occurrence, durant la phase préliminaire de l'action en justice, de déterminer s'il existait des éléments de preuve indiquant une faute de la part de la société mère, de façon à pouvoir engager sa responsabilité civile. Eu égard à une action intentée au Royaume-Uni contre une société mère qui y était domiciliée, pour des atteintes à la santé subies par des travailleurs employés dans sa filiale sud-africaine suite à leur exposition à l'amiante, le tribunal a estimé qu'il avait compétence pour connaître de cette action après avoir établi qu'il existait des éléments de preuve étayant les allégations selon lesquelles le préjudice subi avait été causé par la négligence de la société mère elle-même¹¹⁵.

Cependant, même lorsque le tribunal estime qu'il est compétent pour connaître d'une action civile, il peut parfois décider qu'un autre forum est plus adapté pour juger l'affaire et refuser d'exercer sa compétence. Le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de décliner sa compétence, en raison du fait qu'il existe ailleurs une juridiction plus appropriée, est connu sous le nom de doctrine du *forum non conveniens*. Cette doctrine est appliquée pour l'essentiel dans les systèmes juridiques de *common law* et n'apparaît pas dans la grande majorité des systèmes de droit civil¹¹⁶.

Dans certains systèmes de *common law*, ce pouvoir discrétionnaire est progressivement supprimé. Les tribunaux de tous les États membres de l'UE (y compris les systèmes juridiques de *common law*) doivent désormais autoriser le lancement

114 *Recherche's Internationales Quebec v. Cambior Inc.*, [1998] Q.J. No. 2554. Le tribunal a décidé qu'il avait compétence pour connaître de cette plainte parce que Cambior exerçait un contrôle significatif sur une mine située dans un pays étranger. Par la suite, cependant, le tribunal a estimé que les tribunaux du Guyana offriraient un forum plus adapté à l'examen de cette plainte. Le tribunal a noté, par exemple, que la mine et l'impact du déversement de ses produits se situaient au Guyana, que les demandeurs y résidaient, que la plupart des témoins de ce désastre résidaient dans ce pays et que les volumineux éléments de preuve documentaires se trouvaient au Guyana.

115 *Lubbe v. Cape plc.* [2000] 4 All E.R. 268.

116 Pour un examen et une analyse comparative, voir *The Third Interim Report: Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation*, par l'International Law Association, Committee on International Civil and Commercial Litigation, <http://www.ila-hq.org/pdf/Civil%20&%20Commercial%20Litigation/CommLitigation.pdf>.

d'une action judiciaire si l'entreprise défenderesse est domiciliée, ou si le préjudice est survenu, dans une zone relevant de leur juridiction¹¹⁷. La jurisprudence indique que les tribunaux des États membres de l'UE ne peuvent désormais plus refuser d'exercer leur compétence sur les entreprises à l'intérieur des frontières de l'UE, même si le préjudice est survenu en dehors de l'UE¹¹⁸ et même si la victime qui demande réparation ne réside pas ou n'est pas un ressortissant de l'un des pays de l'UE¹¹⁹. Il s'agit d'une évolution significative, garantissant que les victimes qui invoquent la responsabilité civile d'entreprises devant les tribunaux des États membres de l'UE ne se verront plus demander de prouver que le forum, choisi par elles, est le seul leur donnant accès à la justice.

Le Comité considère que dans les systèmes de *common law* où les tribunaux peuvent encore exercer leur pouvoir discrétionnaire pour décliner leur compétence¹²⁰, il est important de rappeler que, s'il n'existe pas de forum alternatif qui soit efficace et raisonnablement accessible et devant lequel la victime concernée puisse réellement avoir accès à la justice, cette doctrine ne peut pas alors être légitimement appliquée. Il est essentiel de garantir que cette doctrine soit uniquement appliquée lorsqu'il existe une alternative raisonnablement accessible et ce, afin de veiller à ce que l'application de cette doctrine ne constitue pas un obstacle fondamental à la possibilité pour les victimes de faire recours et d'obtenir réparation, et/ou ne devienne pas un mécanisme permettant d'éviter de traiter des affaires difficiles, potentiellement de premier plan, et politiquement sensibles.

4.4 Quel est le droit national applicable ?

Lorsque l'action est intentée dans un pays distinct de celui où le préjudice est survenu, une fois qu'il est établi qu'un tribunal a compétence pour connaître de l'affaire, la question qui se pose ensuite est de déterminer quel droit national doit être appliqué. La réponse à cette question doit se faire conformément aux règles du droit international privé applicables dans le pays où l'affaire est jugée. Le fait de parvenir à un accord sur le droit applicable implique souvent un processus de décision long et complexe, ce qui peut avoir des répercussions sur le montant des coûts de procédure et peut engendrer des retards.

Historiquement, la règle générale applicable aux cas relevant de la responsabilité délictuelle ou non contractuelle était celle de la *lex loci delicti*. Cela signifie que le droit applicable était celui du pays où est survenu le préjudice. Le Comité a conclu

117 La Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 27 septembre 1968, disponible sur <http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm>.

118 *Andrew Owusu v. N.B. Jackson, trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" and Others*, Cour européenne de justice, Affaire No. C-281/02, 1 mars 2005.

119 *Group Josi Reinsurance Company SA v. Universal General Insurance Company (UGIC)*, Cour européenne de justice, Affaire No. C-412/98, 13 juillet 2000.

120 Par exemple, l'Australie, le Canada, les États-Unis et la Nouvelle Zélande.

que, bien que cela reste le principe de base dans la plupart des systèmes juridiques dans le monde, un certain nombre d'exceptions ont été instaurées dans différents pays. Aux États-Unis par exemple, bien que le postulat de départ demeure que le droit applicable est celui du lieu où est survenu le préjudice, les tribunaux bénéficient d'un certain degré de flexibilité, de marge d'appréciation et de choix dans la détermination du droit applicable¹²¹. En général, ces tribunaux appliquent le droit national du pays qui, au vu du problème en cause, a les liens les plus significatifs avec les faits et les parties¹²². Le droit national applicable diffère en fonction des faits relatifs à une affaire donnée¹²³, et pour prendre une décision les tribunaux seront amenés à tenir compte d'un certain nombre de considérations : le lieu où le dommage est survenu, le lieu où s'est déroulé le comportement ayant causé le dommage, le domicile, la résidence, la nationalité, le lieu d'incorporation et le lieu où se déroulent les activités commerciales ainsi que le lieu où la relation entre les parties, si elle existe, est centralisée¹²⁴.

Par contre, en ce qui concerne les tribunaux des États membres de l'UE, un grand nombre d'exceptions à la règle générale selon laquelle le droit applicable est celui du lieu où est survenu le préjudice seront supprimées en 2009 avec l'adoption d'un nouveau règlement communautaire qui unifiera, à l'intérieur des frontières de l'UE, les principes généraux de droit international privé¹²⁵. Les nouvelles règles prévoient que le droit applicable sera le droit du pays où le dommage est survenu, et non pas celui du pays dans lequel les événements ayant entraîné le dommage ont eu lieu ou dans lequel les conséquences indirectes de ces événements sont survenues¹²⁶. Cela signifie, par exemple, que le droit applicable sera celui du pays où est survenu le préjudice causé par des atteintes aux droits de l'homme, plutôt que celui du pays dans lequel les décisions ayant entraîné ces atteintes ont été prises.

Le Comité considère que cette évolution permettra de résoudre avec une plus grande clarté les considérations difficiles et complexes qui sont soulevées lorsqu'il s'agit d'identifier le droit applicable dans des cas comportant des éléments transnationaux. Cela peut réduire le temps et les coûts de l'action en justice et permettre

121 Voir: The Second Restatement of the Conflict of Laws 1968.

122 *Ibid.*

123 *Cp. Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 US 302 (1981).

124 En outre, les tribunaux peuvent prendre en compte sept autres facteurs: les besoins des systèmes interétatiques et internationaux, les politiques pertinentes prévalant sur le forum en question, les politiques pertinentes des autres États intéressés, la protection d'attentes justifiées, les politiques fondamentales sous-tendant le régime juridique applicable, le degré de certitude, de prévisibilité et d'uniformité du résultat ainsi que la facilité dans la détermination et l'application du droit applicable.

125 *Cp. Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 US 302 (1981).

126 Voir Règlement (CE) no 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»), paragraphe 17 : « Il convient de déterminer la loi applicable en fonction du lieu où le dommage survient, indépendamment du ou des pays où pourraient survenir des conséquences indirectes. Ainsi, en cas de blessures physiques causées à une personne ou de dommages aux biens, le pays où les blessures ont été subies ou les biens endommagés devrait être entendu comme celui où le dommage survient. »

aux parties et au tribunal de se concentrer sur le fond de l'affaire. D'un autre côté cependant, cela peut parfois restreindre la possibilité pour les victimes d'avoir un accès effectif aux recours et réparations. Le Comité estime qu'il est particulièrement important de se prémunir contre ce risque en cas d'affaires complexes et sérieuses impliquant des atteintes graves aux droits de l'homme.

5 Les États-Unis et le « Alien Tort Statute »

Les États-Unis sont souvent le pays qui attire le plus d'attention en ce qui touche à l'application du droit de la responsabilité délictuelle comme voie de recours pour invoquer la responsabilité d'entreprises faisant l'objet d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité estime que cela s'explique par un certain nombre de raisons¹²⁷, mais dans cette Partie, il se concentre uniquement sur l'une d'entre elles : un texte de loi unique en son genre, communément appelé le « *Alien Tort Statute* » (ATS, Loi de réclamation pour les dommages contre un étranger)¹²⁸, qui apporte une nouvelle dimension à l'application du droit de la responsabilité civile délictuelle aux États-Unis lorsque la responsabilité d'entreprises est invoquée pour leur implication dans des atteintes aux droits de l'homme. Bien que cette disposition fasse l'objet ici d'un examen spécifique, il convient de garder à l'esprit que les analyses présentées dans les quatre Parties précédentes de ce Volume sont également applicables au droit de la responsabilité civile délictuelle en vigueur aux États-Unis. Les principes généraux du droit de la responsabilité civile que le Comité a étudié dans les Parties 2 et 3 s'appliquent également aux États-Unis. C'est également le cas des analyses du Comité portant sur les questions de procédure et sur les obstacles dans l'accès aux recours, examinés dans la Partie 4.

L'ATS permet à des individus qui ne sont pas citoyens des États-Unis (les « *aliens* » ou étrangers) d'intenter une action civile devant des tribunaux américains pour des atteintes aux droits de l'homme qu'ils ont subies, même si le préjudice est survenu en dehors des États-Unis et même si l'acteur dont on invoque la responsabilité entretient des liens approximatifs avec les États-Unis. L'ATS dispose que les États-Unis « auront la compétence en première instance pour connaître d'actions civiles intentées par un étranger et ce uniquement pour des actes commis en violation du

127 Par exemple, les règles de procédure en vigueur aux USA sont généralement considérées comme favorisant l'introduction d'une action en justice du fait de la possibilité de demander des dommages et intérêts punitifs, parce que le système n'exige pas que le perdant paie les frais du procès et parce que les avocats ont la possibilité de demander des honoraires en fonction du résultat obtenu. Pour une analyse plus approfondie de cette question, voir Beth Stephens, *US Litigation Against Companies for Gross Violations of Human Rights*, préparé pour le Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux de la CIJ, www.icj.org.

128 28 U. S. C. §1350 'Alien's action for tort'. Inclus dans le Judiciary Act de 1789. Cette législation est également souvent appelée le Alien Tort Claims Act (ATCA). Pour un historique de cette législation, voir la décision de la Cour Suprême des USA dans l'Affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 734-37 (2004): « Le premier Congrès l'a adopté dans le cadre du Judiciary Act de 1789 en prévoyant que les nouveaux tribunaux fédéraux de district 'doivent également avoir compétence, parallèlement aux tribunaux des différents États ou des tribunaux itinérants, le cas échéant, pour connaître de toutes les actions en justice introduites par des étrangers uniquement pour des délits fondés sur une violation de la loi des nations ou d'un traité des États-Unis.' » p. 17 – 18, et « le Statut a été légèrement modifié à plusieurs reprises depuis l'adoption originale de ce texte. Il est actuellement rédigé de la façon suivante, dans son intégralité: 'Les tribunaux de district auront une compétence de première instance pour toute action introduite au civil par un étranger pour un délit uniquement, si celui-ci est commis en violation de la loi des nations ou d'un traité des États-Unis.' » p. 18.

droit des nations ou d'un traité auquel sont Parties les États-Unis»¹²⁹. Bien que l'ATS date du XVIII^{ème} siècle, c'est seulement depuis la seconde moitié du XX^{ème} qu'il a été invoqué pour fonder des recours pour des atteintes aux droits de l'homme. Cette disposition ne fait pas explicitement référence aux droits de l'homme mais, en 1980, elle a été invoquée avec succès dans une plainte relative à des atteintes aux droits de l'homme déposée par deux ressortissants paraguayens contre un ancien officier de police paraguayen - installé aux États-Unis au moment du lancement de cette action en justice - et qu'ils accusaient d'avoir torturé un membre de leur famille au Paraguay¹³⁰.

Il existe plusieurs rapports et commentaires exhaustifs et détaillés sur cette législation et sur les effets de son application grandissante, et le Comité n'a cherché en aucune manière à en rendre compte. Son objectif est plutôt d'analyser brièvement la zone de risque juridique que ce texte crée pour les entreprises qui font l'objet d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme et, à cet égard, il examine deux points pouvant entraîner d'importantes confusions.

La zone de risque juridique

Il est établi que des acteurs privés, y compris les entreprises et/ou leurs dirigeants, peuvent faire l'objet d'actions en responsabilité civile aux termes de cette législation¹³¹, qu'ils soient les acteurs principaux impliqués dans la commission du préjudice ou qu'ils soient des acteurs secondaires¹³².

Cependant, deux points importants sont toujours débattus et le Comité répond ici successivement à ces deux questions.

129 28 U. S. C. §1350 'Alien's action for tort'.

130 *Filártiga v. Peña-Irala* 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), (pour une brève analyse de cette question, voir : [http://ccrjustice.org/ourcases/past-cases/filártiga-v-peñ-irala](http://ccrjustice.org/ourcases/past-cases/filartiga-v-peñ-irala) ; Pour d'autres analyses, voir Beth Stephens, *US Litigation Against Companies for Gross Violations of Human Rights*, préparé pour le Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux de la CIJ, www.icj.org. Voir également *Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, Beth Stephens, 27 Yale J. Intl'L. 1 (2002).

131 Les plaintes initialement déposées invoquaient la responsabilité de certains dirigeants gouvernementaux. Cependant, dans les années 1990, des plaintes ont commencé à être déposées contre des acteurs privés, suite à une action en justice contre le dirigeant des Serbes de Bosnie, demandant des dommages-intérêts pour génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, exécutions extrajudiciaires et torture. Dans ce cas, l'accusé a soutenu qu'il était seulement un acteur privé et qu'il ne pouvait donc pas violer la loi des nations. Cependant, le tribunal n'a pas suivi ce raisonnement, estimant qu'un certain nombre de violations du droit international pouvaient être perpétrées par des acteurs privés au même titre que des responsables étatiques. Voir *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 236-37 (2d Cir. 1995). Voir aussi *Doe c. Unocal Corporation*, Cour d'appel des USA, 9^{ème} circuit, 12 septembre 2002. Depuis lors, plusieurs plaintes ont été déposées contre des entreprises dans le cadre de différentes situations, impliquant toute une série d'entreprises opérant dans le monde entier.

132 Voir par exemple, *Doe v. Unocal Corporation*, Cour d'appel des USA, 9^{ème} circuit, 12 septembre 2002, et voir *Khulumani c. Barclay National Bank, Ltd.* Cour d'appel du 2^{ème} circuit, 12 octobre 2007 <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/ApartheidreparationslawsuitsreSoAfrica>.

La première concerne les problèmes de compétence et en particulier la nature des atteintes aux droits de l'homme qui remplissent la condition prévue par l'ATS selon laquelle pour que les tribunaux des États-Unis aient compétence en vertu de ce texte, il faut que le préjudice à l'égard duquel la responsabilité est invoquée ait été infligé en « violation du droit des nations ou d'un traité ratifié par les États-Unis ».

En 2004, la Cour Suprême des États-Unis a examiné les éléments qui pouvaient constituer une violation du droit des nations. Elle a conclu que « les tribunaux fédéraux ne doivent pas recevoir des plaintes [...] pour des violations d'une norme juridique internationale dont le contenu est moins déterminé et qui est moins reconnue par les nations civilisées que les paradigmes du XVIII^e siècle qui étaient bien connus lorsque le § 1350 a été adopté »¹³³. Elle a cité des décisions rendues précédemment où il avait été jugé que la clause ne devrait s'appliquer qu'à des cas relatifs à « un petit nombre d'actions abominables – chacune violant des normes définies, universelles et obligatoires »¹³⁴. La Cour Suprême a ensuite examiné si ces conditions étaient remplies dans l'affaire dont elle avait été saisie. Elle a jugé que, dans cette affaire, ces conditions n'étaient pas réunies parce que, à son avis, la situation au cœur de la plainte n'impliquait pas une violation qui avait « atteint le statut d'une norme internationale coutumière contraignante »¹³⁵.

Au vu de cette décision, le Comité considère que les tribunaux des États-Unis estimeront qu'un comportement constitue « une violation du droit des nations » lorsqu'il est contraire à une norme de droit international coutumier.

Par conséquent, le Comité considère que le fait d'être impliqué dans des atteintes aux droits de l'homme qui sont contraire au droit international coutumier peut ouvrir une zone de risque juridique au regard de l'ATS¹³⁶. Les atteintes graves aux droits de l'homme qui ont été au centre de l'analyse menée par le Comité sont généralement considérées comme violant le droit international coutumier, et le Comité estime donc que le fait de participer à leur perpétration pourrait, à l'heure actuelle, placer des entreprises dans une zone de risque juridique au regard de l'ATS¹³⁷. Celles-ci

133 *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 734-37 (2004) (infra Affaire Sosa).

134 *Ibid.*, p. 38.

135 Dans l'affaire Sosa, la Cour Suprême a décidé que la violation qui faisait l'objet de la plainte était une détention ayant duré moins de 24 heures, suite à un mandat d'arrêt légalement délivré. Le tribunal a décidé que cela ne s'assimilait pas à une violation conformément aux paradigmes adoptés au 18^e siècle. « Une détention illégale ponctuelle ayant duré moins d'une journée, suivie d'un transfert aux mains d'autorités légales chargées de la détention et d'une inculpation rapidement notifiée, ne viole aucune norme de droit coutumier ainsi définie ». Sosa, p. 44-45.

136 Le Comité note également que, du point de vue du droit international, l'expression « loi des nations » peut être légitimement interprétée comme englobant les règles internationales contenues dans, ou dérivant de traités internationaux, du droit international coutumier ou de principes généraux du droit reconnus par des nations civilisées. Ces règles sont considérées comme des sources acceptées du droit international par le Statut de la Cour internationale de justice, article 38.

137 Voir le Glossaire des termes-clés.

comprennent par exemple des actes tels que : les crimes contre l'humanité, la torture, l'esclavage et les crimes de guerre. En outre, le Comité estime qu'au-delà de telles atteintes graves aux droits de l'homme, une entreprise prudente doit également se montrer vigilante et veiller à ce que son comportement n'entraîne pas d'autres atteintes aux droits de l'homme – qui peuvent, dans certains cas, s'assimiler à une violation du droit international coutumier. Il est en outre essentiel que les entreprises aient à l'esprit que le droit international coutumier poursuit un processus constant d'expansion et de création, et que des obligations juridiques, des interdictions et des droits internationalement reconnus qui ne sont pas considérés comme constituant des normes de droit international coutumier aujourd'hui, le seront peut-être demain.

La deuxième question concerne le critère de détermination de la responsabilité qui s'applique en vertu de l'ATS. Le comportement d'une entreprise fera-t-il l'objet d'un examen à la lumière des règles de droit de la responsabilité délictuelle sur la connaissance (prévisibilité) et la causalité (c'est-à-dire celles étudiées dans la Partie 2) ou au regard des règles provenant d'autres ensembles de normes, comme, par exemple, le droit pénal international (voir Volume 2, Partie 2) ?

Le Comité a conclu que, dans les cas d'actions invoquant l'ATS et la jurisprudence connexe, il y a souvent un manque de clarté quant à la question de déterminer si le comportement de l'acteur sera jugé sur la base du droit pénal international ou sur celle du droit national de la responsabilité civile délictuelle. Parfois, les règles pertinentes du droit pénal international, comme celles relatives à la responsabilité pénale principale, la complicité par aide et assistance et la responsabilité du supérieur (qui sont les unes comme les autres analysées par le Comité dans le Volume 2, Parties 2, 3 et 4) ont été invoquées par les demandeurs ou appliquées par les tribunaux. Dans d'autres cas, ce sont les règles du droit national de la responsabilité civile délictuelle (qui sont le sujet de la Partie 2 du présent Volume), telles que la négligence, la complicité et la responsabilité conjointe des entreprises qui ont été invoquées et appliquées.

Pour de nombreux juristes, l'application des règles du droit pénal international dans une affaire de responsabilité délictuelle relève de l'anomalie et, dans la mesure où l'*Alien Tort Statute* est invoqué dans des actions civiles, beaucoup considèrent que, dans le cadre de recours civils, le droit applicable devrait être celui de la responsabilité civile¹³⁸. En 2004, la Cour Suprême des États-Unis ne s'était pas prononcée de manière définitive et explicite sur le choix entre l'application des règles du droit

138 Il semble que les normes relatives au droit pénal international ont été prises en compte dans la mesure où elles énoncent un critère permettant de juger le comportement des acteurs qui sont impliqués dans des crimes au regard du droit international, et comme cela est expliqué dans la Partie 1, Volume 1 et dans la Partie 1, Volume 2 de la présente série, de nombreuses atteintes graves aux droits de l'homme s'assimilent à des crimes au regard du droit international. Cependant, les règles du droit pénal international qui définissent les circonstances dans lesquelles la responsabilité d'un acteur pourra être engagée pour des crimes au regard du droit international ont été élaborées par référence à l'imposition de la responsabilité pénale.

de la responsabilité délictuelle ou celle des règles du droit pénal international. Cependant, elle a soutenu que la meilleure interprétation de l'ATS impliquait que le fondement de l'action dérivait de la *common law*¹³⁹. Cela a été compris par beaucoup comme signifiant que l'ATS requiert que le « délit soit commis en violation du droit international, et non pas que le droit international lui-même reconnaisse un droit de poursuivre en justice ou définisse la portée de la responsabilité juridique »¹⁴⁰, et que « le fondement de l'action en vertu de ce texte provient du droit de *common law*, et non pas du droit des nations per se »¹⁴¹.

Le Comité estime que cette approche est opportune. Il considère qu'il n'existe aucune raison de décider que les règles du droit de la responsabilité délictuelle ne devraient pas, ou ne pourraient pas, régir le droit applicable aux faits dans des affaires relevant de l'*Alien Tort Statute*. Comme l'a souligné le Comité dans la Partie 2, les principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile sont communs à tous les systèmes juridiques à travers le monde, y compris celui des États-Unis¹⁴².

Alors que la question de savoir si c'est le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit pénal international qui doit définir ce qui constitue un comportement acceptable n'a pas encore été tranchée, comment les entreprises doivent-elles évaluer, pour le mieux, la zone de risque juridique ? Comme cela a été souligné dans le Volume 1, et comme le démontre l'analyse du Volume 2 et du présent Volume, il existe des différences notables entre le droit pénal et le droit civil. Néanmoins, le Comité estime qu'une entreprise prudente, voulant s'assurer que son comportement ne la place pas dans une zone de risque juridique au regard de l'ATS, devrait orienter son action en référence à la fois aux règles du droit pénal et du droit civil. Cela implique, pour l'entreprise, de se poser les questions relatives à la responsabilité civile étudiées dans la Partie 2 du présent Volume ainsi que celles relatives à la responsabilité pénale analysées dans la Partie 2 du Volume 2. Dans le Volume 1, le Comité vise à synthétiser ces questions et à décrire cette zone générale de risque juridique.

139 « L'attribution de la compétence doit être interprétée comme ayant été adoptée dans l'idée que la *common law* fournirait un fondement pour une action en justice pour le petit nombre de violations du droit international pour lesquelles la responsabilité personnelle peut éventuellement être engagée au moment des faits ». Sosa p.3 syllabus.

140 *Brief Amici Curia of International Law Scholars* (Philip Alston, William S. Dodge, Thomas Franck, Harold Hong-Ju Koh, Anne-Marie Slaughter, et David Weissbrodt). <http://www.cmht.com/pdfs/SAACLawScholarso83005.pdf>.

141 *Ibid.*

142 Cependant, si les tribunaux des États-Unis choisissent d'appliquer les normes du droit pénal international, ce qui ne leur est en rien interdit au regard du droit international, le Comité les exhorte à opérer ce choix en adoptant une interprétation correcte de ces normes. (Voir par exemple l'analyse du Comité dans le Volume 2 de la présente série).