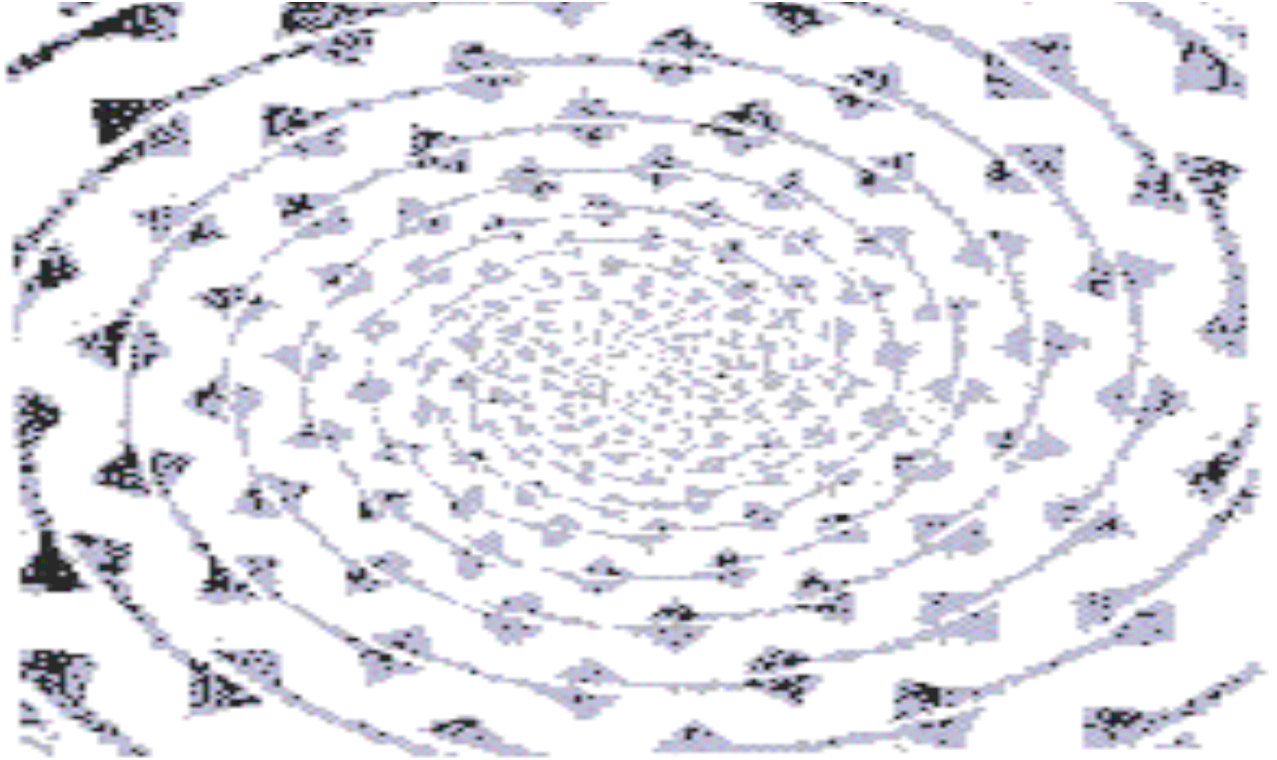




*L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et
aux Etats-Unis*

par Ludovic Hennebel

CRIDHO Working Paper 2006/09



Université catholique de Louvain

Faculté de droit

Centre de philosophie du droit

Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme

www.cpdr.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'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis

par Ludovic HENNEBEL*

En principe, lorsqu'une entreprise multinationale viole les droits de l'homme, l'Etat ayant sous sa juridiction les victimes des violations aura l'obligation de la sanctionner et d'ordonner une réparation. En pratique, une entreprise multinationale sera sanctionnée pour les graves atteintes à l'environnement, la violation des normes sociales les plus fondamentales ou la violation des droits de l'homme en général lorsqu'elles sont commises sur le territoire de l'Etat du siège ou à l'égard de personnes relevant de la juridiction de l'Etat du siège. Toutefois, on observe que lorsqu'elles exercent leurs activités commerciales sur le territoire d'un Etat faible ou autoritaire, les entreprises multinationales bénéficient généralement d'une impunité de fait pour les violations des droits de l'homme qu'elles commettent ou dont elles se rendent complices¹. Cette impunité de fait est le résultat d'une combinaison de deux phénomènes. D'une part, en principe, la territorialité du droit pénal exclut juridiquement la compétence de l'Etat du siège pour condamner ce type de fait. D'autre part, l'Etat d'accueil – c'est-à-dire l'Etat sur le territoire duquel se déroulent les activités commerciales dans le cadre desquelles les violations ont été commises – ne pourra pas ou ne voudra pas sanctionner ces violations s'il est faible ou autoritaire.

L'affaire que nous avons choisi de commenter s'inscrit dans ce champ. Les sociétés multinationales Total et Unocal ont exploité un chantier de gazoduc pendant plusieurs années en Birmanie. Elles ont été accusées de complicité de violation des droits de l'homme dans le cadre de l'exploitation du chantier Yadana, notamment en raison des violations perpétrées par les militaires birmans en charge de la sécurité du chantier. En raison de la configuration politique de la Birmanie, dirigée par un régime autoritaire particulièrement dur, les victimes birmanes étaient privées de tout droit à un recours effectif devant les juridictions birmanes contre les militaires mais également contre les entreprises multinationales. Des organisations non gouvernementales ont toutefois guidé les victimes vers d'autres fors, pour le moins inattendus. Unocal, le partenaire américain de Total, a été poursuivi au civil devant les juridictions américaines sur la base de l'Alien Tort Claims Act. Total, le géant pétrolier français, a été poursuivi au pénal devant les juridictions françaises, sur la base du droit pénal commun, et belges, sur la base de la loi sur la compétence universelle telle qu'amendée. L'objet de cette contribution est de rendre compte du déroulement de ces trois procès qui, tout en ayant pour toile de fond des faits identiques, sont traités dans des cultures juridiques différentes, utilisant des outils différents. Nous verrons que cette affaire, jugée en Amérique et en Europe, permet en outre de rendre compte de deux manières différentes de juger des faits similaires : les américains privilégiant la procédure civile, tandis que les européens préfèrent le recours pénal.

* Docteur en droit, Chercheur au Centre Perelman de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles (Ludo.Hennebel@ulb.ac.be). Ce *working paper* a été présenté en mars 2006 à l'occasion d'une séance du séminaire de recherche sur la globalisation judiciaire sous la direction d'Antoine Garapon, mené en collaboration par l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, le Centre Perelman de Philosophie du Droit de l'ULB, l'UMR de droit comparé de l'Université de Paris I, le Hague Institute for Internationalisation of Law, et le Département de Sciences politiques de l'Université de Bologne. Il a été mis à jour en octobre 2006 en intégrant les derniers développements de procédure. L'auteur tient à remercier en particulier Prof. Benoit Frydman, directeur du Centre Perelman, et Gregory Lewkowicz, chercheur au Centre Perelman, de leur lecture approfondie, leurs commentaires critiques et leurs précieux encouragements tout au long de la procédure de rédaction.

¹ La littérature scientifique traitant de cette question est dense. Voy. par exemple, les réflexions contenues dans: O. DE SCHUTTER (Dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Studies in International Law, Hart Publishing, Oxford, 2006 ; S. RATNER, « Corporations and Human Rights : A Theory of Legal Responsibility », in *Yale Law Journal*, Décembre 2001, 111, pp. 452 et s.; M. DELMAS-MARTY, « Commerce mondial et protection des droits de l'homme », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Bruylant, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, Bruxelles, 2001, pp. 1 et s. ; M. KAMMINGA et S. ZIA-ZARIFI, *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Kluwer Law International, La Haye, Boston, 2000.

Contexte et faits allégués

Pour comprendre les actions en justice menées contre Unocal aux Etats-Unis et contre Total en Belgique et en France et tenter d'en tirer des enseignements sur la responsabilité des entreprises multinationales en matière de violation des droits de l'homme, encore faut-il cerner l'origine des litiges. Cela nous oblige à rappeler le contexte politique birman (i), à décrire les termes du projet Yadana (ii) et à expliciter les violations des droits de l'homme alléguées (iii).

(i) LE REGIME BIRMAN

La Birmanie est une ancienne colonie britannique qui conquiert son indépendance en 1948². Dès mars 1948, le Parti communiste birman, rejoint de 1948 à 1961 par divers groupes ethniques minoritaires, lance une insurrection armée contre le gouvernement birman. En 1962, un coup d'Etat mené par le Général Ne Win renverse le gouvernement démocratique. Celui-ci met en place un régime militaire à parti unique (Parti du Programme socialiste birman) à l'origine d'un programme politique intitulé « *La voie birmane vers le socialisme* ». Dès 1964, les partis politiques, à l'exception du Parti du Programme socialiste birman, sont interdits. La suppression des droits civils et politiques depuis 1962 et l'échec économique du programme « *La voie birmane vers le socialisme* » ont été les deux principaux facteurs à l'origine des mouvements de contestation de 1988, matérialisés par des manifestations populaires pro démocratiques contestant l'autorité de la dictature. Elles sont réprimées par l'armée et des centaines de civils sont arrêtés. Le 23 juillet 1988, le Général Ne Win décide de se retirer de la direction du Parti tout en promettant de réformer la politique économique du pays et d'organiser un référendum portant sur l'instauration d'un régime pluraliste. Malgré cela, les manifestations se poursuivent et culminent avec l'organisation d'une grève générale massivement suivie le 8 août 1988³. Le 18 septembre 1988, le *Conseil d'Etat pour la Restauration de la Loi et de l'Ordre (SLORC)*⁴, structure politique de la junte militaire menée par le Général Saw Maung, prend le contrôle de l'Etat. Le Général cumule les fonctions de Premier Ministre, Ministre des affaires étrangères et Ministre de la défense. Les autres organes (notamment l'Assemblée nationale et le Conseil d'Etat) sont dissous. Les militaires instaurent la loi martiale et modifient le nom du pays qui devient le *Myanmar*. Toutefois, le *SLORC* promet la tenue d'élections démocratiques. C'est dans ce contexte que se forment les trois principaux partis d'opposition : le National League for Democracy (NLD), le National Unity Party (NUP, anciennement le Parti du Programme socialiste birman) et la League for Democracy and Peace (LDP). En 1988, la Secrétaire générale de la NLD, Daw Aung San Suu Kyi, fille d'un héros national de l'indépendance, est exclue de la campagne en raison de son association alléguée avec des organisations insurrectionnelles. En juin 1989, elle est arrêtée et détenue comme la plupart des membres des partis politiques d'opposition. Malgré tout, ces partis remportent les élections de mai 1990 par une très large majorité. Le *SLORC* refuse d'entériner les résultats et gagne du temps en invoquant des exigences de procédure. En 1993, le gouvernement instaure une *Convention nationale* chargée de rédiger les principes qui serviraient de base à l'élaboration d'une nouvelle constitution⁵. Parmi ces principes, il est exigé que soit confié à l'armée un rôle primordial au sein de l'organisation de tout futur gouvernement. L'armée choisit le chef de l'Etat, les militaires se voient attribuer 25% des sièges du corps législatif, les forces

² La Constitution, adoptée le 2 septembre 1947 (en vigueur de 1948 à 1975), organisait une démocratie parlementaire. Elle fut rédigée par consensus entre les Barmars – Birmans de race représentant environ les deux tiers de la population – et les minorités ethniques – notamment les Shan, Rakhine, Kayin, Mon, Kachin, Chin, Karenni et Pa-o. Elle mettait en place un système fédéral reposant sur la séparation des pouvoirs et reconnaissant l'autonomie des entités fédérées. Conformément à l'article 201 de la Constitution, les minorités ethniques pouvaient décider de se retirer de l'Union. Toutefois, en vertu de l'article 202, un tel retrait ne pouvait être effectué que dix ans après l'entrée en vigueur de la Constitution. Pour un exposé historique mettant en lumière les violations des droits de l'homme, nous nous appuyons essentiellement sur les rapports des Nations Unies. Voy. notamment : Yozo Yokota, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1992/58, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 49^{ème} session, E/CN.4/1993/37, 17 février 1993.

³ Selon certaines informations, reprises dans le rapport du Rapporteur Spécial des Nations Unies, environ 3000 personnes auraient été tuées entre le 8 et le 12 août. Le gouvernement a interdit, le 21 août 1988, toutes les réunions publiques.

⁴ En 1997, le *SLORC* change de nom pour devenir le *Conseil d'Etat pour la paix et le développement* (SPDC).

⁵ Voy. sur cette question : P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221.

armées se voient garantir la liberté de s'auto-administrer sans contrôle parlementaire, et enfin, les fonctions de ministre de la défense, ministre de la sécurité et de l'intérieur et ministre des questions frontalières sont réservées à des militaires⁶. Le Gouvernement a indiqué aux représentants siégeant à la Convention nationale que leur participation aux travaux de cette Convention entraînait *ipso facto* l'adhésion à ces principes en vue de l'élaboration de la constitution⁷. Dès 1996, le parti qui avait remporté les élections de 1990, la Ligue nationale pour la démocratie (NLD), refuse de participer à certaines sessions de la Convention nationale en invoquant le caractère antidémocratique des procédures mises en place et en dénonçant les violations des droits de l'homme commises durant les sessions. En mai 1996, la Convention nationale est ajournée. Elle sera suspendue pendant huit ans pour ne reprendre ses travaux qu'en 2004⁸. Sur les 25 partis politiques invités à prendre part aux travaux en 1990, seuls 8 partis sont toujours conviés. Les partis démocratiques se sont ralliés à la décision du NLD de ne pas participer à la Convention nationale. Les arrestations et détentions politiques se poursuivent⁹. Dans ses deux derniers rapports, le rapporteur spécial des Nations Unies note que les violations des droits de l'homme, tant civils et politiques, que sociaux et économiques, se poursuivent¹⁰. Les arrestations et détentions politiques sont massives et les conditions de détention sont désastreuses. La situation des droits de l'homme dans les zones peuplées de minorités ethniques s'avère particulièrement préoccupante. Le recours au travail forcé, bien qu'illégal, semble être institutionnalisé¹¹ et les militaires se rendraient coupables de violations graves et systématiques : travail des enfants ; militarisation des enfants ; violences sexuelles ; imposition de taxes arbitraires ; confiscation des biens ; éviction des terres ; châtiments corporels ; exécutions sommaires ; restrictions abusives de la liberté de circulation ; persécution religieuse ; etc. Le rapporteur spécial note également, dans son long inventaire des violations rapportées, que des cas de déminage cruel – les militaires forcent des civils à servir de

⁶ P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221, par. 14.

⁷ P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221, par. 14.

⁸ La reprise des travaux de la Convention nationale était le premier point sur la feuille de route pour la réconciliation nationale et la transition démocratique rédigée par le Gouvernement. Les sept points de cette feuille de route sont les suivants : a) Convocation de la Convention nationale, suspendue depuis 1996; b) Mise en œuvre progressive, après la tenue de la Convention nationale, du processus nécessaire à l'instauration d'un véritable gouvernement démocratique réglementé; c) Rédaction d'une nouvelle constitution reprenant les principes de base et les principes fondamentaux détaillés arrêtés par la Convention nationale; d) Adoption de la Constitution par référendum national; e) Tenue d'élections libres et régulières pour désigner les membres des organes législatifs (Hluttaws) conformément à la nouvelle Constitution; f) Convocation des organes législatifs et de leurs membres conformément à la nouvelle Constitution; g) Édification d'une nation moderne, développée et démocratique par les dirigeants élus par les organes législatifs, le Gouvernement et les autres organes centraux. Voy. P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221, par. 18. Après sa dernière session, tenue du 17 février au 31 mars 2005, les travaux de la Convention ont de nouveau été suspendus pour ne reprendre qu'en décembre 2005.

⁹ P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221, par. 32. Des Birmans sont contraints de participer à de fausses manifestations de soutien à la Convention nationale. Un décret de 1996 interdit toute critique de la Convention nationale et prévoit des peines de prison allant jusqu'à 20 ans pour tous ceux qui enfreignent les procédures de la Convention nationale et la mise hors la loi des organisations qu'ils représentent.

¹⁰ P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221, par. 40-80. PAULO SERGIO PINHEIRO, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 2005/10, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 62^{ème} session, E/CN.4/2006/34, 7 février 2006 : « Le Rapporteur spécial note avec regret que les informations reçues pendant la période à l'examen indiquent que la situation reste grave pour ce qui est de l'exercice des droits de l'homme et libertés fondamentales. Les actes d'intimidation et de harcèlement, les arrestations et emprisonnements arbitraires de civils cherchant simplement à exercer pacifiquement leurs droits et libertés civils et politiques se poursuivent. Les membres des partis politiques enregistrés, les défenseurs des droits de l'homme et les militants de la démocratie sont particulièrement visés ».

¹¹ P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221, par.69 : « Le Rapporteur spécial est particulièrement préoccupé par les déclarations faites, lors l'une récente conférence de presse, au nom du Gouvernement, selon lesquelles toute personne formulant des allégations de travail forcé jugées mensongères par le Gouvernement, ou ayant fait état de telles allégations à l'Organisation internationale du Travail (OIT), serait poursuivie. Il est, en outre, troublé de constater que le chargé de liaison de l'OIT est soumis à des restrictions de plus en plus importantes et que les organisations apparentées au gouvernement suggèrent à ce dernier de se retirer de l'OIT ».

détecteurs de mines - ont été signalés¹². Cette pratique atteste à elle seule de la gravité des violations commises par les militaires¹³.

(ii) LE PROJET YADANA

Dès son arrivée au pouvoir en 1962, la junte militaire birmane a nationalisé tous les intérêts étrangers dans le secteur des hydrocarbures. L'Etat birman pouvait dès lors décider soit d'exploiter les ressources lui-même, soit de concéder l'exploitation des ressources à des opérateurs privés moyennant un contrat de partage de production. De 1962 à 1988, le gouvernement birman a confié l'essentiel de sa production pétrolière à l'entreprise publique Myanma Oil and Gas Enterprise (MOGE). La politique birmane en la matière se fondait sur une stricte application du nationalisme pétrolier écartant les opérateurs étrangers. A partir de 1988, la Birmanie a adopté une législation sur les investissements étrangers et décidé de faire appel aux capitaux étrangers et à la technologie des opérateurs étrangers afin de donner une nouvelle dynamique à son secteur des hydrocarbures. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'exploitation du champ de gaz de Yadana. Ce champ est situé en mer d'Andaman, à 60 km de la côte birmane. Il offre un potentiel de production important (150 milliards de m³) et a une durée de vie estimée à 30 ans. Son exploitation a nécessité un investissement total de 1 milliard de dollars américain. Son coût et les difficultés techniques liées à sa réalisation ont exigé que MOGE s'entoure de partenaires étrangers¹⁴. Un contrat de partage de production définit les termes de l'exploitation entre quatre partenaires : Total (entreprise française) (31%), Unocal (entreprise américaine) (28%), Petroleum Authority of Thailand Exploration & Production (entreprise thaïlandaise) (PTT-EP) (25,5%) et MOGE (15%). Les partenaires ont construit des installations en mer pour produire le gaz qui est ensuite acheminé jusqu'au rivage birman par le biais d'un gazoduc sous-marin prolongé par un gazoduc terrestre de 63 km qui le mène

¹² P. S. PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221, par. 77.

¹³ Plusieurs rapports ont été publiés par le rapporteur spécial des Nations Unies en charge de la situation des droits de l'homme en Birmanie/Myanmar. Voy. YOZO YOKOTA, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1992/58, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 49^{ème} session, E/CN.4/1993/37, 17 février 1993 ; YOZO YOKOTA, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1993/73, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 50^{ème} session, E/CN.4/1994/57, 16 février 1994 ; YOZO YOKOTA, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1994/85, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 51^{ème} session, E/CN.4/1995/65, 12 janvier 1995 ; YOZO YOKOTA, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1995/72, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 52^{ème} session, E/CN.4/1996/65, 5 février 1996 ; RASJMOOR LALLAH, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1996/80, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 53^{ème} session, E/CN.4/1997/64, 6 février 1997 ; RASJMOOR LALLAH, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1997/64, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 54^{ème} session, E/CN.4/1998/70, 15 janvier 1998 ; RASJMOOR LALLAH, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1998/63, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 55^{ème} session, E/CN.4/1999/35, 22 janvier 1999 ; PAULO SERGIO PINHEIRO, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 2001/15, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 58^{ème} session, E/CN.4/2002/45, 10 janvier 2002 ; PAULO SERGIO PINHEIRO, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 2002/67, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 59^{ème} session, E/CN.4/2003/41, 27 décembre 2002 ; PAULO SERGIO PINHEIRO, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 2003/12, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 60^{ème} session, E/CN.4/2004/33, 5 janvier 2004 ; PAULO SERGIO PINHEIRO, *Rapport intermédiaire sur la situation des droits de l'homme au Myanmar établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 12 août 2005, A/60/221 ; PAULO SERGIO PINHEIRO, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 2005/10, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 62^{ème} session, E/CN.4/2006/34, 7 février 2006.

¹⁴ Le champ Yadana a été découvert par MOGE dès 1980. La PTT-EP a adressé en 1991 une demande de prêt auprès de la Banque Mondiale pour procéder à des études de faisabilité. Toutefois, la Banque Mondiale a jugé préférable de rejeter cette requête en indiquant que « comme toutes les autres organisations internationales, la Banque Mondiale ne reconnaît pas le régime actuel à Rangoon. Nous ne considérons pas non plus favorablement les demandes de prêt qui viendraient à être déposées par d'autres pour le compte de ce régime ». Voy. Investor Responsibility Research Center, *Unocal Corporate Activity in Burma*, avril 1994, p. 7, cité in B. LAROCHE et A.-C. HABBART, *La Birmanie, Total et les droits de l'homme : dissection d'un chantier*, Rapport de la Fédération Internationale des Droits de l'Homme, 1996.

jusqu'à la frontière thaïlandaise. La Thaïlande achète l'essentiel de la production dans le cadre d'un contrat à long terme¹⁵.

Le choix de la zone d'installation du gazoduc terrestre a soulevé des controverses. En effet, le gazoduc traverse une région isolée et peu peuplée dans le sud de la Birmanie, le Tenasserim. Les villages de la côte de cette région sont habités par des pêcheurs de l'ethnie Mon, tandis que les trois villages au centre de la région sont habités par des Karen, alors que les autres villages ont une population à dominante birmane et de religion bouddhiste. Or, les membres de ces minorités ethniques, en particulier les Karen, sont les cibles privilégiées des violations des droits de l'homme commises par l'armée birmane. Total justifie son choix en expliquant que bien que ce tracé n'était pas dépourvu d'inconvénients, il était le plus respectueux de l'environnement¹⁶.

La réalisation de ce projet a débuté dès la fin de 1995 pour s'achever vers juin 1998. La production a commencé en juillet 1998 et son exploitation commerciale en 2000. Le contrat de partage de production lie les parties pour une durée de 30 ans à dater du début de la production. Conformément à ce type de contrat, le pays hôte demeure propriétaire des ressources en hydrocarbures et des installations tandis que l'investisseur perçoit une rémunération sous la forme d'une part des hydrocarbures produits.

(iii) CAUTION POLITIQUE D'UN REGIME AUTORITAIRE ET COMPLICITÉ DANS LES VIOLATIONS COMMISES PAR LES MILITAIRES

Les détracteurs¹⁷ de Total et d'Unocal leur reprochent tout d'abord, la caution politique et le soutien financier dont bénéficie la junte militaire birmane grâce à leur investissement dans le projet Yadana, et, ensuite, les violations commises par les militaires birmans, avec la complicité de Total et d'Unocal ou, à tout le moins, au bénéfice de ces deux entreprises.

En dehors des violations matérielles concrètes et individuelles au centre des procédures judiciaires que nous allons examiner, ce qui est dénoncé, c'est avant tout l'opportunité d'investissement profitant à un gouvernement totalitaire. Le projet Yadana génère des recettes considérables dont bénéficie l'entreprise publique MOGE, directement liée au gouvernement birman qui investit la moitié du budget gouvernemental dans les dépenses militaires¹⁸. En d'autres termes, l'investissement de Total et d'Unocal contribuerait à maintenir le gouvernement birman en place grâce aux recettes générées par l'exploitation du gaz du champ Yadana¹⁹. La position de l'investisseur étranger face à un Etat totalitaire

¹⁵ Total, *Total au Myanmar, un engagement durable*, rapport, 2005, p. 7. La société Total insiste d'ailleurs en particulier sur l'importance économique de l'exploitation du champ Yadana pour la Thaïlande.

¹⁶ Deux autres options étaient discutées : d'une part, la voie sud, la plus directe et la moins onéreuse, a été exclue car elle traversait une forêt vierge primaire, d'autre part, la voie médiane, longeait une rivière et traversait un milieu écologique fragile. Voy. Total, *Total au Myanmar, un engagement durable*, rapport, 2005, p. 14.

¹⁷ Nous visons à rendre compte ici des dénonciations portées essentiellement par les organisations non gouvernementales. Les faits allégués dans les procédures judiciaires contre Unocal et Total sont plus précis et nous les explicitons lors de l'étude de chaque procédure.

¹⁸ Sur cette question, voy. A. SEALTH, *Burman's Armed Forces : Power without Glory*, Norwalk, Eastbridge, 2001, pp. 77-79 ; Confédération internationale de syndicats libres, *Traiter avec la Birmanie*, Bruxelles, janvier 2005, pp. 18-20 ; Voy. également : Burman Campaign UK, *Total Oil : Fuelling the Oppression in Burma*, Londres, 2005, pp. 25-26.

¹⁹ Total répond à ces allégations en soutenant d'une part que son engagement est apolitique, et que « *la carte des gisements d'hydrocarbures dans le monde ne coïncide pas avec celle des régimes démocratiques* » et d'autre part qu'il a tenté de contribuer à l'amélioration des conditions sociales et économiques de la population locale, notamment par le biais d'un programme socio-économique (infrastructures, routes, ponts, hôpitaux, dispensaires, écoles). Voy. notamment la position du PDG de Total, Thierry Desmarest in Rapport d'information n°1859 sur le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental, Rapport d'information, Assemblée nationale, France, 1999. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i1859-01.asp> (page consultée le 5 avril 2006). Les auteurs du rapport notent que « *La compagnie conteste apporter un soutien à la Junte militaire et souligne que le premier bénéficiaire de son projet sera la population elle-même. Elle n'a pas une politique à géométrie variable et applique les mêmes règles de politique sociale dans tous les pays où elle exerce une activité. La compagnie estime que l'ouverture économique peut apporter à terme un changement de mentalité et favoriser progressivement une amélioration de la société alors que les premières victimes des embargos sont bien souvent les populations. Le projet d'exploitation gazière est un projet à long terme. Le retour sur investissements est attendu vers 2002. On ne sait pas qui sera au pouvoir à ce moment. En outre, Total fait remarquer qu'aucune réglementation nationale ou internationale n'interdit d'investir en Birmanie* ». Thierry Desmarest déclarait en outre : « *Les possibilités de pression de Total sur le gouvernement birman sont extrêmement faibles car la compagnie a pris l'engagement dans le contrat qu'elle a signé avec la MOGE de ne pas interférer dans les problèmes de politique intérieure. Généralement, Total agit toujours de la sorte. Ce n'est pas parce qu'une entreprise investit qu'elle dispose de moyens de pression sur un régime. Il ne lui appartient pas d'agir dans ce sens, car elle*

n'est pas fondamentalement différente, conceptuellement du moins, de celle d'un Etat. Faut-il rompre toute relation avec l'Etat totalitaire et tenter de l'affaiblir par le biais d'un boycott économique, ou, au contraire, poursuivre ses relations économiques en essayant, dans la mesure du possible, d'améliorer le quotidien des administrés²⁰ ? La question est délicate car si ce type d'investissement sur le territoire d'un Etat totalitaire, et profitant à ce dernier, soulève des controverses éthiques, techniquement, le lien de causalité et de connexité entre l'investissement et les violations des droits de l'homme commises par le régime autoritaire est trop faible. Toutefois, certaines initiatives politiques sont de nature à inciter ou contraindre les entreprises de refuser d'investir sur le territoire d'un Etat. Un Etat peut interdire aux entreprises qui exercent des activités commerciales sur son territoire d'investir sur le territoire d'un autre Etat.²¹ En ce qui concerne la Birmanie, les Etats-Unis²² ont adopté une série de mesures destinées à organiser et renforcer l'embargo économique et le gel des avoirs des membres de l'armée birmane, notamment par le biais de l'adoption du Burmese Freedom and Democracy Act en 2003. L'importation de produits birmans et l'exportation de services financiers sont prohibées²³. Une législation française équivalente aurait sans doute été de nature à convaincre Total de ne pas investir dans le projet Yadana. Mais, l'attitude globale du gouvernement français à l'égard du projet Yadana s'inscrit au-delà de la simple tolérance ou complaisance, puisque la société française pu bénéficier de son soutien direct et positif²⁴. S'il s'était opposé au projet, le gouvernement français aurait pu empêcher l'investissement. En

supprimerait les limites entre activité politique et activité économique. La sphère d'action d'une entreprise se situe dans le domaine économique et social, elle n'a pas à devenir un acteur de la politique intérieure des pays où elle est implantée. En revanche, dans son secteur, une compagnie pétrolière doit avoir une attitude exemplaire vis-à-vis de ses sous-traitants et du personnel qu'elle emploie ».

²⁰ La même interrogation s'adresse aux touristes. Les associations militantes adoptent parfois des opinions distinctes sur cette question. Amnesty International semble plutôt en faveur du tourisme en Birmanie, afin de rompre l'isolement des Birmans et d'aider l'économie locale, alors que la Fédération Internationale des droits de l'homme, Forum Asie Démocratie ou Info Birmanie, appellent, conjointement avec certains démocrates birmans, au boycott touristique et économique. L'investisseur étranger doit, comme le touriste, effectuer un choix. Voy. Amnesty International, « Faut-il aller en Birmanie », 30 mai 2003. Info Birmanie, Communiqué de presse, « Les réformes annoncées ne trompent personne », 5 septembre 2003. Voy. également Info Birmanie, « Argumentaire pour un tourisme responsable », sur le site Internet de l'association : <http://www.info-birmanie.org> (page consultée le 5 avril 2006).

²¹ C'est ce que les Etats-Unis d'Amérique ont décidé de faire à l'encontre de Cuba par exemple. En 1992, les Etats-Unis ont élargi l'embargo économique en imposant le respect non seulement aux entreprises américaines mais également aux sociétés étrangères affiliées aux entreprises américaines. En 1996, la loi Helms-Burton a étendu encore la portée de l'embargo en accentuant son caractère extraterritorial et en l'imposant à tous les étrangers indépendamment de leur relation avec les Etats-Unis. La loi Helms-Burton a pour but, *inter alia*, d'aider le peuple cubain à recouvrer liberté et prospérité, d'encourager l'organisation d'élections démocratiques, de renforcer les sanctions internationales contre le gouvernement de Castro. Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act 1996 (Helms-Burton Act), PL 104-114, Section 3 « Purposes ». L'option retenue ici consiste donc à isoler Cuba et priver l'île de toute recette susceptible de profiter au gouvernement Castro.

²² Un autre exemple peut être cité : la loi américaine, dite d'Amato, visait à empêcher les entreprises pétrolières quelle que soit leur nationalité, d'effectuer des investissements d'un montant supérieur à vingt millions de dollars par an en Iran et en Libye sous peine de se voir imposer des sanctions économiques et financières aux Etats-Unis (Iran and Libya Sanctions Act, 1996). C'est sur base de cette loi que le Congrès américain s'est opposé à la signature du contrat de Total en Iran en septembre 1997 sur le gisement de South Pars. L'intervention de la France a permis à Total d'exécuter finalement ce marché malgré l'opposition américaine. Voy. sur cette question : Audition de M. Dominique Perreau, Directeur des Affaires économiques et financières et de M. Michel Filhol, Sous-Directeur, le 24 novembre 1998 à 16.30, in Rapport d'information n°1859 sur le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental, Sommaire des comptes rendus d'auditions, 1998, Rapport d'information, Assemblée nationale, France, 1999. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i1859-01.asp> (page consultée le 5 avril 2006).

²³ Pour une critique des sanctions économiques contre la Birmanie, voy. L. HADAR, « U.S. Sanctions Against Burma, A Failure on all Fronts », *Trade Policy Analysis*, 26 mars 1998.

²⁴ Ainsi, la signature du contrat d'assurance avec la Coface (compagnie d'assurance spécialisée dans l'assurance-crédit à l'exportation, privatisée depuis 1994), garantissant l'investissement de Total contre le risque politique, a été une décision éminemment politique. Voy. Rapport d'information n°1859 sur le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental, Sommaire des comptes rendus d'auditions, 1998, Rapport d'information, Assemblée nationale, France, 1999. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i1859-01.asp> (page consultée le 5 avril 2006) : « La Coface instruit le dossier que lui a adressé l'entreprise exportatrice française et le présente à une commission interministérielle présidée par la DREE. Cette commission qui décide de l'opportunité de prendre les projets en garantie regroupe d'autres directions du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie comme le Trésor ou le Budget. Le ministère des Affaires étrangères est également représenté dans cette instance. Les éventuelles divergences entre les directions du ministère de l'économie et des finances sont arbitrées par le Ministre ou son Cabinet ; celles entre ministères le sont par le Premier Ministre ». Les auteurs du rapport soulignent que « La garantie d'un tel investissement, obtenu dans des conditions difficiles, constituait une caution

effet, lorsque les investissements des compagnies pétrolières françaises entrent en conflit avec ceux de la France²⁵, le ministre des affaires étrangères intervient et dissuade ces entreprises d'effectuer les investissements contestés²⁶. Alors que la France ne s'oppose pas aux investissements de ses entreprises en Birmanie²⁷, le Parlement européen plaide pour l'application de sanctions économiques fortes. L'Union européenne a d'ailleurs pris différentes mesures pour traduire sa condamnation politique du régime Birman²⁸. Elle a d'abord organisé un embargo sur les armes dès 1996 et a ensuite élargi la portée de sa position commune sur la Birmanie qui, tout en maintenant l'aide humanitaire, interdit l'accès au territoire européen des cadres du régime militaire birman, prévoit le gel des avoirs des membres du gouvernement birman en Europe, et interdit les acteurs européens d'investir ou d'attribuer des crédits auprès des entreprises birmanes publiques²⁹.

Outre les pressions politiques, notons que les pressions économiques et financières sont également de nature à convaincre une entreprise multinationale de ne pas investir dans un pays autoritaire. Par exemple, le gouvernement norvégien a institué en 2004 un Comité éthique chargé de déterminer si l'investissement public dans une société en particulier est ou non contraire aux *règles éthiques*

pour la compagnie Total. Les autorités publiques lui signifiaient ainsi leur accord. Le fondement de la décision de garantir un tel projet est peu clair. Le risque politique était réel, le gazoduc traversant une zone de guérilla ».

²⁵ C'était le cas par exemple lorsqu'Elf et Total envisageaient la signature d'un contrat en Irak à l'époque de l'embargo décrété par le Conseil de Sécurité des Nations Unies.

²⁶ Audition de M. Dominique Perreau, Directeur des Affaires économiques et financières et de M. Michel Filhol, Sous-Directeur, le 24 novembre 1998 à 16.30, in Rapport d'information n°1859 sur le rôle des compagnies pétrolières dans la politique internationale et son impact social et environnemental, Sommaire des comptes rendus d'auditions, 1998, Rapport d'information, Assemblée nationale, France, 1999. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i1859-01.asp> (page consultée le 5 avril 2006). D'après M. Dominique Perreau, directeur des affaires économiques et financières au ministère des Affaires étrangères : « Le rôle du Quai d'Orsay, de ses directions régionales ou fonctionnelles (affaires juridiques, directions des Nations Unies ou des Français à l'étranger) vis-à-vis des compagnies pétrolières se décline sous trois aspects : le soutien au projet, la défense des intérêts des compagnies lorsqu'elles sont mises en cause par des législations internationales et la sensibilisation voire la dissuasion quand leurs projets n'entrent pas dans le contexte diplomatique de la France ». « Le soutien à un projet constitue une prérogative discrétionnaire de l'Etat. Pour valoriser un projet, il est fréquent que les compagnies pétrolières fassent appel aux entretiens du ministre des Affaires étrangères avec ses homologues étrangers ou que l'on demande aux ambassades d'entreprendre des démarches de soutien. Dans certaines régions du monde cet appui est indispensable. Ainsi au Moyen-Orient, on constate que les sociétés anglo-saxonnes sont soutenues par le Foreign Office ou le Département d'Etat. La France s'efforce d'agir de même. Le ministre des Affaires étrangères use de son influence pour défendre les projets des compagnies françaises car l'Etat doit veiller à la sécurité des approvisionnements en pétrole et gaz naturel ». « Le Ministère des Affaires étrangères participe à la défense des intérêts des compagnies pétrolières mises en cause par des législations internationales non pertinentes. » Les auteurs du rapport note que « les rôles respectifs de chaque instance paraissent parfaitement définis et leur mission consiste à assurer l'indépendance énergétique de la France, la priorité étant semble-t-il accordée aux intérêts économiques par rapport au respect des conventions internationales et des normes éthiques. De ce fait, la politique de la France au Moyen-Orient comme sa politique africaine paraît largement déterminée par ses intérêts pétroliers. En cela la France n'est pas très différente des autres pays développés ».

²⁷ On peut s'interroger sur l'opportunité théorique pour les victimes d'intenter une action judiciaire contre l'Etat français qui avait le pouvoir de prévenir l'investissement de Total et qui a soutenu l'investissement litigieux. En s'abstenant de prendre les mesures de dissuasion, la France violerait son obligation positive de prévenir les violations des droits de l'homme commises par une entreprise privée. Toutefois, une telle opportunité d'action se heurte d'une part à la difficulté de démontrer le lien de causalité entre l'investissement de Total et les violations des droits de l'homme commises par le régime birman, et d'autre part, aux limites de l'extraterritorialité, étant donné que les victimes n'étaient pas sous la juridiction de la France, ce qui est de nature à fonder une exception d'irrecevabilité *rationae personae* et que les violations ont été commises en dehors du territoire, ce qui peut fonder une exception d'irrecevabilité *rationae loci* d'une action intentée devant des organes de protection des droits de l'homme (tels que la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des droits de l'homme des Nations Unies par exemple).

²⁸ La position de l'Union européenne concernant la Birmanie est définie dans les textes suivants : Commission Regulation (EC), n°667/2005, 28 avril 2005 ; Council Common Position, 2005/340/CFSP, 25 avril 2005 ; Council Common Position, 2005/149/CFSP, 21 février 2005 ; Council Regulation, n°1853/2004, 25 octobre 2004 ; Council Common Position, 2004/730/CFSP, 25 octobre 2004 ; Council Common Position, 2004/423/CFSP, 26 avril 2004. Ces textes peuvent être consultés en ligne, voy. http://europa.eu.int/comm/external_relations/myanmar/intro/ (page consultée le 5 avril 2006).

²⁹ The Council of the European Union, Council Regulation EC 1853/2004, 25 octobre 2004, concernant les mesures restrictives additionnelles adoptées à l'encontre de Birmanie/Myanmar, « (...) a prohibition on making financial loans or credits available to, and on acquiring or extending a participation in, Burmese state-owned enterprises; while such prohibition should not affect the execution of related obligations resulting from existing contracts or agreements, the conclusion of new contracts or agreements on the subject-matter of this Regulation or the renewal of existing contracts or agreements after their expiration should be prohibited after the entry into force of this Regulation ».

auxquelles l'investissement est supposé se conformer³⁰. Le Ministre des Finances peut ainsi décider d'exclure une entreprise des fonds d'investissement publics qui comprennent le *Government Pension Fund – Global* (anciennement, le *Fond pétrole*) et le *Government Pension Fund – Norway*. Conformément aux *règles éthiques*, les entreprises qui produisent des armes prohibées en droit humanitaire sont en principe exclues par le biais d'un premier *screening négatif*. En outre, le Ministre doit exclure les entreprises s'il peut être démontré qu'il existe un risque « *inacceptable* » que l'investissement est de nature à contribuer aux violations graves et systématiques des droits de l'homme (meurtre, torture, privation arbitraire de liberté, travail forcé, exploitation de l'enfant), à de graves violations de droits individuels dans les situations de conflits, à de sévères dommages environnementaux, à de la corruption, ou à toutes autres graves violations de normes éthiques fondamentales. A titre d'exemple, le 5 janvier 2006 le Ministre des Finances norvégien publiait un communiqué de presse indiquant qu'il avait décidé d'exclure sept entreprises³¹ du Fond en raison de leur implication dans la production d'armes nucléaires, correspondant à un total de 3,3 milliards de couronnes norvégiennes³². Par contre, le Comité éthique est d'avis que les activités de Total en Birmanie n'étaient pas de nature à fonder l'exclusion du groupe français du Fond. L'enquête du Comité portait sur la complicité alléguée de violation de Total liées à la construction des installations du projet Yadana entre 1995 et 1998 mais aussi sur l'allégation de complicité aux violations des droits de l'homme actuelle commises par l'armée birmane qui bénéficie des recettes grâce à l'opération économique de Total. Le Comité commence par noter qu'il estime en effet que la Birmanie est gouvernée par un régime militaire responsable de violations graves et systématiques des droits de l'homme. Le Comité souligne toutefois qu'il n'entre pas dans son mandat de déterminer si l'exclusion du Fond d'une entreprise en particulier est de nature à améliorer la situation politique d'un Etat. Si le Comité estime qu'il est clair que Total n'ignorait pas les violations des droits de l'homme commises en relation avec le projet Yadana entre 1995 et 1998 et que la société française n'a pas sérieusement tenté de les prévenir, ce constat n'est pas de nature à fonder l'exclusion de Total du Fond étant donné qu'elle exigerait une application rétroactive des règles éthiques de gestion du Fond. Pour exclure une entreprise du Fond, il faut démontrer un lien direct entre les activités de l'entreprise et les violations de droits de l'homme.

Bien entendu, les allégations selon lesquelles l'investissement de Total et Unocal en Birmanie est de nature à soutenir financièrement la dictature – et contribue, par ce biais, aux violations des droits de l'homme – seront systématiquement mises en avant dans les requêtes invoquant la mise en œuvre de la responsabilité civile ou pénale du groupe pétrolier français, toutefois, le règlement d'un litige éventuel lié à ce type d'investissement relève plus de la négociation diplomatique entre Etats. L'Etat du siège de l'entreprise dispose des moyens pour dissuader une entreprise d'investir sur le territoire d'un Etat en particulier et des moyens de contrainte et d'incitation – tels que la pression des fonds éthiques ou des partenaires commerciaux – peuvent le cas échéant influencer, dans un sens ou dans un autre, la décision d'investissement d'une entreprise.

La deuxième catégorie de violations concerne les allégations de complicité de Total et d'Unocal pour les violations commises par l'armée birmane dans le cadre du projet Yadana. Total a toujours affirmé qu'aucun lien contractuel d'aucune sorte, direct ou indirect, n'a existé entre la société et l'armée, qu'aucun concours financier ou support logistique à ses opérations ne lui a été apporté et que sa filiale n'a jamais eu aucune autorité sur l'armée et ne lui a donné aucune instruction³³. Or, différents éléments

³⁰ Les informations relatives à cette initiative et le détail des recommandations du Comité éthique et des décisions d'exclusion, sont disponibles sur le site Internet du Comité (en anglais) à l'adresse suivante : <http://odin.dep.no/fin/english/bn.html>.

³¹ Il s'agissait des entreprises suivantes : BAE Systems Plc, Boeing Co., Finmeccanica Sp.A., Honeywell International Inc., Northrop Grumman Corp., Safran SA and United Technologies Corp.

³² Le 2 septembre 2005, le Ministre annonçait avoir exclu du Fond huit entreprises qui contribuaient à la production de grenades explosives (cluster bomb) : Alliant Techsystems Inc., EADS Co (European Aeronautic Defence and Space Company), EADS Finance BV, General Dynamics Corporation, L3 Communications Holdings Inc., Lockheed Martin Corp., Raytheon Co. and Thales SA.

³³ Voy. sur cette question la position officielle de Total dans son rapport : Total, *Total au Myanmar, un engagement durable*, rapport, 2005, pp. 18-19. De manière générale, Total admet que « *le maintien de l'ordre public est de la seule responsabilité de l'Etat hôte qui décide librement des mesures à prendre* ». Total souligne également qu'à la suite d'un attentat commis en mars 1995, qui aura pour effet de suspendre les travaux jusqu'en octobre 1995, elle devra prendre des mesures de sécurité pour protéger son personnel. Toutefois, elle précise qu'aucun personnel de sécurité n'était armé. Elle affirme que l'armée a,

tendent à démontrer que la sécurité du gazoduc, question centrale du projet Yadana, a été confiée par Total et Unocal à MOGE qui a déployé l'armée et financé les bataillons militaires³⁴. Ces militaires ont forcé des civils à travailler sur des chantiers liés directement au gazoduc (construction d'héliports, de routes, de camps militaires, ou encore transport de matériel). Les chefs de village devaient mettre à disposition de l'armée des « *travailleurs volontaires* ». Total et Unocal ne nient pas avoir été informé de l'existence de travail forcé en Birmanie mais conteste l'utilisation du travail forcé sur son chantier. Tout au plus, Total concède quelques cas isolés de travail forcé liés au chantier du gazoduc tout en soulignant qu'elle a indemnisé les victimes. Outre le travail forcé, de nombreuses personnes ont été déplacées de force afin de permettre d'instaurer un périmètre de sécurité autour du chantier du gazoduc. Plusieurs allégations de torture, exécutions extrajudiciaires, viols et extorsions de biens commises par l'armée birmane en charge de la sécurité du gazoduc ont été faites. Notons que les premières victimes de ces violations sont généralement les membres de minorités ethniques³⁵.

Actions judiciaires contre Total et Unocal en France, en Belgique et aux Etats-Unis

Au regard de la situation politique birmane, les recours judiciaires en Birmanie contre les auteurs et complices des violations des droits de l'homme auraient été illusoires ou inutiles. Pour contrer cette impunité de fait, des membres d'organisations non gouvernementales et des avocats engagés ont guidé certaines victimes birmanes vers des juridictions occidentales. Trois procédures judiciaires, indépendantes les unes des autres, ont été menées. Nous rendons compte successivement de l'action pénale contre Total en France (i), de l'action pénale contre Total en Belgique (ii), et enfin, de l'action civile contre Unocal aux Etats-Unis (iii).

(i) L'ACTION PENALE CONTRE TOTAL EN FRANCE

Le 26 août 2002, l'avocat William Bourdon, fondateur de l'association Sherpa³⁶, agissant au nom de deux ressortissants birmans alléguant avoir été victimes de travail forcé sur le chantier de construction

de son côté, renforcé son dispositif militaire à partir de l'autonomie 1995. L'entreprise française concède que « *des échanges d'information réguliers impliquant le partenaire local MOGE sont alors établis, à leur demande, entre les échelons locaux de l'armée et les responsables de la sécurité du chantier* ».

³⁴ Voy. par exemple à ce sujet les éléments de preuves fournis pas les plaignants dans l'affaire civile fondée sur l'ATCA contre Unocal (ci-dessous). Voy. également les rapports d'organisations militantes : EarthRights International, *Fueling Abuse*, Bangkok, 2002 ; EarthRights International, *Total Denial Continues*, Bangkok, 2000 ; FIDH, Info Birmanie, et al., *Total pollue la démocratie, Stoppons le totalitarisme en Birmanie*, juillet 2005 ; Burma Campaign UK, *Total Oil : Fuelling the Oppression in Burma*, février 2005.

³⁵ YOZO YOKOTA, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, résolution 1994/85, *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Myanmar*, Commission des droits de l'homme, 51^{ème} session, E/CN.4/1995/65, 12 janvier 1995, par. 26 : « *Au sujet des récents conflits entre l'armée du Myanmar et des groupes d'insurgés dans l'Etat Karen, plusieurs sources ont signalé une aggravation du portage forcé au service de l'armée. L'armée aurait fait une rafle de porteurs appartenant à tous les groupes ethniques et religieux dans des villages et des villes, en allant jusqu'au sud de l'Etat Môn. Ces rafles auraient été faites sur la voie publique, dans les trains et les salles de cinéma, même dans les domiciles privés. D'après les renseignements obtenus, les porteurs subissent des voies de fait et vivent dans des conditions effroyables, et ceux qui ne peuvent accomplir leurs tâches sont exécutés arbitrairement* ».

³⁶ L'association française Sherpa a été créée en 2001 sur l'initiative de l'avocat français William Bourdon. Sherpa a pour objet essentiel de mobiliser des compétences et des savoir-faire afin d'appuyer des procédures civiles ou pénales à l'encontre d'entreprises responsables d'infractions dans les pays du Sud dès lors que la compétence de la juridiction du lieu du siège ou du principal établissement de l'entreprise peut effectivement être soutenue. Parmi les principales actions menées par Sherpa depuis sa création, il faut mentionner essentiellement la plainte contre l'entreprise Rougier et celle contre l'entreprise Total. En mars 2002, l'association a déposé, au nom de sept villageois camerounais, une plainte avec constitution de partie civile à Paris, du chef de destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel, corruption de fonctionnaire, à l'encontre des dirigeants de la société SFID, société de droit camerounais d'une part, et à l'encontre de sa maison mère la société française ROUGIER SA, d'autre part. L'organisation non gouvernementale, les Amis de la Terre-France, s'est constituée partie civile. En août 2002, comme nous allons le voir en détail, l'association a déposé une plainte au nom de quatre Birmans, victimes du travail forcé sur le Chantier Yadana, dirigé par la société française TotalFinaElf et sa filiale en Birmanie, pour crime de séquestration. Ces plaintes devant les tribunaux français ont constitué une première en France. Elles visent à démontrer que les activités commerciales des agents privés sur le territoire d'Etats autoritaires ou faibles n'est pas la garantie systématique de l'impunité.

Le site Internet de l'Association Sherpa peut être consulté à l'adresse suivante : <http://association.sherpa.free.fr>. Il offre, outre une présentation générale de l'association et de ses actualités récentes, des dossiers de presse sur les actions judiciaires en cours.

du gazoduc Yadana, a déposé auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de Nanterre, une plainte avec constitution de partie civile, des chefs d'enlèvement et de séquestration, à l'encontre de Thierry Desmarest (de nationalité française, directeur de la division Exploration et Production de la compagnie Total de 1989 à 1995 et Président Directeur général de Total à partir du 31 mai 1995, soit au moment des faits dénoncés), d'Hervé Madeo (de nationalité française, directeur de la filiale de Total en Birmanie, Total Myanmar Exploration Production) et contre X (c'est-à-dire contre le successeur de Desmarest à la direction de la division Exploration et Production de la société Total et contre tous responsables légaux et/ou opérationnels ayant joué un rôle actif ou décisionnel dans les violations dénoncées)³⁷. Six autres birmans se sont ultérieurement constitués parties civiles.

Les plaignants sont des villageois birmans de la région du Tenasserim que traverse le gazoduc reliant le gisement de Yadana en Birmanie à la Thaïlande. Ils soutiennent avoir été contraints de « *travailler sous la menace permanente de violences de la part des bataillons qui les encadraient s'ils n'exécutaient pas les tâches qui leur étaient assignées, et affirment avoir été témoins de mauvais traitement et de violences commis par ces bataillons à l'égard d'autres travailleurs sur ce même chantier* »³⁸. Or, ce chantier était sous la responsabilité directe de Total, notamment par le biais de sa filiale locale (*Total Myanmar Exploration Production*) et les militaires, auteurs des violences dénoncées, étaient, selon la plainte, engagés et rémunérés par l'entreprise multinationale Total. Au moment du dépôt de la plainte, ils étaient réfugiés dans un autre pays d'Asie du Sud Est. Les témoignages des témoins – relatés dans le mémoire des parties civiles³⁹ déposé auprès de la Cour d'appel de Versailles – attestent que les bataillons chargés de surveiller et de sécuriser la zone du chantier, privaient les victimes alléguées de toute liberté. Elles étaient réquisitionnées de force par l'armée pour effectuer des travaux non rémunérés sur le chantier du gazoduc, et contraintes d'y travailler et d'y résider durant une période imposée sans aucune possibilité de s'y soustraire. Un des plaignants affirme avoir été contraint de travailler sur le chantier alors qu'il n'avait que 13 ans, obligé de remplacer son père pour la réalisation de ce « *travail volontaire* ». Un autre témoin soutient avoir vu environ 300 travailleurs construire l'héliport de la société française Total. Il souligne avoir été contraint de travailler pendant dix jours sur le chantier, tout en reconnaissant qu'il était autorisé à rentrer chez lui, dans un village à proximité du chantier, pour y passer la nuit. Il insiste toutefois sur le fait que les menaces de violence qui pesaient sur les travailleurs et leur famille s'ils avaient osé ne pas se présenter le lendemain étaient telles que tous les « *travailleurs volontaires* » se rendaient quotidiennement sur le chantier pour travailler. Un ancien soldat, entendu par le magistrat instructeur français, explique également que les travailleurs étaient menacés de mort s'ils refusaient d'obéir. Plusieurs témoignages révèlent que les travailleurs étaient réquisitionnés par l'armée pour travailler sur le chantier dirigé par Total ou sur des infrastructures liées au chantier ou aux intérêts de Total, comme par exemple la construction d'héliports construits par la société française. En outre, des témoignages indiquent que Total avait un pouvoir d'influence et de contrôle sur l'armée birmane. Par exemple, un témoin affirmant avoir été employé par Total pendant dix mois soutient qu'avant chaque trajet en hélicoptère, Total indiquait ses lieux de déplacement à l'armée qui envoyait un bataillon sur l'héliport afin d'assurer la sécurité de l'équipe de Total⁴⁰.

Le 9 octobre 2002, après versement de la consignation et communication de la plainte au parquet, le procureur de la République de Nanterre requérait l'ouverture d'une information contre X des chefs d'arrestation et séquestration. Le juge d'instruction a procédé à de multiples auditions tout au long de la procédure. Les conseillers de Total, bien que Total ne fût pas partie à ce procès, ont demandé au procureur de la République, puis au juge d'instruction, de requérir le non-lieu en arguant que la plainte n'avait aucun fondement juridique et que la séquestration réprimée en droit pénal français ne couvrait pas le travail forcé. Ces demandes seront rejetées. Le 19 janvier 2004, le juge d'instruction

³⁷ L'article 113-2 dispose que « *La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ». L'article 113-6 du Code pénal énonce, *inter alia* : « *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* » (principe de la compétence personnelle active). Les plaignants invoquaient ces deux articles pour fonder la compétence des juridictions françaises.

³⁸ Chambre d'appel de Versailles, Chambre de l'instruction, 10^{ème} Chambre-Section A, Appel rendu le 11 janvier 2005, p. 8.

³⁹ Mémoire adressé aux Président et Conseillers de la 10^{ème} Chambre, Section A de la Chambre de l'Instruction de la Cour d'Appel de Versailles, audience du 14 décembre 2004 à 11h., Affaire n°2004/01/600, pp. 11 et s.

⁴⁰ Mémoire adressé aux Président et Conseillers de la 10^{ème} Chambre, Section A de la Chambre de l'Instruction de la Cour d'Appel de Versailles, audience du 14 décembre 2004 à 11h., Affaire n°2004/01/600, pp. 15, 16 et s.

communiquait le dossier au procureur de la République « aux fins de réquisitions ou avis ». Les demandes répétées du magistrat instructeur sont cependant restées sans réponse jusqu'au 17 mai 2004, date à laquelle le Procureur de la République demandait au juge d'instruction de dire n'y avoir lieu à suivre, au motif que les faits dénoncés ne pouvaient recevoir une quelconque qualification pénale. L'arrêt rendu par la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Versailles souligne que le Procureur outrepassait les limites de sa compétence en requérant directement le règlement et que le magistrat instructeur n'avait d'autre choix que d'y répondre par une ordonnance de passer outre. Le juge d'instruction restait donc saisi.

La principale question juridique qui était au centre du procès français de Total concernait la qualification juridique de la violation. En effet, la plainte dénonçait des faits de travail forcé. Or, cette infraction ne faisant pas l'objet d'incrimination spécifique dans le Code pénal français, il convenait de la qualifier juridiquement pour qu'elle puisse faire l'objet de poursuites pénales. Selon les plaignants, le travail forcé devait être incriminé en tant que « *crime de séquestration* » prohibé par l'article 224-1 du Code pénal français⁴¹. Cet article traite de l'enlèvement et de la séquestration en énonçant que : « *le fait, sans ordre des autorités constituées et hors les cas prévus par la loi, d'arrêter, d'enlever, de détenir ou de séquestrer une personne, est puni de vingt ans de réclusion criminelle* ». Selon les plaignants, il importe de distinguer les quatre formes d'infractions (arrestation, enlèvement, détention, séquestration), matériellement distinctes et juridiquement autonomes, prévues par cette disposition. D'une part, *l'arrestation et l'enlèvement*, visent ici « *les comportements instantanés qui consistent à appréhender matériellement un individu de telle sorte qu'il soit privé de sa liberté d'aller et venir pour un adulte ou soustrait à l'autorité de ses parents pour un mineur* ». D'autre part, *la détention et la séquestration*, « *sont les comportements continus et qui impliquent une privation de liberté d'une certaine durée* ». Selon les plaignants, conformément à la jurisprudence française, cette durée peut être fortement réduite, ce qui est de nature à brouiller la distinction entre l'arrestation et la détention. En l'espèce, le défi que doivent relever les plaignants consiste à démontrer que la séquestration permet de qualifier juridiquement des faits de travail forcé. Or, ils se heurtent d'emblée à un obstacle majeur : celui de l'interprétation stricte du droit pénal. En effet, étendre l'infraction de séquestration au travail forcé exige une interprétation de ce droit. Pour contrer cette objection, ils invoquent dans leur plainte que la législation française sur la répression des crimes de guerre a permis d'étendre la loi pénale française à des faits de travail obligatoire. Ce fut le cas dans une ordonnance du 28 avril 1944 assimilant le travail obligatoire des civils et la déportation au crime d'arrestation ou de séquestration aggravées par imitation d'une autorité publique ou menace de mort. Ce fut également le cas de l'emploi de prisonniers de guerre ou de civils à des œuvres de guerre ou encore de la séquestration aggravée par torture ou de l'emploi de prisonniers à des fins de protection de l'ennemi. Selon l'avocat des plaignants, ces derniers ont été victimes d'une situation parfaitement équivalente à celle du crime de séquestration sanctionné par le droit pénal français. Ils ont été contraints d'effectuer un travail forcé après avoir été déportés, « *dans un contexte parfaitement coercitif, abolissant toute liberté d'aller et de venir, qui plus est marqué par de mauvais traitements et l'existence de menaces* »⁴². Les bataillons militaires exerçaient à l'encontre des plaignants une « *contrainte permanente et décisive les privant de toute liberté* »⁴³. Ils ont été conduits de force sur le chantier pour y effectuer des travaux non rémunérés et contraints d'y résider. Ainsi, selon les plaignants, ils ont subi successivement l'ensemble des infractions matériellement et juridiquement autonomes de l'article 224-1 puisqu'ils ont été déportés puis séquestrés. Le Procureur de la République indique clairement dans sa réquisition d'ordonnance de non-lieu adressée au magistrat instructeur le 17 mai 2004, que les faits dénoncés ne pouvaient recevoir une quelconque qualification pénale. Il note qu'au terme de 18 mois d'information, les plaignants et les témoins font part de travail forcé dans des conditions déplorables, mais non d'arrestation ou de séquestration véritable⁴⁴. Or, il n'existe pas d'incrimination spécifique en droit français pour ce type de

⁴¹ Chambre d'appel de Versailles, Chambre de l'instruction, 10^{ème} Chambre-Section A, Appel rendu le 11 janvier 2005, p. 9.

⁴² Chambre d'appel de Versailles, Chambre de l'instruction, 10^{ème} Chambre-Section A, Appel rendu le 11 janvier 2005, p. 10.

⁴³ Chambre d'appel de Versailles, Chambre de l'instruction, 10^{ème} Chambre-Section A, Appel rendu le 11 janvier 2005, p. 10.

⁴⁴ Hervé Madeo contestait également la recevabilité de la plainte. Les avocats des plaignants relevaient pour leur part qu'étant donné que Mr. Madeo n'était pas mis en examen, et était tout au plus « *témoin assisté* » dans cette procédure, il n'était pas fondé juridiquement à contester la recevabilité d'une constitution de partie civile ou de soulever une exception de prescription. Selon Mr. Madeo, « *à supposer établie une séquestration d'une durée inférieure à sept jours, la qualification était délictuelle et les faits prescrits* ». Pour cette raison, il était important pour la défense de démontrer que les

fait. La loi pénale française étant d'interprétation stricte, le travail forcé n'a jusqu'ici jamais été assimilé au crime de séquestration. Le Procureur conteste en outre l'argument des plaignants fondé sur l'ordonnance du 28 août 1944 en soutenant qu'il s'agissait là d'une loi exceptionnelle et interprétative soumise à des conditions d'application strictes inconciliables avec les faits exposés dans la plainte litigieuse⁴⁵. Le magistrat instructeur a refusé de faire droit aux réquisitions du Procureur. Il souligne que les « *doléances des parties civiles vont au-delà du travail forcé lui-même, qu'elles concernent en réalité les conditions dans lesquelles les plaignants prétendent avoir dû quitter leur village et vu, pour des périodes pouvant atteindre un mois, voire davantage, leur liberté d'aller et venir entravée en étant conduits sur les lieux du chantier et contraints d'y demeurer ; que de tels faits, s'ils étaient avérés, pourraient recevoir les qualifications successives d'arrestation et de séquestration des articles 224-1 et suivants du Code pénal ; que l'existence du travail forcé auquel auraient été contraints les plaignants constitue un élément de fait susceptible de corroborer la réalité des actes d'arrestation et de séquestration dénoncés ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu en l'état à prononcer un non-lieu, mais bien à poursuivre des investigations sur l'existence des crimes dénoncés par les plaignants et leur imputabilité (...)* »⁴⁶. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la Cour d'appel, pour des raisons de procédure, rejettera l'appel du Procureur qui demandait à la Cour d'infirmer l'ordonnance du juge d'instruction.

Total a signé, le mardi 29 novembre 2005, une transaction amiable⁴⁷ avec les huit Birmans qui se trouvaient à l'origine de l'enquête ouverte, le 9 octobre 2002, à son encontre au tribunal de Nanterre pour crime de « *séquestration* »⁴⁸. Selon les termes de l'accord⁴⁹, dont certains éléments ont été rendus publics, Total s'engage à verser une indemnisation de 10 000 euros par plaignant contre le désistement de leur plainte. Cet accord précise qu'un « *guichet* » est ouvert pendant six mois afin de répondre à toute demande que formuleraient les victimes des mêmes faits dans treize villages de la région. L'indemnisation des plaignants ne constitue pas une réparation au sens strict (étant donné que Total nie être l'auteur des violations à l'origine des dommages) mais s'inscrit plutôt, selon la société française, dans une perspective humanitaire et « *prolonge ainsi l'engagement de compensation mis en œuvre dans le passé au bénéfice de certains habitants de la région dès que des faits présumés de recours au travail obligatoire survenus à son insu furent portés à sa connaissance* ». A cet effet, Total a créé un fonds de 5,2 millions d'euros. Au terme du délai de six mois, le surplus sera reversé dans un fonds destiné à financer différents programmes sociaux et économiques lancés par Total depuis 1995. Il s'agit essentiellement d'appuyer des actions humanitaires collectives et locales, en faveur notamment de l'habitat, de la santé et de l'éducation. La transaction indique que Total ne reconnaît pas sa culpabilité ou sa responsabilité pour les faits dénoncés mais fait le choix d'« *une solution alternative destinée à résoudre un conflit dans lequel chacun revendique sa bonne foi* ». La mise en œuvre de l'accord sera supervisée par un comité de gestion, composé des quatre avocats - William Bourdon et Bernard Darteville pour les plaignants, Jean Veil et Daniel Soulez-Larrivière pour Total - et de deux personnalités extérieures, le professeur de droit Mario Bettati, et le président d'Emmaüs France, Martin Hirsch. L'accord, qui ne met pas fin en tant que tel à la procédure judiciaire, compromettrait son avenir puisque celle-ci s'est finalement soldée par une ordonnance de non-lieu prononcée le 22 juin 2006 par la juge d'instruction en charge du dossier. Dans son ordonnance⁵⁰, la juge déclare, sur la base des nombreux témoignages recueillis pendant l'information, que « *la réalité des faits dénoncés ne peut être mise en doute* ». Cependant, elle confirme que le travail forcé, en dépit des engagements internationaux de la France, ne fait l'objet d'aucune incrimination en droit français et qu'il ne peut être assimilé purement et simplement à de la séquestration. Elle indique encore que les éléments constitutifs de la

séquestrations duraient plus de sept jours. Voy. Chambre d'appel de Versailles, Chambre de l'instruction, 10^{ème} Chambre-Section A, Appel rendu le 11 janvier 2005, p. 13.

⁴⁵ Chambre d'appel de Versailles, Chambre de l'instruction, 10^{ème} Chambre-Section A, Appel rendu le 11 janvier 2005, p. 15.

⁴⁶ Chambre d'appel de Versailles, Chambre de l'instruction, 10^{ème} Chambre-Section A, Appel rendu le 11 janvier 2005, p. 16.

⁴⁷ Cet accord a été fortement médiatisé, mais son contenu n'a pas été rendu public, mis à part les quelques informations communiquées dans les communiqués de presse.

⁴⁸ Voy. Total, Myanmar : Total et l'association Sherpa concluent un accord prévoyant la création d'un fonds de solidarité pour des actions humanitaires, Communiqué de presse, 29 novembre 2005, http://www.total.com/fr/press/press_releases/pr_2005/051128_myanmar_accord_sherpa_8204.htm.

⁴⁹ Voy. P. CEAUX et J. FOLLOROU, « Total va indemniser ses accusateurs », *Le Monde*, 30 novembre 2005.

⁵⁰ Bien que cette ordonnance est demeurée inédite, des extraits en ont toutefois été cités dans un communiqué de presse de l'Agence France Presse : M. Bastian, « Non-lieu pour Total, même si le travail forcé a existé en Birmanie, dépêche AFP, 22 juin 2006, 8 H 53.

séquestration ne sont pas réunis en l'espèce et que seuls les plaignants, qui ont retiré leurs plaintes et sont désormais injoignables, auraient pu éventuellement lui fournir des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'existence du crime de séquestration.

Les organisations non gouvernementales qui militent activement pour la protection des droits de l'homme en Birmanie, telles qu'Info Birmanie, la Ligue des droits de l'Homme (LDH) et la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH) ont vivement critiqué cet accord⁵¹. Pour ces associations militantes, un tel accord est source d'« indignations » étant donné qu'il « *fait abstraction des responsabilités dans la perpétration de graves violations des droits de l'homme au profit d'une transaction financière permettant ainsi au groupe Total de s'acheter une bonne conduite* ». Plus fondamentalement sans doute, cet accord permet certes à Total d'asseoir une nouvelle image d'entreprise socialement responsable - dénoncé en tant que violateur des droits de l'homme, Total s'affirme désormais comme garant des droits de l'homme dans les zones de non-droit - mais il répond aussi à la nécessité pour le groupe pétrolier français de poursuivre ses activités en Birmanie⁵², en résistant aux fortes pressions politiques et de l'opinion publique, française, européenne et internationale. Cela explique en partie les critiques des trois associations de défense des droits de l'homme qui plaident pour le retrait pur et simple du groupe.

Pourtant, il nous semble important de distinguer deux questions, certes intimement liées, mais juridiquement distinctes. Premièrement, l'entreprise Total a-t-elle été complice des violations des droits de l'homme perpétrées par l'armée Birmane dans le cadre du chantier du gazoduc ? En cas de réponse affirmative, il convenait de poursuivre pénalement les dirigeants de Total et de sa filiale en Birmanie, comme le suggérait la plainte déposée auprès du Tribunal de Nanterre. Parallèlement à cette action pénale, les victimes pouvaient demander une réparation pour les dommages subis. Or, du point de vue des victimes, dans une perspective pragmatique, la transaction permettait non seulement d'offrir aux victimes-auteurs de la plainte une indemnisation, tout en prévoyant la possibilité de bénéficier à d'autres victimes qui se déclareraient endéans un délai de six mois. Le surplus de la somme concédée par Total permettant d'investir dans des programmes socio-économiques. Le choix des victimes paraît rationnel. Si une condamnation pénale des dirigeants de l'entreprise multinationale aurait été symboliquement forte, l'initiative et la conduite de poursuites pénales ressortent de la compétence de l'Etat et ne peuvent peser sur les victimes. De ce point de vue, ce n'est donc pas la transaction qui doit être critiquée, mais l'attitude éventuelle du parquet s'il décidait de ne pas poursuivre. Le simple fait que la transaction compromette l'action judiciaire, sans pour autant y mettre un terme, est regrettable dans une perspective d'engagement militant, mais est pragmatique et rationnel dans la perspective de la défense des intérêts des victimes individuelles⁵³. Deuxièmement, en investissant dans l'économie birmane, l'entreprise Total est-elle complice des violations des droits de l'homme commises par l'armée birmane et le régime birman en général ? Comme nous l'avons vu, cette catégorie de violation des droits de l'homme – soutien politique et financier au régime – échappe, dans l'état actuel du droit, au champ judiciaire. Des mécanismes relevant des politiques étrangères (boycott économique mis en place par les Etats-Unis et l'Union européenne), des politiques nationales (soutien de la France), ou encore de mécanismes de financement socialement responsable par exemple (Fonds éthique norvégien) peuvent être mis en œuvre pour contraindre les entreprises multinationales à adopter une attitude dans un sens ou un autre. Si elle était susceptible d'influencer les décideurs politiques afin qu'ils adoptent des mesures contre Total, l'action judiciaire en cours en France portait sur un litige précis, celui du travail forcé subi par les plaignants. Refuser la transaction afin d'assurer la poursuite du procès pénal

⁵¹ Voy. le communiqué de presse de ces associations à l'adresse suivante http://www.fidh.org/article.php3?id_article=2889 (page consultée le 5 avril 2006).

⁵² En ce sens, voy. P. CEAUX et J. FOLLOROU, « Total va indemniser ses accusateurs », *Le Monde*, 30 novembre 2005.

⁵³ Notons également à cet égard, que le règlement intervenu entre les plaignants et Total ressemble fortement au type de règlements amiables mettant un terme à la procédure contentieuse devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cette dernière homologue les accords amiables et se montre très stricte sur les termes qu'ils prévoient en refusant précisément toute transaction sur les droits de l'homme eux-mêmes. La mise en place d'un fond d'indemnisation des victimes et de financement de programmes d'aide au développement ou de projets éducatifs par exemple, est une mesure classique que les règlements des procédures interaméricaines prévoient. La différence substantielle entre le règlement amiable de l'affaire Total et celui d'une procédure interaméricaine repose dans le refus de Total de reconnaître sa responsabilité pour les faits dénoncés, or une telle reconnaissance de responsabilité conditionne généralement l'homologation d'un règlement amiable par la Cour interaméricaine car la procédure américaine doit contribuer, quelque soit son issue, à révéler la « *vérité judiciaire* » formalisée comme un droit subjectif des victimes.

pour dénoncer l'investissement de Total en Birmanie aurait été stratégiquement avantageux dans une perspective militante, mais aurait porté préjudice aux intérêts des victimes individuelles.

(ii) L'ACTION PENALE CONTRE TOTAL EN BELGIQUE

Une plainte a été déposée par quatre birmans en Belgique sur la base de la loi de la compétence universelle contre X, Total et ses dirigeants pour complicité de crimes contre l'humanité. Adoptée en 1993, la loi belge sur la compétence universelle visait à réprimer les infractions graves aux violations des Conventions de Genève de 1949 et de ses deux protocoles de 1977 et couvrait essentiellement les crimes de guerre dans le cadre d'un conflit interne ou international⁵⁴. Après un premier amendement en 1999, cette législation permettait au juge belge de connaître les allégations de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide. En outre, les auteurs des infractions ne pouvaient plus se prévaloir de leurs immunités éventuelles. La Belgique sera condamnée, le 14 février 2002, par la Cour internationale de Justice à mettre à néant le mandat d'arrêt international délivré par un juge d'instruction belge à l'encontre du ministre des Affaires étrangères en exercice de la République Démocratique du Congo, Abdulaye Yerodia, méconnaissant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité dont jouissait le ministre en exercice en vertu du droit international⁵⁵. Suite à l'abrogation de la loi du 16 juin 1993 le 5 août 2003, la compétence universelle du juge belge pour les infractions au droit humanitaire est nettement plus limitée⁵⁶. L'article 29 par. 3 de la loi de 2003 prévoyait un régime transitoire pour les plaintes en cours d'information ou d'instruction et confiait à la Cour de cassation le soin de prononcer sur le dessaisissement du juge pénal belge des affaires dont l'instruction était pendante au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi⁵⁷.

⁵⁴ Sur la compétence universelle, voy. P. D'ARGENT et J. D'ASPREMONT LYNDEN, « La loi de compétence universelle revue mais pas corrigée », *J.T.*, 2003, pp. 480 et s. ; A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, P.U.F., 2002 ; J. WOUTERS et H. PANKEN (éd.), *De Genocidewet in internationaal perspectief*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2002 ; D. VANDERMEERSCH, « Compétence universelle et immunités en droit international humanitaire. La situation belge », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Genève/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2002, pp. 277 et s. ; D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle en droit belge », *Poursuites pénales et extraterritorialité*, dossier n°8 de la *Revue de droit pénal*, 2002, pp. 39 et s. ; M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; E. DAVID, « Le champ d'application de la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *Revue de droit militaire*, 1997, pp. 111 et s. ; D. VANDERMEERSCH, « La répression en droit belge des crimes de droit international », *Revue internationale de droit pénal*, 1997, pp. 1092 et s.

⁵⁵ C.I.J., *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République Démocratique du Congo contre Belgique, 14 février 2002.

⁵⁶ Dorénavant, les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions graves au droit international humanitaire dans trois cas: soit, lorsque l'infraction est commise par un Belge ou une personne ayant sa résidence sur le territoire du Royaume (article 6 du nouveau titre préliminaire du Code de procédure pénale); soit, lorsque la victime de l'infraction est un Belge ou une personne qui, au moment des faits, séjourne effectivement, habituellement et légalement depuis trois ans en Belgique (article 10, 1° bis du nouveau titre préliminaire du Code de procédure pénale); soit enfin, lorsqu'une règle de droit international de source conventionnelle ou coutumière liant la Belgique lui impose de poursuivre l'auteur de certaines infractions (article 12 bis du nouveau titre préliminaire du Code de procédure pénale).

⁵⁷ Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves en droit international humanitaire, article 29 § 3. *Les affaires pendantes à l'information à la date d'entrée en vigueur de la présente loi et portant sur des infractions visés au titre Ibis, du livre II, du Code pénal sont classées sans suite par le procureur fédéral dans les trente jours de l'entrée en vigueur de la présente loi lorsqu'elles ne rencontrent pas les critères visés aux articles 6, 1°bis, 10, 1°bis et 12bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale. Les affaires pendantes à l'instruction à la date d'entrée en vigueur de la présente loi et portant sur des faits visés au titre Ibis, du livre II, du Code pénal, sont transférées par le procureur fédéral au procureur général près la Cour de cassation endéans les trente jours après la date d'entrée en vigueur de la présente loi, à l'exception des affaires ayant fait l'objet d'un acte d'instruction à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, dès lors que, soit au moins un plaignant était de nationalité belge au moment de l'engagement initial de l'action publique, soit au moins un auteur présumé à sa résidence principale en Belgique, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Dans le même délai, le procureur fédéral transmet un rapport portant sur chacune des affaires transférées, dans lequel il indique leur non-conformité avec les critères visés aux articles 6, 1°bis, 10, 1°bis et 12bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale. Endéans les quinze jours suivant ce transfert, le procureur général requiert la Cour de cassation de prononcer dans les trente jours, le dessaisissement de la juridiction belge après avoir entendu le procureur fédéral ainsi que, à leur demande, les plaignants et les personnes inculpées par le juge d'instruction saisi de l'affaire. La Cour de cassation se prononce sur base des critères visés aux articles 6, 1°bis, 10, 1°bis et 12bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale. Pour les affaires qui ne sont pas classées sans suite sur base de l'alinéa 1er, du § 3, du présent article ou dont le dessaisissement n'est pas prononcé sur base du précédent alinéa, les juridictions belges restent compétentes.*

La plainte avec constitution de partie civile a été déposée par quatre plaignants birmans le 25 avril 2002 devant le Juge d'instruction auprès du Tribunal de Première Instance de Bruxelles contre X, la société totalfinaelf S.A., Messieurs Thierry Desmarest – premier responsable du projet Yadana en Birmanie jusqu'à sa nomination en tant que Président Directeur Général de Total en 1995 - pour complicité de crimes contre l'humanité en tant que responsable stratégique des opérations de Total en Birmanie et Hervé Madeo, de nationalité française - directeur de la filiale de Total en Birmanie pour la période de 1992 à 1999 - pour complicités de crimes contre l'humanité en tant que responsable opérationnel de l'activité de Total sur le terrain⁵⁸. La plainte argue non seulement que le soutien moral et financier global apporté par la société Total au régime militaire de Rangoon rend l'entreprise française et ses dirigeants complices des crimes contre l'humanité perpétrés, mais aussi, qu'il en est de même du soutien moral, financier, logistique et militaire local apporté par la société Total et ses dirigeants aux bataillons militaires (baptisés « *bataillons Total* » par la population locale) chargés d'assurer la sécurité du gazoduc de Yadana dans la région du Tenasserim. Plus concrètement, les plaignants affirment avoir été victimes de violations des droits de l'homme ou de torture (poitrine brûlée à la cigarette, « *route de fer* » (barre en acier roulée de haut en bas sur les tibias jusqu'à ce que la peau s'en arrache), coups sur la tête à l'aide de sacs de sable ayant entraîné une lésion permanente du nerf optique, etc...) s'inscrivant dans le cadre d'une attaque systématique, généralisée et planifiée mise en œuvre par la junte militaire du Myanmar via un arsenal de répression multiple comprenant les massacres d'opposants (1988), les arrestations arbitraires, la torture, le déplacement forcé de population et le travail forcé massif⁵⁹.

Le Juge d'instruction saisi devait se prononcer sur la recevabilité des poursuites. En cas d'hésitation, il devait transmettre le dossier à la Chambre des mises en accusation de la Cour d'Appel de Bruxelles qui était compétente pour trancher. S'il déclarait les poursuites recevables, le magistrat pouvait prendre toutes les mesures qui lui semblait utile : inculpation formelle, mandat d'amener, mandat d'arrêt, perquisitions, etc.... Toutefois conformément au régime transitoire de la loi du 5 août 2003, il appartenait à la Cour de Cassation de se prononcer sur le dessaisissement du juge belge. En l'occurrence, la Cour de Cassation a ordonné le dessaisissement. Elle a constaté : que cette affaire portait sur des faits commis hors du territoire du Royaume; qu'à la date d'entrée en vigueur de la loi du 5 août 2003, aucun auteur présumé n'avait sa résidence principale en Belgique et qu'il n'y avait pas de plaignant de nationalité belge au moment de l'engagement de l'action publique. Elle a dès lors conclu que les conditions du dessaisissement énoncées à l'article 29, § 3, de la loi du 5 août 2003 étaient réunies.

Toutefois, durant la procédure d'examen du dessaisissement, la Cour de Cassation avait posé une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage⁶⁰ sur la constitutionnalité de la loi du 5 août 2003. Répondant à la question posée, la Cour d'arbitrage juge que l'article 29 par. 3, alinéa 2, est inconstitutionnel en ce sens qu'il impose le dessaisissement des juridictions belges bien qu'un plaignant soit un réfugié reconnu en Belgique (disposition contraire à l'article 16.2 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés qui énonce que dans l'Etat contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès au tribunaux)⁶¹. A la suite de cet arrêt, devant la Cour de Cassation, le procureur fédéral et les parties civiles considéraient qu'il n'y avait pas lieu de dessaisir la juridiction belge, tandis que la société Total et le ministère public près la Cour concluaient au dessaisissement. La Cour de Cassation a jugé que le maintien de saisine de la juridiction belge à l'égard des crimes dénoncés par les Birmans était dépourvu de base légale et qu'elle ne pouvait remédier à l'inconstitutionnalité dont la Cour d'arbitrage a déclaré entaché ledit article 29, § 3, alinéa 2 qu'au prix d'une application analogique de cette disposition légale au préjudice des personnes poursuivies⁶². Son raisonnement est le suivant : l'article 29, § 3, alinéa 2 de la loi du 5 août 2003 est une règle de droit pénal matériel qui a pour objet de rendre

⁵⁸ Un résumé de la plainte est publié sur le site Internet de l'association Actions Birmanie : http://www.birmanie.net/birma/ab112_ab080502.html (page consultée le 5 avril 2006).

⁵⁹ Ces éléments sont directement puisés dans le résumé de la plainte proposé par Actions Birmanie, voy. : http://www.birmanie.net/birma/ab112_ab080502.html (page consultée le 5 avril 2006).

⁶⁰ La Cour de Cassation est la plus haute instance judiciaire belge dont la première fonction est d'apprécier la légalité des décisions rendues par le juge de fond. A cela s'ajoute d'autres compétences, notamment celle portant sur le dessaisissement des juges. La Cour d'arbitrage doit être considérée comme une cour constitutionnelle.

⁶¹ Cour d'arbitrage de Belgique, Arrêt du 13 avril 2005, n°68/2005.

⁶² Cour de Cassation de Belgique, Arrêt du 29 juin 2005, P.04.0482.F/1.

punissables en Belgique certaines violations graves du droit international humanitaire ; en conséquence, cette disposition est soumise au principe de la légalité des incriminations protégé par l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 15.1 du Pacte international sur les droits civils et politiques. A ce premier argument, qui plaide en faveur d'une interprétation stricte de la loi pénale au bénéfice de Total, la Cour oppose un autre argument : l'article 16.2 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 dispose que « *dans l'Etat contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux, y compris l'assistance judiciaire et l'exemption de la caution judicatum solvi* ». Or, la Belgique a ratifié cette convention internationale le 22 juillet 1953. En réalité deux droits de l'homme s'opposent : le droit d'accès à la justice des victimes birmanes (matérialisé par les garanties judiciaires de l'article 6 de la Convention européenne telles qu'interprétées par la Cour européenne et le principe général d'égalité) et le principe de l'interprétation restrictive du droit pénal (matérialisé par le principe « *Pas de peine sans loi* » protégé par l'article 7 de la Convention européenne et 15 du Pacte de New York). La Cour de Cassation a préféré privilégier le second principe au détriment du premier.

La Cour de Cassation aurait-elle pu « *corriger* » l'article 29, § 3, alinéa 2 de la loi du 5 août 2003 et considérer que les réfugiés devaient être assimilés à des belges dans le cadre de la loi du 5 août 2003 ? Nous le pensons en effet étant donné que son principal argument en faveur de l'application de la disposition inconstitutionnelle – l'interprétation restrictive du droit pénal – est contestable⁶³. En vertu du premier paragraphe⁶⁴ des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 15 du Pacte international sur les droits civils et politiques, un Etat ne peut condamner une personne pour une action ou une omission qui ne constituait pas une infraction pénale, d'après le droit national ou le droit international, au moment où elle a été commise. Ce principe exige que l'infraction soit « *clairement définie par la loi* ». On aurait pu considérer que les réformes successives de la loi belge sur la compétence universelle – adoptée, étendue, puis restreinte en moins de dix ans – étaient de nature à affecter la sécurité juridique des justiciables et le principe de la légalité des délits et des peines : les auteurs des violations ne sachant plus si les violations graves du droit international humanitaire commises à l'étranger étaient ou non susceptibles de poursuites en droit belge⁶⁵. Or, le deuxième paragraphe des articles 7 de la Convention européenne et 15 du Pacte prévoit une exception à la règle de légalité⁶⁶ permettant aux Etats de juger ou de punir une personne coupable d'une action ou omission qui était tenue pour criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées⁶⁷. Les dirigeants de Total étant accusés de complicité pour crime contre l'humanité, qui

⁶³ Au-delà de la question de l'interprétation correcte du droit international des droits de l'homme, se pose la question – de droit constitutionnel – suivante : « *l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il serait interprété de telle manière que le juge qui a interrogé la Cour d'arbitrage pourrait appliquer une disposition législative dans une interprétation jugée inconstitutionnelle par la Cour d'arbitrage, assimilant ainsi un constat d'inconstitutionnalité, de surcroît exprimé au conditionnel, à une carence législative ?* » (voy. la requête des parties civiles devant la Cour de Cassation). En d'autres termes, la Cour de Cassation pouvait-elle interpréter la disposition litigieuse dans un sens jugé inconstitutionnel par la Cour d'arbitrage ? La réponse à cette question invite à des développements techniques de droit constitutionnel belge qui sortent des limites de la présente contribution.

⁶⁴ Article 7.1 de la Convention européenne : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ». Article 15.1 du Pacte international sur les droits civils et politiques : « *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier* ».

⁶⁵ Les dirigeants de Total ne pouvaient ignorer que le crime contre l'humanité – et la complicité – était prohibé en droit belge et en droit international au moment du début du chantier Yadana.

⁶⁶ Article 7.2 de la Convention européenne : « *Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* ». Article 15.2 du Pacte international sur les droits civils et politiques : « *Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations* ».

⁶⁷ Sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. J. VELU et R. ERGEC, « La Convention européenne des droits de l'homme », Extrait du *Répertoire pratique de droit belge*, Complément, tome VII, 1990, Bruylant, Bruxelles, pp. 511-517. Sur l'article 15 du Pacte, voy. M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1993, pp. 274 et s.

constitue précisément une « *action ou omission tenue pour criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* », la Cour de Cassation n'aurait-elle pas pu à tout le moins prendre dûment en considération le deuxième paragraphe des articles 7 et 15 dans son raisonnement ?⁶⁸

A la suite de la décision de désaisissement rendu par la Cour de Cassation, un plaignant réfugié a introduit devant la Cour d'arbitrage une requête en annulation de la disposition jugée inconstitutionnelle⁶⁹. Son objectif visait à tenter d'obtenir la rétractation de l'arrêt de la Cour de cassation⁷⁰. Par un récent arrêt du 21 juin 2006⁷¹, la Cour d'arbitrage reconnaît l'intérêt du requérant à agir « *car il ne peut être affirmé que l'intérêt à obtenir l'annulation d'une norme qui fait grief serait limité aux possibilités de mise en œuvre ultérieure de la procédure de rétractation* ». Selon la Cour, l'article 16.2 de la Convention internationale de 1951 relative au statut des réfugiés, qui exige de traiter les réfugiés comme les nationaux quant à l'accès aux tribunaux, est directement applicable et il imposait d'interpréter la disposition transitoire de la loi sur la compétence universelle de manière conforme à la Convention et donc de l'appliquer aux réfugiés. Prenant note de la décision de la Cour de cassation refusant d'interpréter la loi conformément aux obligations internationales de la Belgique, la Cour d'arbitrage annule quasiment l'ensemble du régime transitoire, tout en jugeant comme définitivement acquises les décisions de dessaisissement des juridictions belges lorsqu'aucun plaignant n'était réfugié⁷². Cette décision d'annulation empêche de clôturer définitivement le dossier Total en Belgique puisqu'elle laisse encore la porte ouverte à certaines possibilités d'actions futures et de nouveaux développements.

(iii) L'ACTION CIVILE CONTRE UNOCAL AUX ETATS-UNIS

Une troisième scène judiciaire a été investie, contre Unocal cette-fois, le partenaire américain de Total dans le chantier Yadana. Cette action judiciaire précède de plusieurs années les procédures entamées en Belgique et en France. Contrairement aux actions en France et en Belgique contre Total, l'action judiciaire contre Unocal reposait sur la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'entreprise américaine pour sa complicité dans les violations commises par l'armée birmane⁷³. Elle se fondait sur

⁶⁸ Voy. par exemple : CDH, *Baumgarten c. Allemagne*, 31 juillet 2003, Communication n°960/2000, CCPR/C/78/D/960/2000, par. 9.1-9.4. Dans cette affaire, l'auteur de la communication devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies avait été reconnu coupable de plusieurs homicides et tentatives d'homicides sur des personnes qui, cherchant à franchir la frontière entre l'ancienne République démocratique allemande (RDA) et la République fédérale d'Allemagne (RFA), y compris Berlin-Ouest, avaient été la cible de coups de feu tirés par des gardes-frontières ou avaient sauté sur des mines. L'auteur était « *vice-ministre directeur du Corps des gardes frontière* » (*Chef der Grenztruppen*) de l'ancienne RDA au moment des faits. Le Comité conclut en l'espèce que les faits reprochés à l'auteur étaient non seulement contraires à la législation nationale applicable à l'époque de leur commission qui prohibait l'homicide, mais qu'en outre ils constituaient des faits délictueux d'après les principes généraux du droit reconnu par l'ensemble des nations.

⁶⁹ Fondé sur l'article 4 al. 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

⁷⁰ Cour d'arbitrage de Belgique, Arrêt du 21 juin 2006, n° 104/2006, spéc. A.3. : « [le requérant] expose que seule une annulation par la Cour d'arbitrage est de nature à lui permettre de bénéficier d'une rétractation de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2005, en application des articles 10 et 11 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ».

⁷¹ Cour d'arbitrage de Belgique, Arrêt du 21 juin 2006, n° 104/2006.

⁷² Cour d'arbitrage de Belgique, Arrêt du 21 juin 2006, n° 104/2006, B.18. à B.20. et le dispositif de l'arrêt.

⁷³ La littérature sur l'affaire Unocal est imposante. Voy. : A.J. WILSON, « Beyond Unocal: Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable under the Alien Tort Claims Act », in *Transnational Corporations and Human Rights*, O. DE SCHUTTER (Dir.), Studies in International Law, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 41 et s. ; D.I. BECKER, « A call for the codification of the Unocal doctrine », *Cornell International Law Journal*, 32, 1998, pp. 183 et s. ; L. BOWSETT, « Doe v. Unocal : torturous decision for multinationals doing business in politically unstable environments », *Transnational Lawyer*, spring 11, 1998, pp. 361 et s. ; T.A. BRIDGEFORD, « Imputing human rights obligations on multinational corporations : the ninth circuit strikes again in judicial activism », *American University International Law Review*, 18, pp. 1009 et s. ; T. COLLINGSWORTH, « Separating fact from fiction in the debate over application of the alien tort claims act to violations of fundamental human rights by corporations », *University of San Francisco Law Review*, 37, spring 2003, pp. 563 et s. ; L.J. DHOOGHE, « A close shave in Burma : Unocal corporation and private enterprise liability for international human rights violations », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 24, fall 1998, pp. 1 et s. ; S.M. HALL, « Multinational corporations' post-Unocal liabilities for violations of international law », *George Washington International Law Review*, 34, 2002, pp. 401 et s. ; S. JIMENEZ, « The alien tort claims act : a tool for repairing ethically challenged U.S. corporations », *Saint Thomas Law Review*, 16, summer 2004, pp. 721 ; L. LONDIS, « The corporate face of the alien tort claims act : how an old statute mandates a new understanding of global interdependence », *Maine Law Review*, 57, 2005, pp. 141 et s. ; G.D. PINILLA, « Corporate liability for human rights violations on foreign soil : a historical and prospective analysis of the alien tort claims controversy », *Saint Thomas Law Review*, summer 2004, pp. 687 et s. ; J. PROCIV, « Incorporating specific international standards into ATCA jurisprudence :

une législation américaine connue sous le nom de *Alien Tort Claim Act* (ATCA) qui dispose : « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ». Adopté en 1789, l'ATCA est un des composants du premier *Judiciary Act* adopté par le Congrès et fondant le système juridictionnel américain⁷⁴. Après avoir été quasi ignoré pendant près de deux siècles⁷⁵, l'ATCA a connu de nouveaux développements à partir de 1980. Dans l'affaire *Filartiga contre Peña-Irala*, Dolly et Joel Filartiga ont en effet invoqué avec succès l'ATCA pour mettre en œuvre la responsabilité civile d'un inspecteur général de la police paraguayenne, accusé d'avoir torturé et tué un membre de leur famille⁷⁶. Les faits s'étaient déroulés au Paraguay, la victime et le tortionnaire étaient paraguayens. Ce cas confirmait que l'ATCA permettait aux étrangers de poursuivre civilement les auteurs de graves violations des droits de l'homme, même si ces violations étaient commises à l'étranger⁷⁷. Ce précédent a ouvert la voie à une

why the ninth circuit should affirm Unocal », *University of Miami Inter-American Law Review*, 34, summer 2003, pp. 515 et s. ; E. RICE, « Doe v. Unocal corporation : corporate liability for international human rights violations », *University of San Francisco Law Review*, 33, fall 1998., pp. 153 ; A. RIDENOUR, « Doe v. Unocal corp., apples and oranges : why courts should use international standards to determine liability for violations of the law of nations under the alien tort claims act », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 9, spring 2001, pp. 581 et s. ; C. SHAW, « Uncertain justice : liability of multinationals under the alien tort claims act », *Stanford Law Review*, 54, june 2002, pp. 1359 et s. ; P.Z. THADHANI, « Regulating corporate human rights abuses : is Unocal the answer ? », *William and Mary Law Review*, 42, december 2000, pp. 619 et s. ; R.A. TYZ, « Searching for a corporate liability standard under the alien tort claims act in Doe v. Unocal », *Oregon Law Review*, 82, summer 2003, pp. 559 et s. ; S. UDWADIA, « Corporate responsibility for international human rights violations », *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 13, spring 2004, pp. 359 et s. ; E.V. WOODSOME et T.J. WHITE, « Corporate liability for conduct of a foreign government : the ninth circuit adopts a « reason to know » standard for aiding and abetting liability under the alien tort claims act », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 16, fall 2003, pp. 89 et s. ; S. ZIA-ZARIFI, « Suing multinational corporations in the U.S. for violating international law », *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 4, spring/summer 1999, pp. 81 et s.

⁷⁴ Les motifs qui ont justifié l'adoption de l'ATCA demeurent obscurs. Cette question est discutée par le Juge Souter, Juge à la Cour Suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Sosa contre Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. 692. Au lendemain de l'indépendance des Etats-Unis, le Congrès Continental était préoccupé par son incapacité à sanctionner les violations des traités ou du droit des gens. En conséquence, en 1781, il demande aux Etats membres de l'Union d'adopter des mesures législatives « *to provide expeditious, exemplary, and adequate punishment* » for « *the violation of safe conducts or passports, ... of hostility against such as are in amity, ... with the United States, ... infractions of the immunities of ambassadors and other public ministers ... [and] « infractions of treaties and conventions to which the United States are a party* ». La Résolution du Congrès priait les Etats d'autoriser « *suits ... for damages by the party injured, and for compensation to the United States for damage sustained by them from an injury done to a foreign power by a citizen* ». Il semble que seul un Etat, le Connecticut, aurait adopté une législation en ce sens. L'incapacité du Congrès Continental de traiter ce type de cas a été particulièrement soulignée à l'occasion de l'incident de Marbois en mai 1784 mettant en scène un Chevalier français, Delongchamps, qui aurait verbalement et physiquement agressé le Consul-Général français en Philadelphie. Le Gouvernement fédéral apparaissait dès lors privé de toute compétence pour connaître et juger ce type de cas. Voy. *Respublica vs. Delongchamps*, 1 Dallas 111, at 114 (1784). C'est pourquoi les rédacteurs de la Constitution confieront à la Cour Suprême la compétence de connaître « *all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls* ». Cette compétence sera renforcée par le *Judiciary Act*. Il ne semble pas qu'il y ait trace des débats du Congrès sur la Section 9 du *Judiciary Act*, qui contenait précisément le *Alien Torts Claim Act*.

⁷⁵ Voy. *Filartiga contre Peña-Irala*, 630 F 2d 876 (2d Cir 1980). Dans l'arrêt *Filartiga*, le Juge Kaufman résume les précédents usages de l'ATCA en ces termes : (L'ATCA) *afforded the basis for jurisdiction over a child custody suit between aliens in Adra v. Clift*, 195 F.Supp. 857 (D. Md. 1961), *with a falsified passport supplying the requisite international law violation. In Bolchos v. Darrel*, 1 Bee 74, 3 Fed.Cas. 810 (D. S.C. 1795), *the Alien Tort Statute provided an alternative basis of jurisdiction over a suit to determine title to slaves on board an enemy vessel taken on the high seas*.

⁷⁶ *Filartiga contre Peña-Irala*, 630 F 2d 876 (2d Cir 1980).

⁷⁷ S'ajoutent à l'ATCA, trois autres bases légales susceptibles de fonder des actions pour des violations commises par entreprises multinationales à l'étranger. Premièrement, le *Torture Victim Protection Act* (TVPA) adopté par le Congrès américain en 1991 et annexé à l'ATCA. Il confère un droit d'action civile aux étrangers et aux citoyens américains contre les individus responsables de faits de torture ou d'exécution extrajudiciaire sous l'autorité apparente d'un gouvernement étranger. Les actions fondées sur cet *Act* concernant les violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales à l'étranger sont plus rares étant donné le champ d'application particulièrement large de l'ATCA qui permet d'« *aspirer* » les plaintes alléguant des faits de torture ou d'exécution extrajudiciaire. Toutefois, il pourrait servir de base légale solide aux actions menées contre le commerce militarisé. Deuxièmement, le paragraphe 1331 du titre 28 du Code US dispose que « *The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States* ». Matériellement, cette disposition inclut également le droit international coutumier comme droit spécial de la *common law*. Si le droit d'action fondé sur l'ATCA était remis en question par les autorités américaines, le paragraphe 1331 pourrait sans doute servir de base légale aux actions civiles contre les multinationales pour violation du droit international coutumier. Enfin, troisièmement, le *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute* (RICO), a également été invoqué comme une alternative de base légale dans certaines affaires fondées sur l'ATCA. Bien que cette législation était destinée avant tout à lutter contre la criminalité organisée, la notion de « *racketeering* » y est tellement large qu'elle peut

série d'actions civiles fondées sur de graves violations des droits de l'homme commises à l'étranger, notamment contre des multinationales⁷⁸. Ces actions ont soulevé de sérieuses controverses aux Etats-Unis. Juridiquement, se posait alors la question de la légitimité d'une interprétation large de l'ATCA⁷⁹. Comme nous le verrons, la Cour Suprême des Etats-Unis a finalement rendu un arrêt sur cette question entérinant globalement l'interprétation de l'ATCA proposée par les juges américains. Mais la jurisprudence américaine relative à l'ATCA est particulièrement riche en ce qu'elle permet de poursuivre devant les tribunaux américains les entreprises multinationales pour la réparation des dommages résultant de la violation du droit des gens. L'arrêt rendu par la Cour d'appel du 9^{ème} Circuit dans l'affaire Unocal constitue la décision la plus importante rendue en la matière. S'il ne s'agit que d'une décision avant dire droit, son contenu rend compte des allégations de fait tout en offrant un cadre conceptuel permettant de saisir la responsabilité civile des entreprises notamment par le biais d'une théorie de la complicité des violations des droits de l'homme empruntée au droit international pénal. L'ATCA est assorti d'une série d'exceptions d'incompétence que le défendeur va pouvoir invoquer et que le plaignant devra tenter de contourner.

Evolution de la procédure.- Entre septembre et octobre 1996, plusieurs plaintes ont été déposées auprès de la Cour de District (du *Central District of California*), fondées sur l'ATCA, à l'encontre des partenaires du consortium du projet Yadana, et plus précisément de Unocal, Total et Moge, alléguant, *inter alia*, des violations des droits de l'homme commises à l'occasion de la construction du gazoduc. La première plainte, Roe I, déposée en septembre 1996, était introduite par la Fédération des syndicats de Birmanie, la Coalition nationale du gouvernement de l'Union birmane ainsi que par quatre villageois birmans⁸⁰. Les plaignants alléguaient, *inter alia*, la violation du droit des gens sur base de l'ATCA. Un des quatre villageois soutenait avoir été victime de travail forcé dans le cadre de la construction du gazoduc alors que les trois autres alléguaient avoir été privés de leur propriété privée qui longeait le gazoduc sans compensation. La Fédération des syndicats et la Coalition nationale invoquaient des violations similaires dont auraient été victimes, respectivement, leurs membres et leurs citoyens. La deuxième plainte, Doe I, déposée en octobre 1996, était portée par 18 autres villageois birmans⁸¹. Ils alléguaient que la conduite de Unocal (et de certains de ses dirigeants en particulier), de Total, ainsi que de l'armée birmane, dans le cadre du projet Yanada était directement liée à la mort de membres de leur famille, aux viols, agressions, et autres actes de torture, travail forcé, et privation de leur propriété privée dont ils avaient été victimes. Les deux plaintes étaient fondées légalement sur l'ATCA (invoquant la violation du droit international) et sur la violation du droit californien⁸². La deuxième plainte alléguait en outre la violation du droit fédéral américain⁸³.

Le 25 mars 1997, la Cour de District, et plus particulièrement le Juge Paez, a rendu une décision nuancée sur la demande de non-lieu déposée par Unocal dans l'affaire Doe. La Cour déboute les plaignants pour une partie de leur plainte en considérant que l'armée birmane et l'entreprise Myanmar Oil bénéficiaient de l'immunité de juridiction conformément au *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA). Pour le reste, la Cour rejette l'exception fondée sur le *state action* et juge que les plaignants ont un droit d'action fondée sur l'ATCA pour les faits allégués. La Cour jugera ultérieurement qu'elle était incompétente *rationae personae* pour connaître de la plainte contre Total⁸⁴. Le 5 novembre 1997, le Juge Paez a rendu une décision similaire concernant l'affaire Roe⁸⁵. Pour le surplus, elle a toutefois décidé que le gouvernement en exil et la fédération des syndicats (en partie) n'avaient pas de *locus*

couvrir, dans certains cas, des actions mettant en cause les violations des droits de l'homme commises par des entreprises. Pour une étude des moyens alternatifs d'action aux Etats-Unis contre les entreprises complices de violations des droits de l'homme à l'étranger, voy. B. Choudhury, « Beyond the Alien Tort Claims Act : Alternative Approaches to Attributing Liability to Corporations for Extraterritorial Abuses », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 26, 2005, pp. 43 et s.

⁷⁸ Voy. S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

⁷⁹ Dans l'affaire Filartiga, le Juge Kaufman précise : « *it is clear that courts must interpret international law not as it was in 1789, but as it has evolved and exists among the nations of the world today* ».

⁸⁰ *Nat'l Coalition Gov't of the Union of Burma v. Unocal, Inc.*, 176 F.R.D. 329, 334 (C.D. Cal. 1997) (« *Roe I* »).

⁸¹ *Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880, 883 (C.D. Cal. 1997) (« *Doe I* »).

⁸² California Business and Professions Code.

⁸³ Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO).

⁸⁴ *Doe I v. Unocal Corp.*, 67 F. Supp. 2d 1140 (C.D. Cal. 1999); *Doe I v. Unocal Corp.*, 27 F. Supp. 2d 1174 (C.D. Cal. 1998), aff'd 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001).

⁸⁵ *Roe I*, 176 F.R.D. 329.

standi pour poursuivre leur action. Le 31 août 2000, la Cour de District a accueilli favorablement les *motions for summary judgment*⁸⁶ déposées par Unocal dans les deux affaires déboutant les plaignants⁸⁷. Les plaignants de l'affaire Doe et de l'affaire Roe ont fait appel de la décision de la Cour de District. Les appels ont été joints par la Cour d'appel du 9^{ème} circuit qui confirme partiellement la décision de la Cour de District, l'infirme partiellement, et renvoie l'affaire devant la Cour de District pour poursuivre la procédure.

Seules des décisions de procédure ont été adoptées à la suite des plaintes contre Unocal. Les faits allégués, contestés par l'entreprise américaine, ne peuvent dès lors être considérés comme démontrés. Toutefois, le juge américain prend en considération les éléments de preuve apportés par les parties afin de juger s'ils sont suffisants en vue de démontrer les griefs allégués dans le cadre d'un procès. La Cour d'appel du 9^{ème} Circuit rend ainsi une décision avant dire droit, globalement favorable aux plaignants, dans laquelle elle relate les faits allégués et évalue la portée des éléments de preuve. Cette décision avant dire droit rendue dans une affaire civile fait étrangement penser à une décision judiciaire de fond rendue dans une affaire pénale.

La Cour d'appel souligne qu'il n'est pas discuté que l'armée birmane se chargeait de la sécurité ainsi que d'autres fonctions liées à la réalisation du projet et qu'Unocal était parfaitement informé de cet élément. La présence de l'armée dans la région du gazoduc a été lourdement intensifiée dès 1995 et des documents prouvent que Total et Unocal étaient au courant. Par contre, Unocal conteste tout lien contractuel, fût-il indirect et purement verbal, avec l'armée. La Cour note toutefois que des éléments de preuve démontrent que le Consortium aurait *engagé*, via Myanmar Oil, l'armée afin d'assurer la sécurité des installations et de la zone et qu'Unocal était parfaitement informé de cet élément, comme l'atteste certains de ses propres documents. Enfin, d'autres éléments de preuve indiquent qu'Unocal exerçait une certaine forme de contrôle sur l'armée birmane, ou à tout le moins était susceptible d'influencer les décisions et l'action de l'armée afin de prévenir ou au contraire d'encourager les violations. Ayant clarifié ces quelques points de fait, la Cour d'appel s'intéresse à la question de savoir si Unocal était ou non informé des violations des droits de l'homme commises par l'armée birmane. Les violations liées au projet étaient essentiellement centrées autour du travail forcé imposé à des villageois par les militaires en charge de la sécurité des installations et de la zone (construction d'héliports, tâches liées à l'entretien des camps militaires, construction de routes menant au gazoduc, etc.). Ces travailleurs contraints étaient en outre victimes d'une série d'actes de violence et de violation des droits de l'homme : viols, exécutions sommaires, actes de torture, etc. La Cour relève à titre d'exemple qu'une des victimes alléguées soutient qu'après une tentative de fuite de son époux du chantier sur lequel il était forcé de travailler, en guise de représailles, les soldats l'auraient jetée, elle et son bébé, dans un feu, la blessant et tuant l'enfant. Des autres témoins décrivent des scènes d'exécutions sommaires de villageois refusant de joindre le programme de travail forcé ou étant physiquement trop faibles pour ce type de labeur. Deux Birmanes affirment avoir été violées par des soldats birmans en charge de la supervision du chantier⁸⁸. La Cour examine minutieusement les éléments de preuve qui lui sont soumis pour conclure qu'il est suffisamment démontré qu'Unocal était parfaitement informée avant et pendant la réalisation du projet non seulement du risque d'utilisation du travail forcé par l'armée, mais également de l'utilisation effective et concrète du travail forcé par l'armée birmane dans le cadre de la construction du gazoduc.

Course d'obstacles de procédure.- Une procédure judiciaire fondée sur l'ATCA s'apparente à une course d'obstacles⁸⁹. Le défenseur peut invoquer une série d'exceptions d'incompétence qu'il appartient

⁸⁶ Cette notion couvre : *A final decision by a judge that resolves a lawsuit in favor of one of the parties. A motion for summary judgment is made after discovery is completed but before the case goes to trial. The party making the motion marshals all the evidence in its favor, compares it to the other side's evidence, and argues that a reasonable jury looking at the same evidence could only decide the case one way--for the moving party. If the judge agrees, then a trial would be unnecessary and the judge enters judgment for the moving party.* (www.nolo.com).

⁸⁷ *Doe I v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294 (9th Cir. 2000) (*Doe/Roe II*). Cette décision, rendue par la Cour de District, s'explique en partie sans doute par le fait que ce n'est pas le Juge Paez qui l'a rendue mais bien le Juge Lew. Ce dernier a en effet remplacé le Juge Paez lorsqu'il a été nommé à la Cour d'appel du 9^{ème} circuit.

⁸⁸ *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 954-955 (9th Cir. 2002).

⁸⁹ Sur les obstacles de procédure de l'ATCA, voy. S. ZIA-ZARIFI, « Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law », *UCLA Journal International Law and Foreign Affairs*, 81, 1999, pp. 126 et s. ; S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 83 et s. ; P.I. BLUMBERG, « Asserting Human

aux plaignants d'essayer de contourner, et inversement. La longue procédure contre Unocal n'a pas échappé à cette tendance et a donné lieu à de longues discussions sur les exceptions de compétences soulevées par les défenseurs. En rendre compte en détail dépasserait largement les limites de la présente contribution, c'est pourquoi nous nous contenterons d'en résumer les principaux éléments⁹⁰.

Compétence personnelle et due process. - Le plaignant doit pouvoir démontrer que le juge américain est compétent pour connaître de l'action intentée contre un défenseur non-résident des Etats-Unis. La Cour de District doit, au regard des éléments apportés, déterminer si une règle ou un statut lui confère cette compétence et s'assurer que l'exercice de cette compétence n'est pas de nature à porter atteinte aux exigences du *due process* du cinquième amendement de la Constitution américaine. Or, la plainte *Doe I v. Unocal et al.*, assignait également Total. L'entreprise française soutenait que le juge américain n'était pas compétent *ratione personae* à son égard. Après avoir analysé minutieusement les arguments des plaignants, la Cour de District donne raison au géant pétrolier français⁹¹. Conformément à la jurisprudence de l'Etat de Californie⁹², le for saisi dans le cas d'espèce, la juridiction personnelle des juges est conditionnée par le respect des exigences du *due process* qui imposent que le défenseur non-résident ait eu « *certain minimum contacts with (a forum) such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice* »⁹³. En d'autres termes, lorsqu'un défenseur s'est engagé volontairement dans des activités importantes en Californie avec l'intention d'y exercer des activités commerciales, il peut être raisonnablement présumé qu'il accepte de se soumettre au forum de cet Etat⁹⁴. Appliquant l'analyse des « *contacts minimaux* », la Cour de District souligne que s'il peut être démontré que le défenseur exerçait des activités substantielles, continues et systématiques au sein du forum, il est possible d'établir une compétence personnelle générale à son égard, c'est-à-dire,

Rights Against Multinational Corporations under United States : Conceptual and Procedural Problems », 50, *American Journal of Comparative Law*, pp. 493 et s.

⁹⁰ Notons en particulier que l'exception du *forum non conveniens*, particulièrement importante dans la jurisprudence de l'ATCA contre les entreprises, n'est pas discutée dans l'affaire Unocal. Le *forum non conveniens* peut fonder une exception d'incompétence du juge américain s'il estime qu'un autre for est plus compétent pour connaître de l'action. De manière générale, notons que le juge américain attachera beaucoup d'importance au choix du plaignant. S'il réside aux Etats-Unis, l'exception d'incompétence fondée sur le *forum non conveniens* sera probablement rejetée. Ce fut le cas par exemple dans l'affaire *Wiwa 2000* dans laquelle les plaignants résidaient aux Etats-Unis (*Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, 226 F. 3d 88 (2d Cir 2000)). L'exception de *forum non conveniens* est relative, ce qui implique qu'elle doit être soulevée par le défenseur et que le juge ne la soulève pas d'office. Pour que l'exception soit fondée encore faut-il démontrer qu'un autre for alternatif adéquat existe et que l'intérêt général (*public interests*) des Etats-Unis, l'important sur l'intérêt privé, exige ou non de retenir l'exception. La première règle – existence d'un for alternatif adéquat – n'implique pas pour autant que le juge américain évalue les chances de succès de la plainte devant cet autre for mais cela implique que le for étranger soit compétent pour en connaître et susceptible d'offrir une réparation adéquate. Dans l'affaire *Talisman* concernant le Soudan (*Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 244 F Supp 2d 289 (SDNY 2003)) et dans le cas *Bridgeway Corp v. Citibank* concernant le Liberia (*Bridgeway Corp v. Citibank*, 201 F 3d 134 (2d Cir 2000)), les juges américains se fondent sur les rapports sur la situation des droits de l'homme des pays concernés pour déterminer que le for alternatif est trop corrompu pour être adéquat. D'autres cours se montrent plus exigeantes à cet égard et ne prennent pas dûment en compte la situation des droits de l'homme dans l'Etat du for alternatif. La deuxième règle – intérêt public – permet de prendre en considération divers éléments tels que la nécessité d'éviter l'encombrement des cours américaines, la charge administrative qu'impose une affaire, les intérêts politiques des Etats-Unis, etc. L'intérêt public doit être évalué à la lumière de l'intérêt privé des parties qui comprend notamment la possibilité de produire des preuves et de faire entendre des témoins. Cette deuxième règle a fondé l'exception d'incompétence dans l'affaire de l'accident industriel à Bhopal, en Inde, dans laquelle le juge américain a considéré que connaître une telle action serait de nature à imposer une charge administrative et financière trop importante sur le système juridictionnel américain. Le *forum non conveniens* a permis de fonder des exceptions d'incompétence dans plusieurs affaires relatives à l'ATCA contre des multinationales, notamment dans des actions contre Union Carbide, Texaco, Dow Chemicals, etc. Toutefois, la jurisprudence récente relative à l'ATCA contre des multinationales semble attester que cette exception d'incompétence est de plus en plus difficile à soutenir avec succès. Voy. en ce sens : S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 87 et s.

⁹¹ La Cour de District a rendu une décision portant exclusivement sur cette question : *Doe I v. Unocal Corp.*, 27 F.Supp.2d 1174, 1184 (C.D.Cal. 1998).

⁹² Globalement, la jurisprudence sur l'ATCA révèle que le juge américain peut connaître des plaintes fondées sur l'ATCA mettant en cause des citoyens ou résidents des Etats-Unis, des entreprises américaines, ainsi que des entreprises étrangères dès lors qu'elles « *do business in the forum* », ce qui signifie en principe qu'elles doivent exercer des activités commerciales substantielles sur le territoire du forum. La plupart des entreprises ont au moins un bureau de représentation ou un agent les représentant aux Etats-Unis. La seule existence d'un tel bureau ou d'un agent de représentation permet de faire échec à une exception d'incompétence *ratione personae* à condition de démontrer que l'agent ou le bureau de représentation était sous le contrôle effectif et quotidien de la société mère.

⁹³ *International Shoe Co v. State of Washington*, 326 U.S. 310, 316, 66 S.Ct. 154, 90 L.Ed. 95 (1945).

⁹⁴ *Burger King v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 475-76, 105 S.Ct. 2174, 85 L.Ed.2d 528 (1985).

même à l'égard de litiges sans lien avec ses contacts au sein du forum. A défaut de compétence générale, les plaignants peuvent tenter de démontrer que la Cour avait une compétence spécifique à l'égard du défendeur en prouvant que le litige est directement lié à ses activités ou à contacts au sein du forum⁹⁵.

La compétence personnelle générale est établie si deux conditions sont réunies. D'une part, il faut démontrer que le défendeur non-résident a des contacts avec le for, et, d'autre part, que l'exercice de la compétence personnelle est raisonnable. En l'espèce, les plaignants soutenaient que Total avait effectivement des contacts avec le for par le biais de ses organes subsidiaires aux Etats-Unis. Les contacts qu'entretient l'organe subsidiaire sont attribués au défendeur non-résident à condition de démontrer que l'organe subsidiaire était l'alter-ego ou l'agent du défendeur⁹⁶. Le test de l'alter-ego exige de démontrer que l'organe subsidiaire et la société mère ne sont pas vraiment deux entités distinctes. Le test de l'agence (*agency test*), nécessite de montrer que les activités et services prestés par l'organe subsidiaire sont suffisamment importants pour la société mère de manière à justifier qu'en l'absence d'organe subsidiaire, la société mère devrait prendre en charge directement les activités et services prestés. Aucun des deux tests n'ayant pu être démontré par les plaignants, la Cour de District juge qu'elle est dépourvue de compétence personnelle générale à l'égard de Total⁹⁷.

Pour évaluer la nature des contacts du défendeur et afin de déterminer s'il a une compétence spécifique, le juge effectue un test composé de trois facteurs. Premièrement, le facteur du *purposeful availment* exige que le défendeur ait accompli des actes commerciaux dans l'Etat du for. Ces actes commerciaux ne peuvent être simplement fortuits, occasionnels ou unilatéraux. En l'espèce, la Cour de District constate que les relations contractuelles entre Total et Unocal ne rentrent pas dans cette catégorie car leur contrat concernant le chantier Yadana est exécuté en Birmanie, exploité en Asie, régit par la loi anglaise, ne fait aucune référence au droit américain en cas de litige. L'ensemble de ces éléments atteste que les relations contractuelles liant les deux entreprises étaient totalement étrangères au droit californien. Le deuxième facteur impose que la plainte porte sur des faits liés, voire causés, par les relations entretenues par le défendeur non-résident et son contact en Californie. Pour évaluer cet élément, la Cour applique le test du « *but for* » en se demandant « *whether plaintiffs' claims would have arisen but for Total's contacts with California* ». La Cour juge qu'aucun élément ne permet de démontrer que Total n'aurait pas investi dans le chantier Yadana sans le partenariat avec Unocal. Enfin, le troisième facteur exige que l'exercice de la compétence à l'égard du défendeur non-résident soit raisonnable. La Cour juge qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ce point étant donné que les deux premiers facteurs ne sont pas réunis⁹⁸. Grâce à cette décision, qui n'est pas discutée en appel, Total a échappé à la procédure civile fondée sur l'ATCA aux Etats-Unis⁹⁹.

Considérations sur l'immunité de juridiction. - Parmi les autres exceptions de compétence liées au statut du violateur allégué, le défendeur peut invoquer le *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* qui est de nature à fonder une exception contre une plainte basée sur l'ATCA invoquant la responsabilité civile d'un gouvernement étranger, d'une agence publique ou même, dans certaines circonstances, d'une entreprise publique. Ainsi, dans l'affaire *Abrams contre Société Nationales des Chemins de fer Français*, la société française a invoqué, avec succès devant la Cour de District, son immunité en raison

⁹⁵ Doe I v. Unocal Corp., 27 F.Supp.2d 1174, 1184 (C.D.Cal. 1998).

⁹⁶ Notons que ce test ne sert qu'à déterminer les liens suffisants existants entre la société commerciale principale en cause et le forum pour décider de la question de la compétence personnelle. Il ne s'agit nullement de trancher la question d'imputabilité. Il a été réalisé dans plusieurs affaires mettant en cause des entreprises sur base de l'ATCA, *inter alia* : *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum* (2000), et *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy* (2003). A titre d'exemple, dans l'affaire *Wiwa*, la Cour de District de New York juge qu'elle a une compétence générale pour connaître de l'action intentée contre *Royal Dutch Petroleum Company* (Hollande) et *Shell Transport and Trading Company* (Grande-Bretagne) en raison de la présence de deux de leurs agents à New York qui consacraient l'intégralité de leur temps aux activités commerciales des entreprises mères.

⁹⁷ Doe I v. Unocal Corp., 27 F.Supp.2d 1174, 1186 et s. (C.D.Cal. 1998).

⁹⁸ Doe I v. Unocal Corp., 27 F.Supp.2d 1174, 1184 et s. (C.D.Cal. 1998).

⁹⁹ Pour une critique de cette décision, voy. S. ZIA-ZARIFI, « Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law », *UCLA Journal International Law and Foreign Affairs*, 81, 1999, p. 128. Voy. également : PI. BLUMBERG, « Accountability of Multinational Corporations : The Barriers Presented by Concepts or the Corporate Judicial Entity », 24, 2001, *Hastings International and Comparative Law Review*, pp. 305 et s.

de son statut d'entreprise publique¹⁰⁰. En l'espèce, les plaignants invoquaient la responsabilité de la société française dans la déportation des juifs français durant la seconde Guerre mondiale. Par contre, mis à part les chefs d'Etat, les individus, fonctionnaires de l'Etat, ne peuvent invoquer la protection du FSIA pour justifier une exception de compétence d'une action fondée sur l'ATCA.

Dans l'affaire *Unocal*, la Cour d'appel du 9^{ème} Circuit a confirmé la décision de la Cour de District jugeant que l'immunité de l'armée birmane et de Oil Myanmar interdisait toute poursuite à leur égard¹⁰¹. Les plaignants soutenaient que les actions de ces défenseurs faisaient exception à la règle de l'immunité, s'agissant, *inter alia*, d'actions perpétrées en dehors du territoire américain, liées avec une activité commerciale d'un Etat étranger, qui avaient un effet direct aux Etats-Unis (troisième exception du *Foreign Sovereign Immunities Act*). La Cour juge que l'effet direct de ces actions se matérialisait uniquement par les préjudices subis par les victimes en Birmanie. Les autres effets aux Etats-Unis – tels que les rentrées financières d'Unocal – ne peuvent être considérés comme des « *effets directs* » de ces actions. Pour cette raison, l'argument visant à lever l'immunité est rejeté par la Cour d'appel.

Considérations sur le travail forcé. – Sur le plan de la compétence *rationae materiae*, l'ATCA offre un droit d'action aux étrangers pour les violations du droit des gens ou d'un traité ratifié par les Etats-Unis¹⁰². Le droit des gens comprend la coutume de droit international et les normes de *jus cogens*. La jurisprudence n'est toutefois pas unanime quant à l'interprétation de ces notions. Dans l'arrêt *Forti contre Suarez-Mason* adopté en 1987, portant sur la plainte d'argentins contre un ancien général alléguant avoir subi des violations des droits de l'homme par les forces armées qu'il contrôlait, la Cour de District juge que le droit des gens dont la violation est alléguée doit être définissable, obligatoire et universel¹⁰³. Il s'agit là d'une tentative afin de formaliser en droit interne les critères de la coutume internationale applicable, servant de référence dans la jurisprudence relative à l'ATCA. Pour identifier les droits de l'homme consacrés par la coutume internationale, les juges se réfèrent au *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (par. 702) qui mentionnent les violations suivantes : génocide, esclavage, meurtre, disparition, torture ou autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, détention arbitraire prolongée, discrimination raciale systématique, et graves violations d'autres droits internationalement reconnus¹⁰⁴. Dans l'état actuel de la jurisprudence¹⁰⁵, les cours ont accepté de prendre en considération des actions fondées sur la prohibition de la torture, les exécutions sommaires, le génocide, les crimes de guerre, les agressions sexuelles, le travail forcé, l'esclavage, les disparitions, les traitements cruels, inhumains ou dégradants (y compris les expériences médicales forcées), l'exil forcé, les déplacements forcés, la détention arbitraire, les crimes contre l'humanité, la discrimination raciale, le détournement d'avion, la pollution en violation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la liberté d'association, le droit à la vie et à la liberté et sécurité de la personne, et la liberté d'opinion et d'expression ainsi que la liberté d'opinion politique. L'arrêt le plus ambitieux a été rendu dans l'affaire *Ralk contre Lincoln County*, dans lequel le juge estime que le requérant est fondé à intenter une action sur base de l'ATCA pour toute violation du Pacte international

¹⁰⁰ Voy. *Abrams v. Société Nationale des Chemins de Fer Français*, 175 F Supp 2d 423 (EDNY 2001). La Cour d'appel du second circuit conteste l'application rétroactive du FSIA au profit de la SNCF et annule cette décision. Voy. *Abrams v. Société Nationale des Chemins de Fer Français*, 332 F 3d 173 (2d Cir 2003).

¹⁰¹ Voy. *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 956-958 (9th Cir. 2002).

¹⁰² Si la grande majorité des actions basées sur l'ATCA invoquent la violation du droit des gens, l'ATCA permet également de fonder une action sur la violation d'un traité international ratifié par les Etats-Unis. Cette seconde voie est très peu utilisée et semble d'ailleurs peu utile pour deux raisons. D'une part, en raison de l'interprétation trop restrictive que le juge américain donne aux traités en matière de droits de l'homme dans le cadre de l'ATCA qui ne concerneraient que les traités *self-executing* (directement applicable en droit interne sans qu'une législation nationale ne soit nécessaire). Or, une telle interprétation restrictive vide la seconde voie d'action de l'ATCA de tout sens puisque les traités qui sont *self-executing* peuvent être mis en œuvre en dehors de l'ATCA. D'autre part, les Etats-Unis pourraient difficilement imposer aux étrangers, via la compétence extraterritoriale, le respect du contenu des traités qu'ils ratifient en dehors du territoire américain sauf si ces traités codifiaient la coutume internationale, auquel cas, la première voie d'action de l'ATCA suffit. Notons que si les Etats-Unis ont ratifié le Pacte international sur les droits civils et politiques, ce dernier n'est pas, en droit américain, *self-executing*, comme le rappelle le Juge Souter dans l'opinion majoritaire de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Sosa*.

¹⁰³ *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F Supp 1531 (ND Cal 1987).

¹⁰⁴ Cette dernière catégorie permet au requérant de tenter de convaincre un juge de son droit d'action fondé sur l'ATCA même en dehors d'une violation de la coutume internationale.

¹⁰⁵ Cet inventaire est proposé par Sarah Joseph : S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 26 et s.

sur les droits civils et politiques, ratifié par les Etats-Unis¹⁰⁶. Par contre, ont été exclus : le droit à la vie, le droit à la santé, le développement durable, l'interdiction de discrimination per se, la liberté d'expression, le génocide culturel, les atteintes à l'environnement au sein d'un Etat, l'enlèvement international, les actes de fraude, de négligence, etc. Globalement, la jurisprudence américaine en la matière n'est pas uniforme¹⁰⁷.

Dans l'affaire *Unocal*, la Cour d'appel a dû déterminer si les allégations des plaignants étaient susceptibles ou non de constituer une violation du droit des gens¹⁰⁸. La réponse à cette question conditionnait l'applicabilité de l'ATCA. La Cour rappelle à cet égard qu'elle a déjà jugé dans sa jurisprudence antérieure que la torture, le meurtre et l'esclavage violent le *jus cogens*¹⁰⁹ et constituent dès lors des violations du droit des gens¹¹⁰. Le viol peut être considéré comme une forme de torture. Quant au travail forcé, la Cour d'appel, citant, *inter alia*, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, juge que la condamnation de cette pratique est tellement large qu'il convient d'ériger sa prohibition au rang de *jus cogens* également¹¹¹.

Considérations sur le state action— La doctrine du *state action* permet de fonder une exception d'incompétence d'une action civile fondée sur l'ATCA. D'après cette doctrine, seul un Etat ou les autorités publiques agissant sous les couleurs officielles (*color of law*) d'un Etat peuvent violer le droit international. En d'autres termes, il faut en principe démontrer que le violateur était un agent de l'Etat agissant officiellement. Toutefois, les actions d'un acteur privé peuvent échapper à une exception de compétence fondée sur la *state action* sous certaines conditions. Ce sera le cas, *inter alia*, soit s'il peut être démontré qu'il existait un lien suffisant entre cet acteur privé et les violations commises par le gouvernement ou, inversement, un lien entre le gouvernement et les violations commises par l'acteur privé, soit si la violation alléguée est particulièrement grave. Premièrement, pour déterminer l'existence suffisante d'un lien entre l'acteur privé et le gouvernement, les juridictions américaines effectuent plusieurs tests¹¹² inspirés de leur pratique en droit interne¹¹³. En résumé, le premier test est celui de la *public function* (l'acteur privé exerce des compétences traditionnellement réservées à l'Etat), le second test est celui du *state compulsion* (l'acteur privé a agi sous la contrainte de l'Etat), le troisième test est le *nexus test* (l'acteur privé et l'Etat sont fortement liés, impliquant que les actions de l'un peuvent être imputables à l'autre), le quatrième est celui du *joint action* (l'acteur privé et l'Etat agissent conjointement dans le cadre d'une action particulière), et enfin le *proximate cause* (l'acteur privé contrôle le comportement violateur commis par l'Etat). Les distinctions entre ces tests restent floues et la jurisprudence manque clairement de cohérence et d'uniformité sur cette question. Toutefois, ces tests vont être appliqués par analogie lorsqu'une action en responsabilité civile fondée sur l'ATCA est

¹⁰⁶ *Ralk contre Lincoln County*, 81 F Supp 2d 1372, 1380 (SD Ga 2000). Dans l'affaire *Sosa*, le Juge Souter conteste explicitement cette interprétation en soulignant que le Pacte international sur les droits civils et politiques n'est pas *self-executing*, ce qui exclut son application directe en droit interne. Voy. *Sosa contre Alvarez-Machain et al.*, 542 U.S. 692 : *although the Covenant does bind the United States as a matter of international law, the United States ratified the Covenant on the express understanding that it was not self-executing and so did not itself create obligations enforceable in the federal courts*.

¹⁰⁷ S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 33. Cet auteur note à juste titre que si le droit des gens doit être interprété dynamiquement, une interprétation trop large aurait pour effet d'identifier la compétence des juges américains dans le cadre de l'ATCA à de l'impérialisme judiciaire. Voy. sur cette question : U. MATTEI, « A Theory of Imperialism Law : A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, pp. 383 et s.

¹⁰⁸ *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 944-945 (9th Cir. 2002).

¹⁰⁹ La Cour d'appel précise que les normes de *jus cogens* « *are norms of international law that are binding on nations even if they do not agree to them* ». Voy. *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 945, note de bas de page n°14 (9th Cir. 2002), citant *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 714-715 (9th Cir. 1992).

¹¹⁰ Le Juge Reinhardt, l'un des trois juges de la Cour, exprime son désaccord sur point en soulignant dans son opinion séparée que la question de savoir si les faits violaient le *jus cogens* n'était pas pertinente en l'espèce et que la Cour aurait pu se contenter de déterminer s'ils étaient ou non contraires au droit coutumier international.

¹¹¹ *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 945 (9th Cir. 2002).

¹¹² La Cour Suprême les a synthétisés dans son arrêt *Lugar contre Edmondson Oil Co.*

¹¹³ Plus précisément, ce test est inspiré de la Section 1983 (Civil Rights Act de 1871), voy. SA KHALIL, « The Alien Tort Claims Act and Section 1983 : The Improper Use of Domestic Law to Create and Define International Liability for Multinational Corporations », *Hofstra Law Review*, 2002, p. 209.

intentée contre un acteur privé¹¹⁴. Deuxièmement, si la plupart des violations des droits de l'homme ne sont prohibées par le droit des gens qu'à la condition qu'elles aient été commises par un agent étatique ou en complicité avec un agent étatique, certaines violations des droits de l'homme sont prohibées par le droit des gens sans qu'une *state action* doive être démontrée. C'est le cas, d'après la jurisprudence américaine, des violations suivantes : génocide, certains crimes de guerre, piraterie, esclavage, travail forcé, détournement d'avion, ou de toute autre violation commise en vue de permettre une de ces violations. Par contre, les violations suivantes ne peuvent faire l'objet d'une action sur base de l'ATCA si la *state action* n'est pas démontrée : viol, exécution sommaire, torture, traitement cruel, inhumain et dégradant, pollution, crime contre l'humanité, discrimination raciale, etc.¹¹⁵.

Dans l'affaire *Unocal*, la Cour d'appel applique ces principes. Elle souligne l'état de la jurisprudence relative à l'ATCA qui exige que l'on démontre en principe que l'entreprise privée était engagée dans une *state action*. Elle rappelle que, néanmoins, certaines violations échappent à cette règle et que la responsabilité individuelle de l'auteur peut être mise en œuvre en dehors de toute *state action*. Elle soutient qu'il s'agit notamment des crimes de guerre et du génocide, mais également du commerce d'esclaves (*slave trading*). Partant de cette jurisprudence, la Cour d'appel consacre l'idée selon laquelle le travail forcé est une forme moderne d'esclavage dont la violation peut fonder la mise en œuvre de la responsabilité de son auteur en dehors de toute *state action*¹¹⁶. La Cour d'appel juge en outre que l'exception de *state action* pour connaître des faits de meurtre, viol et torture, ne peut être soulevée en l'espèce, car ces violations ont été commises afin de faciliter le crime de travail forcé. Ces violations ne peuvent fonder une action sur base de l'ATCA si elles sont isolées sauf à démontrer qu'elles ont été commises par un agent de l'Etat ou sous les couleurs du drapeau (*color of law*)¹¹⁷.

Considérations sur la théorie de la complicité.- Dans le cas d'espèce, si ériger le travail forcé au rang de l'esclavage, permet de contrer une exception fondée sur la *state action*, elle ne démontre pas pour autant que ces faits, commis par l'armée birmane, puissent être imputés à Unocal. La question était centrale étant donné que la Cour de District avait jugé que les plaignants n'avaient pas pu démontrer une *participation active* d'Unocal au crime de travail forcé¹¹⁸. Le critère de la *participation active* était emprunté à la jurisprudence du Tribunal Militaire de Nuremberg relative à l'implication des industriels allemands dans le programme de travail forcé mis en place par les nazis durant la seconde guerre mondiale. Or, la Cour d'appel note que ce critère n'avait servi qu'à contrer un argument de défense (critère de nécessité), qui n'était pas invoqué par Unocal (et qu'Unocal n'aurait pas pu soutenir de toute manière). Pour cette raison, l'application au cas d'espèce du critère de la *participation active* est erronée¹¹⁹. La Cour remarque en note de bas de page que même si le critère de *participation active* devait être appliqué en l'espèce, la *participation active* d'Unocal aux violations aurait pu être démontrée.

La Cour d'appel va ensuite consacrer une théorie de la complicité (*aiding and abetting*)¹²⁰ permettant de démontrer le lien entre Unocal et l'usage du travail forcé par l'armée¹²¹. Elle construit son raisonnement

¹¹⁴ Par exemple, dans l'affaire *Beanal contre Freeport McMoran*, Beanal a soutenu, sans succès, que la société exerçait les compétences traditionnellement réservées à l'Etat sur un vaste territoire en Indonésie (*public function*). Dans l'affaire *Abdullahi contre Pfizer*, le plaignant parviendra à démontrer le *joint action test* fondé sur la collaboration entre l'Etat nigérian et la société dans la conduite de tests de médicaments à l'insu de personnes. Enfin, dans *Sarei contre Rio Tinto*, les plaignants ont pu démontrer la *joint action* ou/et la *proximate cause* étant donné que la société menaçait le gouvernement de Papouasie Nouvelle-Guinée de retirer ses investissements si le gouvernement ne mettait pas un terme aux manifestations contre ses exploitations minières à Bougainville tout en sachant que de telles exigences aboutiraient à une répression militaire des manifestants.

¹¹⁵ S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 48 et s.

¹¹⁶ Pour appuyer sa théorie, la Cour d'appel se réfère à diverses autorités : le treizième amendement de la Constitution américaine et la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis (la prohibition de l'esclavage y comprend la prohibition du travail forcé), (*Pollock v. Williams*, 322 U.S. 4, 17 (1944)), le droit fédéral, et la décision *World War II Era Japanese Forced Labor Litig.* qui incluait implicitement le travail forcé dans la catégorie de l'esclavage. *World War II Era Japanese Forced Labor Litig.*, 164 F. Supp. 2d 1160, (N.D. Cal. 2001).

¹¹⁷ *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 953 et s. (9th Cir. 2002).

¹¹⁸ *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 947 (9th Cir. 2002).

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Voy. sur cette question : D. DISKIN, « The Historical and Modern Foundations for Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute », *Arizona Law Review*, 45, 2005, pp. 805 et s.

¹²¹ *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932, 947 et s. (9th Cir. 2002).

en trois temps¹²². Tout d'abord, elle juge qu'il est nécessaire d'appliquer le droit international, comme droit matériel. Elle rejette la requête d'Unocal qui souhaitait voir appliquer le droit birman. La Cour soulève une série d'arguments justifiant son rejet, en particulier en raison des caractéristiques du cas d'espèce, et affirme notamment qu'il est préférable d'appliquer le droit international plutôt qu'un droit national (qu'il s'agisse du droit birman, du droit californien ou du droit fédéral américain) vu que, s'agissant d'évaluer la violation de normes de *jus cogens*, par définition, soit le droit international et le droit national coïncident, soit le droit national est nul. Ensuite, la Cour d'appel indique que la théorie de la complicité en droit pénal est similaire à celle du droit de la responsabilité civile et, enfin, elle souligne qu'il convient de prendre dûment en considération les jurisprudences du Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal pour le Rwanda pour définir la théorie de la complicité applicable au cas d'espèce. Ces juridictions ont jugé que la complicité exigeait « *l'assistance pratique, l'encouragement ou le soutien moral* (du complice) *ayant un effet substantiel sur la perpétration du crime* » (*actus reus*). En outre, il faut démontrer que le complice « *savait ou avait des raisons de croire* », « *raisonnablement* », que « *ses actions assisteraient l'auteur (principal de l'infraction) dans la commission des crimes* » (*mens rea*). Il ne faut pas prouver pour autant que le complice avait l'intention de commettre le crime principal. La Cour applique ces deux critères aux faits de l'espèce et conclut à la complicité d'Unocal. Premièrement, quant à l'*actus reus*, il a été démontré que le travail forcé bénéficiait au projet de gazoduc et était directement lié à ce chantier. Plusieurs éléments de preuve attestent qu'Unocal aurait fourni une assistance pratique à l'armée birmane contribuant au crime de travail forcé (Unocal a engagé l'armée pour assurer la sécurité du chantier et construire des infrastructures le long du gazoduc ; Unocal a communiqué quotidiennement des informations à l'armée indiquant où il convenait d'assurer la sécurité et d'installer les infrastructures). Cette assistance a eu un effet substantiel sur la perpétration du crime de travail forcé qui n'aurait sans doute pas été commis de la même manière sans l'assistance de Unocal. Deuxièmement, quant au *mens rea*, Unocal savait et aurait dû raisonnablement savoir que ses actions encourageraient ou assisteraient la commission du crime de travail forcé par l'armée birmane. Se fondant sur ces éléments, la Cour conclut qu'il existe suffisamment de faits matériels pour pouvoir déterminer si Unocal était ou non complice des violations des droits de l'homme commises par l'armée birmane et, pour cette raison, infirme la décision de la Cour de District.

Appliquant aux allégations de meurtre, de viol et de torture, la théorie de la complicité, la Cour juge que la responsabilité d'Unocal peut être invoquée pour sa complicité pour violations également, sauf en ce qui concerne la torture¹²³. Les crimes de meurtre et de viol étaient directement liés au programme de travail forcé, comme l'attestaient les témoignages des victimes. Les plaignants (ou des membres de leur famille) avaient été directement victimes de ces violations. Par contre, les allégations de torture concernaient toutes des victimes autres que les plaignants. La Cour raisonne de la même manière pour établir la complicité de Unocal pour les faits de meurtre et de viol : Unocal a fourni une assistance pratique contribuant à la réalisation de ces crimes et Unocal savait que ses actions encourageraient ou contribueraient à ces crimes.

Considérations sur la doctrine de l'act of state. - La doctrine de l'*act of state* peut également fonder une exception d'incompétence d'une action civile fondée sur l'ATCA dès lors qu'un juge américain doit se prononcer sur la recevabilité d'une requête reposant sur les actions commises par un Etat étranger sur son propre territoire. Dans ces cas, le département des affaires étrangères des Etats-Unis est en principe entendu par le juge qui reste souverain pour accepter ou rejeter l'exception. Le but de cette doctrine est de permettre d'éviter que le pouvoir judiciaire n'affecte le bon exercice des relations étrangères des Etats-Unis. La Cour Suprême des Etats-Unis¹²⁴ effectue un test fondé sur trois facteurs pour déterminer si l'exception de l'*act of state* doit, ou non, être retenue, en examinant: premièrement, le degré du consensus (international) concernant la question traitée ; deuxièmement, les implications sur les relations étrangères des Etats-Unis ; troisièmement, la question de savoir si le gouvernement étranger, auteur de l'acte ou de l'action litigieux, est toujours en exercice ou non. Plus les implications possibles d'une action judiciaire sur les relations étrangères des Etats-Unis sont importantes, plus les chances de

¹²² Notons que l'un des trois juges de la Cour d'appel, le Juge Reinhardt, dans son opinion séparée, s'oppose à la consécration de cette théorie. Il estime qu'il aurait été préférable de s'en tenir à l'application du droit commun pour déterminer l'imputabilité des faits dénoncés à l'égard de Unocal.

¹²³ Doe I v. Unocal Corp. 395 F.3d 932, 953 et s. (9th Cir. 2002).

¹²⁴ Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 US 398, 1964.

succès de l'exception fondée sur l'*act of state* sont grandes. Toutefois, cette exception ne sera pas jugée fondée si les violations sont particulièrement graves (ce qui sera pratiquement toujours le cas dans le cadre de l'ATCA); si l'Etat étranger a déjà été condamné publiquement par le département des affaires étrangères des Etats-Unis (dans une telle hypothèse, l'action civile sur base de l'ATCA ne peut théoriquement pas aggraver les relations entre les Etats-Unis et l'Etat étranger) ; lorsque l'action étatique litigieuse avait été le fait d'un ancien gouvernement et que l'action litigieuse a été désavouée par le gouvernement en place. Dans l'affaire *Rio Tinto*, le département des affaires étrangères a remis une note indiquant à la Cour que la recevabilité de l'action civile fondée sur l'ATCA en l'espèce était de nature à affecter les intérêts de politique étrangère des Etats-Unis principalement en raison de la coopération diplomatique menée par les Etats-Unis et l'Indonésie dans la guerre contre le terrorisme et du préjudice que subiraient les relations commerciales des entreprises américaines au profit d'entreprises étrangères, notamment chinoises. La Cour de District a débouté les plaignants, en se fondant en grande partie, sur cet avis¹²⁵. Par contre, dans l'affaire *Presbyterian Church contre Talisman*, relative à de graves violations des droits de l'homme commises au Soudan, la Cour juge que les faits allégués (génocide, crimes de guerre, torture, et esclavage) constituent des violations universellement condamnées qui échappent dès lors à la qualification de *act of state*¹²⁶. A la différence de l'affaire *Rio Tinto*, dans le cas *Talisman*, la Cour n'avait pas consulté le département des affaires étrangères. Mais de toute manière, le Soudan avait déjà été accusé publiquement de génocide par le Congrès américain (Sudan Peace Act, 2002) et le pouvoir exécutif américain l'avait déjà condamné en tant que sponsor du terrorisme. L'action fondée sur l'ATCA n'était dès lors pas de nature à modifier les relations entre le Soudan et les Etats-Unis. Dans le même ordre d'idée, la *political question doctrine* permet également de faire échec à une action civile reposant sur l'ATCA. La notion a été définie par la Cour Suprême des Etats-Unis¹²⁷ et peut fonder une exception de compétence lorsqu'un cas obligerait un juge à interférer substantiellement dans les sphères des pouvoirs exécutif ou législatif. Comme la doctrine de l'*act of state*, la *political question doctrine* trouve également sa justification dans la nécessité de respecter la séparation des pouvoirs. La différence entre les deux relève de l'étendue de l'exception : la *political question doctrine* peut être invoquée même lorsque le litige porte sur l'allégation de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Cette exception a aussi été invoquée dans les affaires *Rio Tinto*, avec succès, et *Talisman*, sans succès¹²⁸.

Unocal soulevait une exception fondée sur l'*act of state*. Si un juge américain se prononce sur la complicité de Unocal, il faut nécessairement qu'il se prononce sur les violations principales commises par l'armée birmane, ce qui peut théoriquement être délicat dans une perspective de stratégie diplomatique. La Cour d'appel rejette toutefois cette exception. Aux trois facteurs traditionnellement appliqués pour évaluer la pertinence de l'exception fondée sur l'*act of state* (premièrement, le degré du consensus (international) concernant la question traitée ; deuxièmement, les implications sur les relations étrangères des Etats-Unis ; troisièmement, la question de savoir si le gouvernement étranger,

¹²⁵ Sarei v. Rio Tinto, 221 F. Supp 2d 1116, 1192 (CD Cal 2002).

¹²⁶ Presbyterian Church v. Talisman Energy, 244 F Supp 2d 289, 346 (SDNY 2003).

¹²⁷ Baker v. Carr, 369 US 186, 217 (SCt 1962) : *It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question. Unless one of these formulations is inextricable from the case at bar, there should be no dismissal for nonjusticiability on the ground of a political question's presence. The doctrine of which we treat is one of "political questions," not one of "political cases." The courts cannot reject as "no law suit" a bona fide controversy as to whether some action denominated "political" exceeds constitutional authority. The cases we have reviewed show the necessity for discriminating inquiry into the precise facts and posture of the particular case, and the impossibility of resolution by any semantic cataloguing.*

¹²⁸ Sarah Joseph ajoute à ces trois exceptions, la *doctrine of international comity* qui permet également de faire échec à certaines procédures fondées sur l'ATCA. Cette doctrine se définit comme « *the recognition one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience* ». Elle trouve à s'appliquer lorsqu'il paraît déraisonnable, au regard des liens et intérêts de certains Etats, de poursuivre l'action judiciaire. Voy. S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 46 et s.

auteur de l'acte ou de l'action litigieuse, est toujours en exercice ou non, voy. ci-dessus), la Cour d'appel en ajoute un quatrième : il faut en outre déterminer si l'Etat étranger agissait dans l'intérêt du public. Le premier facteur ne pose pas de problème particulier car les violations alléguées relèvent du *jus cogens* et leur répression fait l'objet d'un consensus international. Le second facteur ne soulève pas de difficulté particulière étant donné la politique étrangère menée par les Etats-Unis contre la Birmanie. Le troisième facteur est plus problématique en l'espèce car si le gouvernement birman a officiellement changé de nom, les gouvernants restent identiques et le procès contre Unocal (et la démonstration de la responsabilité de l'armée birmane dans les violations des droits de l'homme alléguées) est susceptible de vexer le gouvernement en place. Enfin, au regard du quatrième facteur, la Cour note qu'il ne peut être soutenu que les violations des droits de l'homme commises l'aient été pour l'intérêt public. La Cour d'appel conclut que la doctrine de l'*act of state* ne peut fonder une exception de compétence en l'espèce.

Le 13 décembre 2004, les parties ont annoncé qu'elles avaient conclu un règlement amiable, soit un jour avant que le neuvième circuit ne traite d'un appel devant la Cour d'appel *en banc* de la décision de 2002. Les termes de cet accord sont confidentiels. Le montant de la transaction doit en principe permettre d'indemniser les plaignants et assurer la mise en place des programmes économiques et sociaux au bénéfice des Birmans de la région traversée par le gazoduc terrestre. L'organisation non gouvernementale Earthrights, à l'origine de la procédure américaine contre Unocal et du règlement amiable, estime que les termes cet accord étaient excellents pour les victimes et qu'une telle issue constitue indéniablement une victoire judiciaire, car elle démontre que quelques Birmans, ayant subis de graves et systématiques violations des droits de l'homme, sont capables de faire plier une entreprise multinationale¹²⁹. Si les organisations militantes et les avocats engagés peuvent regretter que cette affaire ne se soit pas soldée par une décision judiciaire ferme engageant la responsabilité civile de Unocal et ouvrant ainsi la voie aux autres actions pendantes mettant en cause des entreprises multinationales, ce règlement amiable est globalement perçu comme une victoire. Les décisions de procédure rendues dans le cadre du litige contre Unocal sont centrales dans la jurisprudence américaine relative aux actions fondées sur l'ATCA contre les multinationales. La décision de la Cour de District de 1997 souligne qu'il est possible d'intenter ce type d'action contre une entreprise et la décision de la Cour d'appel du 9^{ème} Circuit de 2002 énonce une théorie de la complicité, large mais rigoureuse, pouvant être appliquée dans la plupart des contentieux relatifs aux violations des droits de l'homme impliquant des entreprises.

Après Unocal.- La Cour Suprême des Etats-Unis a confirmé pour la première fois l'interprétation de l'ATCA en 2004 dans l'affaire *Sosa contre Alvarez-Machain*¹³⁰. Les faits à l'origine de l'arrêt remontent à 1985. Un agent de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) était enlevé, torturé, interrogé et exécuté au Mexique. Les agents de la DEA ont conclu, au terme de leur enquête que le Docteur Humberto Alvarez-Machain était présent lors des faits et aurait eu pour tâche de prolonger la vie de l'agent de la DEA pour poursuivre l'interrogatoire et les tortures. La DEA a obtenu un mandat d'arrêt contre Alvarez-Machain mais, privée de la coopération mexicaine, a été contrainte de commanditer l'enlèvement d'Alvarez pour le ramener aux Etats-Unis et le juger. Le Docteur Humberto Alvarez-Machain a donc été victime d'un enlèvement perpétré au Mexique par des agents fédéraux américains et par plusieurs Mexicains, dont José Francisco Sosa. Il sera détenu au Mexique durant une journée dans un motel, emmené aux Etats-Unis à bord d'un avion privé avant d'être jugé pour les actes de torture et le meurtre de l'agent fédéral américain. Il sera acquitté. Après son acquittement, Alvarez-Machain a intenté une action civile contre le gouvernement américain et contre Sosa pour les fautes commises, en alléguant de violations du droit des gens et en se fondant sur l'ATCA¹³¹. La Cour d'appel du Neuvième Circuit a jugé qu'Alvarez avait effectivement été victime de la violation de ses droits protégés par le droit des gens et qu'il était dès lors en position d'exiger une réparation fondée sur l'ATCA¹³². La violation invoquée portait plus spécifiquement sur la détention arbitraire d'un jour subie

¹²⁹ Voy. le communiqué de presse de l'ONG Earthrights International « Historic Advance for Universal Human Rights: Unocal to Compensate Burmese Villagers », sur le site Internet www.earthrights.org/content/view/full/114/56/1/1 (page consultée le 5 avril 2006).

¹³⁰ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct 2739 (2004).

¹³¹ Alvarez invoquait également le *Federal Torts Claim Act* contre les agents de la *Drug Enforcement Administration*, mais cet argument ne sera pas retenu.

¹³² *Alvarez-Machain v. United States*, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003).

par Alvarez-Machain entre le moment de son arrestation au Mexique et le moment de son arrestation officielle aux Etats-Unis. La Cour Suprême a jugé que la détention arbitraire d'Alvarez-Machain durant un jour avant son transfert ne pouvait être considérée comme une violation du droit des gens. Si la Cour retenait la solution opposée, toute personne arrêtée arbitrairement, dans n'importe quel pays, serait titulaire d'un droit d'action civile devant les juges américains sur base de l'ATCA. Pour cette raison, la Cour infirme l'arrêt de la Cour d'appel. Toutefois, l'intérêt de la décision de la Cour Suprême se situe au-delà de ce point précis et concerne les principes plus généraux qu'elle énonce sur l'ATCA. Les gouvernements des Etats-Unis, de l'Australie, de la Suisse, de la Grande Bretagne ont soumis des *amici briefs* à la Cour Suprême en faveur des arguments de Sosa, tandis que de nombreuses organisations non gouvernementales ainsi que des universitaires et des experts, nationaux et internationaux, soutenaient les arguments d'Alvarez-Machain en faveur de la jurisprudence interprétant largement l'ATCA. L'arrêt rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire Sosa est fortement nuancé. Si elle entérine l'interprétation procédurale de l'ATCA par les juges américains qui considèrent que cette législation les autorise à déterminer eux-mêmes les « *cause of action* » permettant d'actionner une plainte fondée sur l'ATCA, la Cour Suprême tend à réduire la marge de manœuvre des juges en imposant une conception restrictive du droit des gens et en obligeant le juge à prendre en considération une série d'éléments pratiques avant de se déclarer compétent. Le droit des gens est, selon la Cour Suprême, une norme internationale acceptée par le monde civilisé qui doit être définie avec une précision comparable à celle des violations sur droit des gens que visait le législateur de l'ATCA du 18^{ème} siècle. Les enseignements qu'il convient de tirer de cet arrêt ne sont pas encore très clairs : les détracteurs et les partisans de l'ATCA revendiquent l'arrêt Sosa comme une victoire¹³³. En effet, si la Cour confirme que le juge américain peut être compétent pour connaître d'une plainte invoquant la violation du droit des gens, elle restreint néanmoins la portée de cette notion. En outre, elle ne donne pas d'indications aux juges sur l'application de l'ATCA. Ainsi, elle aborde, sans les trancher, une série de questions controversées sur la doctrine de la « *political question* », le *forum non conveniens*, l'exécution des arrêts, ou encore la question de la mise en œuvre de la responsabilité des acteurs privés, et plus particulièrement des entreprises. On peut se demander, à titre d'exemple, si la Cour Suprême validerait l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire Unocal car il n'est pas certain que la complicité dans la violation du droit des gens puisse être assimilée à une violation du droit des gens susceptible de fonder une action sur l'ATCA¹³⁴. Le futur de l'ATCA existe, ce qui aurait pu ne pas être le cas si l'arrêt Sosa n'entérinait pas la pratique jurisprudentielle américaine en la matière, mais il est relativement incertain.

Concernant l'affaire Unocal en particulier, les décisions de procédure et le règlement amiable favorables aux victimes ont ouvert la voie semble-t-il à d'autres actions judiciaires s'inscrivant dans un contexte similaire. Le recours civil s'avère ici particulièrement efficace pour confronter judiciairement les entreprises multinationales. Plus encore, l'affaire Unocal n'est pas encore tout à fait clôturée étant donné qu'un nouveau litige est né opposant cette fois Unocal aux compagnies d'assurance. La société américaine demandait à ses assureurs de couvrir les frais liés aux différentes procédures judiciaires. Saisie du litige, une Cour californienne a toutefois jugé que la société Unocal avait l'obligation d'informer les assurances de l'ensemble des éléments liés au développement du chantier birman. Or, la Cour californienne admet dans sa décision de juin 2006, que les assureurs ont pu démontrer qu'Unocal s'était appuyé sur l'armée birmane pour garantir la sécurité du chantier et que la société américaine n'ignorait pas que l'armée birmane s'était déjà rendue coupable de violations des droits de l'homme. Pour cette raison, elle rejette la requête d'Unocal¹³⁵. Cette nouvelle défaite de Unocal est intéressante : un magistrat américain constate une fois de plus dans une décision judiciaire que des éléments de preuve suffisants existent pour permettre de penser qu'Unocal était informé des violations des droits de l'homme commises par les militaires à son profit. En outre, elle résulte d'un litige opposant deux acteurs commerciaux privés aux intérêts divergents.

¹³³ D. HUDSON, « Foreign Turf : Human Rights Suits Against Corporations Hinge on How Open the Door Is », *A.B.A. J.* 2004, p. 20, cité in V. MONKEN GOMEZ, « The Sosa Standard : What Does it Mean for Future ATS Litigation ? », 33, *Pepperdine Law Review*, 2006, note n°12.

¹³⁴ Voy. sur cette question : V. MONKEN GOMEZ, « The Sosa Standard : What Does it Mean for Future ATS Litigation ? », 33, *Pepperdine Law Review*, 2006, pp. 469 et s.

¹³⁵ United States District Court, Central District Court of California, *Unocal v. Lexington et al.*, 5 juin 2006. Voy. les commentaires et la décision sur le site de l'ONG Earthrights : www.earthrights.org.

Conclusion

L'étude de ces trois procédures souligne qu'en Europe comme aux Etats-Unis, les entreprises multinationales peuvent être invitées à rendre compte de leurs actions à l'étranger. L'impunité de fait dont elles jouissaient dans les Etats faibles et autoritaires s'affaiblit. Et cette dynamique est possible grâce à l'ingéniosité des plaideurs et des organisations non gouvernementales capables de saisir une scène judiciaire ou politique grâce aux quelques brèches qui menacent l'impunité de certains. Mais la résistance est forte. Les multinationales disposent de moyens juridiques considérables pour contrer les actions de quelques victimes isolées. Elles jouissent en outre de l'appui précieux des gouvernants ou, plus généralement, du *pouvoir*. Aux Etats-Unis, le gouvernement américain se prononce contre une interprétation large de l'ATCA ; en France, le Procureur exigeait, sans véritable fondement, le dessaisissement; et, en Belgique, la Cour de Cassation, appuyée par le ministère public, ordonne le dessaisissement au prix de l'application d'une disposition inconstitutionnelle. Au milieu de cette lutte s'érige le juge interne – la Cour de District et la Cour d'appel aux Etats-Unis, le juge d'instruction et la Cour d'appel de Versailles en France, et le juge d'instruction et la Cour d'arbitrage en Belgique –, qui tentent malgré tout de s'imposer en tant que premier garant des droits de l'homme. En définitive, l'enjeu véritable de l'affaire Total et Unocal concerne bel et bien l'accès à la justice des violations des droits de l'homme commises par des multinationales dans des pays faibles ou autoritaires. Elle soulève la question du rôle des juges d'autres Etats mais révèle également les tensions de pouvoirs internes dans les coulisses institutionnels.

Enfin, soulignons que l'examen des trois procédures judiciaires en France, en Belgique et aux Etats-Unis concernant la même situation de fait montre les avantages de la procédure américaine. Globalement, les actions en justice menées aux Etats-Unis offrent plusieurs avantages techniques appréciables, en particulier pour les victimes de violations commises à l'étranger par des entreprises multinationales. Premièrement, la victime dispose effectivement de plusieurs bases légales spécifiques susceptibles de fonder une action. Deuxièmement, en cas d'échec de la procédure, les parties ne doivent pas rembourser les frais de l'adversaire, sauf en cas de procédure vexatoire. Cela est d'autant plus important que le terrain de l'ATCA par exemple reste relativement inexploré et est source d'incertitudes et, partant, de risques, juridiques. Troisièmement, les réparations octroyées sont supérieures à celles attribuées dans les autres systèmes juridictionnels. A cela s'ajoutent d'éventuels dommages punitifs permettant de sanctionner le violeur. Les transactions amiables intègrent nécessairement ces éléments. Quatrièmement, le système américain consacre le mécanisme des *class actions*, particulièrement efficace dans la dénonciation massive de violation du droit des gens par une multinationale par exemple. Cinquièmement, les victimes trouvent facilement des avocats leur offrant leurs services à des tarifs réduits et/ou conditionnant leur paiement au succès de l'action. Bien entendu, l'ATCA n'est pas dépourvu de défauts. Les procédures fondées sur l'ATCA sont incertaines, les obstacles sont nombreux, le coût reste élevé, le verdict s'achète par le biais du règlement amiable, etc. A ces avantages techniques généraux, s'ajoutent les avantages d'une action civile sur ceux d'une action pénale. Les actions fondées sur l'ATCA empruntent le langage pénal et traitent explicitement du droit des gens et des droits de l'homme sans imposer au juge les limites de l'interprétation restrictive de la loi pénale. Du point de vue des victimes, leur quête en vue d'établir la vérité judiciaire semble plus facilement comblée dans la procédure civile américaine que dans les procédures pénales européennes. Le juge américain se montre factuel. Il détaille les éléments de preuve dans son arrêt avant dire droit. Unocal y est perçu comme un véritable « *complice de violations graves et systématiques des droits de l'homme* ». A l'inverse, les juges français et belges, rendant des décisions procédurales, ignorent, ou à tout le moins minimisent, le détail factuel. Les décisions sont techniques et saturées par un langage juridique et administratif réservant son accès aux seuls initiés ; elles sont brèves et confidentielles.