

L’AFFAIRE *KIOBEL*
OU
LES DEFIS DE LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE
DROITS DE L’HOMME

Humberto CANTU RIVERA

Doctorant en Droit

Centre de recherche sur les droits de l’Homme et le droit humanitaire (CRDH)
Université Panthéon-Assas Paris II

Résumé:

Cet article analyse l’arrêt de la Cour Suprême des États-Unis du 17 avril 2013 rendu dans l’affaire *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.* Cette décision judiciaire est désormais le précédent le plus important, au regard de la loi américaine *Alien Tort Statute*, dans le domaine de la responsabilité des entreprises pour leur implication dans des violations des droits de l’Homme. En ce sens, une analyse du précédent *Kiobel* depuis son début sera faite, afin de comprendre le raisonnement de la Cour Suprême à la lumière du droit international contemporain. Finalement, une référence brève sera faite aux récentes affaires *Daimler AG v. Bauman et al.* et *Sarei v. Rio Tinto PLC et al.*, pour tenter de clarifier les perspectives futures de la question des entreprises et des droits de l’homme dans le système judiciaire américain.

Abstract:

This article seeks to analyze the opinion of the Supreme Court in the *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.* case, which became the most important precedent in relation to corporate accountability for involvement in human rights violations under the Alien Tort Statute. Thus, an analysis of the *Kiobel* precedent since its early stages is made, in an effort to dissect the reasoning of the Supreme Court under contemporary international law standards. Finally, a brief reference is made to the *Daimler AG v. Bauman et al.* and the *Sarei v. Rio Tinto PLC et al.* recent cases in an effort to shed some light on what the future might hold for the question of business and human rights before the American judicial system.

L'affaire *Esther Kiobel, Individually and on Behalf of Her Late Husband, Dr. Barinem Kiobel, et al., Petitioners v. Royal Dutch Petroleum Co., et al.*, enrôlée en 2010 sous le numéro de dossier 10-1491 porte sur la complicité alléguée de la compagnie pétrolière Royal Dutch/Shell avec le régime de Sani Abacha au Nigeria entre 1992 et 1995 dans des violations des droits de l'Homme commises dans la région Ogoni du delta du Niger par l'armée nigérienne contre douze défenseurs des droits de l'Homme et de l'environnement. Selon les requérants, ces violations s'insèrent dans le cadre d'une campagne systématique et généralisée de tortures, d'exécutions sommaires, de détentions arbitraires prolongées et d'assassinats, ce qui constituerait des crimes contre l'humanité dans le but d'éradiquer l'opposition des résidents aux opérations pétrolières des entreprises en question¹. Les requérants, de nationalité nigérienne, se sont prévalus de l'*Alien Tort Statute* pour introduire une instance contre les compagnies pétrolières défenderesses devant les juridictions américaines en se fondant sur la présence sur le territoire des Etats-Unis d'Amérique d'un bureau d'affaires de ces sociétés dont le siège social n'est pas établi dans ce pays.

L'*Alien Tort Statute*² (Titre 28 - sur le système et les procédures judiciaires -, § 1350) est une disposition du *United States Code*, en vigueur depuis 1789, qui ouvre un recours aux personnes physiques de nationalité étrangère qui veulent intenter une action en responsabilité civile délictuelle pour la violation de normes de droit international coutumier. Utilisé depuis les années 80 pour intenter des actions concernant la violation des droits de l'Homme à l'étranger³, l'*Alien Tort Statute* est devenu l'un des textes les plus connus dans le monde dans le domaine responsabilité des entreprises en raison de leur implication, directe ou indirecte, dans des actes qui ont eu lieu dans des Etats tiers et qui pourraient être qualifiés de violations graves du droit international – spécifiquement des droits de l'Homme et des crimes internationaux. L'*Alien Tort Statute* constitue un recours interne de responsabilité civile pour traiter des faits qui ont eu lieu à l'étranger et pour obtenir réparation des dommages subis⁴.

¹ Mémoire pour les demandeurs, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, pp. 2-3 (Cour suprême des États-Unis, 6 juin 2011).

² « The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States. ».

³ Voir MOULIER Isabelle, « Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales », *A.F.D.I.*, 2003, pp. 129-164.

⁴ Selon A. Clapham, il n'y a pas de directives en droit international sur la responsabilité civile des entreprises, car les situations qui ont été traitées sont la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité civile des États. Alors, il préfère l'approche des articles sur la responsabilité de l'État de la Commission de droit international, qui laissent la porte ouverte

Malgré les nombreuses actions en justice intentées à l'encontre d'entreprises pour des violations alléguées du droit international, aucune affaire n'a été jugée sur le fond, soit en raison d'accords conclus entre les entreprises et les requérants, soit parce que les tribunaux ont décliné leur compétence. L'action en justice présentée par Esther Kiobel et ses co-requérants contre la Royal Dutch Petroleum et Shell est donc la première à trouver son chemin jusqu'à la Cour suprême des États-Unis, où deux audiences ont été nécessaires pour débattre de l'extraterritorialité et de l'applicabilité de l'*Alien Tort Statute* (ci-après *ATS*) aux entreprises. L'affaire *Kiobel* est d'autant plus remarquable de ce point de vue que des faits similaires commis dans le même contexte ont donné lieu à une action en justice qui n'a pas abouti. En effet, l'affaire *Wiwa*⁵ s'est soldée par un accord entre les parties intervenu au cours du procès. Les entreprises concernées – dont *Royal Dutch Petroleum* – ont versé de très fortes sommes d'argent aux plaignants sans admettre une quelconque responsabilité dans les violations commises par l'armée nigériane en lien avec un projet d'exploration d'hydrocarbures de ces entreprises. L'accord a même été utilisé par les entreprises pour renforcer leur image de compagnies soucieuses de la responsabilité sociale.

L'affaire *Kiobel* est complexe et son cours devant les juridictions américaines a été sinueux. Les requérants ont soutenu que les entreprises peuvent être poursuivies devant les juridictions américaines sur le fondement de l'*Alien Tort Statute* à raison de leur complicité avec le gouvernement nigérian dans la commission de violations des droits de l'Homme comprenant notamment des actes de torture et des traitements inhumains ou dégradants, des arrestations et détentions arbitraires et des crimes contre l'humanité. Devant les deux premiers niveaux de juridiction, la discussion juridique s'est entièrement portée sur la question de l'existence d'une norme internationale coutumière permettant d'engager et de mettre en œuvre, en droit interne, la responsabilité d'entreprises pour violation des droits de l'Homme. Ce n'est que lors de la première audience devant la Cour suprême, en février 2012, qu'a véritablement été abordée la question de la portée extraterritoriale de l'*Alien Tort Statute* et d'autres textes comparables. Lors de la seconde audience, qui s'est tenue en octobre 2012, la Cour suprême a estimé qu'il existe une présomption contre l'extraterritorialité de l'*Alien Tort Statute*. Un lien simple avec le territoire des États-Unis ne suffit pas ; seule l'existence d'un

pour inclure la responsabilité civile individuelle. *Vid.* CLAPHAM Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 262-263.

⁵ L'affaire *Wiwa et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* (No 96-cv-08386, Cour de district pour le district sud de New York) concernait des violations alléguées du droit international à l'encontre des membres du Mouvement pour la Survie du Peuple Ogoni (MOSOP en anglais), où Shell aurait été complice de l'armée nigériane par le biais de la fourniture d'un soutien logistique et de moyens de transport utilisés par l'armée pour l'exécution sommaire de certains membres du MOSOP en raison de leur opposition aux activités d'exploration pétrolière.

lien de rattachement suffisamment fort des faits litigieux avec les Etats-Unis d'Amérique⁶. Il est tout à fait exceptionnel que la Cour suprême procède à deux audiences dans une affaire, se contentant généralement d'une seule. L'organisation d'une seconde audience témoigne de la complexité des questions de droit posées par cette affaire et de l'importance des enjeux tant juridiques que politiques et économiques de cette affaire dans laquelle sont intervenus, à titre d'*amicus curiae*, la Commission européenne, la Haut-Commissaire aux droits de l'Homme des Nations Unies ainsi que le Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU sur la question des droits de l'Homme et des entreprises transnationales. En rejetant la requête de Kiobel et des codemandeurs, la Cour suprême a limité les possibilités d'utiliser l'*ATS* et éloigné les perspectives d'une sorte de compétence universelle à l'égard des violations des droits de l'Homme commises à l'étranger, dans le chef d'étrangers, par des sociétés étrangères. Elle a cependant laissé ouverte la question de savoir ce qu'est un lien de rattachement suffisamment fort. Cet article examine premièrement les questions relatives à la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme et à l'application extraterritoriale des lois américaines, notamment de l'*Alien Tort Statute*, dans les différentes étapes de l'affaire Kiobel (I), pour ensuite analyser l'opinion (arrêt) de la Cour suprême des Etats-Unis et les opinions individuelles et concordantes de ses juges, ainsi que ses effets pour la jurisprudence américaine (II).

I. – Le traitement successif des questions de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'Homme et de l'application extraterritoriale des lois américaines par les juridictions américaines

La Cour d'appel du deuxième circuit⁷ s'est prononcée, le 17 septembre 2010, sur la question de la personnalité juridique des entreprises pour conclure à l'inexistence d'une norme internationale coutumière relative à la responsabilité des entreprises (A.). Les deux audiences tenues par la Cour suprême ont quant à elles porté sur l'applicabilité extraterritoriale de l'*ATS* (B.).

⁶ Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case No. 10-1491, p. 14 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013) : “On these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application”. L'arrêt est disponible en ligne à l'adresse suivante : www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf. Dans son opinion concordante à laquelle se sont joints les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, le Juge Breyer estime que “it would farfetched to believe, based only upon the defendants' minimal and indirect American presence, that this legal action helps to vindicate a distinct American interest, such as in not providing a safe harbor for ‘an enemy of all mankind’”, Opinion individuelle du Juge Breyer rejointe par les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case No. 10-1491, p. 14 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013). Disponible en ligne à la même adresse.

⁷ Pour déterminer le ressort territorial des cours d'appel fédérales, se reporter à www.uscourts.gov/court_locator.aspx.

A. La question de la responsabilité des entreprises et de leur personnalité juridique internationale dans le contexte des droits de l'Homme devant la Cour d'appel du deuxième circuit

La controverse principale dans l'affaire *Kiobel* a eu lieu devant la Cour d'appel du deuxième circuit des Etats-Unis. L'enjeu était de déterminer si l'*Alien Tort Statute* pouvait permettre aux victimes d'entreprendre des actions en justice à l'encontre d'entreprises. Ceci impliquait de se prononcer sur l'existence ou non d'une norme de droit des nations qui prévoit la responsabilité internationale des entreprises pour des violations des droits de l'Homme. Les juges de la Cour d'appel ont estimé que le *Statute* donne compétence aux cours fédérales américaines de district pour statuer sur des instances introduites par des étrangers exclusivement alléguant une « violation du droit des nations ou d'un traité des Etats-Unis » ayant causé des dommages de type civil pouvant donner lieu à réparation (« *a tort* »)⁸. S'appuyant sur le précédent de l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, la Cour d'appel estime que lorsqu'une instance fondée sur l'ATS porte sur une violation du droit des nations, qu'elle assimile au droit international coutumier, la compétence des juridictions fédérales est limitée aux affaires dans lesquelles est alléguée une violation d'une norme internationale suffisamment précise (« *specific* »), universelle et obligatoire⁹. La Cour d'appel estime que les des actions en responsabilité civile délictuelle contre des entreprises ne sont pas recevables au motif que ces dernières sont dépourvues de la personnalité juridique internationale. Pour la Cour d'appel en effet, le droit international n'est applicable qu'aux États et aux personnes physiques, et non pas aux « *companies* » ni aux « personnes morales de droit privé »¹⁰. Ce faisant, la Cour d'appel du deuxième circuit, par sa décision rendue le 17 septembre 2010, a confirmé la décision de la Cour de district pour le district sud de New York (première instance) ayant rejeté les arguments des demandeurs qui soutenaient que les entreprises pouvaient être poursuivies en raison de leur complicité avec le gouvernement

⁸ A tort is a civil wrong which can be redressed by awarding damages, selon la définition disponible sur le site du *Legal Information Institute* de la *Cornell University Law School* : www.law.cornell.edu/wex/tort.

⁹ "Plaintiffs assert claims for aiding and abetting violations of the law of nations against defendants – all of which are corporations – under the Alien Tort Statute (...) a statute enacted by the first Congress as part of the Judiciary Act of 1789. We hold, under the precedents of the Supreme Court and our own Court over the past three decades, that in ATS suits alleging violations of customary international law, the scope of liability – who is liable for what – is determined by customary international law itself. Because customary international law consists of only those norms that are specific, universal, and obligatory in the relations of State *inter se*, and because no corporation has ever been subject to *any* form of liability (whether civil or criminal) under the customary international law of human rights, we hold that corporate liability is not a discernable – much less universally recognized – norm of customary international that we may apply pursuant to the ATS" (italiques dans l'original). Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 06-4800-cv, 06-4876-cv, pp. 1-2 (Cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 17 septembre 2010). Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/6ff262ef-7f1a-4ac8-9dfe-d87e1d668997/4/doc/06-4800-cv_opn.pdf.

¹⁰ Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 06-4800-cv, 06-4876-cv, pp. 48-49 (Cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 17 septembre 2010).

nigérian, pour des violations des droits de l'Homme¹¹ équivalent à des crimes contre l'humanité, torture et traitements inhumains et dégradants et des détentions et arrestations arbitraires.

La Cour d'appel pour le deuxième circuit a tenu compte de considérations importantes tirées du droit international dans son raisonnement. Son analyse de la question posée par les faits de l'affaire *Kiobel* repose sur l'examen de deux questions : premièrement, quel *corpus juris* doit être utilisé pour résoudre la question posée devant elle ? Deuxièmement, quel est l'état actuel du droit international concernant la responsabilité juridique (« *liability* ») des entreprises pour des violations du droit international coutumier ?

Les réponses à ces deux questions étaient assez claires pour la Cour d'appel : le droit applicable pour déterminer le type de questions qui ont été introduites devant le système judiciaire américain par le biais de l'*Alien Tort Statute* est le droit international coutumier qui, en vertu de la loi américaine, est utilisé pour la résolution des questions issues du « droit des nations »¹². Une fois le cadre normatif applicable à ce type d'affaires défini, la question était la suivante: si le droit applicable est le droit coutumier, la Cour doit regarder la substance de cette source juridique pour déterminer si cette question a été traitée par le droit international coutumier, et si c'est le cas, quelles sont les indications ou tendances de ce corpus normatif à cet égard.

La Cour d'appel a divisé sa recherche en trois parties : la première concerne les statuts et la jurisprudence des juridictions internationales pénales, la deuxième les traités internationaux, et la troisième partie, les travaux de la doctrine relatifs à la responsabilité des entreprises en droit international. La Cour a ainsi suivi dans la détermination du droit international applicable l'ordre établi à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

¹¹ *Inter alia* des violations des droits à la vie, à la liberté, à la sécurité, à la liberté d'association, de propriété, d'exécutions sommaires et d'exiles forcés.

¹² « We conclude... that international law, and not domestic law, governs the scope of liability for violations of customary international law under the ATS » Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 06-4800-cv, 06-4876-cv, p. 17 (Cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 17 septembre 2010). Le concept de « droit des nations » (« law of nations ») est une construction juridique qui n'a pas la même définition que celle, plus moderne, de droit international. Ce concept fait référence de manière spécifique au droit substantiel et procédural existant entre les nations civilisées aux 18^{ème} et 19^{ème} siècles. Selon Morley, « ...the phrase "law of nations" [...] is a term of art that is not synonymous with international law. [...] it refers to principles in certain well-defined areas that govern interactions among foreign countries and foreign nationals. [...] Because the law of nations is rooted in natural law, its substantive content was understood by the Framers as being immutable. While modern-day treaties and evolving international norms are important parts of *international law*, they cannot expand the scope of the *law of nations*. » Thus, « ...the most faithful modern analogue of this concept is neither international law as a whole, nor customary international law, but *jus cogens* norms. » MORLEY Michael T., « The Law of Nations and the Offenses Clause of the Constitution: A Defense of Federalism », *Yale Law Journal*, vol. 112, 2002, p. 113. Voir DE VATTEL Emer, *The Law of Nations*, Londres, G.G. and J. Robinson, 1787, pp. lv-lviii pour les idées originales de ce concept [« Whence, as this law is immutable, and the obligations that arise from it necessary and indispensable, nations can neither make any changes in it by their conventions, dispense with it in their own conduct, nor reciprocally release each other from the observance of it. »].

S'agissant de la jurisprudence des juridictions internationales pénales, la Cour d'appel s'est tout d'abord référée aux jugements du Tribunal militaire international de Nuremberg¹³. Prenant en compte le cas d'*IG Farben*, la Cour a souligné que le Tribunal avait relevé que l'entreprise défendresse ne pouvait pas être tenue pour responsable ou être assujettie à une responsabilité pénale pour sa contribution dans la commission des crimes contre l'humanité et génocide. En effet, le Tribunal avait fait remarquer que IG Farben n'avait pas été assignée et les actes auxquels l'entreprise avait contribué avaient été commis par des personnes physiques ; par conséquent, seule la responsabilité pénale de ces dernières pouvaient être engagées¹⁴. Abordant ensuite les juridictions pénales internationales postérieures à la seconde guerre mondiale, la Cour d'appel fédérale a noté que les statuts des tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda n'envisagent pas la responsabilité internationale pénale des personnes morales. En effet, le Conseil de sécurité qui a adopté ces statuts n'a pas retenu l'approche du Statut de Londres du Tribunal militaire international qui établissait que des groupes ou organisations pouvaient être qualifiées de « criminelles »¹⁵.

Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a été développé dans le même sens, car même si la délégation française a proposé l'inclusion d'une compétence à l'égard des personnes morales¹⁶, la notion a été complètement rejetée. La Cour d'appel a conclu dans cet esprit que la jurisprudence et les statuts des tribunaux pénaux internationaux, qui auraient compétence directe pour connaître des cas de complicité pour des violations graves des droits de l'Homme, n'ont pas inclus les personnes morales de droit privé. Pour cette raison, l'argument de l'existence d'une norme de droit international coutumier ou d'un principe général du droit international reconnaissant l'existence d'une responsabilité pénale internationale des entreprises pour leur participation en qualité de complices à des violations des droits de l'homme n'aurait pas de fondement juridique textuel ni jurisprudentiel.

¹³ Tout en précisant qu'aucun tribunal international n'a déterminé la responsabilité d'une entreprise pour une violation du droit international, spécifiquement du droit international coutumier. (« ...no international tribunal of which we are aware has ever held a corporation liable for a violation of the law of nations. ») Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 06-4800-cv, 06-4876-cv, p. 27 (Cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 17 septembre 2010).

¹⁴ La Cour d'appel, en analysant la jurisprudence du Tribunal, a remarqué qu'il n'a pas estimé que l'entreprise IG Farben pouvait être tenue comme responsable pénalement : « In issuing its judgment, the tribunal pointedly observed that "the corporate defendant, Farben, is not before the bar of this Tribunal and cannot be subjected to criminal penalties in these proceedings." » *Ibid.*, p. 30.

¹⁵ Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire (Londres, 8 août 1945) : « Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle » (article 9 § 1) Sur l'affaire IG Farben, voir JESSBERGER Florian, « On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity. IG Farben on Trial », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, pp. 783-802.

¹⁶ Voir le document A/CONF.183/C.1/L.3 (16 juin 1998) disponible en ligne à l'adresse suivante : www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc21523.pdf.

Le droit international ne prévoit que la responsabilité pénale de caractère individuel, excluant les entreprises de ce domaine.

En deuxième lieu, la Cour d'appel du deuxième circuit a exposé ses considérations par rapport aux traités internationaux. A cet égard, la Cour américaine a considéré que même si quelques traités ou conventions spécialisés, comme dans le domaine du droit de la mer ou de la lutte contre la corruption, prévoient l'existence d'une responsabilité spécifique des entreprises au niveau international – et pourraient ainsi avoir des effets indirects sur la protection des droits fondamentaux –, aucun de ces traités n'a comme objectif spécifique la protection des droits de l'Homme¹⁷.

En troisième et dernier lieu, la Cour d'appel a fait le point sur les travaux de la doctrine de droit international. A cet égard, la Cour a estimé que même si la doctrine a grandement contribué au développement de la question de la responsabilité des entreprises en matière des droits de l'Homme, ce développement est orienté principalement sur des questions de *lege ferenda* et non de *lege lata*¹⁸ ; et que jusqu'à présent, le droit coutumier ne reconnaît pas la responsabilité des entreprises pour violations du droits des nations ou des normes coutumières¹⁹.

Partant du constat, que le droit international connaît la responsabilité pénale des personnes physiques, la Cour d'appel a conclu que l'absence de responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'Homme sur la base du droit international coutumier n'est pas une question d'immunité pour les entreprises mais simplement la conséquence d'un consensus de la communauté internationale des Etats sur l'inexistence de toute responsabilité internationale des personnes morales de droit privé. Finalement, la Cour d'appel du deuxième circuit, s'inscrivant dans la lignée des précédents des juridictions fédérales américaines a jugé que le droit international coutumier étant dépourvu de

¹⁷ En ce sens, la Cour de deuxième instance des États-Unis a jugé que: « Although those treaties suggest a trend towards imposing corporate liability in *some special* contexts, no trend is detectable outside such narrow applications in specialized treaties, and there is nothing to demonstrate that corporate liability has yet been recognized as a norm of the customary international law of human rights. » Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al*, No. 06-4800-cv, 06-4876-cv, p. 39 (Cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 17 septembre 2010)

¹⁸ La Cour d'appel, en rappelant la jurisprudence issue des affaires *Sosa* (2004) et *The Paquete Habana* (1900) de la Cour Suprême des États-Unis, a considéré que les travaux des publicistes peuvent constituer une source importante du droit international coutumier, mais qu'elle est utilisé par les tribunaux pour déterminer ce que le droit est à un moment donné, et non pour connaître les spéculations académiques de ses auteurs. *Ibid.*, p. 40.

¹⁹ J. Crawford s'exprime de la même manière, tant dans ses réflexions académiques que dans ses participations devant les tribunaux : « It is also very doubtful whether 'multi-national corporations' are subjects of international law for the purposes of responsibility, although steps are being taken to develop codes and norms calling for voluntary adherence to human rights and other norms by multinational corporations. » CRAWFORD, James, « The System of International Responsibility », in CRAWFORD James, PELLET Alain & OLLESON Simon (Eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 19. Voir aussi la déclaration de James Crawford dans l'affaire *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, No. 07-0016, par. 10 (Cour d'appel du deuxième circuit, 22 janvier 2009).

toute norme applicable aux entreprises en matière de droits de l'Homme, la requête présentée par les demandeurs était dépourvue de fondement et l'a rejetée pour incompétence *ratione materiae*²⁰.

Malgré la décision prise par la Cour d'appel du deuxième circuit, le pourvoi des demandeurs (*certiorari*²¹) a cependant permis à la plainte d'arriver jusqu'à la Cour suprême pour qu'elle statue sur la portée et l'utilisation de l'*Alien Tort Statute* en tant que voie de droit pour les victimes de violations des droits de l'Homme.

B. Changement de position : de l'analyse de la personnalité juridique et de la responsabilité à la question de l'application extraterritoriale des lois nationales devant la Cour suprême

L'affaire fut examinée par la Cour suprême après que celle-ci eût autorisé le *certiorari*. L'analyse de la personnalité juridique et de la responsabilité internationale semblait un exercice difficile pour la haute juridiction, eu égard aux implications politiques importantes d'une telle affaire, tant dans la sphère interne que sur la scène internationale.

La Cour suprême a fixé au 28 février 2012 la date de l'audience pour l'affaire *Kiobel*. Lors de cette audience, il a été question de savoir si la responsabilité civile délictuelle des sociétés dans le cadre de l'ATS est une question de fond ou de compétence, et si les entreprises peuvent être tenues pour juridiquement responsables de violations des droits de l'homme selon ce même texte²². Les trois

²⁰ Cependant, le raisonnement du Juge de Circuit Pierre Leval dans cette affaire était sans doute assez intéressant, particulièrement grâce à une position plus favorable sur l'application générale du droit international, ainsi qu'à une réflexion sur les effets négatifs qu'une résolution en faveur des entreprises défenderesses portera atteinte aux droits de l'homme et les recours juridiques existantes. Voir l'Opinion individuelle du Juge Leval, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 06-4800-cv, 06-4876-cv, p. 40 (Cour d'appel du deuxième circuit, arrêt du 17 septembre 2010), pp. 51-138 ; voir également sa contribution : LEVAL Pierre N., « The Long Arm of International Law : Giving Victims of Human Rights Abuses Their Day in Court », *Foreign Affairs*, vol. 92, n° 2, mars/avril 2013, pp. 16 et ss. D'autre part, la Cour d'appel de Versailles est arrivée à la même conclusion que la Cour d'appel du Deuxième circuit des États-Unis, dans son analyse de l'affaire du *Tramway de Jérusalem* : « Or, en l'occurrence, la seule réunion des différents éléments de soft law cités, ne permet pas de retenir que les conditions d'existence d'une règle coutumière consacrant la "responsabilité générale des entreprises transnationales pour violation des Droits de l'Homme" sont réunies [...] En l'absence de preuve d'une telle règle coutumière, les normes internationales dont la violation est invoquée par l'OLP sont inopposables aux sociétés françaises Alstom, Alstom Transport et Veolia Transport. », Cour d'appel de Versailles, arrêt du 22 mars 2013, *Association France-Palestine Solidarité et al c. Société Alstom Transport SA et al*, n° 11/05331.

²¹ « A word from Law Latin, meaning "to be more fully informed." If an appellate court has the power to review cases at its discretion, certiorari is the formal instrument by which that power gets used : A writ of certiorari orders a lower court to deliver its record in a case so that the higher court may review it. The U.S. Supreme Court uses certiorari to pick most of the cases it hears. » Voir Legal Information Institute, *Certiorari*, disponible sur le site : www.law.cornell.edu/wex/certiorari.

²² Plus précisément, les questions étaient au nombre de deux, à savoir : « 1. Si la question de la responsabilité civile délictuelle des entreprises dans le cadre du Alien Tort Statute (« ATS »), 28 U.S.C. § 1350, est une question de fond, comme elle a été traitée par tous les tribunaux avant la décision ci-dessous, ou une question de compétence en la matière, comme la Cour d'appel a tenu pour la première fois. 2. Si les sociétés sont à l'abri de la responsabilité délictuelle pour violations du droit des nations, telles que la torture, les exécutions extrajudiciaires ou le génocide, comme la décision de la

intervenants lors de l'audience (les demandeurs, les entreprises défenderesses et le gouvernement américain) ont clarifié leurs positions sur la question principale, en premier lieu, ainsi que sur quelques points relatifs à la question de l'extraterritorialité.

Pour commencer, le représentant des demandeurs a invoqué deux arguments : premièrement, que l'action en justice était fondée sur des normes internationales des droits de l'Homme qui sont définies par les actes et non par les sujets qui les ont commis, ce qui implique que le caractère de personne physique ou morale du sujet n'empêche pas l'attribution de responsabilité²³. Le deuxième argument insistait sur le fait que le droit international utilise les tribunaux et lois nationales comme outils pour l'application et la réalisation du droit international, en raison de l'inexistence en droit international d'organes dotés la compétence matérielle pour connaître de ce type d'affaires.

Pour sa part, l'avocate des entreprises défenderesses a soutenu que le droit international coutumier n'a pas reconnu l'existence d'une norme qui imposerait une responsabilité aux entreprises pour leur participation en tant que complice ou responsable direct de violations des droits de l'Homme. Elle a également fait référence au mandat de John Ruggie, ancien Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des entreprises transnationales et autres entreprises, soulignant que celui-ci a reconnu qu'en l'état actuel du droit international, il n'existe pas de base juridique pour la détermination de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme²⁴.

Enfin, le représentant du gouvernement américain dans cette audience a appuyé la cause des demandeurs, mais a dûment noté que l'analyse de l'affaire était en train d'être transformée dans l'audience même, en passant de la détermination de l'applicabilité de l'*Alien Tort Statute* aux entre-

Cour d'appel l'a jugé, ou si les entreprises peuvent être poursuivies de la même manière que toute autre partie défenderesse privée sous l'ATS pour de telles violations flagrantes, comme l'onzième circuit a explicitement tenu. »

²³ Toutefois, le droit international n'a pas encore reconnu l'attribution de responsabilité juridique directe aux entreprises pour violations des droits de l'homme. Pour des opinions en ce sens, voir ALSTON Philip & GOODMAN Ryan, *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 98; CHIRWA Danwood Mzikenge, « State Responsibility for Human Rights », in BADERIN Mashood A. & SSENIONJO Manisuli (Eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, Surrey, Ashgate, 2010, p. 403.

²⁴ Il faut mentionner que J. Ruggie, dans un *amicus curiae* présentée devant la Cour suprême, a clarifié sa position à cet égard : « Il a réfuté l'argument selon lequel l'inexistence actuelle d'un organe international qui pourrait juger la responsabilité des entreprises pour la commission des crimes internationaux signifie que cette responsabilité n'existe pas, en soulignant que 'même si l'absence d'un mécanisme international de responsabilité n'a pas empêché la responsabilité individuelle pour des crimes internationaux dans le passé, elle n'empêche pas non plus l'apparition d'une responsabilité des entreprises dans l'actualité. » Voir *Amicus curiae* de John Ruggie, Philip Alston et la Global Justice Clinic de l'École de droit de l'Université de New York, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 7 (Cour suprême des États-Unis, 12 juin 2012).

prises à la question de l'application extraterritoriale des lois nationales²⁵. L'audience a affecté la direction que l'affaire prenait, car cinq jours après, la Cour suprême a déterminé que les parties au litige devaient présenter de nouveaux mémoires touchant à la question de l'extraterritorialité, en abordant si et dans quelles circonstances l'ATS permet aux tribunaux de reconnaître une action en justice pour la violation du droit des nations qui a eu lieu sur le territoire d'un État souverain autre que les États-Unis. La Cour suprême des États-Unis a ainsi fixé au 1^{er} octobre 2012 la deuxième audience, ce qui a permis à de nombreux *amici curiae* de présenter des mémoires supplémentaires à la Cour.

Lors de la deuxième audience, la question principale était d'abord la portée extraterritoriale des lois américaines – plus particulièrement de l'*Alien Tort Statute* –, et subsidiairement la question de l'applicabilité de cette loi aux entreprises. Concernant l'extraterritorialité, l'avocat des demandeurs, Paul Hoffman, s'est focalisé sur trois points²⁶. Il a d'abord fait valoir que ce sont les tribunaux nationaux qui appliquent le droit international et que ce sont eux qui décident de l'extension de son application dans leur juridiction. Il a ensuite soutenu que la communauté internationale a une compétence universelle en raison du statut de *jus cogens* de certaines normes de droits de l'Homme et de l'intérêt des États à garantir leur protection, sans compter que l'*Alien Tort Statute* constitue l'exercice d'une compétence juridictionnelle qui permet de créer un forum où les plaintes basées sur le droit international peuvent être résolues. Enfin, le conseil des demandeurs a rappelé que la position de la Commission européenne, exprimée dans son mémoire d'*amicus curiae* du 12 juin 2012²⁷ selon laquelle la compétence universelle civile est conforme au droit international à condition qu'elle soit exercée dans les mêmes limites que la compétence universelle pénale. Dans son mémoire, la Commission européenne a considéré qu'un recours exercé dans le cadre de l'ATS fondé sur la compétence universelle doit servir uniquement à offrir une réparation de type civil (« *civil remedies* ») aux victimes d'actes criminels répugnants de portée universelle (« *repugnant criminal acts of universal concern* »)²⁸. De plus, le conseil des demandeurs a fait valoir que si la Cour su-

²⁵ « The question of extraterritorial application is distinct from the question of whether a corporation can be held liable. » Voir Transcription de l'audience, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 22 (Cour suprême des États-Unis, audience du 28 février 2012)

²⁶ Voir la transcription de l'audience, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, pp. 56-57 (Cour suprême des États-Unis, audience du 1^{er} octobre 2012). Disponible à l'adresse suivante : www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/10-1491rearg.pdf.

²⁷ *Amicus curiae* de la Commission européenne en représentation de l'Union européenne en soutien d'aucune partie, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 17 (Cour suprême des États-Unis, 13 juin 2012). Disponible à l'adresse suivante : www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_neither_amcu_eu_authcheckdam.pdf.

²⁸ Dans la conclusion de son mémoire d'*amicus curiae*, la Commission européenne invite la Cour suprême des États-Unis à considérer que « the United States may exercise prescriptive jurisdiction to reach claims based on extraterritorial conduct where the defendant is a United States national or the conduct implicates United States security interests of funda-

prême accepte la compétence universelle civile, elle devrait également accepter ce qu'il a appelé, d'une manière obscure, l'opposition internationale et l'épuisement des voies de recours internes. En réalité, le conseil des demandeurs voulait appuyer le fait que le Nigeria, sur le territoire duquel se sont déroulés les faits litigieux, n'est pas intervenu dans l'affaire et que ni le Royaume-Uni ni les Pays-Bas, Etats de nationalité des sociétés défenderesses, n'ont jamais demandé que cette affaire soit invalidée sur la base de considérations de politique étrangère. En d'autres termes, le conseil des demandeurs voulaient souligner que ni l'Etat territorial ni les Etats qui auraient pu se prévaloir d'une compétence personnelle active n'ont été les auteurs d'une « opposition internationale » au sens où il l'entend.

En défense de Royal Dutch Petroleum et Shell, leur conseil, Kathleen Sullivan, a fait allusion à l'« objection » à la notion de compétence civile universelle²⁹ que les États-Unis ont faite dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants³⁰. Selon le conseil des entreprises mises en cause, qui n'a pas utilisé la terminologie appropriée du droit international et qui a développé son argument de manière approximative, les Etats-Unis auraient émis cette « objection » de peur que, s'il était possible qu'une juridiction fédérale américaine puisse juger n'importe quelle personne accusée d'avoir violé « le droit des nations » quel que soit l'endroit où aurait eu lieu cette violation, les autres nations puissent faire de même aux Etats-Unis, autrement dit aux personnes accusées d'avoir violé le droit des nations aux Etats-Unis³¹.

mental importance. In addition, the United States can assume universal jurisdiction over a narrow category of the most grave international law violations involving conduct of universal concern so long as the ATS claimant demonstrates that those States with a nexus to the case are unwilling or unable to provide a forum and no international remedies are available » La Commission européenne ajoute que « the ATS's extraterritorial reach is consistent with international law provided that the statute's coverage of conduct occurring in the territory of another sovereign implements these constraints. In doing so, extraterritorial applications of the ATS not only respect principles of comity but also ensure that courts remain open to claimants who might otherwise be subject to a denial of justice. » *Ibid.*, p. 36.

²⁹ Shell soutient que l'*Alien Tort Statute* n'est pas un fondement valide pour l'exercice d'une compétence universelle, car les États ont seulement donné leur consentement à la compétence pénale universelle, mais pas à la compétence civile universelle. Néanmoins, le Statut de Rome a établi dans son article 75.2 qu'une personne déclarée coupable peut être condamnée à payer les réparations appropriées, y compris la restitution, compensation et réhabilitation, ce qui ajoute dans le principe de compétence universelle un élément civil qui est destiné à réparer les préjudices infligés par l'*actus reus*. Par exemple, la CPI a jugé dans son premier arrêt que la peine devrait être accompagnée d'une indemnisation en faveur des victimes ; néanmoins, en raison de la position économique de Thomas Lubanga, cela n'était pas possible (Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, ICC-01/04-01/06, 7 août 2012, §§ 131, 289.b) Si, comme dans le cas d'espèce, le défendeur est une personne morale concluant des opérations commerciales transnationales, une réparation serait plus probable – et le principal type de redressement qui pourrait être accordé aux victimes, en raison de la difficulté matérielle d'imposer des sanctions pénales aux entreprises.

³⁰ Voir la transcription de l'audience du 1^{er} octobre 2012, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 27 (Cour suprême des États-Unis, audience du 1^{er} octobre 2012)

³¹ L'article 14 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements inhumains, cruels ou dégradants de 1984 dispose dans son paragraphe premier que « Tout Etat partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation ». Les Etats-Unis d'Amérique qui ont assorti la ratification de cette convention d'une longue liste de réserves en ont formulé une précisément sur l'article 14 dans laquelle ils

De même, elle a soutenu que si la Cour acceptait la compétence des juridictions fédérales des États-Unis sur le fondement de l'*Alien Tort Statute*, elle risquerait d'appliquer le droit des États-Unis aux pays tiers, donc en dehors de sa compétence territoriale, pour des actions relevant au contraire de la compétence de ces États, ce qui pourrait potentiellement provoquer des frictions diplomatiques avec eux. Les entreprises défenderesses ont ainsi soutenu que l'*Alien Tort Statute* ne doit pas être appliqué aux actes ayant eu lieu à l'étranger en l'absence d'un lien de rattachement clair avec les États-Unis comme la nationalité de l'entreprise³².

Certains juges à la Cour suprême ont fait des remarques importantes à l'occasion des questions posées aux avocats concernant leur interprétation de l'affaire *Kiobel* et du droit international des droits de l'Homme en général. En premier lieu, le juge Scalia a affirmé que les tribunaux nationaux ont le droit de décider de ce qui constitue une violation du droit international quand cette violation a lieu sur leur territoire national, en faisant allusion à l'ingérence excessive de l'*Alien Tort Statute* et des lois américaines dans les États tiers, où les États-Unis ne seraient pas en position de déterminer si les actions constituaient une telle violation ou non³³.

La juge Sotomayor, quant à elle, semble avoir adopté une position plus favorable à une approche casuistique concernant la compétence universelle – une position partagée par la Commission européenne dans son *amicus curiae*³⁴ – en affirmant que les tribunaux américains pourraient jouer un rôle de 'forum par nécessité' lorsqu'un étranger a préalablement utilisé, en vain, la totalité des voies de recours internes et internationales à sa disposition pour obtenir de la réparation pour les dommages subis. Cependant, elle a aussi remarqué que dans l'affaire *Kiobel* l'épuisement des voies de recours internes n'a pas eu lieu, ce qui empêcherait la compétence des tribunaux américains³⁵.

considèrent que l'obligation de l'Etat partie de garantir aux particuliers « le droit d'exercer une action en dommages-intérêts » se limite aux seuls actes de torture ayant été commis sur un territoire relevant de sa juridiction. Voir treaties.un.org.

³²Voir la transcription de l'audience du 1^{er} octobre 2012, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al*, No. 10-1491, pp. 23, 27 (Cour suprême des États-Unis, audience du 1^{er} octobre 2012)

³³ Cf. ERB Nicole et PELL Owen, « *Kiobel's New Focus on Extraterritoriality under the Alien Tort Statute Could Put Resolution of the Corporate Liability Issue Indefinitely Out of Reach* », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 43, n° 4, été 2012, p. 1074, sur une probable limitation de la portée de l'ATS dans ces cas sans un rattachement fort aux États-Unis.

³⁴ *Amicus curiae* de la Commission européenne en représentation de l'Union européenne en soutien d'aucune partie, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al*, No. 10-1491, pp. 4-5 (Cour suprême des États-Unis, 13 juin 2012).

³⁵ Transcription de l'audience, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al*, No. 10-1491, pp. 13-14 (Cour suprême des États-Unis, audience du 28 février 2012).

À propos de l'applicabilité de l'*Alien Tort Statute* aux entreprises, la discussion s'est concentrée, d'une part, sur les liens entre le droit international pénal et le droit international des droits de l'Homme, et d'autre part, sur l'incompétence de Cour pénale internationale à l'égard des entreprises et des personnes morales de droit privé en général. La référence principale sur ce point a été faite en relation avec la Convention contre la torture par le juge Breyer, qui a essayé d'établir le lien avec la torture exécutée par une entreprise sous le régime de la Convention, pour ensuite abandonner ses efforts après avoir reconnu que cet instrument international n'aborde pas la question de la responsabilité des entreprises, mais seulement celle des États.

En résumé, la deuxième audience a eu comme sujet principal la question de l'extraterritorialité posée par l'application de l'*Alien Tort Statute*, à propos de laquelle les parties intervenantes et les juges de la Cour suprême ont fait référence à divers principes de droit international. Les plus remarquables étaient que chaque État décide de ce qui constitue une violation du droit international si les actes ont eu lieu sur leur territoire, ainsi que de la manière de traiter la question judiciairement, mais que l'État serait limité si les actes n'ont pas été commis sur son territoire ; que dans les cas où la justice ne peut être assurée par l'État qui aurait normalement la responsabilité de poursuivre les atteintes aux droits de l'homme, un forum par nécessité pourrait se constituer dans un autre État, pour autant qu'il respecte et applique les règles substantielles et procédurales issues du droit international. En outre, l'argument sur la présomption contre l'application extraterritoriale des normes a été établi comme étant le standard applicable aux cas sans lien étroit avec les États-Unis et leurs intérêts, particulièrement si ces normes ne disposent pas de manière explicite qu'elles ont été conçues pour être appliquées aux actes ou personnes ne relevant pas de la juridiction et compétence des États-Unis. Certes certains de ces points ont aussi été utilisés pour montrer que la loi américaine était ou non applicable aux entreprises ; néanmoins, ce débat a été moins proéminent que la discussion sur l'extraterritorialité.

II. – L'opinion de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kiobel* et ses implications

Le 17 avril 2013, la Cour suprême des États-Unis a finalement publié son *opinion*³⁶ dans l'affaire *Kiobel et al v. Royal Dutch Petroleum et al.*, plus de six mois après la deuxième audience. D'une part, l'opinion de la Cour n'était pas favorable au fait de tenir les entreprises pour responsables pour des violations des droits de l'Homme (A.) ; se sont exprimés en ce sens tant la majorité que

³⁶ Ce terme est utilisé comme synonyme de décision; toutefois, en droit américain, seulement les cours de district (première instance) rendent des jugements ou ordres, tandis que les cours d'appel (deuxième instance) et la Cour suprême rendent des « opinions ».

quelques juges dans leurs opinions individuelles (B.). D'autre part, l'*opinion* rendue par la Cour pose une véritable limite à la portée et pour l'utilisation de l'*Alien Tort Statute* dans le futur, ainsi que pour les victimes des violations des droits de l'Homme à l'échelle mondiale. Toutefois, l'*opinion* de la Cour n'ayant été suffisamment claire, elle a laissé une porte entrouverte pour les victimes, laquelle continue à être exploitée dans les affaires post-*Kiobel* (C.).

A. L'*opinion* de la Cour suprême

Le 17 avril 2013 a marqué un vrai changement dans la possibilité d'utiliser l'*Alien Tort Statute* comme recours de type civil pour demander la réparation pour la participation des entreprises dans la commission de violations des droits de l'Homme. D'abord, la Cour suprême des États-Unis a jugé dans son « syllabus » que « la présomption contre l'extraterritorialité est applicable aux réclamations sous l'ATS, et [que] rien dans la loi ne réfute cette présomption »³⁷. De cette façon, elle a considérablement réduit la possibilité d'entendre des réclamations pour violations graves du droit international coutumier, notamment des droits de l'Homme, sauf si ces violations ont un lien explicite, clair et direct avec les États-Unis.

Pour arriver à ce résultat, la Cour suprême s'est d'abord appuyée sur le précédent *Morrison* de 2010, pour affirmer le principe général que « quand une loi n'indique pas clairement qu'elle a une application extraterritoriale, elle n'en a pas »³⁸ ; autrement dit que l'application extraterritoriale d'une loi fédérale américaine ne se présume pas et résulte de la volonté expresse du législateur. La Cour a estimé que ce précédent était important pour éviter des frictions diplomatiques avec d'autres États, ainsi que pour éviter que les entreprises américaines soient soumises au même traitement par d'autres puissances économiques sur le fondement de la réciprocité. Appliquant ce principe à la loi invoquée en l'espèce, la Cour a argué qu'il n'y a aucune indication dans l'*Alien Tort Statute* qui montrerait l'existence d'une intention d'application extraterritoriale, même si elle contient des références claires à la « loi des nations » et aux « étrangers ». En ce sens, elle a confirmé le précédent

³⁷ Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 1 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013). Sur les origines de la présomption contre l'extraterritorialité, voir COLANGELO Anthony J., « The Alien Tort Statute and the Law of Nations in *Kiobel* and Beyond », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 44, 2013, p. 1331-1333. [« The presumption is a canon of statutory construction intended to capture Congress's intent that statutes ordinarily do not apply outside U.S. territory unless Congress affirmatively indicates extraterritorial application. »]

³⁸ Opinion, *Morrison et al. v. National Australia Bank Ltd. et al.*, No. 08-1191, p. 6 (Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2010). Cf. COLANGELO Anthony J., « The Alien Tort Statute and the Law of Nations in *Kiobel* and Beyond », *loc. cit.*, p. 1331 [« Specifically, the ATS does affirmatively indicate extraterritorial application by expressly invoking "the law of nations." That law comprises both substantive and jurisdictional principles, and Congress intended the ATS to comprise these principles as well. »]

Morrison dans son analyse de la question de l'extraterritorialité de l'ATS dans l'affaire *Kiobel*, même si, ce faisant, la Cour suprême a avancé certains arguments peu convaincants.

En effet, dans l'affaire *Morrison*, la Cour avait posé la présomption contre l'extraterritorialité des lois fédérales américaines prescriptives – c'est-à-dire qui posent des normes primaires –, en l'absence de volonté expresse du Congrès³⁹. Par ailleurs, elle avait affirmé dans l'affaire *Sosa* précitée que l'ATS est une loi adjudicative, autrement dit procédurale. Dans la présente affaire, la Cour mêle dans son opinion les deux affirmations et applique la présomption contre l'extraterritorialité des lois prescriptives à une loi adjudicative, l'ATS⁴⁰. De plus, alors que la présomption a été établie à propos du droit américain, la Cour semble oublier que l'ATS offre un recours aux victimes se plaignant de violations non pas du droit américain, mais du droit des nations ou des traités auxquels sont partie les États-Unis. Pour la juridiction suprême américaine, la seule manière de dépasser le seuil posé par la présomption contre l'application extraterritoriale d'une loi domestique serait que ladite loi indique clairement l'objectif ou l'intention d'être applicable aux actes commis en dehors de la juridiction territoriale américaine. Or elle a considéré que l'*Alien Tort Statute* n'exprime pas clairement cette intention. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a pris en compte le texte, l'histoire et les objectifs de la loi. S'agissant du texte, elle a estimé qu'une interprétation grammaticale ne permet pas d'estimer clairement que l'esprit de la loi la rendrait applicable aux actes commis hors des États-Unis.

S'agissant de l'histoire de la loi, la Cour a fait référence aux trois violations du droit des nations existant à l'époque où l'*Alien Tort Statute* a été conçu, à savoir la violation des sauf-conduits, celle des droits des ambassadeurs et la piraterie. Toutefois, elle a estimé que les deux premières ne supposent pas nécessairement une application extraterritoriale, tandis que la piraterie ayant lieu en haute mer, en dehors de la juridiction de tout État, elle ne pouvait avoir d'effets négatifs sur la politique extérieure et les relations internationales avec des États tiers⁴¹.

³⁹ La Cour a pris en compte divers précédents que le rôle et la fonction de la justice ne sont pas d'interférer avec d'autres branches du gouvernement – au sens américain du terme –, comme la politique extérieure, à moins que le législateur ne l'ait pas expressément prévu. Cf. entre autres, *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.* (2007) [sur la limitation des effets des lois américaines au territoire des États-Unis], *EEOC v. Arabian American Oil Co.* (1991) [indiquant que la présomption contre l'extraterritorialité sert à éviter des tensions avec d'autres États] et *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A.* (1957) [les tribunaux pourront statuer questions concernant la politique extérieure et les affaires étrangères seulement si le Congrès a donné une autorisation explicite en ce sens].

⁴⁰ Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, pp. 5-6 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013). Voir également sur ces notions, COLANGELO, Anthony J., « *Kiobel* : Muddling the Distinction Between Prescriptive and Adjudicative Prescription », *Maryland Journal of International Law*, Vol. 28, Issue 1, 2013, pp. 65-75 : <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1597&context=mjil>.

⁴¹ *Ibid.*, p. 10.

Concernant l'objectif de la loi, la Cour a décidé que l'inexistence d'une indication qui suggère que l'ATS a été adopté pour assurer que les États-Unis soient un forum unique pour l'application des normes internationales crée une présomption en sens contraire. Reprenant l'argument des entreprises défenderesses, la Cour a également souligné que les citoyens américains pourraient être assujettis à un traitement réciproque si les tribunaux américains continuent à examiner des cas pour des violations alléguées du droit des nations. A cet égard, la volonté de la haute Cour était de laisser ces affaires ayant des implications politiques aux autres branches du gouvernement, en évitant un risque d'immixtion dans des affaires sensibles pour la politique internationale des États-Unis.

Si les raisonnements de la Cour sont importants et relativement clairs – même s'ils sont fondés exclusivement sur une interprétation américaine du droit international –, l'ambiguïté n'est pas exclue ni absente de son *opinion*. Dans la dernière partie de sa décision (IV), la Cour suprême a estimé que même si les réclamations « touchent et concernent » le territoire des États-Unis, elles doivent le faire avec une force suffisante pour renverser la présomption de l'inapplicabilité extraterritoriale de l'*Alien Tort Statute*. De même, la Cour a affirmé que la présence d'une entreprise sur le territoire américain ne suffit pas pour satisfaire cette condition ou exigence, mais a laissé la porte ouverte pour établir quelles conditions pourraient renverser la présomption.

Le problème principal réside dans cette incertitude sur les conditions qui pourraient éventuellement permettre aux tribunaux américains de connaître des cas qui ont eu lieu en dehors de la compétence territoriale américaine qui n'a pas été résolue par la Cour suprême. Au contraire, cette position ouverte contribue à l'examen au cas par cas des conditions qui pourraient renverser la présomption, sans avoir des critères fixes d'interprétation. Ainsi, la Cour suprême a adopté une position parfois douteuse sur la question de l'histoire de la conception de l'*Alien Tort Statute*, en particulier quand elle fait son analyse de l'application de la loi aux pirates. Ce doute apparaît quand on considère que le navire pirate, comme tout véhicule de transport maritime, a la nationalité du pays où il est enregistré ou du pavillon sous lequel il navigue⁴². En ce sens, l'argument du Juge Roberts, Président de la Cour, sur l'improbabilité d'avoir des implications dans la politique extérieure et de créer des conflits potentiels avec d'autres États souverains ne serait pas catégorique, particulièrement si ce point est considéré dans une perspective historique.

⁴² « The offenses are not committed by pirates swimming around on the ocean ; they occur on ships, which –of course- fly flags and thus (for some purposes at least) take on the characteristics of sovereign territory. » *Cfr.* BORCHERS, Patrick, *Kiobel and the Conflict of Laws*, JURIST – Forum, 19 avril 2013, <http://jurist.org/forum/2013/04/patrick-borchers-kiobel-conflict-laws.php> La même position a été adoptée par le Juge Breyer dans son opinion individuelle, même qui sera abordé *infra*.

Si l'*opinion* de la Cour constitue la partie décisive de l'affaire *Kiobel*, les opinions individuelles des juges de la Cour suprême apportent des éléments de réflexion intéressants qui montrent la division à l'intérieur de la Cour, particulièrement concernant le raisonnement pour déterminer l'absence de portée extraterritoriale de l'*Alien Tort Statute*. La décision *Kiobel* a produit trois opinions individuelles, deux d'entre elles particulièrement brèves.

B. Les opinions individuelles

La première opinion, celle du Juge Anthony Kennedy, est une sorte de baume pour les victimes. Son auteur y affirme que la Cour a laissé quelques questions ouvertes par rapport à la portée et à l'interprétation de la loi. Selon lui, la solution pourrait être différente dans d'autres affaires avec des circonstances différentes qui les feraient échapper au précédent *Kiobel* ou à la *TVPA (Torture Victim Protection Act - Loi pour la protection des victimes de torture)*⁴³. Dans ces potentielles affaires, la Cour suprême pourrait, selon le Juge Kennedy, aborder de nouveau et examiner plus en détail la problématique de la mise en œuvre de la présomption contre l'application extraterritoriale des lois américaines⁴⁴.

La deuxième opinion individuelle, celle du Juge Samuel Alito, rejoint par le Juge Clarence Thomas, est plus proche de l'opinion de la Cour : dans ses premières lignes, le Juge Alito déclare qu'il a des raisons de croire que *Kiobel* se trouve bien dans le périmètre d'application de la présomption. En analysant le précédent *Morrison*, le juge a trouvé deux exceptions à la présomption contre l'application extraterritoriale des lois américaines. La première serait l'existence d'un degré d'activité domestique de l'entreprise suffisant dans un cas spécifique ; et la seconde serait constituée par et un évènement ou un rapport déterminé lié à l'entreprise et ayant eu lieu à l'intérieur des États-Unis, ce qui pourrait déclencher la compétence territoriale des tribunaux américains. Pour le Juge Alito, la présomption contre l'extraterritorialité sera applicable à moins que la conduite qui a eu lieu en territoire américain soit suffisante pour constituer une violation d'une norme de droit international selon les paramètres établies par le précédent *Sosa*, par rapport à son caractère précis et à l'acceptation de cette norme « par les nations civilisées »⁴⁵.

⁴³ « Adopté en 1991, le TVPA permet aux ressortissants américains ou étrangers d'introduire devant les juridictions fédérales une action civile en réparation à l'encontre des auteurs de tortures ou d'exécutions extrajudiciaires y compris pour des actes en dehors du territoire américain » Voir FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme*, Paris, 2010, p. 179.

⁴⁴ Opinion individuelle du Juge Kennedy, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 1 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013).

⁴⁵ Opinion individuelle du Juge Alito rejointe par Juge Thomas, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 2 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013).

La troisième et dernière opinion, rédigée par le Juge Stephen Breyer rejoint par les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, est abondante dans son contenu. Son auteur y exprime tout d'abord son accord avec l'opinion de la Cour en général, mais pas avec son raisonnement, ce qui en fait une opinion concordante. Le Juge Breyer fait un analyse des quatre propositions formulées par la Cour suprême dans son analyse de *Kiobel* et qui ont fondé sa solution : premièrement, que la présomption contre l'application extraterritoriale des lois américaines est applicable aux recours présentés devant le système judiciaire des États-Unis sur le fondement de l'ATS ; deuxièmement, que l'*Alien Tort Statute* ne contient aucune référence pour réfuter l'application de la présomption. Troisièmement, la Cour a estimé que dans l'affaire *Kiobel* il n'y avait pas d'indication claire pour soutenir la nécessité d'avoir une application extraterritoriale de la loi, en raison de l'absence d'un fort rattachement de la conduite aux États-Unis et des faits ont eu lieu à l'étranger ; et finalement, que la seule présence d'une entreprise en territoire américain ne suffit pas pour renverser la présomption contre l'extraterritorialité⁴⁶.

Dans son opinion concordante, le Juge Breyer présente brièvement les conditions qui, selon lui, justifient la compétence des juridictions américaines sous l'*Alien Tort Statute* pour ce type d'affaires. Selon le Juge Breyer et les collègues qui l'ont rejoint, le cas présenté doit impérativement satisfaire l'une des trois conditions suivantes, à savoir (i) que la conduite délictuelle (*tort*) ait eu lieu sur le territoire des États-Unis, (ii) que le défendeur soit de nationalité américaine, ou bien, (iii) que les faits imputés au défendeur portent atteinte aux intérêts nationaux des États-Unis, incluant leur intérêt de prévenir qu'ils deviennent un refuge pour les 'ennemis communs de l'humanité'. Même si la Cour n'a pas clairement utilisé ces critères, le Juge Breyer justifie son ralliement à la solution retenue par l'absence d'un lien suffisamment fort des parties et des faits avec les Etats-Unis.

Au-delà de ces premières remarques, l'opinion individuelle de Breyer approfondit trois thématiques : la tradition et la jurisprudence américaines, notamment sous l'angle de l'affaire *Sosa*, sur l'application de l'ATS ; un aperçu historique de l'interprétation de l'ATS par les tribunaux américains ; et une dernière partie sur les faibles liens qui l'ont conduit à rejoindre l'opinion de la majorité de la Cour.

⁴⁶ Opinion individuelle du Juge Breyer rejointe par les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, pp. 1-2 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013)

Dans la première partie de son analyse, le Juge Breyer considère que le précédent *Sosa* détermine la question de l'application de l'ATS. Le membre de la Cour suprême rappelle à cet effet que *Sosa* a établi des paramètres ou conditions pour permettre aux tribunaux de connaître des affaires, tels que le caractère des normes internationales en cause qui doivent être spécifiques, universelles et obligatoires, l'épuisement des voies de recours, la courtoisie, ou bien la doctrine de la question politique et la non-intervention dans la sphère des pouvoirs exécutif ou législatif⁴⁷. Ainsi, seule la satisfaction de ces exigences prétoriennes permettrait aux cours fédérales des États-Unis de connaître des actions en justice présentées sur le fondement de l'*Alien Tort Statute*. Par conséquent, le Juge Breyer considère que la présomption contre l'extraterritorialité, utilisée par la majorité dans cette affaire, ne constitue pas le *ratio decidendi* adéquate. A l'appui de cette affirmation, le Juge Breyer insiste sur le fait que la loi américaine a été conçue pour connaître de situations qui ont des liens étroits avec les affaires étrangères, ce qui est, selon lui, confirmé par le texte même de la loi, qui parle des étrangers, des traités et du droit des nations. Prenant en compte que la piraterie constituait l'une des violations du droit des nations au moment de l'adoption de l'ATS et que les actes de piraterie ayant lieu habituellement en dehors de la compétence territoriale des États-Unis, le Juge Breyer estime que l'application du droit américain aux pirates implique qu'il s'étende à la compétence et à la juridiction d'un autre souverain⁴⁸, situation prévue par les Fondateurs de l'Union américaine.

Cette première partie soulève donc deux questions de droit international. En faisant allusion au précédent *Sosa*, Breyer estime que seules quelques normes de droit international sont prises en compte par l'*Alien Tort Claims Act*⁴⁹ : les crimes contre l'humanité, la torture et les traitements inhumains ainsi que la détention arbitraire. Cela implique par conséquent que le droit international actuel, dans le cas particulier des États-Unis et de la compétence de leurs juridictions sur le fondement de l'ATS, est réduit par analogie à un petit nombre de normes équivalentes à celles qui étaient reconnues comme précises, universelles et obligatoires au 18^{ème} siècle.

⁴⁷ Ce qui en effet constitue des limites nationales à l'application de droit international dans l'ordre juridique interne.

⁴⁸ Le Juge Breyer rappelle dans son opinion que la Cour suprême a estimé dans l'affaire *McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras* de 1963 que « a ship is like land, in that it falls within the jurisdiction of the nation whose flag it flies ». Il ajoute que « "[a]pplying U.S. law to pirates" does typically involve applying our law to acts taking place within the jurisdiction of another sovereign », Opinion individuelle du Juge Breyer, *loc. cit.*, pp. 4-5.

⁴⁹ « Accordingly, we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized. », Opinion, *Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain et al.*, No. 03-339, pp. 30-31 (Cour suprême des États-Unis, 29 juin 2004).

La deuxième question abordée par le Juge Breyer dans cette partie est la compétence universelle⁵⁰. Son analyse de *Kiobel* remonte à l'opinion de la Cour suprême dans l'affaire *Sosa*, où les juges se demandaient, dans une sorte de raisonnement par analogie et de comparaison avec ceux du 18^{ème} siècle, qui sont les pirates à l'ère actuelle. En ce sens, l'opinion individuelle du Juge Breyer reflète cette inquiétude : si les pirates étaient assujettis à la compétence de tous les États du monde en vertu de leur caractère *hostis humani generis*, et de l'intérêt des États pour leur arrestation et leur punition, actuellement les sujets tenus responsables pour la commission des violations des droits de l'Homme doivent recevoir le même traitement⁵¹. En ce sens, son opinion s'oriente vers une analyse au cas par cas et à la satisfaction des trois conditions de rattachement énumérées en ouverture de son opinion (lieu du délit, nationalité du défendeur ou l'atteinte à l'encontre des intérêts des États-Unis) pour que les tribunaux américains soient compétents.

La deuxième partie de l'opinion individuelle de Breyer se concentre sur l'interprétation de l'*Alien Tort Statute* par les différentes juridictions américaines au cours de l'histoire. En premier lieu, le juge américain considère que si la Cour suprême a pris des éléments de droit international substantiel pour déterminer la portée de sa loi, elle doit aussi prendre en compte les normes de compétence dérivées du droit international⁵² pour déterminer le domaine de compétence de l'ATS⁵³. A l'appui de son raisonnement, il revient sur les paramètres établis dans l'affaire *Sosa* (épuisement des voies de recours, *forum non conveniens*, courtoisie et la doctrine de la question politique, entre autres), qui seraient utiles pour éviter les frictions diplomatiques qui ont effrayées la majorité de la Cour dans son opinion. Par ailleurs, le Juge Breyer fait aussi référence à une des conditions essentielles du

⁵⁰ Voir SJØVOLL, Kirsten, « If the Shoe Does Not Fit: Why the ATS Does Not Work », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 43, n° 4, été 2012, p. 1081 [« However, universal civil jurisdiction...remains...an exceptional departure from the basic principle that for jurisdictional competence to exist, there must be a genuine or effective link between the act (crime) and the forum state. »] Pour une discussion sur la compétence civile universelle, cf. DONOVAN Donald Francis & ROBERTS Anthea, « The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction », *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006.

⁵¹ « Certainly today's pirates include torturers and perpetrators of genocide. And today, like the pirates of old, they are "fair game" where they are found. Like those pirates, they are "common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and punishment." » Opinion individuelle du Juge Breyer rejointe par les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 5 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013).

⁵² Ici, Breyer fait référence au « Restatement (Third) of Foreign Relations Law », le célèbre code américain sur les principes généraux de la « common law » relatifs au droit international et le droit interne qui est lié aux affaires étrangères des États-Unis. Le Restatement reconnaît la compétence d'un État pour appliquer ses lois si une conduite délictuelle a lieu dans son territoire; sur les activités et intérêts de ses nationaux dans son territoire et à l'extérieur; à des faits commis en dehors de son territoire si de tels faits ont des effets importants sur le territoire américain; et sur des comportements attribués à des étrangers en dehors de son territoire qui portent atteinte à la sécurité de l'État ou à des intérêts de l'État. En plus, selon ce guide le droit international reconnaît la compétence des États pour définir et punir certains types de violations, qui sont reconnues par la société internationale comme une préoccupation universelle. Voir *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, §§ 402 et 404.

⁵³ Opinion individuelle du Juge Breyer rejointe par les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, p. 6 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013).

droit international des droits de l'Homme, lorsqu'il mentionne que le droit international comprend une « obligation des États de ne pas devenir des refuges pour les pirates »⁵⁴.

L'opinion individuelle fait un résumé des précédents américains concernant la question de l'application de l'*ATS*, pour démontrer que les cours fédérales américaines ont rejeté de manière consistante l'idée de l'existence d'une prohibition dans l'application extraterritoriale de l'*Alien Tort Statute*. De même, Breyer considère que la satisfaction des conditions qu'il a estimé nécessaires pour permettre aux cours américaines d'avoir compétence pour connaître d'une action en justice sur le fondement de l'*ATS* est en conformité avec le droit international et sa pratique⁵⁵, ce qui renverse-rait la présomption contre l'application extraterritoriale de la loi. En bref, ce qu'il montre est que dans les cas où il existe un rattachement ou un lien plus fort avec les États-Unis, soit par le biais du *loci delicti*, de la nationalité du défendeur ou bien d'une atteinte aux intérêts américains, l'*ATS* donne compétence au système judiciaire américain pour connaître de la question.

Ce n'est que dans la troisième partie de son opinion que le Juge Breyer explique les raisons de son accord avec la solution retenue par la majorité. Il considère en effet que les rattachements de *Kiobel* avec les États-Unis sont véritablement insuffisants et que la seule présence d'une entreprise aux États-Unis pour la bonne conduite de ses affaires⁵⁶ ne satisfait pas les conditions nécessaires pour permettre aux cours d'être compétentes⁵⁷.

La majorité de la Cour a laissé la porte ouverte à d'autres affaires tandis que le Juge Breyer a fait œuvre de clarification, mais sur une base différente de celle de la majorité. Les autres affaires comparables portées devant les juridictions fédérales américaines, dont une devant la Cour suprême, ont confirmé la jurisprudence *Kiobel* sans apporter de véritables éclaircissements.

⁵⁴ Breyer mentionne que « International norms have long included a duty not to permit a nation to become a safe harbor for pirates (or their equivalent) » *Ibid.*, p. 8.

⁵⁵ Ainsi qu'avec l'ancien canon établi par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Charming Betsy*, où elle a statué que la loi doit être interprétée d'une manière qui ne soit pas contradictoire avec le droit international [« An act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains... »]. Voir *Murray v. Schooner Charming Betsy* (Cour suprême des États-Unis, 1804). Pour une critique de l'application de ce canon en droit constitutionnel américain, cf. « The *Charming Betsy* Canon, Separation of Powers, and Customary International Law », *Harvard Law Review*, Vol. 121, N° 4, février 2008.

⁵⁶ Les entreprises défenderesses n'avaient pas leur siège social aux États-Unis. Elles disposaient d'un bureau de liaison à New York et étaient cotées au New York Stock Exchange.

⁵⁷ Opinion individuelle du Juge Breyer rejointe par les Juges Ginsburg, Sotomayor et Kagan, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, pp. 14-15 (Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013)

C. La limitation de la portée de l'*Alien Tort Statute* et quelques réflexions sur son avenir : l'ère post-Kiobel

Une première impression relative à l'opinion de la Cour suprême des États-Unis avec *Kiobel* est que l'*Alien Tort Statute* est devenu substantiellement plus faible en tant que voie de recours pour la défense et la protection des victimes de violations des droits de l'homme, surtout si l'on prend en compte que la majorité des cas sont fondés sur des actions commises par des gouvernements étrangers avec la complicité alléguée d'entreprises transnationales. La présomption contre l'application extraterritoriale de la loi est par conséquent un obstacle assez lourd et difficile à surmonter, particulièrement eu égard à l'inexactitude et la divergence dans les critères d'appréciation et d'interprétation du système judiciaire fédéral américain⁵⁸.

En particulier dans les opinions individuelles des Juges Kennedy et Breyer, la Cour a laissé la porte ouverte à diverses questions en relation à l'*Alien Tort Statute*, et spécifiquement celle de savoir quels types d'affaires peuvent toucher et concerner le territoire des États-Unis avec une force suffisante pour renverser la présomption contre l'extraterritorialité de la loi. Pourtant, le silence de la Cour suprême sur le développement des paramètres qui peuvent contribuer à déterminer plus précisément la portée de ce texte législatif n'aide pas l'effectivité des droits de l'Homme et leur respect par les entreprises⁵⁹. L'identification par le Juge Breyer de certaines conditions à satisfaire pour permettre aux tribunaux américains d'avoir compétence sur le fondement de l'*ATS* semble un bon effort pour réduire cette lacune interprétative, qui continuera à être analysée dans des affaires postérieures.

Le précédent *Kiobel* a déjà eu ses premiers effets : le plus immédiat est la décision de la Cour suprême d'annuler le jugement de la Cour d'appel du Neuvième circuit dans l'affaire *Sarei v. Rio Tinto PLC*⁶⁰ ayant comme conséquence que la cour de deuxième instance devrait reconsidérer son opi-

⁵⁸ Toutefois, Colangelo considère que celle-ci ne devrait pas avoir été appliqué par la Cour suprême : « When a state exercises universal jurisdiction, it does not extend solely national law extraterritorially to foreign conduct but rather acts as a decentralized enforcer of the law of nations already applicable to the conduct when and where it occurred. [...] the ATS affirmatively confers universal jurisdiction to apply the law of nations and no presumption against extraterritoriality should limit the application of that law. » Voir COLANGELO Anthony J., « The Alien Tort Statute and the Law of Nations in *Kiobel* and Beyond », *loc. cit.*, pp. 1334 et 1336.

⁵⁹ Voir DECAUX Emmanuel, « Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales » in DAUGAREILH Isabelle (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 468-469, où il écrit : « Tout le problème pour les entreprises amenées à prospecter dans de tels pays est de s'assurer que les normes applicables soient honnêtes, claires et stables, de manière à garantir le maximum de sécurité juridique, mais également que les « règles du jeu » soient les mêmes pour tous... Seules des normes objectives et proportionnées, acceptées par tous et s'imposant à tous, peuvent assurer une véritable sécurité juridique. ».

⁶⁰ Opinion, *Sarei v. Rio Tinto, PLC et al.*, No. 02-56256 (Cour d'appel du neuvième circuit, 25 octobre 2011).

nion sous la lumière du précédent *Kiobel*. Cette affaire concernait les opérations du groupe minier Rio Tinto en Papouasie-Nouvelle-Guinée dans les années 1980, où une révolte contre l'entreprise a été réprimée par l'utilisation de la force militaire.

Dans *Sarei v. Rio Tinto PLC*, en première instance, la Cour de district avait rejeté les allégations de discrimination raciale, de crimes contre l'humanité, de génocide et de crimes de guerre à l'encontre de l'entreprise. Toutefois, la Cour d'appel du Neuvième circuit a soutenu que la Cour de district devrait reconsidérer son rejet des allégations de génocide et crimes de guerre au motif que l'ATS avait été adopté pour être applicable à des faits survenus en dehors des frontières américaines⁶¹ et que rien dans ce texte législatif, que ce soit dans son histoire ou dans son vocabulaire, n'interdit la responsabilité des entreprises à titre principal⁶², ni pour des actions en complicité⁶³.

Après l'annulation de cette décision par la Cour suprême et le renvoi de l'affaire à la Cour d'appel, cette dernière ayant reçu des mémoires supplémentaires des parties intervenues dans l'affaire, la majorité des juges de la Cour d'appel a décidé de confirmer le jugement de la Cour de district qui avait rejeté les allégations à l'encontre de Rio Tinto⁶⁴ limitant par ce biais la portée de l'ATS apparemment en raison de la présomption contre l'extraterritorialité.

Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al. est la deuxième affaire post-*Kiobel* qui a été considérée comme ayant de plus grandes chances d'aboutir à une décision plus favorable à la protection des droits de l'Homme, en raison d'une présence importante de l'entreprise défenderesse aux États-Unis. Cette affaire, également introduite dans le ressort du Neuvième circuit, concernait une action civile présentée par 22 résidents Argentins sous l'*Alien Tort Statute* et la *Torture Victim Protection Act* alléguant qu'une des filiales de DaimlerChrysler AG (DCAG, société allemande), Mercedes-Benz Argentina, a collaboré avec la dictature militaire de ce pays et ses forces de sécurité pour séquestrer, détenir, torturer et tuer des syndicalistes et agitateurs au sein de l'entreprise. En raison des contacts de la filiale américaine de DCAG (*DaimlerChrysler Corporation*) avec les États-Unis, notamment avec la Californie d'où l'entreprise tire une partie importante de ses revenus, l'action a été portée devant les tribunaux de cet Etat fédéré⁶⁵.

⁶¹ *Ibid.*, p. 19339.

⁶² *Ibid.*, p. 19340.

⁶³ *Ibid.*, p. 19342.

⁶⁴ Ordonnance, *Sarei v. Rio Tinto, PLC et al.*, No. 02-56256, p. 4 (Cour d'appel du neuvième circuit, 28 juin 2013).

⁶⁵ Pour une analyse approfondie sur cette question, voir WHYTOCK Christopher, CHILDRESS III Donald E. & RAMSEY Michael D., « After *Kiobel* – International Human Rights Litigation in State Courts and Under State Law », *UC Irvine Law Review*, vol. 3:1, 2013, pp. 5-7.

La Cour de district a toutefois rejeté l'action civile pour incompetence, en raison de l'absence de « agency relationship » entre la société mère et sa filiale américaine, Mercedes-Benz USA (MBUSA). La Cour de district a également estimé que la compétence des juridictions californiennes n'était pas « juste et raisonnable » pour la société allemande en raison des activités de sa filiale américaine⁶⁶. Néanmoins, l'affaire a été portée devant la Cour d'appel du Neuvième circuit, qui a eu une approche surprenante : le 28 août 2009, elle a jugé dans son opinion que la Cour de district avait eu raison de conclure à son incompetence pour juger la société mère allemande DaimlerChrysler AG, confirmant ainsi le jugement de première instance⁶⁷. Puis, sans qu'elle ait expliqué ce revirement, le 6 mai 2010, la Cour d'appel a annulé son opinion de 2009 et a concédé une audience dans l'affaire à la demande des appelants⁶⁸.

La deuxième audience devant la Cour d'appel du Neuvième circuit a vu la Cour révoquer son jugement de 2009 : le panel de trois juges a décidé que DaimlerChrysler AG est assujetti aux tribunaux et lois américaines, en particulier par le biais de l'ATS et du TVPA, en raison d'une compétence personnelle générale en Californie due à l'existence d'une filiale de cette société, différente et indirecte, qui distribue en Californie des véhicules fabriqués par la société mère⁶⁹. En particulier, la Cour a établi que DCAG était assujettie à la compétence personnelle à travers des contacts de Mercedes-Benz USA. En effet, elle a jugé que MBUSA, la société californienne, est un agent de DCAG, la société allemande, sans lequel cette dernière aurait dû rechercher d'autres moyens pour distribuer ses véhicules et commercer sur le marché américain, ou aurait dû le faire elle-même⁷⁰.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour a pris en compte trois questions principales : en premier lieu, la question de la compétence personnelle générale à propos de laquelle le panel du Neuvième circuit a considéré qu'un sujet peut être soumis à cette compétence générale lorsqu'une cause d'action ne découle pas ni se rapporte à des activités de la société étrangère dans l'État du for. Donc, la question devant le panel était d'examiner si cette compétence générale à l'égard de DCAG

⁶⁶ Cette relation est déterminée par un « agency test » ainsi défini par la Cour d'appel du neuvième circuit : « The agency test is satisfied by a showing that the subsidiary functions as the parent corporation's representative in that it performs services that are sufficiently important to the foreign corporation that if it did not have a representative to perform them, the corporation's own officials would undertake to perform substantially similar services » (italiques dans l'original). Voir Opinion, *Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al*, No. 07-15386, p. 6576 (Cour d'appel du neuvième circuit, 18 mai 2011).

⁶⁷ Opinion, *Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al*, No. 07-15386 (Cour d'appel du neuvième circuit, 28 août 2009), disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/08/28/07-15386.pdf>.

⁶⁸ Ordonnance, *Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al*, No. 07-15386 (Cour d'appel du neuvième circuit, 6 mai 2010), disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2010/05/10/07-15386.pdf>

⁶⁹ Opinion, *Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al*, No. 07-15386, p. 6596-6597 (Cour d'appel du neuvième circuit, 18 mai 2011).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 6595.

respecte les garanties du procès équitable, ce qu'elle a fait par le biais de deux tests et qui constitue la deuxième question qui a été analysée : le test d'agence et le test du contrôle.

D'une part, pour le test d'agence, la Cour a considéré qu'une filiale agit comme un agent si la société mère exécute les services elle-même si elle n'a pas de représentant pour les effectuer⁷¹. En raison de l'importance de MBUSA pour la bonne conduite des affaires de DCAG en Californie, la Cour a considéré qu'il s'agissait en fait d'un lien d'agence. D'autre part, s'agissant du test du contrôle, l'analyse de la Cour visait à déterminer si la société mère contrôlait des aspects opérationnels de sa filiale⁷². En l'espèce, un accord de distribution entre DCAG et MBUSA attribuait à la première un contrôle substantiel sur les activités de la société américaine, ce qui permettait d'établir la compétence personnelle des tribunaux américains. Une fois ces deux tests effectués, la Cour a considéré que les services de MBUSA avaient une grande importance pour DCAG et que cette dernière exerçait un contrôle substantiel sur les activités de MBUSA, ce qui par conséquent permettait au panel de conclure que MBUSA agissait en tant qu'agent de DCAG sous l'angle de la compétence générale⁷³.

L'accessibilité de fors alternatifs a été la troisième question analysée par la Cour d'appel, afin de déterminer si l'exercice de la compétence était « raisonnable ». En raison des faits de l'action civile présentée par les demandeurs, deux fors pouvaient en principe être saisis pour connaître de cette affaire : le for argentin, à raison de la localisation géographique des faits litigieux les faits se sont déroulés, et l'allemand, à raison de la nationalité de DCAG. Toutefois, la Cour a considéré que l'Argentine n'était pas un for adéquat en raison de la prescription⁷⁴ de deux ans et trois mois applicable aux causes civiles invoquant des violations des droits de l'Homme à l'époque de la dictature militaire. De même, le fait que l'Allemagne ne reconnaisse pas les actions formées à l'encontre des entreprises pour violations des droits de l'Homme, a créé une incertitude juridique sur la qualité de for alternatif des juridictions germaniques⁷⁵. Pour ces motifs, la Cour d'appel a considéré que les tribunaux américains constituent un for raisonnable pour avoir compétence dans le cas d'espèce, et par conséquent que DCAG pourrait être poursuivie en Californie pour des violations des droits de

⁷¹ *Ibid.*, p. 6578.

⁷² *Ibid.*, p. 6583.

⁷³ *Ibid.*, p. 6584. Selon la jurisprudence américaine, et particulièrement le précédent *International Shoe*, une compétence générale existe quand une entreprise étrangère a des activités et opérations si continues et substantielles dans un Etat, qu'elles justifieraient la compétence des juridictions américaines pour connaître d'actions en justice à son encontre à raison de situations et opérations entièrement différentes de ces activités. Opinion, *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S., p. 318 (Cour suprême des Etats-Unis, 3 décembre 1945).

⁷⁴ *Code civil de la République argentine*, article 3980.

⁷⁵ Opinion, *Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al*, No. 07-15386, p. 6590-6593 (Cour d'appel du neuvième circuit, 18 mai 2011)..

l'Homme alléguées qui auraient été commises en Argentine par une filiale argentine contre des résidents argentins⁷⁶.

Ayant établi que l'exercice de la compétence sur DCAG était « raisonnable et juste », la Cour d'appel a infirmé l'opinion de 2009 et renvoyé l'affaire à la Cour de district. Une dernière décision en deuxième instance a eu lieu en novembre 2011, quand la Cour a refusé une demande d'audience *en banc*⁷⁷. Toutefois, le Juge O'Scannlain, rejoint par huit autres juges de la Cour d'appel, a joint une opinion dissidente à cette ordonnance dans laquelle il affirme que la Cour aurait dû permettre une audience *en banc* en raison de l'importance de l'affaire. Compte tenu du précédent *Goodyear* de la Cour suprême, qui indique que pour qu'une société étrangère soit soumise à une compétence générale, ses liens avec l'État du for doivent être continus et systématiques (comme si elle était dans son propre État)⁷⁸, le Juge O'Scannlain a considéré que l'opinion dans l'affaire *Bauman* étend la portée de la compétence personnelle en dehors des limites constitutionnelles⁷⁹ et porte atteinte aux garanties du procès équitable (*Due Process Clause*).

En février 2012, la Cour suprême des États-Unis a reçu une demande de *certiorari* introduite par Daimler AG, qui a été déclarée recevable en avril 2013, une semaine après qu'elle ait rendu son opinion dans l'affaire *Kiobel*. Il revenait en l'espèce à la Cour suprême de déterminer l'existence ou non d'une violation des garanties du procès équitable quand une cour estime avoir compétence personnelle générale dans une affaire impliquant une société étrangère sur le fondement unique qu'une filiale indirecte fournit des services pour le compte du défendeur dans l'État du for⁸⁰. L'audience a eu lieu le 15 octobre 2013 et une décision était attendue pour le mois de juin 2014⁸¹.

Lors de l'audience, les questions qui ont été soulevées étaient très diverses. D'une part, une des questions les plus importantes a été posée à Daimler AG par le Juge Kennedy qui a demandé si la création d'une filiale dans un pays étranger n'amène pas à la société mère à relever de la compé-

⁷⁶ Cette question est donc identique aux faits et parties de l'affaire *Kiobel* : une société étrangère, des demandeurs étrangers pour des actes commis à l'étranger.

⁷⁷ Ordonnance, *Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al*, No. 07-15386 (Cour d'appel du neuvième circuit, 9 novembre 2011). Le terme *en banc* fait référence à l'analyse d'une affaire par tous les juges d'une cour de justice, contrairement à l'analyse traditionnelle des affaires fait par panels de trois juges.

⁷⁸ Opinion, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. et al v. Brown et al*, No. 10-76, p. 2 (Cour suprême des États-Unis, 27 juin 2011).

⁷⁹ Selon O'Scannlain, la Constitution des États-Unis établit les limites sur la compétence personnelle et par conséquent l'autorité qu'un tribunal a pour connaître des affaires à l'encontre d'un défendeur. Opinion dissidente du Juge O'Scannlain rejointe par autres juges, *Bauman et al v. DaimlerChrysler Corporation et al*, No. 07-15386 (Cour d'appel du neuvième circuit, 9 novembre 2011) pp. 20120-20121.

⁸⁰ *Daimler AG v. Bauman et al*, No. 11-965 (Cour suprême des États-Unis).

⁸¹ Elle a été finalement rendue en janvier 2014.

tence de cet État⁸². Le gouvernement américain a essayé de répondre à cette question en ajoutant qu'aux États-Unis, la séparation entre les filiales et la société mère (*corporate veil*) empêche que cette dernière soit tenue pour responsable des actes de sa filiale⁸³. D'autre part, lors de l'intervention du représentant des victimes, la Juge Ginsburg a noté que les réflexions sur la question de la compétence ont énormément changé depuis 1898, suite à un commentaire qui cherchait à démontrer que la Cour suprême avait déjà statué sur la question de la compétence générale ; ironiquement, cette opinion est contraire en elle-même à la position de la Cour dans son opinion rendue dans l'affaire *Kiobel*, où elle a retenue avec un peu de schizophrénie des critères et réflexions fondés sur les précédents du XIX^e siècle qui ne tiennent pas compte de l'évolution du droit international⁸⁴.

Une hypothèse sur la probable résolution de la compétence générale a été aussi faite par la Juge Ginsburg, quand elle a affirmé qu'il y a deux lieux où une entreprise pourra être poursuivie en justice : son lieu de constitution ou son siège social⁸⁵. Par ailleurs, dans sa dernière intervention, l'avocat de Daimler AG a aussi fait référence à un argument qui deviendra probablement la base de l'opinion de la Cour suprême dans cette affaire : il s'agit d'un cas sans aucun lien avec les États-Unis, et en vertu de ce détail, il sera probablement rejeté sur la base de la présomption contre l'extraterritorialité⁸⁶. S'il y avait de bonnes raisons de percevoir l'affaire *Daimler AG* comme un espoir d'une meilleure protection des droits de l'Homme après le précédent *Kiobel*, l'audience devant la Cour suprême montre que la question de l'extraterritorialité continuera à être un sujet énigmatique, même si quelques activistes et experts plaident en faveur d'une compétence universelle en

⁸² Cette question a été traitée par divers tribunaux en Europe, comme dans l'affaire *Friday Akpan v. Shell* aux Pays-Bas (Jugement, *Friday Alfred Akpan et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.*, Case C/09/337050/HA ZA 09-1580; Cour de district de La Haye, 30 janvier 2013) ou dans l'affaire *Chandler v Cape PLC* au Royaume-Uni (Jugement, *David Brian Chandler v Cape plc*, Case [2012]EWCA Civ 525; Chambre civile de la Cour d'appel d'Angleterre et Pays de Galles, 25 avril 2012). Les cours dans ces affaires ont conclu qu'une société mère peut être reconnue responsable pour les actions de sa filiale, si elle aurait dû avoir connaissance desdits actes. Voir aussi DEVA Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, p. 213: « [It is] crucial ... that parent companies are held responsible for human rights violations by their subsidiaries as a rule, rather than on a case-by-case basis under the current corporate veil piercing jurisprudence, unless they can establish, for instance, that violations occurred despite taking due diligence steps. ».

⁸³ Transcription de l'audience, *Daimler AG v. Bauman et al*, No. 11-965, p. 24 (Cour suprême des États-Unis, 15 octobre 2013).

⁸⁴ *Ibid.*, p. 31. Voir aussi KYL Jon, FEITH Douglas J. & FONTE John, « The War of Law: How New International Law Undermines Democratic Sovereignty », *Foreign Affairs*, vol. 92, n° 4, juillet – août 2013, p. 124. [« But the law of nations in the eighteenth century differs from what many of today's international lawyers think of as customary international law. »].

⁸⁵ Transcription de l'audience, *Daimler AG v. Bauman et al*, No. 11-965, p. 52 (Cour suprême des États-Unis, 15 octobre 2013).

⁸⁶ *Ibid.*, p. 57 : « This case has no connection to the United States, and it has no business in a California courtroom ». Pourtant, l'argument fait dans l'*amici curiae* de l'Institut allemand des droits de l'homme (German Institute for Human Rights) doit être aussi pris en compte, en vertu de la double nationalité de l'entreprise : « When claims were filed, Daimler was jointly headquartered and continuously and systematically doing business in the US [thus complying with the *Good-year* precedent] ... In substance, this is a case of United States courts exercising jurisdiction over a United States company for the conduct of one of its subsidiaries abroad »; Voir *Amicus curiae* de l'Institut allemand des droits de l'homme, *Daimler AG v. Bauman et al*, No. 11-965, pp. 3, 12-13 (Cour suprême des États-Unis, 26 août 2013).

matière civile, ou au moins pour l'affirmation de l'opinion de la Cour d'appel du Neuvième circuit, qui a tranché en faveur de la compétence juridictionnelle des cours américaines sur les entreprises étrangères à raison de leur implication dans des violations des droits de l'Homme⁸⁷.

*

**

Kiobel et *Bauman* sont les affaires les plus récentes, et probablement les plus importantes dans le système américain en ce qui concerne la responsabilité des entreprises pour complicité dans des violations de droits de l'Homme. Des questions classiques du droit international apparaissent dans ces affaires, notamment sur les sujets et les sources du droit international public. Toutefois, l'interprétation de la haute Cour américaine semble parfois éloignée de la pratique contemporaine.

Une probable consolidation d'une jurisprudence internationale en la matière, issue des juridictions nationales, est le scénario le plus probable⁸⁸. Une coordination internationale s'avère donc nécessaire pour permettre aux juridictions des différents Etats de développer des précédents qui feront avancer la question de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'Homme, notamment dans les cas où les violations sont particulièrement graves, afin de garantir aux victimes un droit de recours.

Derniers développements :

Cet article a été achevé en octobre 2013, trois mois avant le rendu de l'opinion de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Daimler AG v. Bauman et al.*⁸⁹ En raison haut degré de spécialisation juridique en droit américain de l'arrêt et à la complexité des constructions et interprétations juridiques de ce système judiciaire, les lignes suivantes vont essayer d'éclairer de façon succincte la substance principale de l'opinion de la haute cour américaine.

La décision rendue par la Cour suprême juge que *Daimler AG* (une entreprise allemande) ne peut pas être assujettie à la compétence générale des cours de Californie pour des actes commis par Mer-

⁸⁷ *Amicus curiae* de l'Institut allemand des droits de l'homme, *Daimler AG v. Bauman et al.*, No. 11-965, pp. 3-11 (Cour suprême des États-Unis, 26 août 2013).

⁸⁸ Voir BERNAZ Nadia, « Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion? », *Journal of Business Ethics*, Vol. 4, Nov. 2012, p. 15: « Progressively, consistent state practice and a recognition that they must act in the area could lead to the emergence of a customary rule of international human rights law whereby states would be bound to regulate the overseas activities of companies registered on their territories ».

⁸⁹ Opinion, *Daimler AG v. Bauman et al.*, No. 11-965 (Cour suprême, 14 janvier 2014).

cedes-Benz Argentina (une filiale étrangère), qui ont eu lieu en dehors du territoire (et par conséquent de la compétence juridique territoriale) des États-Unis. Cette opinion était fondée sur l'interprétation faite par la Cour suprême des concepts et théories de la compétence des tribunaux des États-Unis selon la jurisprudence américaine à ce sujet, ne comportant pas de remarques substantielles concernant les droits de l'Homme.

En ce sens, la haute Cour a cité le précédent *International Shoe Co. v. Washington*⁹⁰, où la Cour suprême a reconnu la différence entre la compétence spéciale et la compétence générale, pour montrer l'évolution de la question de la compétence en droit américain⁹¹. Pour la Cour, le cas d'espèce relève de la compétence spécifique, selon laquelle une entreprise pourrait être assujettie à la compétence d'un tribunal selon ses contacts avec le for. Toutefois, les demandeurs ont intenté leur action sur le fondement de la compétence générale, qui a des limites plus strictes et traditionnelles que la compétence spécifique⁹². Ainsi, la Cour suprême a fondé son jugement sur trois aspects principaux : le degré d'importance des services fournis par la filiale ou subsidiaire à l'entreprise mère ; la question du *forum conveniens*; et le contexte transnational de l'affaire à la lumière du précédent *Kiobel*.

Sur la première question, la Cour suprême a jugé que le degré d'« importance » des services fournis par MBUSA à Daimler n'est pas suffisant pour justifier l'exercice de la compétence générale à l'égard de l'entreprise allemande, car cette position permettrait d'intenter des actions en justice contre des entreprises étrangères dans tous les lieux où elles ont des filiales. Il faudrait, selon la Cour, un contrôle quasiment absolu de l'entreprise mère sur la subsidiaire ou filiale pour que l'entreprise étrangère puisse être assujettie à une compétence générale. Par conséquent, le test indiquant le degré d'importance des services fournis par la filiale à l'entreprise mère n'est pas une solution admissible en raison de sa prédisposition à permettre une compétence générale⁹³.

Pour la Cour suprême, les fors les plus appropriés — mais pas les seuls — pour exercer une compétence générale sont le lieu de constitution ou le lieu où se trouve le siège social d'une entreprise⁹⁴.

⁹⁰ Opinion, *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (Cour suprême des États-Unis, 3 décembre 1945).

⁹¹ Opinion, *Daimler AG v. Bauman et al.*, No. 11-965, pp. 7-8 (Cour suprême des États-Unis, 14 janvier 2014), disponible à l'adresse suivante : www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/11-965_1qm2.pdf.

⁹² Selon la jurisprudence américaine, et particulièrement le précédent *International Shoe*, une compétence générale existe quand une entreprise étrangère a des activités et opérations si continues et substantielles dans un État, qu'elles justifieraient la compétence des juridictions américaines pour connaître d'actions en justice à son encontre à raison de situations et opérations entièrement différentes de ces activités. Opinion, *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S., p. 318 (Cour suprême des États-Unis, 3 décembre 1945). Dans l'opinion de l'affaire *Daimler AG*, la Cour fait une référence explicite et assez pédagogique aux exemples dans lesquels les compétences spécifique et générale seraient respectivement applicables. Voir Opinion, *Daimler AG v. Bauman et al.*, No. 11-965, p. 8 (Cour suprême des États-Unis, 14 janvier 2014).

⁹³ Opinion, *Daimler AG v. Bauman et al.*, No. 11-965, p. 17 (Cour suprême des États-Unis, 14 janvier 2014).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 19.

Comme ni Daimler ni MBUSA n'ont leur lieu de constitution ni leur siège social en Californie, la Cour suprême a déterminé que l'exercice d'une compétence générale des cours californiennes à l'égard de Daimler n'était pas possible. De plus, pour la Cour, faciliter l'admission d'une compétence générale dans de telles conditions porterait atteinte à la sécurité juridique des entreprises. Cette atteinte serait encore plus importante si l'on prend en compte le fait que toute entreprise étrangère ayant des filiales en Californie avec des opérations d'une importance suffisante pourraient relever de la compétence générale des cours de cet Etat; ce qui ouvrirait la porte à des actions en justice par des demandeurs d'origine étrangère pour des activités qui ont eu lieu en dehors du territoire des États-Unis, sans aucun lien apparent avec le for californien⁹⁵.

Finalement, la Cour suprême a fait référence au contexte transnational de l'affaire, et par conséquent aux notions d'ingérence des tribunaux dans les domaines réservés au pouvoir exécutif⁹⁶. Prenant en compte son opinion dans l'affaire *Kiobel*, la Cour a souligné le caractère excessif d'approches trop larges de la portée de leur compétence retenues par des cours américaines. Elle s'est également appuyée sur le Règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁹⁷ qui retient le critère du domicile des personnes morales pour déterminer la compétence juridictionnelle (art. 4 § 1) et que les personnes morales sont domiciliées là où est situé leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement (article 63). Par référence à la législation de l'Union européenne, la Cour a retenu le siège social comme critère de détermination de la compétence générale afin de réduire le risque d'incertitude juridique pour les entreprises. Ainsi, après une brève référence à *Kiobel* et une analyse particulièrement technique de la question de la compétence générale des tribunaux américains selon leur propre jurisprudence et interprétation, la Cour suprême a décidé le 14 janvier 2014 d'infirmer l'opinion de la Cour d'appel du neuvième circuit.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 22-23.

⁹⁷ Journal officiel de l'Union européenne, L 351, 20 décembre 2012, pp. 1-32. Disponible en ligne sur <eur-lex.europa.eu>.