



*L'incrimination universelle de la violation des droits
sociaux fondamentaux*

Olivier De Schutter

CRIDHO Working Paper 2005/05



Université catholique de Louvain

Faculté de droit

Centre de philosophie du droit

Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme

www.cpdrl.ucl.ac.be/cridho

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

L'incrimination universelle de la violation des droits sociaux fondamentaux

par Olivier DE SCHUTTER*

1. Introduction

Lorsqu'a été déposée, le 9 décembre 1999, une proposition de loi visant – selon les termes choisis par ses auteurs – l'incrimination “universelle” de certaines violations des droits sociaux fondamentaux¹, l'analogie a paru s'imposer d'évidence avec l'adoption, quelques années plus tôt, de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions², étendue ensuite à la répression du crime de génocide et des crimes contre l'humanité par la loi du 10 février 1999³.

Pourtant l'expression utilisée initialement dans le titre de la proposition – “incrimination universelle” –, sur laquelle repose l'analogie, induit en erreur plus qu'elle n'éclaircit. La proposition de loi en cause vise, plus exactement, à conférer une portée extra-territoriale à certaines dispositions du droit belge qui permettent de sanctionner, lorsqu'elles sont commises en Belgique, certaines atteintes graves aux droits sociaux fondamentaux identifiés dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, du 19 juin 1998 : ces droits sont la liberté d'association, l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, l'interdiction du travail des enfants, et l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession. L'expression d'incrimination universelle est cependant doublement incorrecte : d'abord aucune compétence “universelle” n'est envisagée, puisqu'au contraire, la proposition de loi prévoit bien de subordonner la compétence des organes belges de poursuite et de jugement à l'existence d'un lien de rattachement avec la Belgique ; ensuite les droits sociaux fondamentaux dont il s'agit de renforcer la protection ne sont pas des crimes de droit international, la loi belge proposée ne peut dès lors être présentée comme contribuant à une répression universelle qui serait commandée par le droit international⁴.

Cette proposition de loi et la conviction qui l'inspire – que chaque Etat doit contribuer, autant qu'il le peut, au respect des normes internationales du travail qui bénéficient d'une reconnaissance universelle – méritent qu'on y prête la plus grande attention, pour deux raisons. D'abord, la proposition de loi se fonde sur l'idée que certains droits sociaux fondamentaux bénéficient d'une reconnaissance à ce point universelle qu'il est acceptable pour chaque Etat de la communauté internationale d'en assurer l'incrimination, où que leur violation ait été commise, sans exigence de double incrimination. Est en

* Professeur à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain. L'auteur a établi une note à la demande du président de la commission de la justice de la Chambre des représentants portant sur la version initiale de la proposition de loi du 9 décembre 1999, qui fait l'objet du présent commentaire. La présente étude constitue une version remaniée de cette note, mise à jour en fonction des nouveaux amendements qui ont été proposés au texte initial. L'auteur remercie vivement Laurence Andre, Pierre d'Argent et Véronique van der Plancke, pour des commentaires sur une première version de la note soumise à la commission de la justice de la Chambre. Toutes les omissions ou erreurs lui demeurent naturellement imputables. Ce texte est paru dans le numéro spécial commun “La compétence universelle” de la *Revue de droit de l'ULB*, vol. 30, 2004-2, et des *Annales de droit de Louvain*, vol. 64, 2004, n°1-2, pp. 209-245.

¹ Proposition de loi insérant un article 10quinquies dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, en vue de l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux, déposée par M. Dirk Van der Maelen et consorts (doc. 50 0315/001), du 9 décembre 1999, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1999-2000. Par commodité, l'on réfèrera à cette proposition de loi dans la suite de cette étude par l'expression “proposition de loi du 9 décembre 1999”.

² M.B., 5.8.1993.

³ Loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *M.B.*, 23.3.1999.

⁴ Depuis, le gouvernement a proposé de modifier le titre de la proposition, qui deviendrait la Proposition de loi insérant un article 10quinquies dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale (Amendement n°1 du Gouvernement, *Doc. parl.*, Ch., 15 janvier 2003, doc. 50 0315/002, sess. 2002-2003). L'amendement est justifié comme suit : “Les faits visés par la proposition de loi ne sont pas constitutifs d'incriminations internationales au sens du droit international, c'est à dire, qu'aucune norme internationale n'érige ces faits comme une infraction internationale”.

cause, par conséquent, le statut de ces droits sociaux fondamentaux, au sein des normes impératives du droit international général ou, au moins, au sein des normes coutumières du droit international⁵.

Ensuite, la proposition de loi renverse le rapport qui est habituellement établi entre l'imposition du respect des droits sociaux fondamentaux et la définition des rapports d'échanges économiques entre les pays occidentaux – essentiellement les pays de l'OCDE –, où sont domiciliées la plupart des firmes multinationales, et les pays en développement, où ces firmes délocalisent des investissements soit par la création d'agences ou de succursales, soit par la création de filiales, soit encore par le choix de sous-traitants auxquels est confié une partie du processus de production. La promotion par les pays occidentaux de normes sociales est souvent perçue avec méfiance par les pays en développement : ceux-ci aperçoivent dans cette insistance une tentative – certes souvent bien dérisoire – de protéger les travailleurs occidentaux contre une forme déterminée de concurrence déloyale, qui consiste à produire certains biens à forte composante de main-d'œuvre, entrant en concurrence avec les biens produits dans les pays de l'OCDE, en misant sur l'avantage compétitif que procure l'abaissement de standards sociaux, par exemple des salaires très bas, des conditions de travail peu sûres et comportant des dangers pour la santé des travailleurs, ou des pratiques discriminatoires. Or la proposition de loi visant l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux renverse ce schéma. Elle veut empêcher des Belges, ou des étrangers présentant un lien de rattachement avec la Belgique⁶, de porter atteinte aux droits sociaux fondamentaux y compris à l'étranger. Mais elle est indifférente, en revanche, aux mêmes violations commises par des entreprises opérant exclusivement à l'étranger, ou par des personnes physiques n'ayant pas la nationalité belge et ne présentant aucun rattachement à la Belgique. Une telle proposition de loi impose sans doute un obstacle à la "concurrence déloyale" de la part des pays en développement qui a sa source dans l'abaissement des normes internationales du travail, mais elle le fait en pénalisant d'abord les acteurs économiques ayant un lien avec la Belgique, à qui elle interdit de tirer profit de l'impunité qui leur serait garantie sous la loi territorialement compétente lorsque ces acteurs se rendent coupables de telles violations.

La proposition de loi part donc de l'hypothèse qu'il revient d'abord aux Etats d'origine des investisseurs internationaux d'exercer une surveillance sur les comportements de ceux-ci, afin d'éviter que les Etats en développement ne soient tentés de garantir à ces acteurs une impunité pour les violations des droits sociaux fondamentaux commises par ces acteurs. Cette tentation s'explique aisément. Il est vital pour les pays en développement d'attirer à eux les investissements directs étrangers⁷. Ils dépendent de ces investissements pour leur croissance économique, le transfert de certaines technologies, ou l'exploitation de leurs ressources naturelles. Faut-il pour autant qu'étant en concurrence les uns avec les autres pour ces investissements, les pays en développement en soient réduits à accepter que des abus soient commis par les firmes multinationales qui choisissent de produire ou faire produire chez eux, au détriment des communautés locales ? Par l'adoption d'une proposition de loi comme celle qui sera commentée dans cet article, il s'agit moins de protéger les travailleurs des pays de l'OCDE contre les risques de délocalisations compétitives, que de faciliter la tâche des pays en développement eux-mêmes, qui trop souvent voudraient pouvoir mieux combattre les abus commis par les multinationales sur leur territoire mais n'ont pas les moyens d'y réagir, tant est grande la crainte de chacun de ces pays de voir les investisseurs choisir d'investir en d'autres lieux où une meilleure impunité leur serait garantie.

⁵ Voy. notamment, sur le statut des droits fondamentaux au sein de la coutume internationale, T. Meron, *The Pull of the Mainstream : Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

⁶ Dans la proposition de loi initiale, tout étranger trouvé en Belgique pouvait être poursuivi pour la violation des dispositions du droit belge, même commises à l'étranger et même en l'absence de toute victime belge, sans condition de double incrimination : il subsiste l'exigence d'un lien de rattachement, mais celui-ci est particulièrement ténu, et vise essentiellement à éviter que soient prononcés des jugements par défaut. Les développements ultérieurs de la proposition conduisent à renforcer l'exigence d'un lien de rattachement avec la Belgique. L'on revient sur ces développements ci-dessous.

⁷ Voy. R. Bachand et S. Rousseau, *L'investissement international et les droits humains : enjeux politiques et juridiques*, document de discussion préparé pour Droits et démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), 2003, p. 38 : "En 2001, le montant net d'investissement direct à l'étranger (IDE) dans les pays en développement (PED) était de 205 milliards de dollars américains (sur 735 milliards de flux mondiaux d'IDE), chiffres qui font pâlir ceux de l'aide officielle au développement (53,7 milliards en 2002)".

La conclusion reviendra sur la forme particulière de paternalisme de bon aloi que traduit la proposition de loi. Mais l'essentiel de cette étude est strictement juridique. Elle s'interroge sur l'admissibilité, au regard du droit international public, de la portée extra-territoriale que la proposition de loi entend donner à certaines infractions définies dans le droit belge. La deuxième section décrit plus en détail l'objet de la proposition de loi (2.). La troisième section examine la portée extra-territoriale proprement dite (3.). La quatrième section porte une appréciation sur l'exercice de la compétence normative extra-territoriale, en distinguant clairement entre la situation d'une telle compétence exercée à l'égard du Belge et celle de cette compétence exercée à l'égard de l'étranger trouvé en Belgique (4.). La conclusion figure dans la cinquième section (5.).

2. L'objet de la proposition de loi visant l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux

L'article 2 de la proposition de loi prétend rendre possible la poursuite en Belgique d'un nombre limité d'infractions, y compris lorsqu'elles sont commises à l'étranger, sans condition de double incrimination, c'est-à-dire sans qu'il soit requis que les faits incriminés soient également punissables en vertu de la loi du lieu où ils ont été commis. Ces infractions sont celles qui assurent la répression en droit belge des atteintes portées aux droits fondamentaux que la Conférence internationale du travail a identifiés en 1998 comme devant être respectés par l'ensemble des Etats membres de l'Organisation internationale du travail, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions fondamentales qui les garantissent⁸. Il s'agit de : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective (que garantissent la Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, du 9 juillet 1948, la Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, du 1^{er} juillet 1949, ainsi que la Convention (n° 154) concernant la promotion de la négociation collective, du 19 juin 1981); l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire (conformément à la Convention (n° 29) concernant le travail forcé du 28 juin 1930 ainsi qu'à la Convention (n° 105) concernant l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957); l'abolition effective du travail des enfants (telle que prévue par la Convention (n° 138) concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, du 26 juin 1973⁹); et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession (telle que prévue par la Convention (n° 100) concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, du 29 juin 1951, et par la Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, du 25 juin 1958). La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail du 19 juin 1998 déclare que "l'ensemble des membres [de l'Organisation internationale du travail], même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution [de l'OIT], les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions".

La proposition de loi se fonde sur l'affirmation d'une correspondance entre ces droits sociaux fondamentaux identifiés au sein de l'OIT, d'une part, et des infractions précises définies dans l'ordre juridique belge, d'autre part. Les correspondances s'établissent de la façon suivante :

⁸ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée le 19 juin 1998 par la Conférence internationale du travail.

⁹ Après la date de l'adoption de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, a été adoptée la Convention (n° 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (Convention sur les pires formes de travail des enfants), le 17 juin 1999.

Droits et principes fondamentaux au travail (Déclaration de l'OIT)	Infractions définies en droit belge
liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective	articles 3 et 4 de la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association
l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ¹⁰	uniquement si elles sont commises en vue de servir les intérêts d'une entreprise économique, a) certains crimes et délits commis contre les personnes (titre VIII du livre II du Code pénal): homicide et lésions corporelles volontaires ou involontaires, attentats à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile commis par des particuliers; ainsi que b) la menace d'attentats contre les personnes ou contre les propriétés (article 327 du Code pénal)
l'abolition effective du travail des enfants	article 53, 2°, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail (pour autant qu'il s'agisse de faire et laisser travailler)
l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession	article 141, 1°, 2° et 3° de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique, et article 2bis de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie

La correspondance ainsi établie est naturellement très imparfaite. Conscients de l'écart qui peut exister entre l'affirmation, au plan universel, de certains droits sociaux fondamentaux, et la traduction concrète qui en est donnée dans les ordres juridiques internes, les auteurs de la proposition ont pris le soin de préciser que ne pourront être poursuivis en Belgique les auteurs des infractions aux dispositions susvisées de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique, et de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, lorsque les faits constitutifs de ces infractions sont commis hors du territoire belge mais sont conformes la loi de l'Etat où ils se sont déroulés, pour autant que celle-ci ne soit pas contraire aux conventions internationales conclues dans le cadre de l'Organisation internationale du travail¹¹. Ainsi, en présence d'un écart entre les normes du droit social international et le droit pénal belge, ne sont incriminés que les comportements qui constituent une violation des normes du droit social international – en vertu de la reconnaissance universelle dont elles bénéficient –, ce qui limite l'étendue de la portée extra-territoriale de la loi belge.

3. La portée extra-territoriale de loi proposée

L'originalité de la proposition de loi déposée le 9 décembre 1999 est d'affirmer une compétence dans le chef des organes de poursuite et de jugement belges aux fins de poursuivre et de condamner les personnes s'étant rendues coupables de ces infractions, même si les éléments constitutifs de

¹⁰ La Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail ne vise pas spécifiquement l'esclavage, en dépit du renvoi que fait la Convention (n° 105) de l'OIT concernant le travail forcé à la Convention de 1926 relative à l'esclavage ainsi qu'à la Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage. L'on notera à cet égard que la loi du 5 août 2003 a introduit dans le Code pénal belge une nouvelle incrimination à l'article 136ter, visant "la réduction en esclavage et autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale, lorsque ceux-ci sont constitutifs de crimes contre l'humanité.

¹¹ Article 2, al. 2, de la proposition de loi. Cet alinéa sera particulièrement difficile à appliquer. D'une part, l'expression "conciliable avec les règles de droit du pays où ils ont été commis" est ambiguë. Cette condition est-elle remplie, par exemple, si tel fait (par exemple la procédure d'embauche discriminatoire) peut donner lieu à l'engagement d'une responsabilité civile par l'introduction d'une action en réparation du dommage, mais non à des poursuites pénales ? D'autre part, cet alinéa suppose que les autorités belges puissent se prononcer sur le respect par l'Etat étranger de ses obligations internationales, ce qui sera particulièrement délicat notamment en raison du caractère relativement vague, et contesté pour ce qui concerne certaines de leurs implications, d'une partie au moins des normes internationales précitées.

l'infraction ne sont pas considérés comme une infraction dans la loi du pays où elle est commise, dans deux cas :

- (i) l'inculpé est de nationalité belge;
- (ii) l'inculpé est de nationalité étrangère mais est trouvé en Belgique.

La reconnaissance d'une portée extra-territoriale à ces infractions définies en droit belge a suscité des réactions sceptiques, notamment, quant à sa compatibilité avec les règles du droit international public. Dans sa réaction initiale à la proposition de loi, le gouvernement a ainsi estimé que

En l'absence d'obligation internationale d'incrimination des violations des droits sociaux fondamentaux, la Belgique ne peut se doter d'une législation qui incriminerait de façon universelle certains faits et qui ne respecterait pas le principe de la double incrimination. Le non respect de ce principe de la double incrimination constitue une violation de la règle de droit international de l'égalité souveraine des Etats et de son corollaire, le principe de non intervention dans les affaires intérieures des Etats.

Le gouvernement a dès lors initialement proposé de réinstaurer la condition de la double incrimination pour la poursuite en Belgique des infractions aux dispositions visées par l'article 2 de la proposition de loi, lorsque l'infraction reprochée a été commise à l'étranger ; en outre, il a proposé d'exclure des poursuites à l'encontre de l'étranger, même trouvé en Belgique, et même en présence d'une double incrimination. Selon l'amendement proposé par le gouvernement le 15 janvier 2003¹², la seule différence par rapport au droit commun consisterait ainsi en ce que, pour les infractions énumérées, les autorités de poursuite belges pourraient agir contre une personne de nationalité belge sans avoir reçu aucune plainte ou aucun avis officiel de l'autorité étrangère, y compris lorsque l'infraction a été commise contre un étranger¹³.

L'amendement proposé par le gouvernement visait par conséquent à rétablir l'exigence de la double incrimination, afin de subordonner à cette condition non seulement les poursuites entamées à l'encontre de l'étranger trouvé en Belgique, mais également les poursuites entamées à l'encontre de Belges. Or il faut clairement distinguer les deux questions. Le droit international n'impose en effet aucun obstacle à l'exercice par un Etat de sa compétence normative à l'égard des comportements de ses propres nationaux, même posés à l'étranger, et même en l'absence d'une double incrimination (4.1.). Le principe de la personnalité active, qui justifie l'exercice par un Etat d'une compétence normative extra-territoriale à l'égard des personnes ayant la nationalité de cet Etat, peut en outre justifier l'exercice d'une telle compétence à l'égard des personnes ayant dans cet Etat leur résidence effective ou principale, ou bien encore à l'égard des personnes morales ayant dans cet Etat leur siège social, leur principal établissement ou le centre de leurs activités (4.2.). Une réponse plus nuancée s'impose en revanche lorsque cette compétence prétend s'exercer à l'encontre de personnes de nationalité étrangère (4.3.). La section suivante aborde successivement les trois questions. Elle examine ensuite la manière dont des amendements à la proposition de loi initiale de 1999 y ont répondu, au début de l'année 2003 (4.4.).

4. La compatibilité de la compétence normative extra-territoriale avec le droit international

4.1. Le principe de la personnalité active pour justifier l'exercice d'une compétence normative extra-territoriale à l'égard d'un national

¹² Amendement n° 2 du gouvernement à la Proposition de loi insérant un article 10quinquies dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, en vue de l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux, Doc. parl., Ch., doc. 50 0315/002.

¹³ Comp. avec l'article 7 § 2 de la Loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui prévoit que "Si l'infraction a été commise contre un étranger [par un Belge s'étant rendu coupable d'un fait qualifié de crime ou de délit par le droit belge hors du territoire du Royaume, alors que le même fait est puni par la législation du pays où il a été commis], la poursuite ne pourra avoir lieu que sur réquisition, du ministère public et devra en outre, être précédée d'une plainte de l'étranger offensé ou de sa famille ou d'un avis officiel donné à l'autorité belge par l'autorité du pays où l'infraction a été commise".

L'on ne saurait prendre appui sur le droit international pour contester à un Etat la possibilité d'exercer sa compétence normative à l'égard des comportements posés par ses propres nationaux à l'étranger. La Belgique ne violerait aucune obligation de droit international en incriminant certains comportements posés à l'étranger par ses propres nationaux, y compris lorsque les faits incriminés ne sont pas punissables d'après la loi du lieu où ils ont été commis.

S'agissant de la compétence extra-territoriale des Etats, une partie de la doctrine du droit international public part du principe que la souveraineté de l'Etat lui permet normalement d'adopter les lois qu'il souhaite, et qu'en l'absence d'une interdiction du droit international, il peut, notamment, exercer une compétence *normative* extraterritoriale (*extraterritorial prescriptive jurisdiction*). En d'autres mots, il découlerait du principe de l'égalité souveraine des Etats que chacun peut exercer sa compétence normative ainsi qu'il l'entend, sans qu'il faille que le droit international lui confère un titre à cet effet.

Certes, la compétence d'*exécution* (*enforcement jurisdiction*), impliquant des actes de contrainte typiques de l'exercice de la puissance publique, demeurerait limitée territorialement¹⁴. Mais les deux notions de compétence extraterritoriale ne se confondent pas. Tant qu'il ne prétend pas poser des actes matériels d'exécution sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de celui-ci, mais qu'il se borne à adopter des lois dont le champ d'applicabilité territorial excède son propre territoire, l'Etat exercerait simplement un élément de sa souveraineté. Le droit international n'imposerait aucune limite générale à l'exercice de pareille compétence *normative* extra-territoriale. P. Daillier et A. Pellet écrivent ainsi que "Le droit international reconnaît aux Etats une compétence normative extra-territoriale ; il exclut en revanche toute compétence d'exécution extra-territoriale"¹⁵. Dans l'opinion dissidente qu'elle a émise à la suite de l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la juge *ad hoc* Van den Wyngaert a résumé ce principe en énonçant que "la règle permissive ne s'applique qu'à la compétence normative, non à la compétence d'exécution : en l'absence d'interdiction, un Etat A peut engager des poursuites pour des crimes commis dans un Etat B (*règle permissive*), mais, en l'absence d'autorisation, un Etat A ne peut pas intervenir sur le territoire dudit Etat B"¹⁶.

C'est ce point de vue qu'a adopté la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus*, où elle affirme, dans son arrêt du 7 septembre 1927¹⁷ :

La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens la juridiction est certainement territoriale. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un Etat d'exercer dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne saurait être soutenu que si le

¹⁴ Sur la distinction entre la compétence extra-territoriale d'exécution et la compétence normative extra-territoriale, voy. C. Scott, "Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms", in C. Scott (ed.), *Torture as Tort. Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publ., 2001, p. 45, ici p. 54. Egalement R. Higgins, "The Legal Basis of Jurisdiction", in C.J. Olmstead, *Extra-territorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, I.L.A. & E.S.C. Publ. Ltd., 1984, p. 4. Une troisième signification que peut recouvrir parfois la notion de compétence extra-territoriale vise l'hypothèse, banale celle-là, où le juge du for se reconnaît compétent à appliquer la loi étrangère, par exemple lorsqu'une règle du droit international privé de l'Etat du for désigne la loi étrangère comme la loi applicable. Cette manière de "compétence extra-territoriale" est la plus aisée à justifier, car en réalité elle consiste pour l'Etat A à mettre ses juridictions au service de l'application de la loi de l'Etat B, afin ne pas limiter abusivement l'exercice par les autres Etats de leur compétence, soit territoriale, soit personnelle. Il en irait ainsi par exemple si une action en responsabilité délictuelle était introduite contre un défendeur ayant son domicile en Belgique, par la victime d'une faute commise à l'étranger, afin d'obtenir réparation du dommage causé : l'action serait régie, au fond, par les règles de la responsabilité civile en vigueur là où la faute a été commise (*lex loci delicti*). C. Scott appelle "adjudicative jurisdiction" cette troisième compétence "extra-territoriale" qu'un Etat peut reconnaître à ses juridictions.

¹⁵ P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^{ième} éd. 2002, p. 506.

¹⁶ Paragraphe 49 de l'opinion dissidente.

¹⁷ C.P.J.I., Affaire du *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°9, p. 19 (nous plaçons l'accent).

droit international défendait d'une manière générale aux Etats d'atteindre par leur loi et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire et si par dérogation à cette règle prohibitive, il permettait aux Etats de se faire dans des cas spécialement déterminés. Or tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. *Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.* La discrétion laissée par le droit international aux Etats explique la grande variété de règles qui ont été adoptées sans objections ou plaintes de la part des autres Etats. Dans ces circonstances, toute ce que l'on peut demander à un Etat c'est qu'il ne dépasse pas les limites que le droit international met à ses compétences.

La doctrine énonce ainsi à la suite de cet arrêt que "on ne saurait trouver dans le droit international en vigueur une règle limitant l'exercice d'une compétence extraterritoriale aussi longtemps que pareil exercice n'inclut pas l'accomplissement d'actes matériels de coercition en dehors du territoire de l'Etat auquel un tel acte est imputable"¹⁸. En France, le Conseil constitutionnel en a tiré les conséquences lorsqu'il fut appelé à se prononcer sur les effets que serait susceptible d'entraîner, pour l'exercice de leurs compétences à l'étranger, les restrictions imposées aux conseils d'administration des sociétés ayant fait l'objet de décrets de nationalisation après 1981, il a estimé : "Les limites éventuellement rencontrées dans l'exercice [des compétences dévolues aux conseils d'administration des sociétés nationalisées] en dehors du territoire national constitueraient un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit le droit du législateur de régler les conditions dans lesquelles sont administrées les sociétés nationalisées"¹⁹.

Le point de vue qu'on vient d'être exposé ne fait cependant pas l'unanimité. Une autre partie de la doctrine estime, au contraire, que le principe de l'égalité souveraine des Etats implique qu'un Etat ne saurait en principe exercer une compétence extra-territoriale, même purement normative, sans que se présente un lien de rattachement de la situation régie avec l'Etat. Cette tendance, qui paraît avoir été influencée par la notion de "rattachement effectif" propre au droit international privé²⁰, aboutit à considérer que l'Etat ne saurait prétendre régir une situation donnée que dans trois hypothèses : l'auteur de l'infraction ou, dans le droit de la responsabilité civile, de la faute, a la nationalité de l'Etat (compétence personnelle dite "active") ; ou la victime a cette nationalité (compétence personnelle dite "passive"); ou, enfin, l'infraction porte atteinte à un intérêt propre de l'Etat, notamment à sa sûreté ou à sa monnaie ou ses marques officielles, c'est-à-dire la "foi publique" (principe de protection)²¹.

Cette perspective orthodoxe est celle que résume le président de la Cour internationale de justice, le juge G. Guillaume, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu par la Cour le 14 février 2002²²:

Dans le droit classique, un Etat ne peut normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que si le délinquant, ou à la rigueur la victime, a la nationalité de cet Etat ou si le

¹⁸ Fr. Rigaux, "Communication sur l'avancement des travaux de la 19^{ième} Commission: La compétence extraterritoriale des Etats", A.I.D.I., Session de Strasbourg, 1997, vol. 67-II, pp. 34-35.

¹⁹ Conseil const. fr., décisions des 16 janvier et 11 février 1982, *Rec.*, pp. 18 et 31. Le lien entre la doctrine de l'affaire du Lotus et cette prise de position du Conseil constitutionnel français est proposé par P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^{ième} éd. 2002, p. 506.

²⁰ C.I.J., 6 avril 1955, Affaire *Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala) (2^{ième} phase)*, *Rec.* 1955, p. 4. Confrontée à un cas de double nationalité dans cette affaire, la Cour internationale de justice affirmera que, si chaque Etat peut déterminer les règles d'attribution de sa propre nationalité, néanmoins l'opposabilité de celle-ci dans des cas individuels pourra être subordonnée à la reconnaissance de la nationalité la plus "effective" : "un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé [au] but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat" (p. 23).

²¹ Voy. ainsi les infractions qui, commises par un étranger hors du territoire du Royaume, peuvent être poursuivies en Belgique, l'article 10, 1^o, 2^o et 3^o de la Loi du 18 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale.

²² Para. 4.

crime porte atteinte à sa sûreté intérieure ou extérieure. Les Etats demeurent d'ordinaire incompetents pour connaître d'infractions commises à l'étranger entre étrangers.

Une partie importante de la doctrine se situe dans une position intermédiaire, estimant que, si un Etat peut exercer une compétence normative extra-territoriale sans qu'il doive nécessairement être en mesure de prendre appui sur l'un des trois titres précités, il doit néanmoins faire un usage "raisonnable", ou attentif à l'ensemble des intérêts en présence, de cette modalité d'exercice de sa souveraineté²³.

Il est en tout cas hors de doute que la Belgique ne violerait aucune règle ou principe du droit international gouvernant les compétences des juridictions nationales en choisissant d'incriminer des comportements posés, même à l'étranger, *par ses nationaux*, même en l'absence d'une double incrimination. Elle ne ferait là que prendre appui sur le principe dit de personnalité active, qui – même en l'absence d'une exigence de double incrimination – ne soulève pas de contestation sérieuse²⁴ : l'Etat dont une personne a la nationalité demeure compétent à l'égard des comportements de celle-ci où qu'elle se rende, bien que sa compétence puisse entrer en concurrence, dans certaines situations, avec celle de l'Etat sur le territoire duquel cette personne se trouve.

Si le principe de la personnalité active est donc admis comme étant de nature à justifier la reconnaissance à la loi belge d'une portée extra-territoriale, néanmoins deux questions se posent à propos de la mise en œuvre dudit principe. Une première question concerne l'extension du principe, au-delà du seul lien formel de la nationalité, au rattachement avec la Belgique de la personne qui a sur le territoire du Royaume sa résidence principale. Une seconde question concerne la signification que prend le principe de la personnalité active lorsqu'il est utilisé à propos des personnes morales, dont l'établissement de la "nationalité" s'opère selon des modalités qui diffèrent de celui de la nationalité de la personne physique.

4.2. *L'extension du principe de la personnalité active et son utilisation à l'égard des personnes morales*

Constatons d'abord que se fait jour à l'heure actuelle une tendance à étendre la compétence fondée sur le principe de la personnalité active, au-delà du lien de nationalité, au lien qui résulte de la *résidence habituelle* ou de la *résidence principale* sur le territoire de l'Etat qui prétend exercer une compétence extra-territoriale. Le Australian War Crimes Act 1945, amendé en 1988, prévoit la possibilité de poursuites pour des crimes de guerre commis entre 1939 et 1945 par des citoyens australiens *ou, indépendamment de leur nationalité, des résidents en Australie au moment où les poursuites sont entamées*. Au Royaume-Uni, le War Crimes Act 1991 prévoit également la possibilité de poursuites pour certains crimes commis entre 1935 et 1945 en Allemagne ou dans un territoire occupé par l'Allemagne, pour tout citoyen britannique *ou tout résident au Royaume-Uni*²⁵. Dans un cas de génocide, la Cour suprême fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*) a estimé que si, en l'absence d'un lien de la situation avec l'Etat du for, des poursuites criminelles visant le comportement d'un étranger à l'étranger "violent le principe de non-ingérence selon lequel chaque Etat doit respecter la souveraineté des autres Etats", le lien requis existe dès lors que l'accusé réside depuis plusieurs mois

²³ Voy. les sources citées par L. Weerts et D. Chaïbi, "Le titre III de la législation Helms-Burton et le droit international", *R.B.D.I.*, 1997/1, p. 99, ici p. 104, note 24. Notamment : F.A. Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *R.C.A.D.I.*, 1964-I, vol. 111, pp. 43-51; E. Jimenez de Arechaga, "International Law in the Past Third of a Century", *R.C.A.D.I.*, 1978-I, vol. 159, p. 182; ou L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 92.

²⁴ Voy. par exemple l'appui sur cette notion que prennent plusieurs instruments adoptés sous le titre VI du Traité de l'Union européenne : Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, JO L 192 du 31.07.2003, p. 54 (voy. l'article 7 § 1^{er}, b) et c) de la Décision-cadre); Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 29 du 5.02.2003, p. 55.

²⁵ Ces deux exemples sont mentionnés par les juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, dans leur opinion séparée commune annexée à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2002.

en Allemagne et y a établi le centre de ses activités et a en outre été arrêté en territoire allemand²⁶. L'extension au résident de la compétence normative pénale fondée sur le principe de la personnalité active a lieu également dans les Etats scandinaves; en Suisse, elle est admise pour autant que l'extradition de l'auteur ne se justifie pas²⁷.

Deuxièmement, l'utilisation du lien de "nationalité" comme critère de rattachement peut être problématique lorsqu'est en cause l'engagement de la responsabilité civile ou pénale d'une personne morale. En Belgique, la proposition de loi visant à assurer l'incrimination "universelle" de certaines violations des droits sociaux fondamentaux – selon son titre originel – doit par exemple être envisagée également à la lumière de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales²⁸. Or, la nationalité n'est pas conférée à une personne morale comme elle l'est à une personne physique²⁹. Il faut considérer qu'en vertu du même principe de la personnalité active – c'est-à-dire compte tenu de la "nationalité" de l'auteur présumé de l'infraction – la Belgique peut incriminer des comportements posés, même à l'étranger, par la société qui se rattache à elle, soit en raison de ce que cette société a son siège social en Belgique³⁰, soit parce qu'elle y a son principal établissement ou son centre de décision³¹, soit encore parce que la majorité des actionnaires de la société ou ses principaux dirigeants ont la nationalité belge³². Une grande diversité de positions sont adoptées en doctrine à cet égard. Selon l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 5 février 1970 dans l'Affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company*, "... le droit international se fonde, encore que dans une mesure limitée, sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus. La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège (...)"³³.

En réalité, le droit international public paraît n'avoir exprimé aucune préférence pour un critère quelconque. Il appartient à chaque Etat, comme il le fait en adoptant des règles relatives à l'attribution de la nationalité des individus, de décider à quelles conditions il estime que telle société, ayant sa "nationalité", doit se conformer aux règles dont le respect s'impose à tous ses nationaux, où qu'ils exercent leurs activités. Le critère de l'effectivité, évoqué par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nottebohm* à propos des personnes physiques, a été écarté à propos des personnes morales³⁴,

²⁶ Bundesgerichtshof, 13 février 1994, 1 BGs 100.94, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1994, p. 232. Cité par le président Guillaume, opinion individuelle annexée à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000.

²⁷ M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 25.

²⁸ *Mon. b.*, 22 juin 1999.

²⁹ Watts & Jennings, *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed., 1996, p. 861 ("The concept of nationality in relation to companies does not have the legislative basis in national laws which exists in the case of individuals, and is thus much more open to a pragmatic assessment on the basis of the extent of a company's attachment to a state").

³⁰ Voy. P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, "Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales", *R.C.J.B.*, 1992, p. 673 (la détermination de la nationalité d'une société suppose d'identifier "l'ordre juridique étatique dont la société tient sa personnalité morale et sous l'empire duquel elle est organisée et fonctionne").

³¹ Par exemple, la Décision-cadre du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (2002/629/JAI), JOCE n° L 203 du 1.8.2002, p. 1, impose à chaque Etat membre de l'Union européenne de prendre les mesures nécessaires afin d'établir sa compétence notamment lorsque "l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire" (art. 6 § 1, c) (voy. sur la responsabilité pénale des personnes morales dans cette Décision-cadre l'article 4).

³² Cf. par ex. la position du Conseil fédéral suisse, définissant le critère à suivre pour l'exercice par la Suisse de la protection diplomatique des personnes morales : "En Suisse la nationalité des personnes morales, quel que soit leur siège, est fonction du critère du contrôle, dont les éléments sont notamment la proportion du capital en mains suisses, la composition du conseil d'administration et de la direction, (...)" : Décision du Conseil fédéral du 30 octobre 1996, in L. Calfisch, "La pratique suisse en matière de droit international public, 1996", *Rev. suisse de droit international et de droit européen*, vol. 7, 1997, p. 637, ici p. 673, cité par A. Clapham, "The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons", in M.N. Kamminga & S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 139, ici p. 188.

³³ C.I.J., 5 février 1970, Affaire de la *Barcelona Traction Light and Power Company (Belgique c. Espagne)*, *Rec.* 1970, p. 3, ici p. 43.

³⁴ L'arrêt précité rendu le 5 février 1970 par la Cour internationale de justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* est à cet égard explicite : "Sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale" (*Rec.*, 1970, p. 43).

notamment parce qu'il sera souvent très difficile d'identifier qui exerce le contrôle "effectif" d'une société dans un cas donné. Il importe cependant que ce critère soit clairement défini. Le principe de la légalité en matière pénale – qui ne s'impose pas moins lorsque sont poursuivies des personnes morales – ne s'accommoderait pas d'une imprécision quant à l'identité des adressataires de la loi pénale.

Silencieuse sur le plan général sur les conséquences résultant de son applicabilité aux infractions commises par les personnes morales, la proposition de loi initiale du 9 décembre 1999 ne contenait *a fortiori* aucune précision, sur le plan plus particulier, à propos de la détermination de la nationalité de la personne morale, c'est-à-dire de la question de savoir quand une société pouvait être considérée comme "belge" au sens de l'article 10quinquies du titre préliminaire du Code de procédure pénale que la proposition de loi souhaitait y insérer. Il avait dès lors été recommandé au législateur de se reporter, aux fins d'identifier la "nationalité" de la personne morale et de justifier par là l'exercice de poursuites pénales pour les infractions visées à l'article 2 de la proposition, à la notion de "domicile", que l'article 60 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale définit comme étant soit le lieu du siège statutaire, soit le lieu où se situe l'administration centrale, soit le lieu du principal établissement³⁵. L'alignement sur cette notion paraissait en effet de nature à garantir la sécurité juridique des personnes morales concernées.

4.3. La compétence normative extra-territoriale exercée à l'égard de l'étranger trouvé en Belgique pour les comportements de celui-ci à l'étranger

Assurément plus délicate est la question de savoir si la Belgique violerait le droit international en adoptant une loi qui incriminerait certains comportements posés à l'étranger par des personnes de nationalité étrangère, mais qui sont trouvées en Belgique lorsque les poursuites sont entamées. La proposition de loi initiale du 9 décembre 1999 prévoyait une telle possibilité, ce qui était justifié par ses auteurs par la gravité des délits visés ainsi que par la reconnaissance universelle, à travers la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail adoptée par la Conférence internationale du travail le 19 juin 1998, des droits sociaux fondamentaux dont les dispositions visées de la loi belge assuraient l'incrimination. Or il apparaît que les obligations internationales de la Belgique peuvent faire obstacle à l'affirmation d'une telle compétence normative extra-territoriale en matière pénale. Mais l'obstacle se situe ailleurs, selon nous, que là où il a été habituellement aperçu : la difficulté n'est pas tant que l'exercice d'une telle compétence normative extra-territoriale – distincte, il faut le rappeler, de la compétence d'exécution extra-territoriale – porterait atteinte à l'égalité souveraine de tous les Etats et conduirait la Belgique à commettre une ingérence dans les affaires intérieures d'autres Etats ; la difficulté réside, plutôt, dans l'incompatibilité d'une telle compétence extra-territoriale avec le principe de la légalité en matière pénale, à défaut pour les normes internationales dont la proposition de loi initiale voulait contribuer à la répression universelle de prévoir que les Etats devraient ériger en infractions les comportements que ces normes incitaient à interdire.

L'éventuelle incompatibilité de l'exercice par un Etat d'une compétence normative extra-territoriale avec le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'autres Etats n'est pas aisée à apprécier dans l'état actuel du droit international public. Dans l'arrêt du 14 février 2002 rendu dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la Cour internationale de justice ne s'est pas prononcée sur la question de la compétence universelle exercée par le juge belge en vertu de la loi du 16 juin 1993 modifiée par la loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire. La Cour a en effet estimé que, dès lors que la République démocratique du Congo n'invoquait plus dans ses conclusions que le moyen tiré de la violation alléguée des immunités du ministre congolais des affaires étrangères alors en fonction, M. Yerodia, il ne s'imposait pas à elle de se prononcer sur l'autre moyen initialement invoqué pour contester la licéité du mandat d'arrêt délivré le 11 avril 2000 par le

³⁵ JO L 12 du 16.1.2001, p. 1. Voy. aussi le considérant n° 11 du Préambule, sur l'opportunité de définir de manière uniforme la notion de domicile de la personne morales, aux fins de l'attribution de la compétence juridictionnelle.

juge d'instruction belge à l'encontre de M. Yerodia. Dans son arrêt du 14 février 2002, la Cour internationale de justice a présenté sa démarche comme consistant à "examiner[...] d'emblée la question de savoir si, à supposer que la Belgique ait été compétente, au plan du droit international, pour émettre et diffuser le mandat d'arrêt du 11 avril 2000, elle a violé ce faisant les immunités du ministre des affaires étrangères alors en fonction"³⁶. Elle a donc laissé ouverte la question de la licéité, en droit international, de l'exercice, par un Etat, d'une compétence universelle. Les opinions individuelles ou séparées qui ont été jointes à l'arrêt sont partagées.

Il n'est en outre pas aisé de raisonner à partir des positions individuelles adoptées par les juges de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Cela tient d'abord à ce qui différencie les infractions dont M. Yerodia était accusé des infractions mentionnées à l'article 2 de la Proposition de loi déposée le 9 décembre 1999 l'incrimination "universelle" de certaines violations des droits sociaux fondamentaux. Cela tient également à ce que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour internationale de justice le 14 février 2002, la République démocratique du Congo contestait initialement non pas l'exercice d'une compétence universelle *en tant que telle*, mais uniquement l'exercice d'une telle compétence *par défaut*, c'est-à-dire en l'absence même de la personne poursuivie sur le territoire. Le mémoire présenté à la Cour par le Gouvernement de la République démocratique du Congo est sur ce point très précis : "La question qui se pose (...) est de savoir si l'Etat belge est tenu, en droit international, d'exercer une compétence pénale 'universelle' aussi élargie, c'est-à-dire une compétence prétendant s'exercer *même à l'encontre de personnes qui ne se trouveraient pas sur le territoire national*. Il ne saurait être question, dans le cadre du litige dont est saisi la Cour, de s'interroger de manière plus générale sur l'existence d'une éventuelle obligation internationale de poursuivre les personnes accusées de crimes de droit international *et trouvées sur le territoire national*"³⁷. Or précisément, la proposition de loi qui a été soumise à la Chambre des représentants le 9 décembre 1999 ne suggérait pas qu'il faudrait instaurer une compétence universelle "pure", comme prétendait le faire la loi du 16 juin 1993, révisée par la loi du 10 février 1999, qui prévoyait jusqu'à son abolition par la loi du 5 août 2003 l'incrimination de certaines infractions graves du droit international humanitaire sans exiger aucun lien de rattachement avec l'ordre juridique belge, pas même la présence physique de l'accusé sur le territoire au moment où les poursuites sont entamées.

En l'absence d'une jurisprudence internationale pertinente sur le point litigieux, il faut raisonner à partir des principes généraux. Le raisonnement qui suit est formé autour de trois propositions. Il sera d'abord avancé que le droit international n'impose aucune obligation à la Belgique de permettre la poursuite en Belgique des personnes de nationalité étrangère qui sont soupçonnées des infractions identifiées à l'article 2 de la Proposition de loi (première proposition). Certes, même en l'absence d'une *obligation* d'exercer une compétence normative extra-territoriale, la Belgique est *libre* d'établir sa compétence à l'égard des personnes qui se trouvent sur son territoire, et qui sont soupçonnées d'infractions constituant des violations du droit international des droits de l'homme (deuxième proposition). Encore cette liberté d'action trouve-t-elle sa limite dans l'obligation de la Belgique de respecter le principe de la légalité qui régit la matière pénale, et qui suppose que l'individu ne peut être poursuivi que s'il pouvait savoir que sa responsabilité pénale serait engagée par les comportements qu'il adopte, au moment où il les adopte (troisième proposition).

Première proposition : le droit international n'impose aucune obligation à la Belgique de permettre la poursuite en Belgique des personnes de nationalité étrangère qui sont soupçonnées des infractions identifiées à l'article 2 de la Proposition de loi

³⁶ Paragraphe 46 de l'arrêt (nous plaçons les italiques). L'on ne saurait tirer aucune conclusion, ni dans un sens ni dans l'autre, de l'incise mise en exergue.

³⁷ Mémoire présenté par le Gouvernement de la République du Congo dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, 15 mai 2001, p. 49. Voy. également *ibid.*, p. 59 : "Une autre question est celle de savoir si la compétence 'universelle' peut, voire doit, être exercée lorsque l'accusé est présent sur le territoire de l'Etat qui le poursuit".

Il paraît certain qu'aucune norme de droit international, conventionnelle ou coutumière, n'impose à la Belgique d'établir sa compétence à l'effet de rendre possible la poursuite en Belgique, à l'égard des personnes de nationalité étrangère qui se trouvent sur son territoire et qui sont soupçonnées d'avoir commis des atteintes aux droits sociaux fondamentaux que la Déclaration sur les droits et principes fondamentaux au travail du 19 juin 1998 identifie comme s'imposant sur un plan universel.

Le statut en droit international des violations des droits sociaux fondamentaux reprises à l'article 2 de la Proposition de loi déposée le 9 décembre 1999 sur le bureau de la Chambre des représentants diffère de celui des crimes de guerre commis lors d'un conflit armé international, aussi bien que de celui de la torture. S'agissant des crimes de guerre commis lors d'un conflit armé international, l'article commun (respectivement 49 (I), 50 (II), 129 (III) et 146 (IV)) aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, dont l'application a été étendue par l'article 85 § 1 du Premier Protocole additionnel de 1977 aux infractions que celui-ci énonce, stipule que :

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre l'une ou l'autre de ces infractions, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes.

S'agissant de la torture, l'article 5 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984³⁸, stipule que tout Etat partie "prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions [définies à l'article 4 de la convention] a) quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit Etat ou à bord d'aéronef ou de navires immatriculés dans cet Etat; b) quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat; c) quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié" (§ 1). Le § 2 ajoute :

Tout Etat partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au paragraphe 1^{er} du présent article.

Il peut se déduire de ces textes que "universal criminal jurisdiction for certain international crimes is clearly not regarded as unlawful. The duty to prosecute under those treaties which contain the *aut dedere aut prosequi* provisions opens the door to a jurisdiction based on the heinous nature of the crime rather than on links of territoriality or nationality (whether as perpetrator or victim)"³⁹.

Mais, sur l'ensemble des infractions que la proposition de loi du 9 décembre 1999 propose d'incriminer indépendamment du lieu de commission ou de la nationalité des parties – rappelons que ces droits sont la liberté d'association, l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, l'interdiction du travail des enfants, et l'interdiction de la discrimination en matière d'emploi et de profession –, seul le travail forcé ou obligatoire peut être considéré comme faisant partie des crimes de droit international, à certaines conditions précises. En effet, lorsque'il est commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, l'imposition du travail forcé ou obligatoire porte gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe, ou soumet intentionnellement le groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, le travail forcé relève de la qualification de *génocide*⁴⁰. Lorsqu'il s'assimile à une

³⁸ Loi d'assentiment du 9 juin 1999, *Mon. b.*, 28 octobre 1999, p. 40677.

³⁹ Opinion séparée commune aux juges Higgins, Kooijmans, Buergenthal, à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 14 février 2002 dans l'Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, ici para. 49.

⁴⁰ Article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948; article 6 du statut de la Cour pénale internationale.

réduction en esclavage ou à une privation de liberté physique commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque, le travail forcé constitue un *crime contre l'humanité*⁴¹. Enfin, même en l'absence de circonstances permettant de le rattacher soit aux notions de génocide soit à la notion de crime contre l'humanité, le travail peut constituer, de manière autonome, un crime international. Le Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner le respect par le Myanmar de la convention (n°29) concernant le travail forcé ou obligatoire estime "qu'il existe aujourd'hui en droit international une norme qui interdit de manière impérative, tout recours au travail forcé, le droit de ne pas être astreint à accomplir un travail ou service comptant parmi les droits fondamentaux de la personne humaine". Cela implique que la personne qui contrevient à cette norme se rend coupable d'un *crime de droit international* et engage sa responsabilité pénale individuelle, et ce "quelle que soit la position en droit national en ce qui concerne l'imposition du travail forcé ou obligatoire et la punition de ceux qui en sont responsables"⁴².

Cependant, même s'agissant du travail forcé ou obligatoire envisagé comme crime international, le droit international n'impose une obligation aux Etats d'établir leur compétence d'engager des poursuites à l'égard des individus soupçonnés de s'être rendus coupables d'imposition de travail forcé ou obligatoire, dès lors que ceux-ci se trouvent sur leur territoire, que dans des circonstances limitées. L'article VI de la Convention du 9 décembre 1948 relative à la prévention et la répression du crime de génocide impose une obligation de poursuite uniquement à l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis ; les autres Etats quant à eux ne peuvent refuser d'extrader l'auteur de crimes de génocide sous prétexte que ceux-ci constitueraient des infractions politiques (article VII), ce qui assure la répression universelle⁴³ du crime de génocide à travers la collaboration de tous les Etats avec l'Etat *loci delicti*, afin de permettre à celui-ci d'exercer les poursuites. En ce qui concerne le crime contre l'humanité, aucune disposition du droit conventionnel international n'oblige un Etat à exercer sa compétence pénale à l'égard de la personne accusée de crime contre l'humanité qui se trouve sur son territoire. Cependant, une partie importante de la doctrine considère que le crime contre l'humanité constitue un crime de droit international qui, en tant qu'il porte atteinte aux normes impératives du droit international (*jus cogens*), impose une obligation aux Etats de contribuer à leur répression, ce qui exclut que les Etats permettent aux individus soupçonnés d'avoir commis de tels crimes de bénéficier de l'impunité sur leur territoire⁴⁴. Une telle obligation de se doter d'une compétence universelle afin d'éviter des situations d'impunité se déduit également de la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies « Principles of International Co-operation in the Detention, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes against Humanity »⁴⁵. D'autre part, en ce qui concerne le cas particulier où le crime contre l'humanité est commis par des tortures il résulte de l'article 5 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture, précitée, que l'Etat qui n'extrade pas la personne accusée de torture vers un Etat compétent à la poursuivre et qui requiert l'extradition, a l'obligation d'engager des poursuites à l'encontre cette personne.

⁴¹ Article 7 § 1^{er} du statut de la Cour pénale internationale.

⁴² Voyez le § 538 du rapport de la commission d'enquête constituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'OIT. On lit dans ce paragraphe: " L'Etat qui commandite, incite, accepte ou tolère le travail forcé sur son territoire, commet un fait illicite et engage sa responsabilité pour la violation d'une norme impérative de droit international. Quelle que soit la position en droit national en ce qui concerne l'imposition du travail forcé ou obligatoire et la punition de ceux qui en sont responsables, toute personne qui viole l'interdiction du recours au travail forcé aux termes de la Convention commet un crime international qui constitue également, s'il est commis à grande échelle ou de manière systématique, un crime contre l'humanité." Organisation Internationale du Travail, Genève, 2 juillet 1998. Ces principes sont confirmés dans la jurisprudence. Voy. notamment : *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 239 (2nd Cir. 1995) ; *J. Doe v. Unocal*, 963 F. Suppl. 880 (C.D. Cal. 1997), p. 891 ("... because this action involves allegations of forced labor and because slave trading is included in that 'handful of crimes' for which the law of nations attribute individual responsibility...").

⁴³ Les obligations de la convention du 9 décembre 1948 s'imposent en effet erga omnes, également aux Etats à l'égard desquels cette convention ne serait pas en vigueur : C.I.J., arrêt du 11 juillet 1996, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, *Rec.*, 1996, pp. 615-616, para. 31.

⁴⁴ Voy. Bassiouni, « Crimes against Humanity : The need for a specialized Convention », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, pp. 480-481 ; K.C. Randall, « Universal Jurisdiction Under International Law », 66 *Texas L. Rev.* 785, 829-830 (1988).

⁴⁵ G.A. Res. 3074 (XXVIII), U.N. GAOR, 28th Sess., Supp. No. 30, at 78, U.N. Doc. A/9030 (1973).

En définitive, il paraît exclu d'affirmer que la Belgique serait tenue, en vertu du droit international conventionnel ou coutumier, d'assurer la répression des atteintes portées aux droits sociaux fondamentaux identifiés dans la proposition de loi du 9 décembre 1999 à l'encontre de quiconque est trouvé sur son territoire, à l'exception de la situation – malgré tout exceptionnelle – où l'imposition du travail forcé ou obligatoire est commise à grande échelle ou de manière systématique et peut ainsi relever de la catégorie des crimes contre l'humanité, ou bien prend la forme de tortures au sens de la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1984. Mais l'absence d'une obligation internationale de la Belgique à cet égard n'est pas décisive. L'obligation d'instaurer une compétence normative extra-territoriale permettant la poursuite, en Belgique, des personnes qui sont trouvées sur son territoire, afin de contribuer à la répression universelle de certaines atteintes aux droits fondamentaux, ne constitue pas une condition pour que la Belgique puisse agir en ce sens.

Deuxième proposition : même en l'absence d'une obligation d'exercer une compétence normative extra-territoriale, la Belgique est libre d'établir sa compétence à l'égard des personnes qui se trouvent sur son territoire, et qui sont soupçonnées d'infractions constituant des violations du droit international des droits de l'homme

De ce qu'aucune règle internationale n'impose à la Belgique de poursuivre les atteintes aux droits sociaux fondamentaux faisant partie du droit international des droits de l'homme universellement reconnu, il ne se déduit pas nécessairement qu'en exerçant cette compétence normative extra-territoriale dans les conditions que prévoit la proposition de loi déposée le 9 décembre 1999, la Belgique viole le droit international. En effet, bien que cette compétence extra-territoriale ne puisse se fonder, strictement, sur aucun des trois titres précités pouvant justifier en principe l'exercice d'une telle compétence (principe de personnalité active et, plus rarement, de personnalité passive; et principe de protection), plusieurs arguments apparaissent de nature à justifier la conformité de l'exercice d'une telle compétence au regard du droit international. Trois arguments principaux se dégagent.

Une certaine doctrine, d'abord, affirme une liberté de principe de l'Etat s'agissant de l'exercice de sa compétence *normative* extra-territoriale, au regard de l'attendu de l'arrêt *Lotus* cité ci-dessus ; bien que la validité de cette doctrine, formulée au moment où le laissez-faire dans les rapports internationaux s'est trouvé à son apogée, puisse être mise en doute compte tenu de l'évolution du droit international depuis l'époque, elle n'a jamais été formellement remise en cause par la Cour internationale de justice, qui en constitue l'interprète ultime.

La Proposition de loi du 9 décembre 1999 visant l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux prévoit que, pour être poursuivi, l'individu soupçonné d'avoir commis une des infractions énumérées doit être *trouvé sur le territoire belge*. Or le simple fait de cette présence sur le territoire de l'inculpé peut constituer un rattachement suffisant avec l'ordre juridique belge pour justifier l'exercice d'une compétence normative de la Belgique à l'égard d'infractions commises hors du territoire national, en raison du trouble que cause à l'ordre public la présence sur le territoire d'une personne qui a commis des crimes ou délits qui y sont répréhensibles, et qui bénéficie d'une impunité⁴⁶.

⁴⁶ C'est d'ailleurs un des motifs pour lesquels, dans les discussions ayant abordé la question de la compétence extra-territoriale exercée par la Belgique par la diffusion du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, les parties aussi bien que les juges dans leurs opinions individuelles ont mis l'accent sur la particularité de la compétence extra-territoriale prévue par la loi belge du 16 juin 1993, modifiée par la loi du 10 février 1999, qui était de ne pas subordonner l'exercice de poursuites à la condition que l'inculpé soit trouvé sur le territoire belge, et ainsi de permettre des poursuites par défaut, pouvant au surplus déboucher sur une condamnation par contumace. Dans sa forte opinion individuelle, le président Guillaume note ainsi qu'aucune des conventions prévoyant que les Etats poursuivent ou assurent l'extradition des auteurs de certaines infractions graves "n'a envisagé l'établissement d'une compétence juridictionnelle pour connaître d'infractions commises à l'étranger par des étrangers à l'encontre d'étrangers lorsque l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur le territoire de l'Etat intéressé. La compétence universelle *par défaut* est inconnue du droit international conventionnel" (para. 9 – notre accent).

Les droits sociaux fondamentaux dont la proposition de loi du 9 décembre 1999 vise à prévoir l'incrimination extra-territoriale sont universellement réprouvés. La valeur toute particulière que leur attribue la Déclaration de l'OIT de 1998 l'atteste de la manière la plus explicite. Deux conséquences importantes en découlent. Premièrement, l'on ne saurait affirmer qu'en adoptant pareille législation, la Belgique tendrait à imposer ses propres normes à d'autres Etats, en violation de la souveraineté de ceux-ci. C'est sur base de ce même raisonnement que les juridictions fédérales des Etats-Unis, interprétant la notion de "law of nations" qui figure dans l'*Alien Tort Claims Act 1789*⁴⁷, ont estimé devoir entendre cette notion comme faisant référence uniquement aux "universally accepted norms of the international law of human rights", en considérant que toute interprétation plus extensive conduirait les juridictions d'un Etat à imposer les normes propres de cet Etat aux autres ("Were this not so, the courts of one nation might feel free to impose idiosyncratic legal rules upon others, in the name of applying international law"⁴⁸). Deuxièmement, l'argument selon lequel l'exercice d'une compétence normative extra-territoriale aboutirait à une ingérence dans les affaires intérieures des autres Etats n'est plus pertinent dès lors que cette compétence est exercée à l'effet de contribuer à la répression des atteintes à ces droits fondamentaux bénéficiant d'une reconnaissance universelle : le domaine réservé de l'Etat, en effet, est celui des activités étatiques "où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international"⁴⁹; or tout Etat doit respecter les droits fondamentaux qu'énonce la Déclaration de l'OIT de 1998, comme d'ailleurs l'ensemble du droit international des droits de l'homme bénéficiant d'une reconnaissance universelle (et qui inclut, sans s'y limiter, les normes impératives du droit international (*jus cogens*))⁵⁰. Un Etat quel qu'il soit ne saurait se plaindre que la Belgique adopte une loi par laquelle se trouve exposée à des poursuites, en Belgique, une personne même de nationalité étrangère, qui s'est rendue coupable à l'étranger d'atteintes à des droits fondamentaux, dès lors que l'Etat en cause – soit celui dont cette personne a la nationalité, soit celui sur le territoire duquel l'infraction a été commise – est tenu en vertu du droit international de ne pas violer ces droits fondamentaux, et de protéger de ces violations les individus qui se trouvent placés sous sa juridiction.

Dès lors, si l'exercice d'une compétence normative extra-territoriale exercée à l'égard d'un étranger trouvé en Belgique est moins aisée à justifier du point de vue du droit international public, que ne l'est l'exercice de pareille compétence exercée à l'égard d'un national ou d'une personne qui réside habituellement en Belgique, elle n'est pas pour autant à exclure, dès lors qu'elle vise à réprimer des comportements qui constituent des violations de droits de l'homme bénéficiant d'une reconnaissance universelle. Cependant, il existe un autre obstacle à l'exercice par la Belgique d'une compétence normative extra-territoriale à l'effet de contribuer à la répression universelle des atteintes portées aux droits sociaux fondamentaux figurant dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT. Il réside dans les exigences découlant du principe de la légalité en matière pénale.

Troisième proposition : le principe de la légalité de la matière pénale limite la possibilité qu'a la Belgique d'exercer sa liberté d'établir une compétence extra-territoriale pénale

Il convient en effet encore d'examiner si, même susceptible d'être justifiée du point de vue du droit international public général, l'exercice d'une compétence normative extra-territoriale pénale permettant de poursuivre un étranger – pour des faits commis ailleurs et sans que la situation régie présente aucun lien avec l'ordre juridique belge au moment où elle a eu lieu –, dès lors que l'étranger

⁴⁷ First Judiciary Act 1789 (ch. 20, § 9 (b)), à présent codifié à 28 U.S.C. § 1350. Cette législation reconnaît au juge fédéral américain la compétence de connaître de toute action en réparation du dommage causé par une personne trouvée aux Etats-Unis en violation du droit international. Pour des précisions, voy. B. Stevens, "Translating Filartiga : A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations", *Yale J. Int'l L.*, 2002, vol. 27, 1.

⁴⁸ *Filartiga c. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 881.

⁴⁹ *Ann. I.D.I.*, 1954, vol. 45-II, p. 292.

⁵⁰ Voy. not. la résolution adoptée en 1989 par l'Institut de Droit international sur "La protection des droits de l'homme et le principe de Non-intervention dans les affaires intérieures des Etats", *I.D.I.*, tableau des résolutions adoptées (1957-1991), p. 207.

se trouve en Belgique, même pour y effectuer un simple passage, est compatible avec les principes généraux du droit pénal, et notamment avec le principe de légalité.

Ce principe entraîne qu'une infraction doit être définie par la loi avec une clarté suffisante. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, cette condition se trouve remplie "lorsque l'individu peut savoir, à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité"⁵¹. Il n'est pas certain pour autant que cela suffise. Le champ d'applicabilité du droit pénal est en principe limité au territoire national. Dans la mesure où l'individu est susceptible d'être poursuivi, sur base de la loi belge, pour des comportements qui, non seulement n'étaient pas nécessairement constitutifs d'infractions pénales là où ces comportements ont été posés, mais en outre ne doivent pas nécessairement donner lieu à des sanctions pénales en vertu du droit international – sauf, ici encore, en ce qui concerne l'interdiction du travail forcé, pour ce qui concerne les Etats ayant ratifié la convention (n° 29) de l'OIT⁵² –, il n'est pas certain que l'exigence de légalité soit respectée. L'individu pourra affirmer qu'il n'a pu, avant de poser tel comportement, s'enquérir de toutes les législations pénales existantes et de leur éventuelle portée extra-territoriale, et qu'ainsi, il ne pouvait savoir, au moment de poser l'acte reproché, que sa responsabilité pénale risquerait d'être engagée.

Certes, l'on peut se demander si la gravité des infractions n'est pas telle que le principe de légalité se trouve suffisamment respecté par la réprobation universelle dont ces comportements font l'objet, ou par la circonstance qu'ils constituent de graves atteintes au droit international des droits de l'homme. Un précédent peut être invoqué. Confrontée à la condamnation pour homicide volontaire, après la réunification allemande, d'un ancien garde-frontière de la République démocratique allemande (RDA) par un Tribunal de Berlin, devant lequel ce garde-frontière avait été poursuivi pour avoir tué en 1972 un fugitif tentant de quitter Berlin-est, la Cour européenne des droits de l'homme a répondu comme suit à l'argument – fondé sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (nullum crimen, nulla poena sine lege) – selon lequel, à l'époque des faits, l'intéressé n'avait pas été poursuivi en RDA, dès lors qu'aux principes inscrits dans la Constitution et les textes législatifs de cet Etat, "s'opposait la pratique répressive du régime de surveillance de la frontière mis en place en RDA et des ordres donnés pour en assurer la protection"⁵³:

La Cour considère qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de manière flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'Etat y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de "droit" au sens de l'article 7 de la Convention.

L'on ne saurait tirer de ce précédent, rendu dans une situation exceptionnelle, qu'il serait conforme au principe de la légalité pénale de poursuivre toute personne qui se rend coupable d'atteintes au droit international des droits de l'homme, même dans des circonstances où elle ne pouvait supposer que ses comportements seraient susceptibles d'engager sa responsabilité pénale. Les droits sociaux fondamentaux visés à l'article 2 de la proposition de la loi déposée le 9 décembre 1999 à la Chambre des représentants ne se situent pas tous, comme le droit à la vie, au sommet de "l'échelle des droits de l'homme au plan international"⁵⁴. En outre, dans l'arrêt *K.-H. W.*, la Cour européenne des droits de l'homme insiste sur le fait que le requérant "devait, en tant que simple citoyen, savoir que de tirer sur

⁵¹ Cour eur. D.H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce* du 25 mai 1993, Série A n° 260-A, § 53; arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, § 29.

⁵² Voy. l'article 25 de la Convention (n° 29) de l'OIT sur le travail forcé (1930) ("Le fait d'exiger illégalement du travail forcé ou obligatoire sera passible de sanctions pénales et tout Membre ratifiant la présente convention aura l'obligation de s'assurer que les sanctions imposées par la loi sont réellement efficaces et strictement appliquées").

⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *K.-H. W. c. Allemagne* du 22 mars 2001, § 90. Voy. aussi l'arrêt du même jour, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*.

⁵⁴ Voy. également le § 96 de l'arrêt *K.-H. W.*

des personnes non armées qui cherchaient simplement à quitter leur pays méconnaissait les droits fondamentaux et les droits de l'homme, car il ne pouvait ignorer la législation de son propre pays"⁵⁵. Ce raisonnement n'est pas transposable à la situation où une personne pose un comportement qui est conforme à la *lex loci*, même si celle-ci tolère des comportements qui sont contraires aux engagements internationaux de l'Etat.

La proposition de loi du 9 décembre 1999 visant l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux prévoit que la compétence extra-territoriale de la loi pénale belge ne sera pas d'application pour certaines des infractions visées (travail des enfants et interdiction de la discrimination) "si les actes commis sont conciliables avec les règles de droit du pays où ils ont été commis, dans la mesure où lesdites règles ne sont pas contraires aux conventions internationales conclues dans le cadre de l'Organisation internationale du travail". Par conséquent, là où la *lex loci* ne prévoit aucune sanction, même non pénale, des comportements visés, ou bien ne prévoit que des sanctions insuffisamment dissuasives, et apparaît donc contraire aux exigences qu'imposent les conventions pertinentes de l'Organisation internationale du travail, la compétence normative extra-territoriale pénale de la Belgique pourra s'exercer. Même si la situation ne présentait aucun lien de rattachement quelconque avec la Belgique, le simple fait pour l'auteur d'une infraction de se trouver par la suite sur le territoire belge lui fera courir le risque de faire l'objet de poursuites, pour avoir posé des actes que l'Etat territorial n'a pas cherché à empêcher par des mesures efficaces, alors qu'en droit international, il aurait pu suffire à cet Etat d'adopter des dispositions civiles ayant une capacité dissuasive suffisamment forte. Il n'est pas certain que cela suffise à rencontrer le problème du respect dû au principe de la légalité pénale.

4.4. Les récents amendements à la proposition de loi initiale

Les conclusions suivantes se dégagent des paragraphes qui précèdent, consacrés à l'examen de la compatibilité de la compétence normative extra-territoriale que prévoit d'instaurer la proposition de loi du 9 décembre 1999 visant l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux avec le droit international. Premièrement, il est compatible avec le droit international public de prévoir une telle compétence de la loi belge à l'égard des comportements posés, même à l'étranger, par une personne de nationalité belge, en vertu du principe de la personnalité active, et ceci sans que doive être nécessairement réalisée la condition de la double incrimination, par la loi locale et par la loi belge, des faits reprochés. Cette compétence extra-territoriale peut également s'exercer, en vertu du même principe, à l'égard tant des personnes physiques qui ont en Belgique leur résidence effective ou principale, ou à l'égard des personnes morales dès lors qu'elles ont en Belgique leur siège social, leur principal établissement, ou le centre de leurs activités. Deuxièmement, l'extension de la portée extra-territoriale de la loi belge aux comportements posés à l'étranger par des personnes de nationalité étrangère est en revanche plus difficile à justifier, en l'absence d'une obligation de droit international imposant aux Etats d'adopter des sanctions de nature pénale à l'encontre des atteintes aux droits sociaux fondamentaux identifiés par la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail adoptée au sein de l'OIT le 19 juin 1998. En effet, à défaut d'une obligation universelle imposée aux Etats de prendre des sanctions pénales à l'égard des auteurs d'atteintes aux droits sociaux fondamentaux énumérés par la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998, l'adoption par un Etat d'une législation pénale ayant une portée extra-territoriale ne pouvant se fonder ni sur principe de la personnalité active, ni sur le principe de la personnalité passive, ni sur le principe de la protection, paraît difficilement conciliable avec le respect dû au principe de la légalité en matière pénale. Même l'article 25 de la Convention (n° 29) de l'OIT sur le travail forcé, de 1930 – bien que cette disposition prévoit que "le fait d'exiger illégalement du travail forcé ou obligatoire sera passible de sanctions pénales" et bien qu'elle impose à tout Etat partie "de s'assurer que les sanctions imposées par la loi sont réellement efficaces et strictement appliquées" – ne paraît pas pouvoir justifier l'exercice par la Belgique d'une compétence normative extra-territoriale à l'égard des personnes ne présentant avec la Belgique aucun lien de rattachement autre sur leur présence sur le

⁵⁵ § 104 de l'arrêt *K.-H. W.*

territoire au moment où des poursuites sont entamées, en l'absence d'une ratification universelle de cette convention de l'OIT.

Ces conclusions, formulées début 2003 à propos de la version de la proposition de loi visant l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux⁵⁶, ont donné lieu au dépôt de deux amendements par l'auteur de la proposition de loi initiale⁵⁷. Un premier amendement vise à remplacer les mots "Le Belge ou l'étranger trouvé en Belgique" dans l'article 10quinquies dont l'insertion est proposée le titre préliminaire du Code de procédure pénale, par les mots "Le Belge, l'étranger qui a sa résidence principale en Belgique ou la personne morale établie en Belgique". Cet amendement est explicitement motivé par le souci de fonder l'exercice d'une compétence normative extra-territoriale par le législateur belge sur le principe de la personnalité active. Un second amendement vise à préciser les conséquences de ce facteur de rattachement à propos de la compétence extra-territoriale exercée à l'encontre d'une personne morale. Il est proposé d'ajouter un alinéa à l'article 10quinquies que la proposition de loi vise à insérer dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, précisant que "Par établissement d'une personne morale, [justifiant, si la personne morale est "établie" en Belgique, l'application à son égard des dispositions visées, y compris pour des faits commis à l'étranger], il faut entendre son siège statutaire, le lieu où se trouve son administration centrale ou le lieu où se situe son immeuble principal". Cet amendement précise, de manière bienvenue, la notion de rattachement qui est requise de la personne à l'ordre juridique belge, pour justifier que le législateur belge exerce à son égard une compétence extra-territoriale.

5. Conclusion

Autant la version de la proposition de loi visant l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux présentée le 9 décembre 1999 à la Chambre des représentants a pu susciter des interrogations du point de vue du droit international public, autant les amendements qui viennent d'être évoqués, qui viennent strictement borner la portée extra-territoriale de la loi, paraissent tout à fait rétablir l'orthodoxie. Du point de vue juridique, et eu égard au principe de la légalité de l'incrimination pénale, l'on devait en effet se montrer réservé vis-à-vis de l'établissement d'une compétence normative extra-territoriale qui prétendait s'exercer vis-à-vis du comportement posé par un étranger à l'étranger, l'incrimination du travail forcé ou obligatoire se trouvant ici cependant dans une situation quelque peu exceptionnelle compte tenu de sa progressive assimilation à un crime contre l'humanité pouvoir justifier l'exercice d'une compétence universelle.

Mais l'orthodoxie juridique n'est pas toujours la conseillère la plus avisée. Du point de vue de l'opportunité, l'on aboutit en effet à une solution finalement peu recommandable dès lors que l'on n'autorise que la poursuite d'infractions commises par les Belges, par les personnes résidant habituellement en Belgique, ou par les personnes morales établies en Belgique, sans qu'aucune poursuite ne soit possible – notamment – contre les personnes morales qui ont choisi de se domicilier ailleurs, c'est-à-dire qui n'ont en Belgique ni leur siège statutaire, ni leur administration centrale ni leur immeuble principal (ou principal établissement), selon les critères qui sont à présent proposés par l'auteur de la proposition initiale, et qui s'inspirent de la notion de "domicile" que retient le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000.

En effet, cette approche paraît constituer un incitant évident pour les personnes morales à s'établir ailleurs qu'en Belgique, afin d'échapper au champ d'applicabilité des infractions identifiées à l'article 2 de la proposition de loi. Serait-il dès lors souhaitable plutôt de rendre possible l'intentement de poursuites pénales à l'égard des sociétés qui, soit sont domiciliées ou "établies" en Belgique (compétence normative extra-territoriale fondée sur le principe de la personnalité active), soit

⁵⁶ Voy. la note liminaire de cette étude.

⁵⁷ Amendements n° 2 et n° 3 à la Proposition de loi insérant un article 10quinquies dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, en vue de l'incrimination universelle de certaines violations des droits sociaux fondamentaux, déposés par M. Dirk Van der Maelen le 12 mars 2003 (Doc. parl., Ch., doc. 50 0315/003).

disposent en Belgique d'actifs susceptibles de permettre l'exercice d'actes d'exécution⁵⁸? Certes, il demeurerait en ce cas possible à toute société d'échapper à des poursuites pénales : de même que la personne physique peut choisir de ne pas se rendre en Belgique dès lors qu'elle sait qu'elle risque de faire l'objet de poursuites, de même une société peut choisir de ne pas investir d'actifs en Belgique. Mais elle renoncerait par là au profit économique qu'elle aurait pu tirer du placement de pareils actifs. Et quant à la Belgique, elle aurait exprimé par l'adoption de la loi son souhait de ne pas accueillir une société qui serait coupable d'atteintes aux droits sociaux fondamentaux visés par l'article 2 de l'actuelle proposition : tant qu'une société ne conduit aucune activité en Belgique, elle sera à l'abri de poursuites.

Faut-il alors craindre que la solution juridiquement la plus orthodoxe, vers laquelle l'on s'oriente, ne soit finalement pas la plus opportune, tant elle rend finalement aisé le contournement de la loi par des personnes morales libres de choisir de s'établir où elles le veulent ? Mais le raisonnement qui en déduit qu'il faudrait alors étendre la portée extra-territoriale de la loi aux personnes morales établies à l'étranger mais qui sont "trouvées" en Belgique où elles disposent d'actifs et conduisent des activités repose lui aussi, partiellement au moins, sur une illusion. Même une compétence normative extra-territoriale qui s'exercerait jusqu'à l'encontre des personnes morales "étrangères" dès lors qu'elles disposent en Belgique d'actifs pouvant donner lieu à des actes d'exécution, serait aisément contournée par des sociétés qui auraient des motifs de craindre que certaines pratiques ayant cours au sein de leurs établissements puissent relever des infractions visées par la proposition de loi. Afin de poursuivre leurs activités en Belgique, il sera relativement aisé à ces sociétés de créer une filiale ayant une personnalité juridique distincte, voire de faire appel à des sous-traitants, pour éviter de se "trouver" elles-mêmes sur le territoire belge. En ce sens, il n'y a lieu, ni de nourrir des craintes exagérées quant aux conséquences que pourrait avoir l'adoption de la proposition de loi visant à l'incrimination "universelle" de certaines violations des droits sociaux fondamentaux, ni de surestimer la valeur ajoutée qu'il y aurait à prévoir une compétence normative extra-territoriale exercée non seulement sur la base du principe de la personnalité active, sur tous les "nationaux" (Belges, résidents habituels en Belgique et personnes morales domiciliées en Belgique), mais également sur toute personne morale étrangère exerçant des activités en Belgique. La solution vers laquelle le législateur paraît à présent s'orienter n'est pas seulement, du point de vue du droit international public, la plus conforme : elle est aussi la seule solution véritablement réaliste dans un monde où, de plus en plus libres de s'établir où elles l'entendent et de s'organiser selon les structures qu'elles choisissent, les firmes multinationales paraissent de toute manière en mesure d'échapper à toute législation véritablement contraignante tant qu'elle demeure la législation d'un Etat agissant seul.

⁵⁸ M. Henzelin note que dans certaines hypothèses, une entreprise étrangère est considérée dans le cadre de l'*Alien Tort Claims Act* précité, comme se trouvant sur le territoire américain "dès qu'elle y déploie une partie de ses activités"; il peut même suffire qu'un représentant d'une compagnie étrangère se rende fréquemment aux Etats-Unis pour créer le lien de rattachement minimum nécessaire pour asseoir la compétence de ses juridictions (M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 185).