

**11^{ème} Sommet international sur les crimes transnationaux.
Forum de Crans Montana.**

**Panel intitulé: « Les entreprises et les crimes de guerre »
 (“Business & War Crimes”)
Jeudi 12 novembre 2009, à 17h15.**

**Par Elise Groulx
Avocate à la Cour,
Présidente de l’Association Internationale des Avocats de la Défense (AIAD)
Présidente d’honneur et fondatrice du Barreau Pénal International (BPI)**

Description des sujets visés par ce panel et ce qui les relie

On nous demande de couvrir ici une vaste matière qui comprend les enjeux suivants:

- La corruption et la transparence des ententes commerciales conclues entre les entreprises et les états.
- La gestion des revenus provenant de l’exploitation des ressources naturelles.
- La question de la complicité des entreprises face aux crimes de guerre.
- Le rôle des compagnies privées de sécurité à caractère militaire et le rôle des autres acteurs non-étatiques (tels les milices, les mouvements d’insurrection et de terrorisme etc.).

Je propose donc au départ d’identifier le lien qui existe entre toutes ces problématiques qu’on retrouve fréquemment dans un environnement où les états manquent tout à la fois de légitimité et de soutien populaire et où on relève l’absence d’un système universel de finances publiques. Dans certains de ces régimes la majorité de la population ne paie pas d’impôt, ne participe pas à un processus électoral légitime ce qui fait qu’elle se sent exclue de la vie citoyenne.

La conséquence de ce qui précède est que ces mêmes états ont souvent recours à des méthodes de gouvernance douteuses, voire illicites ou même carrément illégales. Le manque de revenus publics stables est compensé par un système de taxation et de royautés qui proviennent de l’exploitation des ressources naturelles¹. Le tout est souvent caractérisé par une corruption endémique et généralisée.

En outre, l’absence de soutien populaire et de légitimité politique créent un climat propice à la répression. Dans les cas extrêmes, cette répression peut mener à l’insurrection et à la violence de masse contre les populations civiles. Se déclenche alors un cercle vicieux : une recrudescence de la violence qui mène à encore plus de violence, à des mouvements d’insurrection, au terrorisme et aux guerres civiles livrées sans merci pour le contrôle des ressources naturelles.

¹ Dans certains pays, ce système représente plus de 75% des revenus publics.

C'est dans le contexte où sévissent des systèmes de corruption et de violence contre les populations civiles qu'il faut analyser la question de la complicité présumée des Sociétés commerciales. Bien sûr, certaines organisations commerciales illicites, voire même criminelles, sont toujours prêtes à prendre le risque d'investir dans un tel environnement – paradoxalement, l'existence d'un risque élevé devient pour ces acteurs un pôle d'attraction. Mais il y a aussi des grandes Sociétés, engagées à se conformer à l'État de droit, désireuses d'éviter tout risque d'être accusées de crimes graves mais qui opèrent dans des pays aux régimes peu respectueux de la loi. Ces Sociétés font face à de réels défis lorsqu'elles opèrent dans de tels environnements, dont le risque d'être accusées d'être complices de ces régimes,

Deux corpus juridiques bien distincts: Il existe deux corpus juridiques bien distincts, chacun conçu pour traiter des différents aspects de cette problématique.

- La législation anti-corruption et les traités qui la sous-tendent (Ceux de l'OCDE, les conventions des Nations Unies, diverses lois nationales dont la législation américaine (*US Federal Corrupt Practices Act ou FCPA*))
- Le droit international humanitaire (DIH)² (articulé par les Conventions de Genève) et le droit pénal international (DPI)³ tel que codifié par le Statut de Rome de la CPI et développé par la pratique et la jurisprudence provenant des TPI depuis 1995.

Je ne traiterai que du deuxième corpus juridique, soit le DIH et le DPI et je tenterai très brièvement de voir comment il reçoit ici application.

I. Regardons la perspective d'une Société commerciale qui fait face à des allégations de complicité relativement à des crimes de guerre, perpétrés dans les zones où elle opère.

Les Sociétés multinationales ont une longue expérience de confrontation avec tout un éventail de mouvements altermondialistes et écologiques. Les dirigeants des grandes Sociétés et leurs conseillers légaux sont bien conscients des questions de conformité qui touchent (i) à la protection de l'environnement, (ii) aux conditions de travail consacrées par les standards internationaux et (iii) aux pratiques qui cherchent à lutter contre la corruption et à la prévenir.

Dans les trois cas qui précèdent, il est normal de pointer du doigt les actions et/ou les omissions des gestionnaires et des employés puisque ces gestes répréhensibles tombent tous dans la sphère de contrôle de la Société.

Il en va tout autrement lorsqu'il est question d'allégations au soutien d'une complicité présumée ou d'une « participation indirecte » dans la perpétration de crimes de guerre,

² Droit international des conflits armés

³ Le DPI, dont l'objectif premier est de mettre fin à l'impunité et de prévenir ou encore de punir les crimes internationaux tels les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les génocides.

de torture et de travail forcé. Les dirigeants de Sociétés ont même du mal à saisir qu'ils puissent se retrouver au banc des accusés pour leur participation ou leur contribution à la perpétration de crimes de guerre, encore pis de génocide et de violations massives des droits de l'Homme.

Les crimes des autres: Si on se place du point de vue d'un dirigeant de grande Société ou d'un de ses administrateurs, de tels actes relèvent de la responsabilité des états et sont le fait des armées et des milices. Ces armées et groupes de miliciens sont clairement hors de la sphère de contrôle de la Société et, qui plus est, ces mêmes états sont censés exercer un pouvoir souverain sur les Sociétés qui ne sont que des « hôtes commerciaux » sur leur territoire. Toute relation que la Société entretient avec l'armée ou la police n'est animée que par un objectif purement commercial, celui d'assurer la sûreté de ses employés et de ses avoirs.

La culpabilité par association: Cette perspective, entretenue par une Société commerciale face aux « crimes de guerre » perpétrés en zones de conflit, nous amène à nous poser une question juridique fondamentale: Est-il juste de tenir les grandes Sociétés responsables pour le fait d'autrui? Est-ce que les allégations de « complicité commerciale » face aux crimes de guerre reposent sur un fondement juridique solide? S'agit-il plutôt d'une théorie juridique qui tire son fondement de la **culpabilité par association**?

Si on retient un tel standard, cela équivaut, selon les grandes Sociétés, à tenter d'établir leur culpabilité pour les crimes perpétrés par d'autres, c'est-à-dire les états, avec lesquels elles entretiennent des relations commerciales, selon le cours normal des affaires. Cela équivaut aussi à tenter de criminaliser leur simple présence (**mere presence**) au milieu de ces zones de conflit, même si leurs intentions sont, toujours selon leur point de vue, de nature purement commerciale.

L'argument juridique avancé ici est que la norme de **culpabilité par association** ne doit pas être retenue car elle est contraire aux fondements mêmes du droit pénal qui repose sur la philosophie de la faute et du comportement intentionnel. Il s'agit là bien sûr d'un argumentaire juridique de taille car l'élément intentionnel (*mens rea* ou élément moral) compte pour la moitié de la responsabilité pénale.

Mais même s'il est de taille, est-ce que cet argument est suffisant pour écarter toute forme de responsabilité pénale lorsqu'on décide de mener une opération commerciale dans un tel contexte?

La réponse à ce jour est compliquée et loin d'être concluante. Elle fait appel à plusieurs points de vue, dont celui des procureurs et des juges d'instruction qui sont amenés de par leurs fonctions à enquêter sur le rôle de tous les acteurs impliqués directement et/ou indirectement dans une zone de conflit lorsque des crimes internationaux sont perpétrés.

2. Attardons nous maintenant à analyser la perspective du droit pénal qui proscrit toute immunité en blanc, y compris pour les dirigeants, les employés et les administrateurs des grandes Sociétés commerciales.

La CPI a été mise en place avec l'objectif premier de lutter contre l'impunité et d'assurer l'imputabilité des groupes de leaders responsables d'avoir soit incité, facilité, encouragé, et/ou directement ordonné la perpétration d'atrocités de même que de tous ceux qui ont participé à l'élaboration et à la mise en place de plans communs qui entraînent, de manière prévisible, la perpétration d'atrocités⁴. Les cibles principales du Procureur visent les personnes qui ordonnent, planifient et organisent la violence de masse, et non celles qui ne font qu'exécuter les ordres de leurs supérieurs.

Les acteurs commerciaux et économiques ne sont pas exclus du champ des enquêtes que mènent un procureur ou un juge d'instruction. Bien sûr, à première vue, le chaos de la guerre semble très éloigné du monde bien ordonné des marchés. Néanmoins, la situation peut basculer rapidement si une grande Société opère dans un pays qui se transforme en zone de conflit ou dans une région qui se trouve plongée en pleine guerre civile. Qu'en est-il d'une Société qui opère selon des accords de **joint venture** et qui entretient des relations commerciales profitables avec tel ou tel gouvernement ou ses leaders politiques qui se livrent à des campagnes de nettoyage ethnique? Les dirigeants de la Société seront-ils protégés en vertu d'une quelconque immunité lorsque s'ouvriront des enquêtes ou des poursuites?

La réponse est claire et c'est « Non ». Aucun groupe d'individus (personnes physiques) ne bénéficie d'une quelconque immunité de poursuites; de même, chacun est susceptible d'être touché par les enquêtes qui peuvent avoir cours. Chaque pays ayant décidé de ratifier le Statut de Rome a dû, en conséquence, amender sa constitution pour lever l'immunité du chef de l'état et de ses agents officiels. Ils sont tous maintenant passibles de poursuites pour crimes de guerre quelque soit leur qualité officielle. Ainsi, si les présidents, les souverains et les premiers ministres sont imputables, les dirigeants de grandes sociétés le sont certainement aussi.

Immunité limitée: Le Statut de Rome ne donne pas compétence à la CPI pour poursuivre et juger les personnes juridiques, y compris les états et les sociétés commerciales. Seules les personnes physiques relèvent de la compétence de la CPI. Certains experts évoquent parfois que, dans ce nouveau régime juridique, les Sociétés commerciales bénéficient d'une soit disant « immunité » mais celle-ci est bien limitée et pour plusieurs raisons.

Premièrement, les dirigeants des Sociétés commerciales et les membres des équipes de direction ne sont pas exclus du champ de la compétence de la CPI et peuvent être poursuivis, à titre individuel, comme ce fut le cas lors des causes célèbres de Krupp, d'IG Farben et d'autres Sociétés allemandes, dans le cadre des grands procès des

⁴ La notion juridique de prévisibilité objective en DPI implique que les conséquences sont prévisibles, selon toute analyse raisonnable, c'est-à-dire que ceux qui s'engagent dans ce type de comportements auraient dû en prévoir les conséquences.

industriels, à Nuremberg. Dans ces affaires, des groupes de dirigeants allemands furent poursuivis collectivement mais jugés individuellement, selon leur rôle respectif, face à la perpétration des crimes de guerres invoqués.

Deuxièmement, les lois de certains pays, dont le Canada, permettent la poursuite conjointe des Sociétés à titre de personnes juridiques de même que celle de leurs dirigeants comme personnes physiques pour des infractions de nature pénale, y compris les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

Troisièmement, la Société civile réclame de plus en plus ardemment que le Statut de Rome fasse l'objet d'amendements pour donner compétence à la CPI afin qu'elle puisse poursuivre des personnes juridiques (telles des états, des Sociétés et autres organisations). Si cela ne se produit pas en 2010, lors de la première conférence de révision du Statut de Rome, ce ne sera que partie remise lors de la prochaine conférence, qui aura lieu sept ans plus tard.

3. Dressons le portrait de la participation d'une Société commerciale lors de la perpétration de crimes de guerres : 3 questions clés se posent.

Ainsi donc si les dirigeants des Sociétés ne sont pas exempts de soupçons lors d'enquêtes ou s'ils peuvent faire l'objet d'accusation en cas de poursuites, la question demeure entière : Comment peuvent-ils être atteints par le bras de la justice internationale ou encore celui d'une juridiction nationale en vertu du concept d'extraterritorialité ou de juridiction universelle? De quelle manière peuvent-ils encourir une part de responsabilité pénale dans les circonstances décrites plus haut?

Je vais vous brosser un tableau simplifié en offrant des pistes de réponses à trois questions clés.

- Peut-on parler d'opérations commerciales menées selon le « cours normal des affaires » dans le contexte de conflits armés et de « guerres pour le contrôle des ressources naturelles »? Est-ce que les dirigeants de Sociétés sont présumés connaître la situation sur le terrain et être en mesure de prévoir les risques qu'ils encourrent en opérant dans un tel contexte?
- Quelle est la contribution réelle à la guerre qu'apportent les grandes Sociétés commerciales, lorsqu'elles opèrent dans une zone de conflit?
- Quels sont les principes et les concepts du droit pénal international qui permettent la mise en accusation d'un dirigeant de Société pour « complicité » ou « participation » à la perpétration de crimes de guerre?

Question 1: Peut-on parler du « cours normal des affaires » dans le contexte de conflits armés et de « guerres pour le partage des ressources naturelles »? Est-ce que les dirigeants de Sociétés sont présumés connaître la situation sur le terrain et les risques encourus?

Les Sociétés commerciales peuvent prétendre de façon crédible, lorsqu'elles opèrent dans une zone de conflit, que leur intention est purement commerciale. Mais leurs réponses risquent de devenir moins plausibles face à deux autres questions clés qui concernent (i) la connaissance du contexte et (ii) la prévisibilité des risques réels telles que pourrait les évaluer une personne raisonnable.

La plupart des activités commerciales sont menées dans des pays où règne la paix. La « conduite normale des affaires » s'appuie sur un État de droit et sur une réglementation qui protègent les Sociétés commerciales et encadrent leurs activités.

Il est évident que des Sociétés commerciales ne risquent pas d'être mises au banc des accusés pour complicité de crimes de guerre lorsque règne la paix et que l'État de droit prévaut. Là n'est pas la question qui nous occupe ici. La question est plutôt la suivante : Comment une Société opère t'elle dans un environnement lorsqu'il existe un véritable risque que se commette de la violence à grande échelle contre les populations civiles? Que doit-elle faire pour circonscrire ce risque et le limiter?

Dans un contexte de guerre, il n'y a plus d'État de droit. Le régime est soit autoritaire et répressif ou alors l'état est fragilisé et menacé par l'insurrection et la guerre civile. Les opérations commerciales et les marchés ne sont plus réglementés comme ils le sont lorsque prévaut l'État de droit avec son système judiciaire indépendant et sa réglementation.

Prenons l'exemple d'un dictateur militaire qui s'empare du pouvoir lors d'un coup d'état, et dont le cercle intime se partage les revenus provenant de l'exploitation des mines et de l'industrie extractive. La Société commerciale connaît ou est susceptible de découvrir les faits suivants si elle mène une enquête :

- Les revenus perçus grâce à ses opérations commerciales représentent le plus grand apport de revenus d'exportation et de devises étrangères que recueille le pays et surtout la plus grosse portion des revenus publics du pays.
- Ces revenus servent à financer l'armée, la police et peut-être même l'importation illégale d'armes, en violation des sanctions imposées par l'ONU.
- Finalement, l'armée exerce une répression; elle se livre même à des attaques contre la population civile qui devient la principale cible du conflit.

Les mines et les pipelines sont souvent les premiers convoités dans les zones de conflit. D'autres opérations commerciales peuvent aussi devenir la cible d'une région ravagée par la guerre. Pensons à une Société qui transige sur le marché mondial des minerais et qui s'approvisionne à partir de gisements situés au cœur de la zone de guerre.

D'autres types d'industries deviennent également "sensibles" dans ce contexte. Par exemple, un groupe hôtelier est soumis au chantage d'un groupe d'insurgés à qui il paye des redevances sous forme de « taxes » informelles (même illégales), en échange de la mise en place d'un régime de protection. Les fonds ainsi versés permettent aux insurgés de payer leurs membres qui eux se livrent à des actes de nettoyage ethnique dans la région.

Si la Société découvre ce qui se passe sur le terrain elle ne peut plus prétendre qu'elle se livre à des opérations commerciales selon le cours normal des affaires. D'autre part, si les dirigeants de cette grande Société se ferment les yeux sur la situation qui prévaut, on pourra prétendre qu'ils ont fait preuve de négligence car ils avaient une obligation légale de connaître le contexte et ils auraient du prévoir les risques réels auxquels ils s'exposaient.

Dans une telle éventualité, il faudra se poser d'autres questions pour mieux connaître la position de la Société dans cette zone de conflit et évaluer la nature de ses relations commerciales.

La question logique qu'il faut ensuite se poser concerne la contribution réelle de la Société relativement au conflit armé et à la violence commise à grande échelle contre la population civile.

Question 2: Quelle est la contribution réelle des Sociétés commerciales à la conduite de la guerre lorsqu'elles opèrent en zones de conflit?

Lors de la tenue de grands procès pour crimes de guerre, les procureurs et les juges ne s'arrêtent pas à l'analyse des actes physiques posés mais ils veulent comprendre ce qui s'est véritablement passé dans les coulisses. Les enquêtes décortiquent les chaînes de commandement, le rôle des media dans l'incitation et la propagation de la violence. Elles essaient de démonter, pour mieux les comprendre, ce que j'appellerai ici les systèmes qui soutiennent la perpétration de la violence de masse, y compris les systèmes économiques et financiers en place.

Les guerres menées pour le partage des ressources, que je viens de décrire, s'apparentent à de grandes tragédies. Les acteurs de premier plan sont ceux qui donnent des ordres et ceux qui se livrent la bataille. Les Sociétés commerciales sont tout au plus des acteurs de soutien ou perçues comme tels; elles ne sont certainement pas des acteurs de premier plan.

Mais de quel soutien s'agit-il ici?

Dans le cas fictif évoqué plus haut, la question centrale est la suivante: l'apport significatif de revenus à des régimes et à des milices par le biais de transactions commerciales constitue t'il une contribution substantielle responsable de faire durer le conflit et de favoriser la violence à grande échelle?

Comme pénaliste de carrière je peux vous dire que la réponse dépendra des circonstances de chaque affaire, sauf dans les cas où il existe déjà un système onusien et non équivoque de sanctions. Qui plus est, les tests légaux dont nous disposons à l'heure actuelle pour évaluer le caractère criminel de telles contributions ne sont pas clairs et définitifs. Le droit pénal international est un droit nouveau et en devenir. La jurisprudence est en pleine évolution.

Cela me mène à la prochaine question qui s'attarde à décrire les concepts légaux existants.

Question 3: En vertu de quels principes et de quels concepts de droit pénal international peut-on mettre en accusation un dirigeant de Société pour « complicité » ou « participation » à des crimes de guerre?

La réponse juridique est complexe. Elle s'articule autour des concepts épineux que sont les modes de participation qui sous-tendent la perpétration de crimes et ces modes sont nombreux et variés car le droit pénal international offre tout un éventail de possibilités au Procureur du nouveau système de justice internationale.

Les dirigeants de Sociétés commerciales, lorsqu'ils évaluent leurs risques et tentent de les gérer, doivent d'abord comprendre clairement les concepts de « **complicité** » et de « **participation** » tels qu'ils évoluent en droit pénal international.

La criminalité collective: Il ne s'agit pas de criminalité corporative classique. Il s'agit d'évaluer la participation des acteurs économiques à ce que j'appelle « une criminalité collective. »

Les crimes corporatifs se perpètrent à l'intérieur de la sphère de contrôle ou au sein de la hiérarchie de la Société – ils impliquent des actes ou des omissions qui sont le fait direct des employés, des agents, des dirigeants et des directeurs de l'entreprise. On y retrouve par exemple, des pots de vin, des gestes pollueurs, la violation des règles de sûreté, la mise en marché de produits défectueux et les accidents industriels qui surviennent sur les lieux d'opération de l'entreprise.

La complicité (ou participation criminelle) dont il est question en matière de crimes de guerre en est une qui se déclenche par le fait de la criminalité d'autres organisations, notamment par le fait des états, des armées, de la police ou des milices. On peut raisonnablement prétendre que ces crimes sont perpétrés en dehors de la sphère de contrôle ou de la hiérarchie de l'entreprise.

On pointe du doigt les dirigeants de grandes Sociétés commerciales en les accusant de participer, aux côtés d'autres individus et/ou d'organisations, à une criminalité collective de grande envergure – comme on la retrouve en cas de guerres, avec ses actes de pillage, de migration forcée, de travail forcé et de confiscation illégale de biens et de propriété.

La criminalité collective sous-entend aussi que plusieurs incidents se produisent concurremment. C'est une criminalité organisée, menée à grande échelle et systématique; elle vise surtout des populations civiles. Elle est d'une envergure telle qu'elle dépasse les crimes corporatifs, même ceux qui se produisent lors de graves accidents industriels, d'accidents écologiques ou lors de la mise en marché de produits dangereux

Relations commerciales et partenaires d'affaires: Admettons que la Société mène ses opérations dans un cadre commercial légal. Qu'en est-il s'il s'avère que ses partenaires commerciaux se livrent à la perpétration de crimes majeurs, et qu'ils se servent pour ce faire des revenus qui leur proviennent des accords commerciaux qu'ils ont conclus avec la Société ou grâce aux infrastructures, aux services ou aux produits que la Société leur a fournis. Il y aura alors un risque réel qu'on allègue la **complicité** de cette Société relativement à ces crimes. Ainsi on évoquera non pas que la Société a perpétré ces crimes elle-même, directement, mais qu'ils l'ont été grâce à son appui financier ou logistique ou grâce à la fourniture de ses produits ou services. Cette contribution qui devra avoir un caractère substantiel constituera alors une « **participation** » à la réalisation de la criminalité collective.

La question légale qui se pose alors est la suivante: Est-ce qu'une Société est toujours responsable de la conduite répréhensible et/ou des crimes perpétrés par ses partenaires commerciaux et sur lesquels elle n'exerce aucun contrôle effectif? Quel est donc le standard légal qui permet d'établir qu'une **relation commerciale** qui a toutes les apparences de la légalité puisse contribuer à la criminalité et constituer une **participation** ou une **complicité** à ces crimes.

Comme je l'ai évoqué plus haut, **la responsabilité ou la culpabilité par association** est hors limite car elle ne rencontre pas les standards légaux internationaux.

Ceci ne constitue pas la seule réponse d'ordre juridique, loin de là. Les instances pénales internationales ont élaboré, lors de la tenue de procès très complexes pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, toute une panoplie de concepts tels que **le plan commun** et **l'entreprise criminelle commune** afin de pouvoir attribuer une responsabilité de nature pénale à **tous les leaders** de cette criminalité de masse. Les notions de **responsabilité du commandement supérieur** ou d'ordre supérieur et celles **d'aider et d'encourager** (« **aiding and abetting** ») se sont développées et ont également été adaptées pour la circonstance.

Ainsi on relève environ 25 modes de participation, regroupés sous trois grandes rubriques de responsabilité pénale. Tous ces concepts juridiques font partie de l'arsenal d'outils couramment utilisés par les procureurs des instances de la justice pénale internationale qui cherchent à établir la culpabilité du plus grand nombre de responsables des violences et des exactions commises en masse. Certains de ces

concepts font encore l'objet de vifs débats juridiques, telle par exemple la notion de plan commun qu'on essaie d'élargir afin de couvrir diverses situations.

Le temps ne me permet pas de m'attarder sur le sujet. Il n'existe pas encore de réponses claires et tranchées et le débat juridique continue de faire rage mais on peut quand même offrir, à la lumière de tout ce qui précède, un conseil d'ordre pratique aux dirigeants de grandes Sociétés :

« Il faut toujours gérer la conduite des opérations commerciales qui se déroulent à l'intérieur de vos murs. Lorsque vous opérez dans une zone de conflit, il faut faire plus que ce qui est nécessaire normalement. Vous devez vous assurer de gérer avec soin et diligence les relations commerciales que vous entretenez avec les organisations et les leaders qui sont susceptibles de se livrer à des comportements répréhensibles ou même de commettre des crimes. Cela vous oblige à gérer les risques encourus à l'extérieur de l'enceinte de votre entreprise. »

Ce conseil est facile à offrir mais difficile à suivre. Les Sociétés transnationales d'aujourd'hui, opérant dans un monde qui grouille de conflits et où veille une Société civile de plus en plus avisée et sophistiquée, font face à des défis d'envergure tant sur le plan de la gestion que sur le plan légal.