

Colloque
Conference

**La responsabilité internationale des
entreprises en zones de conflit**
International corporate liability in conflict zones


21 mars 2013 / March 21st, 2013
Ministère des affaires étrangères • Paris





TABLE DES MATIERES

PROPOS D'ACCUEIL ET OUVERTURE | INTRODUCTION AND OPENING CEREMONY 6

 **Christian CHARRIERE-BOURNAZEL**, Président du Conseil national des barreaux
| President of the Conseil National des Barreaux 6


 **Laurel G. BELLOWS**, President of the American Bar Association | Présidente de
l'American Bar Association 9

TABLE RONDE N°1 : ACTIVITES ECONOMIQUES DES ENTREPRISES ET DROITS DE L'HOMME | ROUNDTABLE 1 : BUSINESS AND HUMAN RIGHTS 13










-  **Modérateur | Moderator** : Bertrand Debosque, Président de la Commission des
affaires européennes et internationales du Conseil national des barreaux | President of the
Commission on European and International Affairs of the Conseil National des Barreaux 13
-  **Un cadre pour les affaires et les droits de l'homme** | A Framework for Business
and Human Rights : François Zimeray, Ambassadeur pour les Droits de l'Homme,
France | French Ambassador for Human Rights 14
-  **Droit international pénal : un nouveau champ de responsabilité pour les
dirigeants d'entreprises** | International Criminal Law : A New Area of Responsibility
for Business Leaders : Elise Groulx, Ad.E., Boyle litigation, Washington D.C., Of
Counsel, Hincker & Associés, Présidente d'honneur du Barreau pénal international |
Ad.E., Boyle, Autry & Murphy, Washington D.C., Of Counsel, Hincker & Associés,
Founding and honorary president of the International Criminal Bar (ICB) 17
-  **Competent Jurisdictions on the Responsibility of Business Leaders and
Corporations** | Juridictions compétentes pour connaître de la responsabilité des dirigeants
d'entreprises et des sociétés : Ken Gallant, Professor of Law at the University of Arkansas
| Professeur de droit, Bowen School of law, Univ. de l'Arkansas à Little Rock 25

TABLE RONDE N°2 : ACTIVITES ECONOMIQUES DES ENTREPRISES ET RESPONSABILITE : DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES, ROLE DES AVOCATS ET DES ORGANISATIONS NON-GOUVERNEMENTALES | ROUNDTABLE 2 : BUSINESS AND RESPONSIBILITY : DUE DILIGENCE RESPONSIBILITY OF BUSINESSES, THE ROLE OF LAWYERS AND NON- GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS 33

-  **Modérateur | Moderator** : Deborah Enix-Ross, ABA Center for Human Rights |
Présidente, ABA Center for Human Rights 33
-  **Devoir de vigilance des entreprises agissant dans les zones de conflit** | Best
Business and Due Diligence Practices for Corporations active in Conflict Zones :
Peter Herbel, Directeur juridique, Total S.A | General Counsel, Total S.A. 34
-  **Best Business and Due Diligence Practices for Corporations active in Conflict
Zones** | Devoir de vigilance des entreprises agissant dans les zones de conflit: Jeffrey
Collins, Senior Counsel, Compliance and Policy, Chevron Corporation | Avocat,
Directeur juridique, Chevron Corporation 37
-  **Activités économiques, droits de l'homme et rôle des organisations non
gouvernementales** | Business, Human rights and the Role of Non-Governmental
Organizations : William Bourdon, Avocat, Président de Sherpa | Lawyer, President of
Sherpa 42
-  **Business, Human rights and the Role of Non-Governmental Organizations**
| Activités économiques, drs de l'homme et rôle des organisations non



gouvernementales :Elisa Massimino, Executive Director, Human Rights First President-directeur general, human rights first	46
▪  Professional liability of Corporate Lawyers Advising Clients who operate in Conflict Zones Rôle des avocats et des juristes d'entreprises opérant dans les zones de conflit : John Sherman III, General Counsel & Senior Advisor, Shift Avocat, Directeur juridique, Shift	51
▪  Rôle des avocats et des juristes d'entreprises opérant dans les zones de conflit Professional liability of Corporate Lawyers Advising Clients who operate in Conflict Zones : Daniel Soulez-Larivière, Avocat au barreau de Paris, Cabinet Soulez-Larivière associés Lawyer, Bar of Paris	55
▪ Débats et échanges avec la salle Debate and Knowledge-Sharing	59
CONFERENCE LUNCH IN DEJEUNER - DEBAT	62
 Stephen RAPP , United States Ambassador-at-Large for War Crimes Issues in the Office of Global Criminal Justice Ambassadeur extraordinaire des États-Unis pour les crimes de guerre, Bureau de la justice pénale mondiale	62
 Fatou BENSOUA , Chief prosecutor of the International Criminal Court Procureur en chef de la cour pénale internationale	67
TABLE RONDE N°3 : LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES CONFRONTEES AU RESPECT DES DROITS DE L'HOMME. LA REPONSE DES JURIDICTIONS ROUNDTABLE 3: LIABILITY OF BUSINESSES AND THE RESPECT OF HUMAN RIGHTS : REPONSES FROM DIFFERENT JURISDICTIONS	72
LES EXEMPLES AMERICAINS AMERICAN EXAMPLES	72
▪  Modérateur Moderator : D. E. Boyle, Avocat, Boyle Litigation, Washington D.C.	72
▪  Case Law on Business Liability under the US Alien Tort Claims Act Responsabilité des entreprises en application de l'Alien Tort Claims Act : Ralph G. Steinhardt, Professeur de droit et des relations internationales, Centre de recherche Arthur Selwyn Miller, Université George Washington	74
▪  Case Law on Business Liability under the US Alien Tort Claims Act Responsabilité des entreprises en application de l'alien tort claims act : Michael D. Goldhaber, Correspondant à l'international senior, The American Lawyer & ALM Media	78
▪  Canada against Corporations Operating in Conflict Zones Nouveaux développements des poursuites civiles et pénales au Canada contre les entreprises agissant dans les zones de conflit : Hon. Ian Binnie, Former Supreme Court Judge, Canada C.C., Q.C. Hon. Ian Binnie : Ancien juge à la Cour Suprême du Canada	82
▪  Canada against Corporations Operating in Conflict Zones Nouveaux développements des poursuites civiles et pénales au Canada contre les entreprises agissant dans les zones de conflit : Helene Dragatsi, Lawyer, Bar of Quebec Hélène Dragatsi, Avocate au Barreau du Québec	88
▪  The view of businesses Le point de vue de l'entreprise : Mark Nordstrom, Conseiller juridique sénior attaché aux relations de travail et à la politique des droits de l'homme de l'entreprise, General electric (GE)	93
LES EXEMPLES EUROPEENS EUROPEAN EXAMPLES	98
▪  Modérateur Moderator : Paul-Albert Iweins, Ancien président du Conseil national des barreaux, Ancien président du Barreau pénal international Former President of the Conseil National des Barreaux, Former President of the International criminal bar	98



▪ ■ ■ Instructions en France des affaires concernant les entreprises agissant dans les zones de conflit Judicial Investigations in France on Corporate Practices in Conflict Zones : Simon Foreman, Avocat au Barreau de Paris, Président de la Coalition française pour la Cour pénale internationale Lawyer, President of the French Coalition for the International Criminal Court	99
▪ 🇬🇧 Business Leaders' Liability and Corporate Complicity if International Crimes are committed – Cases from the Netherlands La responsabilité des dirigeants d'entreprise et la complicité des sociétés en cas de crimes internationaux – affaires instruites aux Pays-Bas Martin Witteveen, Prosecutor, Minister of Justice of the Netherlands Procureur, Expert auprès de la Mission «Etat de droit» de l'Union européenne en Palestine Ladies and Gentlemen	105
▪ 🇬🇧 Business Leaders' Liability and Corporate Complicity if International Crimes are committed – Cases from the Netherlands La responsabilité des dirigeants d'entreprise et la complicité des sociétés en cas de crimes internationaux – affaires instruites aux Pays-Bas Larissa Van Den Herik, Professor of Law at the University of Leiden Professeur de droit, université de Leyden	112
▪ ■ ■ Le point de vue de l'entreprise The view of businesses : Yannick Chalmé, Président du Cercle Montesquieu President of Cercle Montesquieu	116
▪ Débats et échanges avec la salle Debate and Knowledge-Sharing	118
SYNTHESE CONCLUSION	121
■ ■ Mireille DELMAS-MARTY , Professeur de droit, Collège de France Mireille DELMAS-MARTY, Professor at Collège de France	121
DETAIL DU PROGRAMME DETAILED PROGRAM	128



PROPOS D'ACCUEIL ET OUVERTURE
INTRODUCTION AND OPENING CEREMONY



CHRISTIAN CHARRIÈRE-BOURAZEL, PRÉSIDENT DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX | PRESIDENT OF THE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

Monsieur l'ambassadeur,
Mesdames et Messieurs les députés et sénateurs,
Mesdames et Messieurs les hauts magistrats,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Mesdames et Messieurs les bâtonniers,
Mes Chers confrères,

Distingués invités,

Je suis très honoré de vous accueillir pour ce colloque organisé en commun avec l'American Bar Association et consacré à la responsabilité des entreprises dans les zones de conflit.

Madame la Présidente, soyez la bienvenue à Paris pour ce qui sera, je l'espère, une belle journée – et pas seulement parce que c'est le premier jour du printemps.

Cette manifestation constitue le premier véritable partenariat du barreau français avec l'American Bar Association, ce dont je me réjouis.

Au-delà des postures convenues – et connues – sur l'opposition entre les systèmes de la Common Law et du droit romano-germanique, nous savons qu'il existe de réels et importants points de convergence entre les avocats américains et les avocats français, entre l'American Bar Association et le Conseil national des barreaux. Nous avons l'occasion de le vérifier chaque année lors du congrès de l'American Bar Association, qu'il s'agisse de la défense de l'indépendance de la profession d'avocat, de la garantie du secret professionnel, de la résistance aux règles voulant nous imposer de dénoncer nos clients pour blanchiment, de l'exigence de compétence des avocats, ou, très récemment, du refus des Alternative Business Structures.

Nous nous retrouvons naturellement sur la défense des droits et des libertés ainsi que notre attachement à la justice, car il s'agit de notre raison d'être avocats. C'est ce qu'exprime le slogan de l'American Bar Association : « Defending Liberty, Pursuing Justice ».

Et c'est bien dans cette perspective que nous souhaitons inscrire le colloque auquel nous vous remercions d'assister nombreux aujourd'hui.

Le thème de la responsabilité des entreprises en zones de conflit, champ de réflexion nouveau pour les avocats et leurs clients, révèle une évolution profonde du droit international.

Les États sont historiquement les premiers débiteurs du respect des droits reconnus et garantis à chacun individuellement et collectivement. Mais, avec la globalisation des échanges économiques, le droit international des droits de l'homme étend progressivement son application aux sujets de droit non étatiques, et particulièrement aux entreprises. Le discours et les pratiques liés à la responsabilité sociale des entreprises se sont multipliés. Le droit international pénal n'est pas en reste et permet le déclenchement de poursuites.



Des règles, des normes, des principes directeurs ont été adoptés.

En 1976, l'OCDE adopte les Principes directeurs des entreprises multinationales, qui ont été révisés plusieurs fois depuis cette date. Ils comprennent une clause imposant aux entreprises multinationales de « respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités conformément aux obligations et engagements internationaux du gouvernement hôte ».

En 1977, l'Organisation internationale du travail a adopté la Déclaration tripartite de principes sur les entreprises multinationales et la politique sociale, révisée en novembre 2000.

Un projet de Code de conduite des sociétés transnationales fut préparé jusqu'en 1992 au sein de la Commission des Nations Unies sur les sociétés transnationales, sans être adopté.

Sous l'impulsion de Koffi Annan un pacte mondial a été élaboré auquel de grandes entreprises transnationales ont adhéré.

La dernière et importante initiative en date prend corps dans ce que l'on qualifie de « cadre de référence de John Ruggie » qui est décliné dans des principes directeurs pour rendre opérationnel ses trois piliers : « protéger, respecter, réparer ».

Si l'on suit la démarche de John Ruggie, représentant spécial du secrétaire général de l'ONU pour les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres sociétés, deux modes d'action sont envisageables :

- D'une part, l'élaboration de principes de « soft law » relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, conçus pour façonner la politique sociétale sans imposer de nouvelles obligations de conformité.
- D'autre part, l'édiction de normes de droit positif, ou « hard law », par des institutions, et notamment la Cour pénale internationale (CPI), afin de faire croître un véritable corpus juridique en droit pénal international.

Les entreprises se trouvent ainsi placées au cœur d'une « toile de responsabilité ».

Cela est particulièrement vrai pour celles qui opèrent dans les zones de conflits où se commettent les plus importants crimes internationaux et dont les acteurs sont souvent financés par l'exploitation et l'exportation de ressources naturelles. Depuis quelques années, les cas de poursuites engagées à l'encontre de sociétés qui se sont rendues complices de violation des droits de l'homme se multiplient.

Si la Cour Pénale Internationale a été créée avec l'objectif essentiel de mettre fin à l'impunité des responsables directs ou indirects de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité et que les acteurs de premier plan sont des leaders politiques et militaires, responsables de la planification et de l'orchestration des campagnes de terreur et de violence massive menées contre des populations civiles, le filet du procureur peut cependant, dans ce système en émergence, être tendu de manière suffisamment large pour que s'y retrouvent aussi des acteurs de soutien, tels que ceux qui ont fourni des armes, créé des infrastructures ou apporté un support économique substantiel en achetant ou favorisant l'exportation des ressources naturelles.

Que l'on ne se méprenne pas : l'objectif de cette journée n'est pas de stigmatiser le comportement des entreprises ou de jeter l'opprobre sur elles. Il s'agit, bien au contraire, de les sensibiliser à des problématiques importantes relevant de leur responsabilité et de réfléchir





avec elles et leurs avocats à leur positionnement et leurs actions dans un monde de droit et de responsabilité.

Il s'agit de participer à une prise de conscience collective de l'existence de risques juridiques, pas uniquement pénaux, encourus par les entreprises pour leurs activités. Elles doivent être sensibilisées à une meilleure prise en compte des droits de l'homme qui a un impact non négligeable sur leur image et leur réputation.

Dans ce cadre, le rôle des avocats et des conseils juridiques des entreprises est essentiel d'un point de vue préventif, par l'identification des risques encourus (« Human Rights due diligence »), et curatif dans le cas de poursuites devant des juridictions nationales ou internationales. Ils doivent alors maîtriser des sources et des problèmes juridiques complexes et multiples qui seront au cœur de cette journée.


Je ne doute pas que la qualité des intervenants et les thèmes choisis nous permettront de mieux comprendre les enjeux essentiels du rapport qui existe entre les entreprises et les droits de l'homme.

Je vous souhaite une excellente journée et de fructueux échanges.

 Biography	 Biographie
<p>A lawyer for the last 40 years, Christian Charrière-Bournazel was sworn in back in 1973 and practices in Paris in the Charrière-Bournazel legal practice.</p> <p>He was President of the Paris Bar Association in 2008/2009. Vice-chairman of the Conseil national des barreaux from 2009 to 2011, he has been its president since January 2012.</p> <p>In addition to his professional experience (intellectual property, freedom of the press, general commercial and criminal law), Christian Charrière-Bournazel, through his commitment to the profession (he has been active in the bar association for many years, in Paris, at national and international levels), through his involvement in associations (LICRA, FIDH), and through his writings and public statements, promotes a vision of the law focused on fundamentals such as respect, dignity, equity and solidarity which he defines as being «the essence of what makes us human».</p> <p>He fights for intellectual honesty, with professional ethics as its weapon in defense of freedom.</p>	<p>Avocat depuis 40 ans, Christian Charrière-Bournazel a prêté serment en 1973 et exerce à Paris au sein du cabinet Charrière-Bournazel.</p> <p>Il fût bâtonnier de Paris en 2008/2009. Vice-président du Conseil national des barreaux de 2009 à 2011, il en assure la présidence depuis janvier 2012.</p> <p>Au-delà de ses expériences professionnelles (propriété intellectuelle, droit de la presse, généraliste d'entreprise et droit pénal), Christian Charrière-Bournazel montre, à travers son implication au sein de la profession (actif de longue date au sein du barreau, au plan parisien, national et international), à travers ses engagements associatifs (LICRA, FIDH) et à travers ses écrits et interventions publiques, une vision du droit centrée sur des fondamentaux comme le respect, la dignité, l'équité et la solidarité qu'il définit comme « le propre de notre condition humaine ».</p> <p>Il défend une rigueur intellectuelle dont la déontologie est le fer de lance et la liberté, l'enjeu.</p>



 LAUREL G. BELLOWS, PRESIDENT OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION |  PRÉSIDENTE DE L'AMERICAN BAR ASSOCIATION

 Thank you to President Christian Charrière-Bournazel and the Council of National Bars (CNB) for partnering with the ABA to develop this colloquium on International Corporate Liability in Conflict Zones. This topic is of growing importance legally — but also morally.

In addition to our CNB colleagues, special thanks to my friend, Deborah Enix-Ross, Chair of the ABA Center for Human Rights, and to the Center staff, directed by Michael Pates, for their outstanding work in bringing us all together today.

This colloquium is a timely follow-up to the first UN Forum on Business and Human Rights in Geneva last December. I was pleased to lead an ABA delegation to the Geneva forum that addressed the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (*UNGPs*). Today, we continue the very important conversation about the growing role of the legal profession in international corporate accountability, including human rights standards and compliance. The ABA endorsed the UNGPs in February 2012 and we strongly support their full implementation.

As many of you know, the American Bar Association (ABA) is an independent, voluntary, nongovernmental organization of judges and lawyers with nearly 400,000 members worldwide. We regard human rights and the rule of law as cornerstones of a free and just society. We work to advance these principles in the United States and internationally.

The ABA's commitment to the UNGPs drives our efforts to reinforce the “remedy pillar” of the UN business and human rights framework within the private sector, including our profession and our nations' governments. We believe that reinforcing the “remedy pillar” ensures access to judicial remedies when corporations commit human rights abuses. Fortifying the “remedy pillar” also advances the rule of law, strengthens national legal systems, facilitates legal empowerment and supports human rights advocates.

But the ABA recognizes that there has been much debate around the adoption of the UNGPs and especially the pillar on non-judicial and judicial remedies. For some stakeholders, notably certain corporations and business associations, the provisions may go too far. For other stakeholders, notably victim advocacy groups, they might not go far enough. I plea for balance, especially when it comes to judicial remedies. Due process for **all** parties must be preserved.

Of course, I don't need to convince you of the vital connection between the rule of law and the protection of human rights, including access to justice for victims of abuses. This link between the rule of law and human rights protections must extend to individuals and communities adversely affected by business activities. At a practical level, we should aim to integrate into the broader rule of law agenda the “Respect, Protect and Remedy” framework, the three pillars that buttress the UN business and human rights guiding principles. As the UN and its partner organizations work to implement the guiding principles, the state's duty to protect human rights and the corporate responsibility to respect human rights will be strengthened.



The remedy pillar must receive as much attention, analysis and integration into all assessments. It must identify effective avenues of victim redress in the context of many types of risks and vulnerabilities. Without an effective and reliable remedy for human rights abuses by corporations, the first two pillars – respect and protect – will not be fully realized. Reinforcement and integration of the remedy pillar will exert pressure on states as they address their “responsibility to protect” under the UNGPs and on the private sector as it upholds the “responsibility to respect” human rights. Business and human rights will be strengthened. All relevant parties will better understand the common standards and expectations, which means businesses have greater predictability and individuals have more secure rights.

Also, we must ensure that when these principles of respect and protect fail, a robust system provides access to justice for those who are wronged. Local and national governmental entities around the world must examine how their civil and criminal laws and procedures for redress of business-related human rights abuses are implemented and enforced — and how claims under them are addressed. The laws must be comprehensive and the legislative initiatives should enhance human rights-related elements.

But these efforts must go beyond what is “on the books.” A gap exists between the **call** for judicial remedies and the actual **availability** of judicial remedies, especially for vulnerable individuals and communities. And so, legislative initiatives must look at how judicial remedies are actually **addressed**.

The good news is that many business enterprises are already undertaking initiatives to support the rule of law. But they can go farther, integrating the UNGPs into their broader rule of law agenda. In particular, business enterprises, through their economic impact on developed and developing countries can use a common set of business-conduct principles on human rights to help ensure the observance and advancement of human rights.

One issue that I have confronted as President of the ABA may be of particular relevance here, combating human trafficking. According to the U.S. State Department, 27 million people, mostly women and children, are trapped in modern-day slavery around the world. The UN says that 80 percent of victims are exploited as commercial sex slaves and many others are forced to perform labor in homes and sweatshops. In the United States, up to 250,000 children ages 10 to 17 are at risk of being exploited in the commercial sex industry.

Slavery, of any kind, is a despicable violation of human rights and human dignity. The ABA has mobilized lawyers to combat modern-day slavery in the United States. Through the ABA Task Force on Human Trafficking, we are fighting the scourge of human trafficking and paying special attention to the rights of victims. For example, with help from the ABA Center for Human Rights, we are working with the U.S. Uniform Law Commission to draft a comprehensive and nuanced uniform statute on human trafficking to be implemented by states across America. The draft uniform act focuses on both punishment and prevention of human trafficking through criminal sanctions, civil remedies and coordination of state efforts. The Uniform Act will provide an up-to-date road map for effective state action to address human trafficking in its various forms, including sex and labor trafficking.



In addition, the ABA is drafting, developing and promoting business conduct standards and policies urging businesses to eliminate slavery from corporate supply chains. We want employers to train their employees to identify and report victims.

The ABA hopes we can continue working with local stakeholders and the business community to further these initiatives, prevent business-related human right abuses and eliminate obstacles to justice that face so many human trafficking victims.



These are only a handful of issues that our members are actively addressing to advance human rights. Our sections and committees throughout the ABA are accomplishing incredible things. On the international level, the ABA Rule of Law Initiative, with nearly 700 professionals in more than 50 countries, provides technical assistance and legal reform programs. The ABA’s Section of International Law, with 23,000 members in more than 90 countries, focuses on many global justice issues, including the rights of women.

The ABA Center for Human Rights raises public awareness and supports a range of practical projects to uphold human rights. The ABA Center for Human Rights oversees the Justice Defenders Program, which raises public awareness of difficult human rights cases worldwide, arranges for pro bono legal advice on advocacy and litigation strategy and deploys respected experts to observe trials in which human rights advocates are prosecuted.

The legal profession throughout the world plays a vital role in securing access to judicial remedies for human rights violations as well as in broader questions of corporate accountability.

The strength of a robust system of judicial remedies is more than about settling any particular grievance. It creates a social, political and legal environment that encourages respect for rights. We must protect human dignity to prevent harm and to deter potential human rights violation.

The ABA looks forward to continuing to engage with all of you in responding to the challenges of implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Thank you.

<p style="text-align: center;"> Biography</p> <p>Laurel Bellows, principal of The Bellows Law Group, P.C., represents executives, in the United States and internationally. Laurel is an internationally recognized business lawyer counseling senior executives and corporations on employment matters, employment and severance agreements, executive compensation, and workplace disputes. Her expertise in executive compensation matters also includes mid-level management compensation and benefit plans and matters involving incentives, pension, retirement, and workforce restructuring.</p>	<p style="text-align: center;"> Biographie</p> <p>Laurel Bellows, dirigeante de The Bellows Law Group, P.C., représente des cadres aux États-Unis et à l'échelle internationale. Laurel est une avocate d'affaires internationalement reconnue conseillant des cadres supérieurs et des entreprises en matière d'emploi, de contrats de travail et de ruptures, de rémunération des dirigeants et de conflits sur le lieu de travail. Son expertise dans le domaine de la rémunération des dirigeants inclut également la rémunération et les avantages sociaux des cadres moyens et les questions relatives aux primes, aux pensions, à la retraite ainsi qu'à la restructuration des</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



The Bellows Law Group, P.C., offers transactional, counseling and litigation services to entrepreneurs, small and medium-sized businesses, and large corporations. Client matters range from commercial litigation to business startups.

Laurel is President of the American Bar Association and its nearly 400,000 members. She has served as chair of the ABA's policymaking House of Delegates (2006-2008), the second highest elected office in the ABA. Laurel was the second woman president of the 22,000 member Chicago Bar Association in 1991. Her many accolades include: *Crain's Chicago Business* annual list of Power Players, one of 28 Power Lawyers in the city by *Chicago Magazine*, one of Chicago's 100 Women of Influence in 1996 by *Crain's Chicago Business*, one of *Working Mother Magazine* 25 Most Influential Working Mothers in the country in 1997, served on the Illinois Supreme Court Special Commission on the Administration of Justice and on the United States Senate Judicial Nominations Commission for the State of Illinois, Past President of the National Conference of Bar Presidents, Past Chair of The Chicago Network, Past Chair of the American Bar Association's Commission on Women in the Profession, and as Past Chair of the Finance Committee of the American Bar Association's Board of Governors.

ATHENA International honored Laurel with the prestigious 2012 ATHENA Leadership Award presented to exemplary leaders for achieving the highest level of professional excellence and for actively assisting and inspiring women to realize their full personal and professional potential. Ms. Bellows is highly regarded for her many contributions to the Chicago and National community. Laurel is admitted and qualified as an Attorney and Counselor of the Supreme Court of the United States and is a mediator, certified through the Institute for Conflict Management. Laurel is licensed to practice in Illinois, Florida and California.

effectifs.

Laurel est présidente de l'American Bar Association qui compte près de 400 000 membres. Elle a travaillé en tant que présidente de la chambre des délégués de l'ABA (2006-2008) qui est chargée de l'élaboration des politiques, le second plus haut poste élu de l'ABA. Laurel a été la deuxième femme présidente de l'Association du barreau de Chicago et de ses 22 000 membres en 1991. Son travail lui a valu de nombreuses distinctions, notamment : la liste annuelle des Power Players de *Crain's Chicago Business*, l'une des 28 Power Lawyers de la ville par le *Chicago Magazine*, l'une des 100 femmes les plus influentes de Chicago en 1996 par *Crain's Chicago Business* et l'une des 25 mères qui travaillent les plus influentes du pays en 1997 par le *Working Mother Magazine*. Elle a également travaillé pour la commission spéciale de la Cour suprême de l'Illinois sur l'administration de la justice, pour la commission de nomination judiciaire du Sénat des États-Unis de l'État de l'Illinois, en tant qu'ancienne présidente de la Conférence nationale des Bâtonniers, ancienne présidente de The Chicago Network, ancienne présidente de la Commission sur les femmes du métier de l'American Bar Association et ancienne présidente du Comité financier du Conseil des gouverneurs de l'American Bar Association.

ATHENA International a honoré Laurel en lui attribuant le prestigieux ATHENA Leadership Award de 2012, accordé aux dirigeantes exemplaires ayant atteint le plus haut niveau d'excellence professionnelle et ayant activement aidé et inspiré les femmes à réaliser pleinement leur potentiel personnel et professionnel. Mme Bellows est très admirée pour ses nombreuses contributions à la communauté de Chicago et au niveau national. Laurel est reconnue et qualifiée en tant qu'avocate et conseillère de la Cour suprême des États-Unis et est une médiatrice certifiée par l'Institut pour la gestion des conflits. Laurel est autorisée à exercer dans l'Illinois, la Floride et la Californie.



TABLE RONDE N° 1 :
ACTIVITES ECONOMIQUES DES ENTREPRISES ET DROITS DE L'HOMME
ROUNDTABLE 1 :
BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

**MODERATEUR****MODERATOR**

■ ■ BERTRAND DEBOSQUE, PRESIDENT DE LA COMMISSION DES AFFAIRES EUROPEENNES ET INTERNATIONALES DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX | ■ ■ PRESIDENT OF THE COMMISSION ON EUROPEAN AND INTERNATIONAL AFFAIRS OF THE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

 **Biography**

Bertrand Debosque is a lawyer at the Lille Bar Association.

He was a member of the Council of the Lille Bar Association from 1999 to 2001 for the first time.

A former Chairman of the International Committee of the Lille Bar Association, he was President of the Regional Bar Centre for Professional Training (Nord Pas-de-Calais) from 2000 to 2004.

He was President of the Lille Bar Association in 2007 and 2008.

After organizing the National Convention of Lawyers in Lille in October 2008, he was a member of the Conseil national des barreaux and a member of the Council of the Lille Bar Association from 2009 to 2011.

In December 2011, he was re-elected to the Conseil national des barreaux and became the President of the European and International Affairs Committee.

Having trained in both France and the United States, Bertrand Debosque began his career in 1983 and has been a partner at the Bignon Lebray lawfirm (Lille, Paris, Lyon, Aix-en-Provence and Shanghai) since 1990.

 **Biographie**

Bertrand Debosque est avocat au Barreau de Lille.

Il a été une première fois membre du Conseil de l'Ordre du barreau de Lille de 1999 à 2001.

Ancien Président de la Commission Internationale du Barreau de Lille, il a été Président du Centre de Formation Professionnelle des barreaux du Nord Pas-de-Calais de 2000 à 2004.

Il a été Bâtonnier de l'Ordre des avocats au barreau de Lille en 2007 et 2008.

En charge de la Convention nationale des avocats à Lille en octobre 2008, il est membre du Conseil national des barreaux et membre du Conseil de l'Ordre du barreau de Lille de 2009 à 2011.

En décembre 2011, il est réélu au Conseil national des barreaux et en devient le Président de la Commission des affaires européennes et internationales.

Doté d'une double formation obtenue en France et aux Etats Unis, Bertrand Debosque a débuté sa carrière en 1983 et est associé du cabinet Bignon Lebray (Lille, Paris, Lyon, Aix-en-Provence et Shanghai) depuis 1990.



**UN CADRE POUR LES AFFAIRES ET LES DROITS DE L'HOMME |
A FRAMEWORK FOR BUSINESS AND HUMAN RIGHTS :**

**FRANÇOIS ZIMERAY, AMBASSADEUR POUR LES DROITS DE
L'HOMME, FRANCE | FRENCH AMBASSADOR FOR HUMAN RIGHTS**

M. le Président, M. le Vice-président du Conseil d'Etat, Mme la Présidente, Mesdames et Messieurs les Bâtonniers, Mme la Procureure générale, mes chers confrères, mes chères collègues, Mesdames et Messieurs.

Je voudrais tout d'abord, si vous le permettez, vous souhaiter à mon tour la bienvenue ici, en vous présentant les excuses du Ministre des Affaires Etrangères. Je voudrais également vous livrer deux ou trois impressions que m'inspire le thème que vous avez choisi. Je suis tout d'abord très heureux que soient réunis ici – et c'est une initiative très originale – des gens d'horizons très différents et qui n'ont pas nécessairement l'habitude de se rejoindre. Au terme de cinq années et demie dans cette fonction d'Ambassadeur de France en charge des droits de l'Homme, et de 111 missions dans le monde, souvent dans des zones de conflit, et toujours dans des zones de souffrance, je peux vous dire combien ce thème est pertinent. Je félicite les organisateurs et les initiateurs, et non simplement par courtoisie diplomatique, mais très sincèrement. Je crois que le choix de ce thème, et votre capacité à réunir un public d'horizons et qualités si différentes est absolument remarquable, et utile pour faire face aux enjeux auxquels nous sommes confrontés.

Les mots n'ont pas le même sens selon ceux qui les entendent. Puisque vous m'avez demandé de planter le décor du décor, commençons par dissiper les malentendus qui rendraient la compréhension plus compliquée entre nous. Quand l'on parle de droits de l'Homme, et c'est un obstacle pour moi, les interlocuteurs entendent « éthique », « morale », « vertu », « symbole ». Ils attendent de nous des gestes, des déclarations, des postures. Je voudrais ici dire très simplement, mais très fermement, que les droits de l'homme, ce n'est pas de la morale. Ce n'est pas de l'éthique. Ce ne sont pas des symboles. Ce sont des droits, qui existent ou qui n'existent pas, qui sont appliqués ou qui sont bafoués. Comme l'évoquait plus tôt le bâtonnier Charrière-Bournazel, nous parlons ici du droit de ne pas être violé, de ne pas être torturé, du droit à un procès équitable, du droit à l'égalité des hommes et des femmes, du droit d'un enfant à une enfance. Au bout de ces droits, des réalités : des hommes, des femmes, des enfants, des entreprises. Une vraie politique des droits de l'Homme est une politique des réalités.

Dès lors, quel est le rôle d'un pays comme la France ? Il s'agit de participer à l'élaboration de ces droits dans les enceintes qui en sont le creuset naturel ; de faire campagne pour leur universalisation, afin que de plus en plus de pays adoptent, signent, ratifient, rejoignent, endossent les conventions, les traités, les déclarations qui énoncent les droits fondamentaux ; enfin d'être à l'avant-garde d'un certain nombre de combats. Hier, celui pour la Cour Pénale Internationale. Aujourd'hui, celui pour la dépénalisation de l'homosexualité, qui est un délit dans 70 pays, et un crime puni de mort dans 9 pays. Ou encore la campagne pour l'abolition universelle de la peine de mort, dans laquelle nous nous sommes engagés.

Le plus difficile demeure de veiller à l'application de ces droits. Pour reprendre le Bâtonnier Charrière-Bournazel, cette politique repose sur la défense des défenseurs. Tout ce que j'ai vu, entendu, ressenti durant ces missions, me ramène au constat que les droits de l'Homme ne sont pas seulement portés par les Etats et les institutions. Ils le sont d'abord par des individus



courageux qui prennent souvent le risque de leur liberté ou de leur vie pour les invoquer et les défendre. Notre rôle doit être en premier lieu de les recevoir, de les identifier, de les reconnaître, de les protéger lorsque nous le pouvons, et, toujours, de les écouter, et de les encourager.

Cela me conduit au second malentendu que je souhaiterais dissiper. Il ne devrait pas y avoir, d'un côté, le monde de l'idéal, de la vertu, que nous serions censés incarner, et, de l'autre, celui de la *real-politik*, du cynisme, que les entreprises auraient la réputation de représenter. Au contraire, il est nécessaire, à un moment où la crise nous enjoint, de faire en sorte que la logique de la diplomatie économique et celle des droits de l'Homme se rejoignent. Quand j'ai rejoint cette fonction, la priorité qui m'avait été assignée, comme à une grande partie des diplomates, était véritablement de faire de chaque ambassade une maison des droits de l'Homme. Au bout de 5 ans et demi, je commence à voir quelle réalité il peut y avoir derrière ce beau slogan. Aujourd'hui, la priorité est aussi de faire de chaque ambassade de France, le fer de lance de notre activité économique. Il m'appartient donc de tout faire pour ne pas antagoniser ces deux priorités, ces deux intérêts, et de montrer en quoi ils se rejoignent.

Ils se rejoignent dans une valeur commune, qui est le respect. Dans la presse économique, je suis très frappé d'observer, de plus en plus régulièrement, les crises de réputation concernant la vie des entreprises et qui touchent au respect des droits fondamentaux. Il y a quelques années, l'opinion mondiale a été frappée par l'histoire de lait frelaté en Chine, où les écoles du Sichuan s'effondraient sur les enfants, car elles étaient construites dans un béton de farine, par des entrepreneurs corrompus. Ces enfants n'étaient pas les victimes d'une catastrophe sanitaire ou naturelle, mais bien d'un effondrement du droit. Mettre du respect dans les produits, du respect sur le marché permettrait de joindre les ambitions françaises en matière d'économie et de droits de l'Homme. Nos produits sont assujettis à des normes, telles que les directives européennes. Ces normes imposent le respect de la santé publique, du consommateur, des origines, des cultures, des appellations, de la propriété intellectuelle, donc des droits fondamentaux.

Les normes auxquelles sont assujettis nos produits sont des normes de respect. En portant haut la valeur respect, à la fois dans l'économie, et dans les Droits de l'Homme, nous établissons une cohérence naturelle entre ces deux combats à mener de front. Les pays sont des marques, eux aussi. Ils portent des valeurs. La valeur attachée à la France doit être la valeur respect que nous pouvons décliner tant dans le domaine des droits fondamentaux que dans le domaine de l'entreprise.

J'ajoute que, confrontés à des besoins illimités, avec des moyens limités, il nous revient également d'inventer des nouveaux leviers. L'un de ces leviers est la responsabilisation du monde économique, de toute la chaîne économique. Je ne parle pas seulement de la responsabilité sociale de l'entreprise, dont je vois ici de grands avocats, mais également de la responsabilité du secteur financier. En effet, ce secteur devra également opérer une mutation. Jusqu'à présent, l'éthique dans la finance consistait essentiellement en la réglementation anti-blanchiment. Il faudra changer de paradigme. Le souci sera maintenant de savoir où va l'argent, c'est-à-dire la responsabilité de l'*asset manager*, du gestionnaire, sur la dévolution finale des fonds dont il a la responsabilité.

Au bout de la chaîne, il faudra passer de la responsabilité sociale de l'entreprise à la responsabilité sociale du consommateur. Nous devons être capables d'informer le consommateur final de l'impact de ses choix de consommation sur les droits fondamentaux. Nous savons aujourd'hui mesurer le bilan carbone de n'importe quel produit. Nous savons d'ores-et-déjà évaluer leur trace environnementale. Nous ne savons toujours pas évaluer aujourd'hui l'impact d'un produit ou d'un service sur la dignité et sur les droits fondamentaux. Le jour où nous parviendrons à modéliser cela, en sorte de pouvoir informer, responsabiliser le consommateur sur l'impact de ses choix, nous disposerons d'un levier fondamental pour changer le monde.

 **Biography**

As the French Ambassador for Human Rights, François Zimeray has carried out about one hundred interventions around the world since his appointment in 2008. Trained as a lawyer, and a member of the Paris Bar and the International Criminal Bar in The Hague, François Zimeray has represented victims against the leaders of the Khmer Rouge, has helped to release political opponents from prison in Laos, and defended a child-soldier in the DRC (Congo-Kinshasa). In 2006 he played a decisive part in organizing the European campaign to put an end to the massacres in Darfour.

As a Member of the European Parliament, François Zimeray campaigns for peace in the Middle East, particularly between Israelis and Palestinians, and more widely, for the respect of human rights in that region. As an ambassador he fights, in France's name, for freedom of conscience and of speech and advocates the *emancipation* of women. He also turns the spotlight on dramas which are generally ignored by the media, such as child-witches or the use of rape as a military weapon.

 **Biographie**

Ambassadeur de France pour les Droits de l'Homme, François Zimeray a effectué plus d'une centaine de missions à travers le monde depuis sa nomination en 2008. Avocat de formation, membre du barreau de Paris et du barreau Pénal International de La Haye, François Zimeray a représenté des victimes contre les dirigeants Khmers Rouges, fait libérer au Laos des opposants politiques emprisonnés et pris la défense d'un enfant-soldat au Congo-Kinshasa (RDC). En 2006, il se mobilise pour le Darfour et prend une part décisive dans l'organisation de la campagne européenne pour y faire cesser les massacres.

Député européen, François Zimeray milite pour la paix au Proche Orient, notamment entre Israéliens et Palestiniens, et, plus généralement, pour le respect des droits de l'homme dans la région. Ambassadeur, il, combat, au nom de la France, pour la liberté de conscience et d'expression et plaide pour la décolonisation des femmes. Il met également en lumière des drames rarement abordés dans les médias comme celui des enfants-sorciers ou du viol utilisé comme arme de guerre.



FR DROIT INTERNATIONAL PENAL : UN NOUVEAU CHAMP DE RESPONSABILITE POUR LES DIRIGEANTS D'ENTREPRISES | UK INTERNATIONAL CRIMINAL LAW : A NEW AREA OF RESPONSIBILITY FOR BUSINESS LEADERS :

■ ■ ELISE GROULX, AD.E., BOYLE LITIGATION, WASHINGTON D.C., OF COUNSEL, HINCKER & ASSOCIES, PRESIDENTE D'HONNEUR DU BARREAU PENAL INTERNATIONAL | UK AD.E., BOYLE, AUTRY & MURPHY, WASHINGTON D.C., OF COUNSEL, HINCKER & ASSOCIES, FOUNDING AND HONORARY PRESIDENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL BAR (ICB)

■ ■ Le droit pénal international est un champ du droit qui se développe dans un contexte de mondialisation économique mais également politique.

La mondialisation n'est pas un phénomène linéaire en progression constante. Son avancée est irrégulière. Ainsi les marchés se sont internationalisés beaucoup plus rapidement que les institutions politiques. Les États n'ont pas tous la même capacité de réglementer les activités économiques. Ils n'ont pas tous pu suivre et s'adapter. Il en a résulté la crise financière de 2008 et ses effets sur l'économie mondiale.

La réponse politique aux forces économiques est, elle aussi, très imprévisible et peut s'avérer violente.

Pensons au printemps arabe (Tunisie, Egypte, Libye), aux Mouvements sociaux d'occupation, aux milices et aux régimes répressifs qui prospèrent et s'enrichissent grâce à la chasse aux ressources naturelles telles que les minerais de conflit, les diamants, le bois d'œuvre, les produits de la faune et de la flore, les stupéfiants et le pétrole détourné et siphonné de manière régulière.

Tous ces phénomènes entraînent d'importants bouleversements que les entreprises doivent évaluer avec beaucoup d'attention et bien en mesurer les risques.

Le droit international (tout particulièrement le droit pénal international et le droit international humanitaire) n'est qu'un morceau du casse-tête posé par la mondialisation.

Le défi des lacunes de gouvernance :

- John Ruggie, le rapporteur des Nations-Unies sur les Droits de l'Homme et l'entreprise, a bien saisi la situation et a élaboré le concept de "Lacunes de gouvernance" (*Governance Gaps*).
- Les marchés mondiaux ont explosé, avec tout ce que cela suppose comme impact tant sur le plan social qu'environnemental.
- Les États et les organisations internationales accusent souvent un important retard d'adaptation.
- La mise en œuvre du droit pénal sur le plan national est également à la traîne de ce mouvement.

Les Etats et les entreprises qui se veulent responsables font face au défi de combler ces lacunes de gouvernance.



Trois fortes tendances tentent aussi de combler ces lacunes :

- 1- La transparence
- 2- Le mouvement international des droits de l'homme
- 3- Le droit pénal international (DPI) dont le premier objectif est de mettre fin à l'impunité des leaders et des groupes de leadership. A cet égard, il convient également de mentionner les législations anti-corruption (par exemple le *FCPA* aux USA et l'*Anti-Bribery Act* en Grande-Bretagne) dont l'objectif premier est de mettre fin à l'impunité financière.

J'aborderai brièvement les deux premiers thèmes mais je me concentrerai essentiellement sur le droit pénal international, celui qui est abordé le moins fréquemment.

Posons-nous au préalable la question de savoir qui est à l'origine de ces grandes tendances. Ce sont les ONG.

Je l'ai vécu de près, en tant qu'acteur de la Coalition des ONG pour la Cour pénale internationale (CICC), dont je souligne la présence parmi nous aujourd'hui de Bill Pace, son leader depuis plus de 15 ans.

Kofi Annan parle ainsi de la révolution des ONG. Cette révolution gagne en maturité et en puissance. C'est une réalité politique et même juridique avec laquelle il faut désormais compter.

1) La transparence

La transparence est sans doute la tendance la plus marquée des trois. Elle se veut politique, sociale, ponctuée de quelques exigences juridiques (telles que le met en évidence le Dodd Frank Act de réforme de Wall Street et de protection du consommateur adopté en 2010, et notamment son article 1502 qui crée des obligations de "*disclosure*", de divulgation au titre de laquelle les entreprises doivent établir si leurs produits contiennent des minerais du conflit de République démocratique du Congo).

Cette recherche de transparence constante, alimentée par les médias et les médias sociaux, change la donne pour les entreprises multinationales, en particulier pour celles qui entendent conserver leur réputation et protéger leur marque.

Les atteintes massives aux droits de l'homme sont désormais mises à jour, où qu'elles se produisent et même dans les régions montagneuses éloignées et les jungles isolées. Leur diffusion médiatique se produit parfois de manière virale et quasi instantanée.

Comme le dit Warren Buffet, une réputation bâtie sur 30 ans se détruit en 30 secondes.

La prudence invite les dirigeants d'entreprises, leurs directeurs et leurs fiduciaires à assumer que les impacts sur les droits de l'homme pouvant émaner des activités de leurs entreprises seront éventuellement dévoilés au grand jour, tôt ou tard.

C'est pourquoi John Ruggie recommande une stratégie de gestion : "Savoir et faire savoir qu'on sait" (*Know and Show*).

Il en va de même du droit pénal international. Les conseils donnés aux directeurs juridiques et aux dirigeants d'entreprises doivent s'adapter et refléter ces nouvelles exigences de transparence pour prévenir tout risque d'allégation de conduite criminelle directe ou indirecte.



2) Les droits de l'homme

John Ruggie réaffirme la souveraineté des États et, à ce titre, leur responsabilité d'assurer la mise en œuvre effective des conventions et des standards reconnus en matière de droits de l'homme. Il rappelle la responsabilité des États de protéger les droits de l'homme.

Il a développé une « carte routière » (*road map*) pour les entreprises. Il évoque la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme et de mener des « audits » (*due diligence*) en matière de droits de l'homme pour mesurer l'impact de leurs activités sur ces derniers.

Le tour de force de John Ruggie est d'avoir obtenu un large consensus international parmi les États, les organisations internationales, les ONG et les grandes entreprises multinationales.

Les grandes entreprises présentes ici aujourd'hui ont toutes adopté des politiques « droits de l'homme » contraignantes et se sont toutes engagées à mettre en œuvre les principes directeurs de Ruggie.

3) le Droit pénal international

John Ruggie confirme l'existence du droit pénal international comme une tendance forte en son principe directeur 23(c). Il conclut que les entreprises doivent traiter le risque de causer ou de contribuer à causer, par leurs activités commerciales, des violations massives des droits de l'homme comme générateur d'une obligation de conformité légale.

Les zones de conflit, qui sont le thème de notre conférence d'aujourd'hui, sont particulièrement susceptibles de présenter de tels risques. Les situations émanant de la RDC (République Démocratique du Congo), de l'Ouganda, du Soudan et du Kenya se retrouvent toutes aujourd'hui devant la Cour pénale internationale (CPI).

Le principal corpus juridique du droit pénal international et du droit humanitaire international s'est développé très rapidement depuis les années 1990 et offre désormais un système complexe de doctrine et de jurisprudence. Cet ensemble est appliqué par plusieurs instances et tribunaux nationaux et internationaux. On y fait référence comme de la "hard law" ou du droit positif, c'est-à-dire, doté de mécanismes effectifs de mise en œuvre et doté de tout un appareil de sanctions.

L'application du droit pénal international aux entreprises soulève de nombreuses questions juridiques sur lesquelles je souhaiterais me concentrer.

Les grandes tendances du droit pénal international

Au cours des années 90, on s'est d'abord basé sur ce que nous avait légué Nuremberg.

Depuis la fin des années 90, le droit pénal international a acquis ses lettres de noblesse en développant son propre système de mise en œuvre et de sanctions, ses doctrines et sa jurisprudence.

Notons d'abord la Cour pénale internationale, son Procureur et les procureurs nationaux des 122 États parties, liés par des obligations de coopération et d'entraide mutuelles (articulées autour d'un système de complémentarité), les 9 tribunaux ad hoc et leurs centaines de jugements, ainsi que le Conseil de sécurité des NU et ses immenses pouvoirs de maintien de la paix aux termes du Chapitre VII de la Charte.

Tout ceci fait partie d'une tendance lourde ou d'un mouvement profond vers l'internationalisation du droit pénal, ce qui a pour effet de renforcer le droit pénal national et de créer un système interétatique beaucoup plus cohérent et uniforme que par le passé.



Le droit pénal international et les entreprises commerciales

La problématique s'articule autour d'une question centrale: comment le droit pénal international peut-il trouver à s'appliquer à l'égard d'activités qui sont avant tout de nature économique, même lorsque ces activités sont susceptibles d'alimenter les conflits? Comment le droit pénal international peut-il s'appliquer aux entreprises commerciales (ce qui inclut leurs dirigeants, leurs directeurs et leurs agents) agissant dans ces zones de conflit?

Il ne faut pas oublier de rappeler ici la dimension économique de la plupart des crimes perpétrés en zones de conflit.

Les activités économiques servent trop souvent à nourrir les conflits. On parle de guerres de ressources, qu'il s'agisse de milices qui récoltent les ressources minières en RDC ou en Sierra Léone ou qu'il s'agisse de pillage, crime de guerre en cas de confiscation de propriété avec migration forcée de populations civiles, souvent accompagnée de travail forcé, d'esclavage et de travail des enfants. Le recrutement des enfants soldats est aussi un crime à portée économique. On constitue une armée à peu de frais pour piller les ressources premières et éteindre toute opposition en ayant recours aux violations massives des droits de l'homme. Dans cette même logique, le viol et le massacre des civils servent souvent d'outils d'asservissement des populations civiles pour forcer leur coopération soumise sur le plan économique.

Dans ce contexte, les ONG et les juristes ou conseillers juridiques d'entreprises n'ont pas toujours la même vision et leur interprétation des situations varie grandement. Il existe souvent un fossé tant sur le plan de la compréhension des phénomènes que sur celui de la communication quant aux perspectives et aux objectifs qui animent ces deux regroupements.

Je vais tenter de brosser un portrait sommaire relatif aux questions de la complicité des entreprises, aussi connue sous le vocable d'aide ou de concours ("aiding and abetting") (art. 25 (3) (c) Statut de Rome), qui est une forme de participation accessoire reconnue, bien établie en droit pénal national et qui connaît de moins en moins de variables. Ce mode de participation a fait son entrée dans les TPI et, désormais, à la CPI.

Les avocats et les conseillers juridiques doivent ici se poser trois questions de base.

Les avocats d'entreprises et les conseillers juridiques sont appelés à se pencher sur des questions juridiques qui ne relèvent pas de leur quotidien. Les pénalistes ont aussi un nouveau rôle à jouer : faire de la formation et du coaching. Ceci permet une approche interdisciplinaire qui ouvre la porte à tout un éventail de solutions et de créativité.

L'immunité corporative: mon collègue, le professeur Ken Gallant, se penchera sur cette question de manière exhaustive tout de suite après ma présentation. La CPI et les TPI n'ont de compétence personnelle (*rationae personae*) que sur les individus et non pas sur les entités morales ou personnes juridiques. Cependant, un grand nombre d'États parties peut exercer une compétence concurrente face aux personnes physiques et aux personnes morales simultanément, lorsqu'il y a allégations de responsabilité pénale.

Madame Dragatsi et le Juge Binnie, anciennement de la Cour Suprême du Canada, nous parleront de la situation au Canada, M. Martin Witteween et Mme Larissa van den Herik nous parleront de la situation aux Pays-Bas alors que le panel français, en présence de Monsieur Simon Foreman, abordera cette question en ce qui a trait à leur systèmes juridique.

Les USA possèdent quant à eux un système *sui generis* (*Alien Tort claims Act* (ATCA) ou *Alien Tort Statute* (ATS)) qui permet à des non-résidents américains de porter les abus dont ils se prétendent



victimes devant les instances fédérales américaines pour recevoir compensation. Ce système de responsabilité quasi délictuelle (*Torts*) a ouvert la porte à la poursuite d'entreprises lorsque le droit des nations (désormais le droit pénal international et le droit humanitaire international) a été violé. Tout un panel sera dévolu à ce régime unique.

Le principe qui est à la base du nouveau système de justice internationale articulé autour du droit pénal international est de mettre fin à l'impunité des leaders, et, tout particulièrement, de ceux qui planifient ou ont planifié les violations massives des droits de l'homme. Il s'agit, pour les procureurs et les architectes du système, de tendre un filet aussi large que possible pour que les groupes de leadership et les exécutants soient tous susceptibles de poursuite, sans exception, lorsqu'il y a allégation de crimes relevant de la compétence matérielle (*rationae materiae*) de la CPI et autres instances internationales ou nationales.

On note donc que, dans le système de justice internationale, les personnes physiques ne font l'objet d'aucune immunité quel que soit leur rang ou leur position d'autorité. Il demeure la discrétion du procureur qui peut décider, dans certaines circonstances, de ne pas poursuivre mais il s'expose alors aux revendications croissantes d'une société civile qui lui réclame des comptes en cas d'inaction.

La culpabilité par association (*guilt by association*). La plupart du temps, les entreprises, leurs dirigeants et directeurs et/ou leurs employés et leurs agents, ne sont pas les acteurs principaux lorsqu'il y a allégation de criminalité. S'ils sont mis en examen et poursuivis, c'est plutôt à titre d'acteurs de soutien, pour leur *association* (leurs relations commerciales) avec des régimes qui ont commis des crimes de guerre et autres atrocités. Ou encore pour leur assistance ou participation indirecte à la commission de ces crimes.

Qu'est-ce qu'on entend par culpabilité par association? C'est la culpabilité qui peut découler de certaines relations commerciales et d'actions mises en œuvre au soutien - même indirect - d'acteurs engagés dans la commission d'atrocités souvent perpétrées au grand jour (apport de capitaux, construction d'infrastructures, recours aux forces de sécurité du régime pour protéger les opérations commerciales, achat de matières premières provenant de sites de conflit et recueillies en violation du DPI et du DHI).

Il n'est pas toujours aisé de voir la ligne de démarcation entre la culpabilité par association et les divers modes de participation souvent eux aussi indirects, ancillaires à une criminalité presque toujours perpétrée en groupe(s), de manière collective mais qui peuvent mener à un verdict de culpabilité lorsque les éléments essentiels des crimes allégués sont établis en droit par le Procureur.

La *due diligence*, comme mesure préventive, et qui est évoquée par John Ruggie comme une obligation de conformité légale (principe 23 (c) de ses principes) et sur laquelle mon confrère M. Sherman s'attardera, vise à passer en revue, au peigne fin, les relations qu'entretiennent les entreprises avec des régimes ou des partenaires d'affaires impliqués dans la commission de crimes et d'atrocités, ou soupçonnés de l'être.

L'étude présentée à Lexis Nexis¹ et qui vous a été distribuée aujourd'hui évoque le pillage du bois précieux en parallèle à la récolte des minerais de conflit dans les chaînes d'approvisionnement. Nous avons tenté, à travers cet article, de démontrer la pertinence du droit pénal international et

¹<http://www.lexisnexis.com/community/international-foreignlaw/blogs/issues-spotlight-rol/archive/2013/03/11/looted-resources-in-global-supply-chains.aspx>

<http://www.lexisnexis.com/community/international-foreignlaw/blogs/issues-spotlight-rol/archive/2013/03/11/le-cas-des-ressources-pill-233-es-en-amont-des-cha-238-nes-d-approvisionnement-mondiales.aspx>



sa portée dans l'expansion du filet de responsabilité ("web of liability"). La transparence du processus permet une évaluation concrète, réaliste et en profondeur des risques et facilite la mise en place de mécanismes préventifs, avant que la situation ne se dégrade davantage.

Les nombreux modes de participation qui se développent en application du droit pénal international illustrent bien cette réalité et offrent une telle panoplie d'actions aux procureurs qu'on ne peut vraiment pas parler de culpabilité par association ni de "*business as usual*". Tout l'édifice juridique conjugué des droits de l'homme et du droit pénal international oblige les entreprises et leurs conseillers juridiques à aller beaucoup plus loin dans leur analyse des risques légaux, surtout en zones de conflit.

Les modes de participation en DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : Ils sont, pour la plupart, détaillés à l'article 25 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI).

(i) Le fait d'avoir commis crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable (art. 25 (3) (a) Statut de Rome.))

(ii) Le fait d'avoir ordonné, sollicité ou encouragé la commission d'un crime, qu'il y ait commission ou tentative (art. 25 (3) (b) Statut de Rome) ;

(iii) Le fait d'avoir apporté son aide, son concours (*aiding and abetting*) ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission (art. 25 (3) (c) Statut de Rome).

Aux termes de la jurisprudence la plus récente des TPI, il n'est pas nécessaire d'établir une preuve d'élément moral ou *mens rea*. La seule connaissance que l'aide ou le concours fourni ait contribué à la commission d'un crime est suffisante pour établir la responsabilité pénale sous la rubrique de "*aiding and abetting*" (forme accessoire de participation communément appelée complicité).

L'actus reus: la personne accusée a fourni une assistance concrète qui a contribué de manière substantielle à la commission du crime.

Mens rea: l'accusé savait que l'assistance qu'il a fournie aiderait de manière substantielle à la commission du crime.

Le TPIY vient de confirmer dans l'affaire Perisic, un point qui a été longtemps objet de vifs débats : la simple connaissance rencontre le seuil nécessaire pour établir l'élément moral en matière de "*aiding and abetting*" (aide et concours).

(iv) Le fait d'avoir contribué de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :

- i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour; ou
- ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime (article 25 (3) (d) (i) et (ii) Statut de Rome).

L'article 25 (3) (d) du Statut de Rome représente un très large filet et risque de devenir un mode de participation, qualifié par plusieurs experts de "*fourre-tout*" (*catch-all*).

La Chambre préliminaire de la CPI, dans sa confirmation des charges des affaires Sang et Ruto (voir décision récente relative à la situation du Kenya : l'affaire Kenya I) a évoqué qu'en pratique, l'article 25 (3) (d) sert de fourre-tout et constitue le plus bas seuil de participation puisqu'il



cherche à criminaliser tout ce qui, de quelque autre manière que celles visées plus haut par les autres alinéas de l'article 25, contribue à la commission d'un crime.

La liste que je viens de vous dresser des modes de participation n'est pas exhaustive car je n'ai pas abordé la doctrine de la responsabilité d'ordre supérieur (*command responsibility*), mode de participation jusqu'à tout récemment réservé aux chefs militaires qui fait désormais son entrée dans la vie civile et peut s'appliquer aux supérieurs hiérarchiques civils (article 28 du Statut de Rome) donc aux entreprises, à leurs dirigeants, et aux membres de leurs conseils de direction.

Mon objectif principal est de démontrer l'étendue de la portée du droit pénal international et des vastes moyens mis à la disposition des autorités de poursuite. Il y a encore beaucoup de zones grises et de vastes étendues d'ambiguïté dans ce domaine du droit en pleine évolution, qui connaît une expansion rapide. Il y a aussi tout le volet politique c'est-à-dire le désir ou non de soutenir de telles actions de la part des gouvernements susceptibles d'intervenir.

Mon exposé cherche à mettre l'accent sur la nécessité pour les conseillers juridiques et les avocats d'entreprises de redoubler de prudence et de prêter une attention toute particulière lorsqu'ils ont pour tâche d'analyser des situations dans lesquelles leurs clients corporatifs (les entreprises) sont déjà impliqués sur le terrain ou s'appêtent à investir et ce tout particulièrement dans les zones de conflit, les États de non-droit ou les régions à faible gouvernance.

Les entreprises doivent choisir de s'asseoir à la table de ce débat et faire valoir leur point de vue plutôt que de laisser le mouvement aller de l'avant sans qu'elles aient voix au chapitre.

Biography

An experienced criminal defense lawyer in Montreal (Canada), Elise Groulx is now practising international criminal law and human rights law in the United States. She became involved, starting in the mid-1990s, in the creation of the International Criminal Court. She gained wide recognition for her passionate advocacy for an independent legal profession on the international scene. In recent years, she has been building a practice in the field of international corporate criminal liability and responsibility to respect human rights standards. Elise Groulx-Diggs recently moved to the United States, where she joined the Washington office of the law firm, Boyle Litigation, to support expansion of its transnational law practice. She is focusing on the fields of international criminal law, human rights and white-collar criminal defense. She advises international corporations and other organizations on international criminal law, human rights standards and corporate governance.

Elise Groulx published several articles on corporate liability and was invited to speak on this topic notably at an annual meeting of the International Bar Association in San Francisco

Biographie

A Avocate pénaliste canadienne exerçant maintenant aux États-Unis, membre du Barreau du Québec, Elise Groulx est, entre autres, une spécialiste du droit pénal international, très engagée dans la cause des droits de l'Homme. Elle a récemment rejoint les rangs à Washington d'un cabinet boutique de pénalistes, Boyle Litigation, qui représente des individus et des entreprises commerciales aux prises avec des affaires légales complexes tant sur le plan domestique qu'international. Elle agit comme conseil auprès d'entreprises et autres organisations en matière de droit pénal international, de normes applicables au chapitre des droits de l'homme et de gouvernance.

Elise Groulx a publié de nombreux articles sur la question de la responsabilité pénale des entreprises notamment en zones de conflit et elle a été invitée à traiter de ces questions lors de l'assemblée annuelle de l'International Bar Association à San Francisco (2003), au Forum économique international des Amériques à Montréal (2006), à l'Institut FAFO d'Oslo (2009), lors du Forum Crans Montana à Paris (2009), invitée par l'Institut des Droits de l'Homme et le Barreau de Bruxelles (Ordre français) (2011) et lors d'une conférence sur la



(2003), the Economic Forum of the Americas in Montreal (2006), the FAFO Institute in Oslo (2009), the Crans Montana Forum in Paris (2009), the Brussels Bar (Ordre français) and Human Rights Institute of Brussels (2011) and at a human rights conference held at the Council of Europe (2012) in Strasbourg. She also led the preparation of a policy paper on corporate complicity under Canadian criminal law that was submitted by the ICDA to the International Commission of Jurists (ICJ) in Geneva.¹

Elise Groulx joined a Solicitors Advocates Chamber in London, Perren Building, as an international member and was recently invited to join as «Of Counsel» the law firm Hincker et Associés in France. In March 2003, she was one of the first two elected co-presidents of the International Criminal Bar (ICB) along with Paul- Albert Iweins, then Dean of the Paris Bar. She held this post until December 2005, when she was made honorary president of the ICB. Elise Groulx is the founder of the International Criminal Defence Attorneys Association that played, as an active member of the Coalition for the International Criminal Court (CICC), an active role in the creation of the International Criminal Court (ICC). Under her watch, ICDA's interventions brought about essential changes to the Rules of Procedure and Evidence of the ICC.

She has been widely recognized for achievements in international law and human rights. In 2012, she won the Tarnopolsky Human Rights award, awarded by the Canadian Chapter of the International Commission of Jurists. The Canadian Civil Liberties Association also honored her for her career of advocacy (2012).

justice internationale et les droits de l'homme tenue à Strasbourg au Conseil de l'Europe (2012). Elle a également dirigé le mémoire de l'AIAD soumis à la Commission Internationale des Juristes à Genève sur cette même problématique.

Elise Groulx est membre international du Cabinet de sollicitors-advocates Perren Builgins, basé à Londres et vient d'être invitée à se joindre au cabinet Hincker et Associés en France à titre de «Of Counsel». Présidente élue du premier Barreau pénal international (BPI), avec Paul Albert Iweins, alors Bâtonnier de Paris, en mars 2003, elle en est aujourd'hui la présidente d'honneur. Me Groulx est également fondatrice de l'Association internationale des avocats de la défense (AIAD) depuis 1997 et, à ce titre, a pris une part active aux travaux de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale au sein de la Coalition pour la CPI (1997-2002). Ses interventions ont contribué à faire adopter d'essentielles modifications au Règlement de procédure de preuve.

Elise Groulx est récipiendaire de plusieurs médailles et prix dont ceux de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, du Barreau du Québec, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et le Champion of Justice Award de la National Association of Criminal Defense Lawyers aux États-Unis. Ces honneurs et prix marquent tous la contribution d'un individu qui a fait preuve d'un extraordinaire dévouement dans le domaine des droits de l'homme et l'avancement de l'État de droit dans le monde. En 2007, le Barreau du Québec lui a octroyé le titre d'Advocatus Emeritus (Ad.E.). Tout récemment, le 20 juin 2012, Elise Groulx a été honorée à Toronto (Canada), par l'Association Canadienne des Libertés Civiles (ACLC) pour célébrer sa contribution à l'avancement de l'état de droit et des libertés civiles, tant au Canada qu'ailleurs dans le monde.

Elise Groulx a également reçu le Prix des droits de l'homme Walter S. Tarnopolsky en août 2012 à Vancouver. Le prix Tarnopolsky, accordé par le chapitre canadien de la Commission Internationale des Juristes (CIJ), reconnaît la contribution extraordinaire au Canada et sur la scène internationale d'un canadien au chapitre des droits humains.



COMPETENT JURISDICTIONS ON THE RESPONSIBILITY OF BUSINESS LEADERS AND CORPORATIONS | LES JURIDICTIONS COMPETENTES POUR CONNAITRE DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISES ET DES SOCIETES :

KEN GALLANT, PROFESSOR OF LAW AT THE UNIVERSITY OF ARKANSAS | KENNETH S. GALLANT : PROFESSEUR DE DROIT, BOWEN SCHOOL OF LAW, UNIVERSITE DE L'ARKANSAS A LITTLE ROCK

It is an honor to be speaking to this important group of French, American, and other lawyers. Those of you who represent multinational enterprises, their officers and their employees are in a unique position, for two reasons.

First, you are in a position of assisting your clients in understanding their obligations under international and transnational criminal law. You are in the position of assisting them in the prevention of international and transnational crime. You do not need me to tell you the obvious: your clients will regularly be subject to regulation by multiple states for various issues concerning the same transaction.

Second, as a result of the first, your position demands a global perspective that is required of few other lawyers. It is not enough to understand the law of your own country, and the law of the country where your client corporation is directly operating. You must understand and assist your clients with international criminal law - both customary law and the law of the Rome Statute of the International Criminal Court. You must understand and assist your clients with the criminal law of the countries in which they operate, on which their activities have substantial effects, whose nationals they employ, and in some cases other countries as well. You must understand and assist your clients with their responsibilities concerning other legal persons—subsidiaries, parent corporations, and so on - because prosecutors in various countries may seek to pierce the corporate veil in either direction.

I wish to raise a fundamental question: the certainty and predictability of jurisdiction over corporations, directors and officers. This is a problem in protection of human rights and authority over persons generally.

You know that different nations have different views on the existence and extent of corporate criminal liability. As a result, we can expect to see that many countries will allow efforts to impose criminal liability on corporate directors, officers and employees who participate or assist in the commission of crimes against humanity and war crimes. Tort liability for corporations exists everywhere. I expect to see this liability to expand with respect to torts which are also international crimes - there is no reason why corporate civil liability should not exist where a tort is also a crime.

In its own way, your task is uniquely expansive. Other lawyers, public or private, generally do not have to account for obedience to the laws of such a wide variety of states and international entities as you do. You are also operating in an area of law where criminalization is growing rapidly. Many nations, for example, are adding to their domestic law crimes that are set forth in the Rome Statute of the International Criminal Court, UN Security Council decisions on matters such as terrorist financing, or multilateral treaties on a diverse area of laws including, but not limited to environmental regulation, money laundering and similar crimes, aircraft safety, and so



forth. Both the extent of corporate criminal liability and the types of accessory liability for those who assist crimes are undergoing enormous change.

Moreover, as you know, jurisdiction over corporate tort liability for violations of international law is undergoing similar change. In my country, the United States, the Supreme Court is considering the possible existence of universal civil jurisdiction over violations of international law.² The argument has been made, quite persuasively in my view, that tort liability in some common law systems plays a role quite similar to criminal liability in many civil law systems, especially those that allow recovery by a *partie civile*. Given this, and the fact that criminal consequences are generally thought of as more severe than civil liability, it is difficult to see a justification for allowing universal jurisdiction over criminal cases involving violations of international law, but not universal civil liability for the same acts.

In the twenty minutes I have, I cannot give a comprehensive lecture on the law of jurisdiction over corporate crime, or jurisdiction over criminal liability of corporate officers. I cannot give a comprehensive lecture on the law of criminal jurisdiction over parent corporations, subsidiary corporations, or corporate members of joint ventures, all of which may be incorporated or otherwise created under the laws of different nation-states. Most of you who have a corporate practice certainly understand the law of your state better than I do. What I can do is discuss the complex jurisdictional situations that corporations, other business entities, and their officers and directors find themselves in when they do business in regions of ongoing or recent conflict. I will highlight some of the uncertainties in the current international law of jurisdiction. While I hope to suggest a few techniques for addressing uncertainty, I will raise more questions for you than I will provide answers.

I. TWO TYPES OF LAW

We constantly talk about the law of jurisdiction as though it is like any other body of law: a set of more or less certain rules which can be mastered and used for the benefit of our clients and society as a whole. To the extent that we are international and transnational lawyers here, we are used to dealing in contexts where bodies of substantive law may be different from country to country, and so we must negotiate these differences when working on transnational matters.

But the law of jurisdiction, especially the legislative jurisdiction of countries to make criminal and regulatory law, is different. Yes, it involves understanding the claims that various states make on our clients. However, it also involves public international-the law of nations. This law sets out limitations on the authority of states to make criminal and regulatory law for foreigners or foreign acts.

The problem is that domestic law and international law are very different things. International law is “law.” I do not share the views of those who deny this. The two, however, do not interact in an even reasonably well defined way—at least in some countries, at least some of the time. As we know, public international law is principally the law between and among states and international organizations. Except for international criminal law, individuals seldom have responsibilities directly under international law. Except for international human rights law, individuals seldom have rights directly under international law. Even when they do, finding an enforcement mechanism for these rights can be difficult or impossible. And the issues raised by jurisdiction present this problem in an especially sharp way.

² *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Inc.*, pending decision in United States Supreme Court.



The reason is that the two types of law have different entities as their subjects, and do not interact in a standard, predictable manner. You are all familiar with the ideas of “monism” and “dualism” as extreme models of the way in which the two types of law interact. In a so-called monist state, national law and international law are treated as parts of a single system of law. Such a state usually allows private parties to raise international law claims in its courts, where it would appear that the rules apply to these parties. In a so-called “dualist” state where international law and national law are treated as two separate legal systems. International law claims may not be raised by persons in the court system of such a state, unless specifically permitted by domestic law. In general, such claims must be made, if at all from state to state. “monist” (treating international and national law as a single system of law, usually allowing individuals to raise international law claims in their courts). Most states have more or less mixed monist-dualist systems, sometimes allowing international law claims by private parties, at other times not doing so.

II. THE TECHNICAL IMPOSSIBILITY OF DETERMINING IN ADVANCE ALL STATES WHOSE LAW MUST BE OBEYED

It is, technically, impossible to tell in advance which states can regulate one’s acts, even as one sits here in Paris. I’m writing a book on the problem, but I will sketch out the argument very briefly. Certainly, it is easy to know that one must generally obey the law of the place that one acts, and where those acts have their intended effects. What is often difficult is determining which other states’ laws might apply.

There is indeed an international law of legislative jurisdiction, which applies at least to criminal law³ and non-criminal regulation by the state or other regulating entity (e.g., EU regulation of competition law). This is the famous five part set of jurisdictional rules: territorial jurisdiction, nationality jurisdiction, protective jurisdiction (for national security and similar interests), passive personality jurisdiction (nationality of victims), and universal jurisdiction. Whether it applies to private law is less clear, with many claiming that choice of law issues in private law cases is entirely a matter of the municipal law of the forum. We shall soon see what the United States Supreme Court has to say about the subject in the context of the Alien Tort Claims Act.⁴

The theoretical problem is this. Assume that a criminal statute of a state claims extraterritorial effect exceeding the jurisdiction over extraterritorial matters allowed by international law. Assume also that the prosecution is taking place in a state which does not allow international law claims to be raised directly by individuals in its courts - i.e. in a so-called “dualist” state where international law and national law are treated as two separate legal systems. It may also apply in a “mixed monist-dualist” state. For example, some new United States criminal anti-drug laws apply extraterritorially, even where there is no proof of importation or intent to import drugs into the United States.⁵ These laws state, however, that international law cannot be raised in court as a barrier to prosecution under them. Instead, international law may only be raised by the state of the defendant’s nationality to the United States government through the process of diplomatic protection. The United States is by no means unique in sometimes (or always) keeping international law out of its courts in the determination of criminal jurisdiction.

Defendants in this type of situation have no right to obtain the diplomatic representation of their own government. Each government is free to decide whether or not to take up the case of its

³ E.g., *SS Lotus (France v. Turkey)*, PCIJ (1927).

⁴ See *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Inc.*, USSCt (pending).

⁵ US Maritime Drugs Law Enforcement Act (MDLEA).



national diplomatically, and to determine how far to pursue the matter. In general, this is determined on a political basis.

Thus, at a time a person, natural or artificial, acts, she or he or it may have no idea whether the laws of a certain country will apply - even if it is clear that the application of that law would violate international law. If the country - the state - has power over a person or corporation, as by being the site of assets, international law protecting the person or corporation may only apply if the state has adopted relevant international law of jurisdiction as a rule of decision in its courts, or the national law coincides with international law of jurisdiction, or the state of your client's nationality is willing to protect your client diplomatically.

Just because your client is incorporated in a state which is generally "monist" (treating international and national law as a single system of law, usually allowing individuals to raise international law claims in their courts), such as Germany, does not allow it to avoid this problem. Other states involved in a transaction may not have the same attitude towards international law. In the world that we have, multiple systems of regulation including multiple criminal law regimes, will apply to many actors involved in many transactions.

Thus, no matter what the attitude to international law of the state of incorporation, it is the state seeking to apply its law to the corporate entity whose attitude matters. If it is dualist, the corporation must go back to its home state of incorporation for diplomatic protection from the internationally-illegal exercise of jurisdiction.

As we know from the famous *Barcelona Traction* case,⁶ the state of incorporation has the option whether, and to what extent to diplomatically protect its corporate national against violations of international law by another state.⁷ If it fails to do so, or gives up on doing so, the state of investors in the corporation has no right to diplomatically protect the corporation in the state which allegedly violated its rights. Indeed, the underlying claim in *Barcelona Traction* was an excess of jurisdiction - the claim that Spain had no jurisdiction to adjudicate bankrupt a Canadian holding company, not doing business in Spain (though some of its subsidiaries were doing business there).⁸ The holding of the ICJ, that Belgium could not represent its nationals diplomatically, even if they owned shares of *Barcelona Traction*, meant that they had no means of enforcing the rights of *Barcelona Traction* under international law. At the time of the acts in question (the acts giving rise to the complaint in bankruptcy in the courts of Spain, then, no one could predict whether a claim by Spain of jurisdiction to provide bankruptcy law (legislative jurisdiction) and jurisdiction to adjudicate *Barcelona Traction's* bankruptcy would stand. Indeed, it would appear likely that the Spanish court's claim of bankruptcy jurisdiction over the parent Canadian holding company was a surprise to the company and its actors.

The ICJ indicates that the shareholder, in determining the price to pay for shares, needs to discount the risk of illegal acts done to the company.⁹ In other words, it appears to endorse the view that international law does not always permit actors to determine whose law will apply to them. To the Court this is merely a fact of life. Spanish exercise of jurisdiction over *Barcelona Traction* may have been internationally illegal, but the company and its shareholders must bear this illegality.

⁶ *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)*, International Court of Justice (1970).

⁷ Canada, the state of incorporation of *Barcelona Traction*, originally began to protect the company diplomatically, and then ceased to do so. *Id.*

⁸ See *id.* at 16-18 (jurisdictional claim of Belgium).

⁹ *Id.* at 35 para. 43.



Anyone who thinks this cannot happen today should consider the United Kingdom Bribery Act (2010). In this act, the UK claims extensive jurisdiction to prosecute corruption anywhere in the world, based on the loosest ties between the person doing the bribing, or that person's employer, and the UK. It goes considerably beyond the traditional rules of jurisdiction under international law.

Our clients, however, expect and deserve a better answer than this.

III. SPECIAL JURISDICTIONAL PROBLEMS OF CONFLICT AREAS - A FEW COMMENTS

Jurisdiction over corporate crime in conflict zones is not so different from jurisdiction over transnational and international crime anywhere - as a matter of doctrine. The fact of conflict, however, makes a practical difference in some ways. These have consequences for the corporate actors that you, at this conference, advise and represent.

A. OUTSIDE PROSECUTIONS

The first of these is that the conflict disrupts the normal judicial operations of a society. This is principally seen as leading to impunity - when there is no functioning court system, there are no prosecutions.

This may lead to outside nations investigating and prosecuting corporate and official crime that would normally be dealt with, if at all, within the state. Maître Groulx has pointed out issues concerning extraction of natural resources, normally dealt with by the state where the resources are located - and I will use jurisdiction over the wrongs that she mentioned in my examples. During a period of conflict, other states may take up the slack left by the judicial incapacity of the conflict state.

There are several ways in which this may happen. They usually call into operation the several legitimate grounds of jurisdiction under international law, depending on the relation of the actors, acts, and/or results to the prosecuting state (or the forum state in civil actions). Most likely, this will be the state of incorporation or the states in which the corporation is licensed to do business, or the states in which the corporation or its officers and directors acted in planning or executing the program of resource extraction from the conflict zone. But it might also include the states to which the resources were intentionally sent. These states would have jurisdiction under the theory of "objective territoriality" if they define receipt of illegally mined, harvested, or transported minerals as a crime. Otherwise, they might seek to use "territorial effects" jurisdiction to prosecute wrongs committed in a conflict state that result in the transport of looted resources to the charging state.

As we have the move to consider looting of natural resources as a war crime, like any other looting of property as a policy of war, corporations and particularly their officers and directors, must consider the possibility of facing claims of universal jurisdiction, and other forms jurisdiction. This will include claims of aiding and abetting war crimes and crimes against humanity based on claims of knowledge that their business activities assist these crimes. As you know, today different states have different views of criminal jurisdiction for aiding and abetting activities occurring abroad. I expect that, for war crimes and crimes against humanity at least, this jurisdiction will tend to expand to match the jurisdiction for acts of perpetration of the crimes.



Corporate officers cannot overlook the conviction of Charles Taylor for aiding and abetting war crimes, even though he was a high government official (President of Liberia) in a hybrid international court (Special Court for Sierra Leone).¹⁰ He was convicted largely for his business activities, trading weapons for diamonds mined in Sierra Leone. This signals that courts are likely to extend jurisdiction over crimes in conflict zones to aiders and abettors as well as principals. This may well lead to a general expansion of aiding and abetting liability. What I regret about this case is that the Court, in sentencing Taylor, did not order the forfeiture of the proceeds of his crimes, the proceeds of the blood diamonds he obtained for weapons he knew would be used in war crimes. I think that the prosecutor in the ICC, Fatou Ben Souda, who will speak to you later today, will make the appropriate requests for forfeiture if a similar case comes to her court.

B. TRANSITIONAL JUSTICE AND JURISDICTION

Second, at the end of the conflict, the re-establishment of order may prompt calls for accountability of actors during the conflict, including those who may have taken advantage of the conflict to run economic operations - such as mines or forestry - outside of the government regulatory system. Transitional justice often includes non-punitive mechanisms such as truth commission. We can expect, however, that there will be increasing calls for restitution, compensation, and punishment concerning those actors, even from outside the conflict area, who participated in looting of national resources.

This puts those who acted - even in good faith, without supporting crimes against humanity or other atrocities - to obtain resources from the conflict area at great risk. Consider, for example, a business which dealt with a warring group in order to extract resources from an area that group controlled during a civil war. Assume that this group loses the war. One can easily imagine that the government would consider any agreement with the warring faction to allow extraction of resources to be null and void from its inception. Depending on the relevant law of the state, the removal of resources might be considered pillage as a war crime, theft as an ordinary crime, or some other crime.

Moreover, traditional jurisdiction rules would be rather straightforward. Those corporations operating in the conflict zone, and those outside corporations, whether corporate parents or even independent companies, which contracted for the resources knowing that the established government was not giving permission, could find themselves criminally liable for their acts in the country in which they were performed, or had their intended effects (i.e., the extraction of the resources). Those individuals who participated in the corporate decisionmaking process, inside or outside of the conflict zone, could find themselves liable as well.

IV. CONCLUSION - ADVISING CLIENTS RESPONSIBLY IN CONDITIONS OF JURISDICTIONAL UNCERTAINTY

There is no foolproof way to avoid jurisdictional issues, and surprising claims of states to exercise jurisdiction. This is the lesson of *Barcelona Traction* and the history of jurisdiction in modern times.

Nonetheless, as lawyers, we can help our clients comply with the law which we expect to be relevant. To do this well, we must expand our idea of the potentially relevant jurisdictions involved. If our clients act irresponsibly, especially in conflict zones, and especially with regard to war crimes and crimes against humanity, we can expect the corporate veil to be pierced with

¹⁰ *Prosecutor v. Taylor*, Sp. Ct. for Sierra Leone, Judgment and Sentencing Judgment (SCSL Tr. Ch., 2012).



increasing frequency. I mean piercing the corporate veil in both the technical sense of holding parent companies liable when they knew what their subsidiaries were doing, and in a broader sense. Individual directors, managers and employees can face liability when their acts have effects in other countries. We can expect jurisdiction over aiding and abetting liability to grow, where the corporations and persons charged remain outside the conflict zones and where they do not directly participate in the pillage in the zone. Thus, as lawyers, we need to form networks where we can more easily call upon counsel in other countries to obtain legal knowledge and advice about extensions of jurisdiction and substantive liability that might possibly affect our clients.

Even more than law, we must expand our factual knowledge of our clients' operations. We cannot give good advice if we do not understand their current operations and plans. We need to help them understand that they can no longer hide behind the shield of saying that they did not know what a foreign subsidiary was doing, or did not know the activities of the persons they were buying diamonds from. As a matter of substantive criminal law, I see the use of the state of mind which common lawyers call "willful blindness," but which has analogues in the civil law system, growing in these sorts of cases.

Corruption, often linked to corporate activities in conflict zones, is increasingly being prosecuted in the home state of the corporate corrupter, whether or not the person who offered the bribe is a national of that country or acted in that country.¹¹ In order to assist our clients in preventing these activities, we must understand what they are doing, identify the contexts in which corrupt activities are likely to occur, and help our clients develop systems for preventing them. This again, is a factually intense undertaking.

Finally, we need to understand what governments are doing, both the home governments of our clients, and those of the states where they are operating or with whom they are interacting. The actions of governments, even our own, can never be predicted with certainty. We need, however, to help the government of the state of our client's nationality understand that our clients are working to do the right thing. When our clients need diplomatic protection from excessive claims of jurisdiction, we want our governments to be willing to provide it. That moment may be too late to begin a relationship which should have been developed in the preceding years. Similarly, those who work with corporate subsidiaries which are nationals of other states, should be doing the same things for the same reasons.

It is not always easy to get corporations, or even individuals, to obey the laws that bind them. It is even more difficult when one cannot always tell in advance whose laws those will be. We can, however, be aware of the increasing jurisdictional breadth of risks to our clients, and help them do the right thing by everyone, especially the victims of war.

¹¹ See UK Bribery Act (2010).

**Biography**

Kenneth S. Gallant is a Professor at the University of Arkansas at Little Rock William H. Bowen School of Law, a Member of the Bar of Arkansas and the American Bar Association. He is a Member of the Executive Committee of the International Criminal Bar. He recently finished two terms as Representative of Counsel on the International Criminal Court's Advisory Committee on Legal Texts (roughly equivalent to a Court Rules Committee in some common law jurisdictions).

He wrote, "The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law" (Cambridge Univ. Press 2009). Recently, Prof. Gallant spent the Spring 2012 at the Max Planck Institute for Foreign and Comparative Criminal Law in Freiburg, Germany, researching criminal jurisdiction in countries around the world for his current book project, tentatively entitled "Whose Law Must I Obey? Criminal Jurisdiction in Transnational and International Law."

Biographie

Kenneth S. Gallant est professeur à l'Université de l'Arkansas, à la Faculté de droit William H. Bowen de Little Rock, membre du barreau de l'Arkansas et de l'American Bar Association. Il est membre du Comité exécutif du Barreau pénal international. Il a récemment réalisé deux termes en tant que représentant juridique du Comité consultatif sur les textes juridiques de la Cour pénale internationale (équivalent à peu près à un Comité des règles de la Cour dans certaines juridictions de la common law).

Il a écrit « The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law » (Cambridge University Press 2009). Récemment, le professeur Gallant a passé le printemps 2012 à l'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international à Fribourg en Allemagne, afin d'effectuer des recherches sur les juridictions pénales dans les pays du monde entier pour son projet de livre en cours, provisoirement intitulé « Whose Law Must I Obey? Criminal Jurisdiction in Transnational and International Law ».



TABLE RONDE N° 2 :
ACTIVITES ECONOMIQUES DES ENTREPRISES ET RESPONSABILITE : DEVOIR DE VIGILANCE DES
ENTREPRISES, ROLE DES AVOCATS ET DES ORGANISATIONS NON-GOUVERNEMENTALES |
ROUND TABLE 2 :
BUSINESS AND RESPONSIBILITY : DUE DILIGENCE RESPONSIBILITY OF BUSINESSES, THE ROLE OF
LAWYERS AND NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS



MODÉRATEUR | MODERATOR :

DEBORAH ENIX-ROSS, ABA CENTER FOR HUMAN RIGHTS |
DEBORAH ENIX-ROSS, PRÉSIDENTE, ABA CENTER FOR HUMAN RIGHTS

Biography

University of Miami School of Law (1981), a Diploma from the Parker School of Foreign and Comparative Law of Columbia University (1989), and a Certificate from the London School of Economics (1979). The U.S. Departments of Commerce and State appointed her as one of the original eight U.S. members of the tri lateral NAFTA Advisory Committee on Private Commercial Disputes. She is the Chair of the ABA Center for Human Rights, a Past Chair of the American Bar Association (ABA) Section Officers Conference, the SOC representative to the ABA Center for Racial and Ethnic Diversity, a member of the Bar Issues Commission and the immediate past ABA representative to the International Bar Association (IBA), a former Chair of the Section of International Law, a Fellow of the American Bar Foundation and a Vice President of the World Justice Project.

Prior to joining Debevoise & Plimpton LLP in October 2002, Ms. Enix-Ross served, from January 1998 through September 2002, as a Senior Legal Officer and Head of the External Relations and Information Section of the World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center in Geneva, Switzerland. Before joining WIPO, Ms. Enix-Ross was the Director of International Litigation for the Dispute Analysis and Corporate Recovery Services Group (DA&CR) of Price Waterhouse LLP, and, before that, served, for seven years, as the American representative to the International Chamber of Commerce (ICC) International Court of Arbitration.

Biographie

Deborah Enix-Ross possède un diplôme de droit de la Faculté de droit de l'université de Miami (1981), un diplôme de la Parker School of Foreign and Comparative Law de l'université de Columbia (1989) ainsi qu'un certificat de la London School of Economics (1979). Les départements du commerce et d'état des États-Unis l'ont désignée comme l'un des huit membres américains fondateurs du comité consultatif trilatéral de l'ALENA sur les différends commerciaux privés. Elle est présidente du Centre pour les droits de l'homme de l'ABA, ex-présidente du service de conférence des fonctionnaires de l'American Bar Association (ABA), représentante SOC du Centre pour la diversité raciale et ethnique de l'ABA, membre de la commission Bar Issues Commission et dernière représentante de l'ABA à l'International Bar Association, ancienne présidente du service de droit international, membre de l'American Bar Foundation et vice-présidente du World Justice Project.

Avant de rejoindre Debevoise & Plimpton LLP en octobre 2002, de janvier 1998 à septembre 2002, Mme Enix-Ross a exercé la fonction de juriste principale et de cheffe du service des relations extérieures et d'informations du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à Genève en Suisse. Avant d'adhérer à l'OMPI, Mme Enix-Ross a été responsable des litiges internationaux pour le groupe d'analyse des litiges et des services de recouvrement généraux (DA&CR, en anglais) de Price Waterhouse LLP et ; avant cela, elle a été, pendant sept ans, la représentante américaine de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI).



🇫🇷 DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES AGISSANT DANS LES ZONES DE CONFLIT | 🇬🇧 BEST BUSINESS AND DUE DILIGENCE PRACTICES FOR CORPORATIONS ACTIVE IN CONFLICT ZONES :

🇫🇷 🇬🇧 PETER HERBEL, DIRECTEUR JURIDIQUE, TOTAL S.A | 🇬🇧 PETER HERBEL, GENERAL COUNSEL, TOTAL S.A.

🇫🇷 🇬🇧 Je remercie tout d'abord le Conseil national des barreaux et l'American Bar Association d'avoir organisé ce colloque sur un sujet de première importance pour les entreprises.

Ma contribution traitera de 2 sujets :

- 1° les Principes Directeurs comme norme universelle ;
- 2° leur application dans les zones de conflit.

1) Les Principes Directeurs : une norme universelle

Une très large consultation auprès de milliers d'ONG, d'Etats et d'entreprises avait précédé le « Cadre de référence » approuvé par l'ONU en 2008 et les « Principes Directeurs » validés en 2011 à l'unanimité par l'ONU, une première. Ces principes ont, depuis, été transposés par nombre d'organismes internationaux, d'Etats, d'initiatives privées (IPIECA par exemple) et d'entreprises. Un large consensus s'est dégagé à l'époque pour saluer le travail du Professeur John Ruggie et de son équipe.

Les Principes Directeurs constituent une avancée considérable dans le domaine des droits de l'homme. Ils ont clarifié qu'en droit international public il appartient aux Etats de protéger ces droits et d'en garantir le respect, par eux-mêmes et par les individus et autres organes de la société. Ils établissent par ailleurs une responsabilité morale des entreprises de respecter les droits de l'homme. Bien que les entreprises ne soient pas des sujets de droit international public, elles doivent notamment traiter, le cas échéant, les effets négatifs en matière de droits de l'homme occasionnés par leurs activités (Principe n° 11). Cela veut dire que les entreprises (pas seulement les multinationales) doivent prendre les mesures appropriées pour prévenir, atténuer et réparer de tels impacts négatifs de leurs activités. Les Principes Directeurs exigent des actions concrètes (Principes n° 17 à 22), notamment les 5 mesures suivantes : 1° évaluer les impacts futurs et potentiels liés à ses activités ; 2° intégrer les résultats de ces évaluations dans ses systèmes de management ; 3° contrôler régulièrement la bonne mise en œuvre de ces plans d'actions ; 4° communiquer aux parties prenantes les incidents et les mesures adoptées pour y remédier ; et 5° mettre en place des mécanismes de traitement des plaintes des communautés locales.

Agissons ensemble pour que les Principes Directeurs deviennent la norme universelle et rejetons des initiatives nationales parcellaires qui, par définition, n'auront pas d'effet sur les entreprises du tiers monde.

Cette norme universelle sera efficace, puisqu'elle procède d'une approche juridiquement nouvelle et qu'elle utilise d'autres ressorts que la traditionnelle punition par les juridictions.

Certes, les Principes Directeurs sont assimilables à de la « soft law », mais ils sont complétés par plusieurs mécanismes très efficaces. Je n'en évoquerai ici que deux : le premier s'adresse à la société civile ; le deuxième mécanisme provient du monde financier.

Concernant le premier, les Principes Directeurs exigent des entreprises de communiquer avec les communautés concernées au sujet des impacts et des actions envisagées en vue de les diminuer ou de les compenser. Il existe donc d'une part une norme, celle imposée par les Principes



Directeurs, et d'autre part une démarche d'application transparente de la norme, laquelle permet aux parties prenantes de se saisir du sujet. La menace de la sanction est remplacée par l'incitation et la responsabilisation, accompagnées par une forme de contrainte adaptée, celle d'une pression exercée par la voie de la publicité donnée au constat de non-conformité et par l'atteinte à la réputation. C'est la méthode « name and shame », connue des droits anglais et américain.

Le deuxième mécanisme complétant l'efficacité de la « soft law » provient du monde financier. En effet, la Banque Mondiale et les banques privées adhérentes aux « principes d'Equateur » ont transposé les Principes Directeurs de l'ONU dans leurs règles internes, présidant à l'octroi ou au refus du financement de projets d'investissements. Les institutions financières exigent d'apporter la preuve que le management des aspects droits de l'homme de l'investissement correspond bien aux critères très détaillés de leurs « Standards de Performance ». La sanction est directe : si l'entreprise ne démontre pas de manière concrète qu'elle a effectivement mis en œuvre les mesures requises par les Principes Directeurs (n° 16 à 22), aucun financement ne lui sera accordé, une menace plus efficace que l'approche judiciaire classique a posteriori. Par ailleurs, les fonds de pension, notamment celui de la Norvège, questionnent en permanence la bonne gestion des investissements dans les pays difficiles, et retirent leur actionnariat dans les sociétés qui ne les convainquent pas.

Ces divers mécanismes confèrent aux Principes Directeurs une efficacité certaine, du moins en ce qui concerne les entreprises occidentales.

2) L'application des Principes Directeurs dans les zones de conflit

Les normes des Principes Directeurs s'appliquent également aux zones de conflit.

Une entreprise privée est tenue à rester politiquement neutre et elle n'a pas vocation à se substituer à l'Etat ; mais elle a le devoir de veiller à la sécurité des employés qui sont sous sa responsabilité et à la sécurité de ses installations. Ces mesures de sûreté ne doivent pas générer des violations des droits de l'homme. Total a adhéré aux « Principes Volontaires concernant la Sûreté et les Droits de l'Homme » (l'acronyme anglais : VPSHR) prescrivant des règles claires en matière d'usage de la force armée et développant des échanges entre Etats, ONG et entreprises sur les meilleurs pratiques en la matière. Je crois savoir que John Ruggie considère ces Principes Volontaires comme étant une application sectorielle par des pétroliers des Principes Directeurs. Malgré nos demandes, l'Etat français n'a pas, pour l'instant, souhaité adhérer à ces Principes Volontaires.

Sur la base de celles-ci, Total a développé dans les zones à hauts risques des relations formelles avec les autorités en charge de la sécurité. Depuis 2005, nous avons par exemple développé des cycles de formation pour notre propre personnel de sûreté, mais aussi pour les représentants des forces publiques, ainsi que pour les managers des sociétés locales avec lesquelles nous sommes en partenariat.

Lorsque nous considérons que la sûreté du personnel n'est plus assurée, nous préférons interrompre notre travail et fermer les installations, tout en nous efforçant de veiller à la sécurité et aux circonstances de vie de nos employés locaux, par exemple en matière de transport, d'habitation et d'argent. Cela a été récemment le cas en Libye, en Syrie et en Côte d'Ivoire.

Mais, permettez-moi une remarque: nous parlons toujours d'évaluation des risques d'impacts négatifs de nos investissements, mais qu'en est-il des opportunités, des impacts positifs en matière de droits de l'homme ? J'aimerais que nous remplacions la perspective étroite de l'analyse des risques par une étude plus globale des impacts cumulés négatifs et positifs de la présence de l'entreprise sur ses voisins.



Ceci s'applique également aux zones à hauts risques. Prenons le Yémen : suite au soulèvement d'une partie de la population, presque toutes les autres sociétés sont parties. En partant, elles ont créé du chômage, ce qui a augmenté la pauvreté et exacerbé les tensions sociales. Total a décidé de rester et non seulement a continué à fournir du travail, mais a augmenté le nombre de postes, notamment auprès des tribus vivant le long du gazoduc de 300 km.

Les pétroliers investissent pour le très long terme, de l'ordre de 40 ans, dans les pays hôtes et nous devons vivre en paix avec les riverains. Cette relation avec les riverains est au moins aussi importante que celle avec les gouvernements.

La prévention des problèmes est beaucoup plus efficace que la répression en matière de droits de l'homme. C'est pourquoi Total a mis en œuvre une multitude d'outils et de démarches, comme par exemple une politique en matière des droits de l'homme, déclinée par un guide, des formations, des vidéos. Depuis 2002, nous faisons évaluer et auditer nos actions sur place par des organismes externes crédibles, tels que le Danish Institute for Human Rights, le CDA (Collaborative Learning Projects) de Boston et Good Corporation de la Grande Bretagne ; nous travaillons avec l'OIT, avec l'Unitar et avec Shift, afin de sensibiliser les fonctionnaires sur place. Nous faisons partie du Global Compact de l'ONU, de la Global Business Initiative on Human Rights, de l'Extractive Industry Transparency Initiative, de l'International Petroleum Industry Environmental Conservation Association, de l'Institute of Business Ethics, et d'autres organismes avec un prisme sur les droits de l'homme.

En conclusion, je souhaite en appeler à l'aide constructive par les avocats et par les ONG afin de nous accompagner sur le chemin d'une amélioration progressive du respect des droits de l'homme. Votre « business model » doit être la critique argumentée et le conseil engagé, sans jamais perdre de vue le but : améliorer concrètement la vie de nos voisins !

Biography	Biographie
<p>Since 2004, Peter Herbel is Senior Vice President and General Counsel of Total S.A., Paris, France, the publicly held parent company (listed on the Paris and New York stock exchanges) of the 5th largest oil and gas group in the world. Total has business in more than 130 countries in the fields of oil and gas exploration and production, of refining and marketing, of renewable energies, as well as of chemicals. As chief legal officer of the group, Peter Herbel has worldwide responsibilities for Total's legal department functions. He is also responsible to continually improve and adapt the corporate governance and compliance policies. The chief compliance officer reports to him.</p> <p>Prior to joining the Total group in 1996, Peter Herbel was Senior Vice President, General Counsel and Secretary General of Thomson, a consumer electronics company. In his early legal career, he was an associate attorney at the German firm Bruckhaus, now part of Freshfields Bruckhaus Deringer. He is admitted to the Bar of Düsseldorf, Germany, and is a member of the International Bar Association. Peter Herbel received a Ph.D. in law in France and in Germany.</p>	<p>Depuis 2004, Peter Herbel assume les fonctions de Directeur Juridique du Groupe Total. Il est également membre de son Comité Directeur. En tant que Directeur Juridique Groupe, Peter Herbel anime les fonctions juridiques de Total sur le plan mondial. Il est également en charge des politiques de conformité. La Direction Conformité Groupe lui rapporte à ce titre.</p> <p>Avant de rejoindre le Groupe Total en 1996, Peter Herbel a été Secrétaire Général et Directeur Juridique de Thomson. Au début de sa vie professionnelle, il a été assistant à l'Université de Montpellier, puis à celle de Freiburg (Allemagne), avant de devenir avocat au barreau de Düsseldorf. Il est docteur en droit en Allemagne et en France (Heidelberg et Montpellier).</p>



🇬🇧 BEST BUSINESS AND DUE DILIGENCE PRACTICES FOR CORPORATIONS ACTIVE IN CONFLICT | 🇫🇷 ZONES DEVOIR DE VIGILANCE DES ENTREPRISES AGISSANT DANS LES ZONES DE CONFLIT:

🇬🇧 JEFFREY COLLINS, SENIOR COUNSEL, COMPLIANCE AND POLICY, CHEVRON CORPORATION | 🇫🇷 JEFFREY COLLINS, AVOCAT, DIRECTEUR JURIDIQUE, CHEVRON CORPORATION

🇬🇧 Today's integrated multinational oil and gas companies are truly global in scope. Chevron has operations on six continents and a global workforce of approximately 61,000 employees worldwide, with another 200,000 contract employees supporting our major projects around the world. The company produces about 2.6 million barrels of oil and oil equivalents daily. By the very nature of the business, we are involved in complex projects, with many partners, in some of the most difficult areas of the developing world. Places where a variety of conflicts are not uncommon.

Both Chevron and the industry as a whole have learned much from our experiences – good and bad –and come far in the past several decades to strengthen our internal practices on human rights and contribute to overall advancement in this area. Today I would like to give an overview of three things: first, what Chevron has done as a leader in the area of business and human rights; second, ongoing efforts in the industry to develop and spread best practices; and third, our key challenges moving forward.

Corporate Social Responsibility

This business case for doing business in a socially responsible manner has long been clear. Profits and long-term success requires positive relationships with customers and communities, stable operating environments, and healthy and educated work forces. This is doubly true when a company is operating in a dangerous or conflict-ridden country. And so good companies understand that corporate social responsibility is an integral part of doing business. With that in mind, let me turn to an overview of how Chevron has tried to infuse into our policies, practices, and the ethos of our company the fundamental importance of protecting human rights.

Chevron's Commitment to Human Rights

In 2009, we adopted a corporate Human Rights Policy that further strengthened our previous Human Rights Statement and aligned our policies with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. The policy expresses our commitment to respecting human rights, and sets forth specific principles in four areas: employees; security; community; and suppliers. This allowed us to have an overarching framework to tie together and align all existing policies and processes that touched on aspects of human rights – policies such as those related to community investment, stakeholder engagement, environmental and social impact assessments, and compliance.

Like our industry peers, Chevron is a decentralized company with many subsidiaries and affiliates around the world. And so to turn our Human Rights Policy into practice, we deployed training teams to offices throughout the world to educate leadership teams about the policy, and to provide specific training to our labor, security, community engagement, and supply chain management personnel. We armed these experts with practice tools that we had developed in each to help them work through practical issues. We also provided computer-based trainings to ensure the greatest possible dissemination.

This year we will begin a review of the policy's implementation and effect.



Human Rights Due Diligence

I'd now like to summarize one of the most critical aspects of putting our policies into practice – human rights due diligence – and then give one case story. A human rights due diligence process builds on the long-standing practice of conducting risk assessments for each stage of a project lifecycle – business development, new capital project, operations, and decommissions. What we did was to build into our existing Environment, Social and Health Impact Assessment – a so-called “ESHIA” – a robust system to assess risks and potential impacts related to human rights issues – issues like: impacts on communities and cultures; impacts on indigenous peoples; and labor issues such as human trafficking. For every new project, we perform an ESHIA assessment by sending out into the field practitioners to assess each area. Part of how we assess the “social” dimension is through our Community Engagement process. We identify key stakeholder groups, engage with them, and work through a long list of issues about potential impacts. If, as an example, we identify a potential problem area, such as a displacement issue, we will then take early steps to try to address and mitigate the potential problem.

The Participative Partnership Approach: Chevron in Nigeria

An excellent example of how we have used our stakeholder engagement process and our ability to think creatively to achieve positive results is our work in the Niger Delta. During a period of violent inter-ethnic crisis there in the early 2000s, Chevron Nigeria Limited worked with civil society experts to dramatically reshape its community engagement strategy and created a model known as the General Memorandum of Understanding, for the Memorandum signed between the company, the government, and clusters of communities impacted by the company's onshore operations. Prior to the crisis, Chevron Nigeria had been funding large-scale infrastructure projects and had formed individual agreements with over 400 communities. Though well intentioned, this had the unintended consequence of fuelling inter-community conflict and rivalry. And it was nearly impossible to manage the many agreements. During the crisis, as ethnic tensions boiled over into violence, Chevron Nigeria decided to take a new approach. It would put the money directly in the hands of the communities, so that they could decide how to use it, along with a reliable governance model. The General Memorandum created multi-year agreements with clusters of communities, grouped by region or ethnicity – these became known as Regional Development Councils. Chevron Nigeria offered to make multi-year funding commitments to the Councils to support community development activities and social investment. These agreements replaced the 400+ individual agreements and transformed direct company control into community-led decision making. Since the first three-year General Memorandum was signed in 2005, the results have been: improved relationships; reduced violence; better development outcomes; and greater transparency. In sum, this General Memorandum model has succeeded in an area of the world where relationships between communities and companies have long been characterized by substantial mistrust and antagonism. You can learn more about this story in case studies on the websites of the Harvard-MIT Consensus Building Institute and the U.S. Institute for Peace. Also, the Harvard Kennedy School has produced an award winning video on the case that you can find on the Vimeo website at: <http://vimeo.com/42363496>.

Industry Efforts

Next, I'd like to describe briefly some of the things we have done with other companies, such as Total, to raise the level of performance on human rights issues throughout the industry. One of the most important and dedicated efforts has been the work of IPIECA – the global oil and gas industry association for environmental and social issues. Over the past two years, IPIECA, through its Social Responsibility Working Group and Human Rights Task Force, has produced



and made widely available: a human rights training toolkit; guidance on implementing the Voluntary Principles on Security and Human Rights; guidance on engagement with Indigenous Peoples; and guidance on the human rights due diligence process. IPIECA has conducted numerous workshops to train company representatives in these areas – something that is particularly useful for smaller companies that may not have the same number of staff dedicated to CSR and human rights issues as do the major companies.

An important ongoing project is an effort to develop industry guidance on Grievance Mechanisms. The UNGPs highlights that Grievance Mechanisms are critical for companies to build strong relationships with communities by identifying and resolving concerns at the earliest possible opportunity so that any potential harm can be avoided. IPIECA recently produced a “Good Practice Survey” of the literature on the topic. Now, IPIECA is sponsoring a two-year pilot project where a group of member countries are using new grievance mechanisms in difficult operating environments. The companies are working alongside prominent experts from civil society to stand up and carry out the grievance mechanisms. IPIECA will use the lessons learned as the basis for its industry guidance document on best practices.

The Future Holds Promise and Challenges

Lest I sound too rosy, I do want to point out one of the major challenges I see on the horizon. The fact that Chevron and its peers – the so-called “super majors” – have employees dedicated full time to these issues of human rights and transparency, such as me, shows that we take this seriously, and that we have the wherewithal to improve on human rights issues. And so I am more concerned about uptake of the UNGPs in smaller companies and national oil companies. A study published in the March 2013 issue of the *Journal of World Energy Law and Business* reviewed the policies of more than 100 oil and gas companies. The findings were striking:

- Of the 54 companies ranked in the financial Times’ Global 500, 35 had a human rights policy.
- Of the 27 National Oil Companies from OPEC Member States, 0 had a human rights policy.
- Of the 16 National Oil Companies from non-OPEC states, 6 had a human rights policy.

Not surprisingly, companies with a human rights policy were more likely to be familiar with the UNGPs and to be able to explain how the company’s policies reflected the Guiding Principles relating to human rights due diligence and the establishment of grievance mechanisms. My point here is that even though the work of civil society and companies to improve corporate practices on human rights has led to a tremendous amount of forward movement, there is a great deal of work to be done to help turn the Guiding Principles into real-world best practices on human rights issues. Opportunities such as this conference, where we can share information about our experiences, and learn new ideas from one another, are one of the most important ways that we can together continue to make progress in the area of business and human rights.



Biography

Jeffrey Collins is Senior Counsel for International Policy Affairs at Chevron Corporation, where he advises executives and senior company leaders on the development and execution of international policy, including on matters related to: business and human rights; corporate social responsibility; transparency; security; and global risks. Previously, Jeff worked as a Foreign Service Officer for the United States Department of State, serving as: Deputy Political Counselor at U.S. Embassy Caracas (2012); White House National Security Staff Director for Turkish Affairs (2010-2011); Drug Interdiction Program Director at Embassy La Paz (2009-2010), Political Analyst Embassy Ankara (2006-2009), Special Assistant to Charge d'Affaires James F. Jeffrey at Embassy Baghdad (2004-2005), and Consular Officer at the U.S. Interests Section in Havana (2002-2004). Collins also served on two State Department special missions. In 2004, he served in Iraq on a team that worked to dismantle the Mujahideen al-Khalq, an Iranian terrorist group based inside Iraq. In 2008, he served in Timor-Leste as the Political Advisor to the Commodore of the USNS Mercy during the ship's multinational humanitarian medical mission in South East Asia.

Collins was recognized as an innovative leader in the U.S. Government. For his creative work in building public-private partnerships to advance U.S. policy goals in Turkey, he was selected by the Aspen Institute to be an Aspen Visiting Scholar in summer 2011. Collins was named a 2010 Washington Post Federal Player for policy accomplishments in Turkey and Bolivia. He received the American Foreign Service Association's 2009 Rivkin Award for Intellectual Courage and Constructive Dissent for his work to reach out to marginalized Turkish human rights defenders, and for his constructive criticism of the congressionally-mandated human rights reporting process. In 2008, Secretary of State Condoleezza Rice selected him as a Colin L. Powell Fellow to help lead and energize a new generation of officers at the

Biographie

Jeffrey Collins est conseiller juridique principal en matière d'affaires et de politique internationale chez Chevron Corporation, où il conseille des cadres et dirigeants d'entreprise sur le développement et l'exécution de politiques internationales, notamment sur des questions liées : à l'entreprise et aux droits de l'homme, à la responsabilité sociale des entreprises, à la transparence, à la sécurité et aux risques globaux. Précédemment, Jeff a travaillé en tant qu'agent du service extérieur pour le Département d'État des États-Unis, en qualité de : conseiller politique adjoint à l'ambassade des États-Unis de Caracas (2012), directeur du personnel de sécurité nationale de la Maison-Blanche pour les affaires turques (2010-2011), directeur du programme d'interdiction des drogues à l'ambassade de La Paz (2009-2010), analyste politique à l'ambassade d'Ankara (2006-2009), assistant spécial du chargé d'affaires James F. Jeffrey à l'ambassade de Bagdad (2004-2005) et agent consulaire à la Section des intérêts des États-Unis à La Havane (2002-2004). M. Collins a également participé à deux missions spéciales du Département d'État. En 2004, il a servi en Irak dans une équipe destinée à démanteler le Moudjahidine al-Khalq, un groupe de terroristes iraniens basé en Irak. En 2008, il a travaillé au Timor-Leste en tant que Conseiller politique du Commodore de l'USNS Mercy au cours de la mission humanitaire médicale multinationale du navire en Asie du Sud-est.

M. Collins a été reconnu comme étant un leader novateur pour le gouvernement américain. Grâce à sa créativité lors de l'établissement de partenariats publics-privés en vue de faire progresser les objectifs politiques américains en Turquie, il a été choisi par l'institut Aspen pour exercer la fonction de chercheur invité à Aspen pendant l'été 2011. M. Collins a été nommé Federal Player 2010 par le Washington Post pour ses réussites politiques en Turquie et en Bolivie.

Il a reçu le Rivkin Award 2009 du courage intellectuel et du débat constructif de la part de l'American Foreign Service Association pour son travail visant à atteindre les défenseurs turcs des droits de l'homme marginalisés et pour sa critique constructive du processus d'établissement de rapports relatifs aux droits de l'homme mandatés par le Congrès.

En 2008, la secrétaire d'État Condoleezza Rice l'a désigné en tant que Colin L. Powell Fellow pour favoriser la direction et le dynamisme d'une nouvelle génération d'officiers au Département d'État. Il a été



State Department. He was awarded numerous State Department Superior Honor Awards.

Prior to entering government service, Collins worked as an attorney in New York and San Francisco litigating complex international business cases. He also served as a Ninth Circuit Federal Appellate Court law clerk in Reno, and a Federal District Court law clerk in Honolulu. Collins graduated with honors from Northwestern University School of Law in 1997 and Stanford University in 1993. He speaks Spanish and Turkish. He is from San Diego, California, and is married with two sons.

récompensé par de nombreux titres honorifiques du Département d'État.

Avant d'entrer au service du gouvernement, M. Collins a travaillé en tant qu'avocat à New York et San Francisco plaidant pour des affaires de litiges complexes de commerce international. Il a également travaillé en tant qu'assistant de justice à la Cour fédérale d'appel du Ninth Circuit à Reno ainsi qu'à la Cour de district fédérale à Honolulu. M. Collins a obtenu son diplôme avec mention à la Faculté de droit de l'université Northwestern en 1997 et à l'université de Stanford en 1993. Il parle espagnol et turc. Il est originaire de San Diego en Californie, il est marié et père de deux garçons.



ACTIVITES ECONOMIQUES, DROITS DE L'HOMME ET ROLE DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES | BUSINESS, HUMAN RIGHTS AND THE ROLE OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS :

WILLIAM BOURDON, AVOCAT, PRESIDENT DE SHERPA | WILLIAM BOURDON, LAWYER, PRESIDENT OF SHERPA

Merci. Le temps me manque, je serai donc très bref dans mes remerciements à l'attention des organisateurs.

Je commencerai par dire les choses de façon un peu brutale : depuis quand les entreprises devraient-elles se préoccuper de l'intérêt général et des biens publics ? Est-ce vraiment leur affaire ? Qu'ont à voir les Droits de l'Homme avec les agents économiques et l'activité économique ? C'est une idée prodigieusement nouvelle. Cette nouveauté est d'ailleurs illustrée par le fait que, des deux côtés de l'Atlantique, les grandes organisations professionnelles d'avocats se sont saisies de ce dossier.

Mais il faut d'abord souligner le fait que les entreprises, durant des années, n'avaient strictement rien à faire des Droits de l'Homme. Elles se sont occupées, de gré ou de force, plutôt de force que de gré, du droit social au 19^e siècle, de la concurrence pour éviter de se cannibaliser, des consommateurs pendant les périodes de croissance qui ont émaillé l'Histoire européenne, très récemment, des Droits de l'Homme, et encore plus récemment, du sort de la planète et de la biodiversité. Cette question, il faut le dire, est au cœur de notre sujet.

Qu'en est-il de la responsabilité des acteurs économiques en zones de conflit ?

Je voudrais ici souligner 2-3 idées extrêmement simples. La notion de conflit, à l'aube du 21^e siècle, a changé. Les entreprises font face à de nouvelles situations de conflits. Elles sont face à des situations de conflits larvés, entre l'État et les populations civiles, entre différents groupes ethniques, et qui fabriquent des situations d'insécurité matérielle et juridique, face à des États faibles, inexistantes ou corrompus, qui sont autant de sources d'opportunisme, voire de cynisme, voire d'impunité, dans l'action d'un certain nombre d'agents économiques.

Les entreprises diffusent aujourd'hui, à l'échelon universel, une nouvelle doxa, un nouveau message planétaire : « nous sommes coresponsables, avec vous, du sort de l'humanité ». Faut-il les croire ? Comment les croire ? Faut-il, comme je l'ai entendu tout à l'heure, croire que le droit mou sauvera l'humanité, et permettra aux entreprises d'humaniser le capitalisme ? Je partage votre enthousiasme, M. le Directeur Juridique, mais pas pour les mêmes raisons que vous. Je pense que le *soft law* peut être un allié de la société civile et des victimes de la mondialisation, mais pour d'autres raisons. Je le démontrerai dans quelques instants. Le *soft law* fabriquera demain du *hard law*, mais, contrairement à ce qui avait été anticipé par les entreprises – qui espéraient que ce *soft law*, en forme d'affichage vertueux, serait une forme d'organisation des responsabilités juridiques –, ce *soft law*, comme le pense avec moi Mireille Delmas-Marty – cofondatrice de l'association Sherpa que je préside –, sera à l'origine de la fabrication d'une nouvelle figure de la responsabilité des acteurs économiques.

Il existe néanmoins des motifs d'espoir. La société civile – ce colloque en est une traduction – se professionnalise et arrive à surmonter ses petites logiques parfois trop cocardières, trop chauvines. Elle organise ce qui lui a manqué pendant tant d'années, c'est-à-dire de l'interdisciplinarité, et crée des *bridges*, des ponts et des passerelles entre des compétences.



Toutefois, beaucoup d'obstacles se présentent. Le premier d'entre eux tient au fait que, pour les victimes des dommages causés par des comportements fautifs des entreprises, le réel problème est celui de la preuve. Comment collectionner de la preuve dans des situations, des territoires où l'État est faible, dans des zones de conflit, avec des risques pour les témoins, pour les activités, et où les possibilités de dissimulation et d'opacification de ce qui constitue le ferment factuel de la responsabilité sont évidemment multiples.

Nous rencontrons, avec les équipes de Sherpa, un second obstacle. Nous avons, face à nous, une immense hétérogénéité des comportements et des stratégies des acteurs économiques.

Cependant, la mondialisation offre une source multiple et considérable de fragmentations des lieux de décision, des lieux de retour sur investissement, des lieux de détention du capital.

C'est donc une course-poursuite pour les ONG. Où se trouve le responsable ? Il se trouve parfois face à nous. La maison-mère peut être à quelques centaines de mètres des ONG que nous animons. Mais nous rencontrons, par exemple, de nouvelles stratégies développées par les groupes miniers en Amérique du Sud, qui constituent des consortiums dans des paradis fiscaux, avec une invisibilité absolue des dirigeants, des actionnaires, des bénéficiaires économiques, qui accentuent cette irresponsabilité juridique, qui apparaît aujourd'hui si antinomique avec ce nouveau psaume mondial : « nous sommes coresponsables de la planète, et nous la sauverons avec vous ».

Le quatrième obstacle est la financiarisation de l'économie, à savoir la religion du court terme, antinomique de la philosophie même de la coresponsabilité, c'est-à-dire l'engagement à long terme. La dernière difficulté, qui n'est pas des moindres, notamment pour les entreprises pétrolières qui exploitent les ressources naturelles, consiste dans l'émergence d'acteurs provenant des pays émergents, qui imposent un *dumping* social et environnemental par le bas. Ces derniers compliquent finalement la tâche des nouveaux acteurs économiques, qui se disent : « comment être vertueux, sans être récompensé pour cela, mais plutôt pénalisé en termes économiques et financiers ? » C'est l'affaire des pouvoirs publics et du législateur.

Il existe un certain nombre de motifs d'espoir. Les juges ont aujourd'hui compris que les entreprises ne pouvaient plus se payer de mots, mais que, par leur action prétorienne, elles seraient en mesure d'ériger ces nouvelles figures de la responsabilité que nous appelons de nos vœux. Bien évidemment, des décisions contradictoires et contrastées sont rendues. Je vous en donne quelques exemples. Les juridictions hollandaises ont reconnu un homme d'affaires irakien coupable de traitements inhumains, en tant que crimes de guerre, pour les transactions commerciales impliquant la vente de produits chimiques utilisés contre les Kurdes irakiens. Cet homme a été déclaré responsable de la fourniture du gaz moutarde à Saddam Hussein, ayant occasionné le drame de 1988. C'est la première fois qu'un juge européen dit clairement que les personnes ou sociétés qui effectuent du commerce international, notamment d'armes ou de matières premières utilisées pour leur production, devraient être averties qu'en l'absence de vigilance, elles peuvent être impliquées dans les infractions pénales les plus graves. C'est la première fois qu'un lien intellectuel et juridique est fait, entre l'obligation de vigilance, de prévention du risque, et de responsabilité.

Nous retrouvons cette notion dans un certain nombre de décisions. Je vais commenter certaines décisions contradictoires, disponibles sur internet. L'association France-Palestine, et l'OLP, avaient poursuivi la société Alstom et la société Veolia, s'agissant de la mise en place du tramway dans la zone occupée, à savoir la Cisjordanie. Retenons-en un paragraphe essentiel. Les juges de



Nanterre, très intéressés par cette décision, devaient statuer pour savoir si le code de conduite d'Alstom et de Veolia pouvait être une base juridique pour engager leur responsabilité. Veolia et Alstom répliquent en disant que ces codes de conduite ne sont pas faits pour le juge, mais pour eux, pour l'actionnaire, pour l'actionnaire éthique, le consommateur éthique, le fonds de pension éthique. Le juge n'aurait rien à voir avec le code de conduite. N'ayant rien à voir avec le code de conduite, et n'étant donc pas créateur de normes, cela ne peut fonder une quelconque responsabilité de l'entreprise. L'entreprise gagne. Elle ne gagnera peut-être pas dans 3 ans, car, sur ce point, les juges évoluent.

J'aimerais exposer une autre décision encourageante. Sous Kadhafi, la Fédération Internationale des Droits de l'Homme et les victimes de tortures, que je représente, ont obtenu une décision de la Chambre d'Instruction de la Cour d'appel de Paris, il y a quelques semaines, donnant le feu vert, contre l'avis du Parquet, pour poursuivre l'instruction contre la société Amesys, ayant fourni du matériel électronique perverti par Kadhafi. Ce matériel avait finalement permis de filer, surveiller, et finalement torturer, voire exécuter, des opposants au régime de Kadhafi. Que dit la Chambre d'Instruction, et que diront peut-être demain d'autres juges ou le législateur ? C'est la raison pour laquelle je ne suis pas d'accord avec vous pour les mêmes raisons. Ces engagements, créés pour organiser l'irresponsabilité juridique, vont créer plus de responsabilité. Il n'est pas possible de dire à la fois « je fais ce qu'il faut pour savoir, pour me prémunir du risque, je suis entouré de déontologues, j'ai une connaissance citoyenne et géopolitique de la situation mondiale qui n'était pas celle des entreprises auxquelles je succède », et en même temps, prendre l'air d'une vierge effarouchée, quand vous découvrez que ce matériel a été détourné pour torturer.

Je souhaiterais évoquer très rapidement une autre source d'espoir. La société civile s'est professionnalisée. Le législateur français et européen va s'emparer de ces questions. Des promesses ont été faites par François Hollande. Ces directives européennes vont essayer de nous extraire de cette logique du droit mou, que veulent, de façon universelle, nous infliger les acteurs économiques les plus puissants de la planète. Que les choses soient claires, en tant que Président de Sherpa, je ne suis pas pour le tout judiciaire. Je pense que le *soft law* est aussi une réponse, et que c'est dans la combinaison de ces différents outils, qu'un certain nombre de solutions pourront être trouvées. Daniel Soulez-Larivière va prendre la parole. C'est un ami, et mon adversaire préféré. Nous avons négocié pour aboutir à la constitution d'un fonds, ayant conduit l'entreprise Total à abonder plus de 5 millions d'euros pour permettre le financement de projets collectifs à la frontière Thaïlande-Birmanie. J'avais initié une procédure pénale pour des Birmans, qui prétendaient être victimes de travail forcé sur le site de Yadana. Autre source d'espérance pour nous, il suffisait d'ouvrir le Code pénal, pour découvrir que certains articles pouvaient s'appliquer. Il n'est pas forcément nécessaire de réviser la loi, ou d'imaginer des révolutions coperniciennes, pour provoquer de petites révolutions judiciaires, juridiques ou éthiques.

Il faudra sans doute faire preuve d'imagination. Cela doit être la carte ADN des avocats que nous sommes. Il faudra également, à un moment donné, changer la loi. François Hollande a dit que les maisons-mères devraient être responsables des agissements de leurs filiales, ou de leurs sous-filiales, lorsqu'elles commettent des dommages environnementaux, ou à la santé publique dans les pays du Sud. Il faut, demain, que les maisons-mères soient responsables des agissements de leurs filiales, et de leurs chaînes fournisseurs. Il y a enfin d'autres sources juridiques. Sherpa a déposé une plainte contre Samsung, grâce à l'action formidable de China Labor Watch. Samsung proclame, sur tous ses codes éthiques, sur toute la planète : « nous sommes l'entreprise la plus éthique du monde, nous n'embaucherons jamais d'enfants de moins de 18 ans ». China Labor Watch a envoyé des *insiders* dans les entreprises chinoises, montrant que, comparées aux belles paroles, aux belles déclamations, les actions sur le terrain pouvaient être à des milliers de kilomètres de la vue des actionnaires et des consommateurs, à l'envers de cette religion, que l'on



voudrait nous faire partager. La publicité, et les pratiques commerciales trompeuses, comme dans l'affaire Nike aux États-Unis, sont aussi un nouvel axe d'action.

Je voudrais terminer en remerciant les équipes de Sherpa présentes, pour leur soutien et leur action. Je voudrais également rappeler que ce qui s'élabore devant nos yeux est une nouvelle figure de la responsabilité, non au prix de la violation des principes, de la présomption d'innocence, ou de la responsabilité pour faute, mais une nouvelle figure de la responsabilité des acteurs économiques. Cela nous permettra, je pense, de faire que l'utopie, comme le disait magnifiquement René Cassin, soit à nouveau une vérité prématurée.

Biography

William Bourdon is a French lawyer at the Paris Bar, who practices criminal law, especially white-collar crime, communication law and human rights. He specializes particularly in defending the victims of globalization and of crimes against humanity. Since 1979 he has been a partner at the Bourdon Simoni Voituriez legal practice.

He has a Masters in Private Law and a degree from the Paris Institute for political studies.

He was the deputy general secretary (in 1994-1995), then general secretary of the International Federation for Human Rights from 1995 to 2000. In October 2001 he founded the Sherpa Association, whose aim is to «defend the victims of crimes committed by businesses», and he is currently its chairman. He is also a member of the board of directors of France Libertés.

Biographie

William Bourdon est un avocat français du Barreau de Paris, qui exerce en droit pénal notamment en pénal des affaires, droit de la communication et en matière de droits de l'homme. Il est spécialisé en particulier dans la défense des victimes de la mondialisation et des crimes contre l'humanité. Il est avocat associé depuis 1979 du cabinet Bourdon Simoni Voituriez.

Il possède une maîtrise de Droit privé et est diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris.

Il a été secrétaire général adjoint (1994-1995), puis secrétaire général de la Fédération internationale des droits de l'homme de 1995 à 2000. En octobre 2001, il fonde l'association Sherpa, dont l'objet est de «défendre les victimes de crimes commis par des opérateurs économiques », et il en est actuellement le président. Il est également membre du Conseil d'administration de France Libertés.



🇬🇧 BUSINESS, HUMAN RIGHTS AND THE ROLE OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS | 🇫🇷 ACTIVITES ECONOMIQUES, DROITS DE L'HOMME ET ROLE DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES :

🇬🇧 ELISA MASSIMINO, EXECUTIVE DIRECTOR, HUMAN RIGHTS FIRST | 🇫🇷 ELISA MASSIMINO, PRESIDENT-DIRECTEUR GENERAL, HUMAN RIGHTS FIRST

🇬🇧 For nearly 20 years, Human Rights First has worked with corporations to address the human rights impacts of their global operations, through direct engagement and voluntary multi-stakeholder initiatives. We helped to create the Fair Labor Association, and are founding members of two initiatives that address security services in conflict zones – the Voluntary Principles on Security and Human Rights (VPs) and the International Code of Conduct for Private Security Providers (ICoC). These initiatives are important in establishing operating principles that are rights-respecting, in improving and reinforcing State oversight of security operations, and in promoting accountability of Private Security Contractor operations and improved respect for human rights.

We have played a leadership role in efforts to stand up the oversight and governance mechanism for the ICoC because we believe it represents the best near-term prospect for addressing a culture of impunity. Last year, a UN panel alleged that a group of private security companies based in and operating out of the UK, Australia, Lebanon, South Africa and Uganda, was involved in deaths and possibly attacks on civilians in Somalia. None of the countries named in the report are on record as having taken any action against the companies. A recent \$5.28 million settlement in a case brought against a private security company allegedly involved in abuses at Abu Ghraib is remarkable because it is unique. Government oversight and regulation hasn't kept pace with the explosion in the use of private security providers.

The ICoC initiative is one of several efforts we are undertaking to address private security contractor abuses and impunity. We also participate in a UN Working Group tasked to develop a treaty-based response, and are actively seeking congressional passage of the Civilian Extraterritorial Jurisdiction Act, which would allow the Justice Department to prosecute government contractors and employees in U.S. courts for certain serious crimes committed overseas.

As the UN Guiding Principles on Business and Human Rights make clear, companies are at significant risk of human rights abuse in conflict zones, and because host States are often incapable of protecting against this abuse, home States need to step in. We are encouraged by several U.S. developments that speak to this concern. The Dodd Frank reform act provisions require companies to disclose use of conflict minerals (Section 1502) and to disclose payments to governments for commercial development of oil, natural gas or mineral resources on a project specific basis (Section 1504). These measures should help promote a higher degree of corporate due diligence to ensure supply chains are not contributing to conflict, and improve transparency. The reporting requirements for responsible investment in Burma, which accompanied the easing of financial and investment sanctions on Burma, require individuals and companies making new investments of \$500,000 or more to report annually on human rights due diligence policies with respect to human rights, workers' rights, environmental stewardship, land acquisition, and other key concerns.



These reporting requirements have the potential over time to become more widely adopted by companies operating in conflict zones, as a valuable way to identify and address human rights risk.

The United States is also moving to tie procurement decisions to human rights concerns – through an Executive Order that addresses human trafficking and through the ICoC, which promotes industry compliance with the Code by tying government procurement decisions to certification of policies and procedures and related in field monitoring.

Enablers of Mass Atrocities

In some conflicts, the stakes – for companies, for local societies, for human rights – are even higher. The line between conflict and mass atrocities is a fine one. It's still unknown why some escalating situations go down the path of traditional conflict (as we understand it) and why others end up as mass atrocities, the systematic and widespread attack on civilians. In the latter category, businesses can inadvertently find themselves enablers of genocide or other mass atrocities.

Over the last several years, Human Rights First has been researching and advocating for the U.S. government to disrupt the supply chains that fuel mass atrocities. Our argument is straightforward: **mass atrocities are organized crimes and, by disrupting the resources behind these crimes, we can make their commission much more difficult.** The implementation, of course, is much more complex, and I will return to that in a moment.

The supply chain includes a variety of resources perpetrators need: arms, money, transportation, and fuel, among other things. In our work, we have repeatedly come across commercial entities that have deliberately or inadvertently enabled mass atrocities. For example, in Syria:

- The Russian state-owned arms exporter **Rosoboronexport**, which has served as Syria's largest arms supplier over the last several years, became a prominent enabler of the massacres in Damascus, Homs, and other Syrian cities. Once the killing began, Rosoboronexport's repeated decisions to continue business with Syria made it – and Russia – a target for U.S. legislation and international condemnation.
- **Financial entities** doing business with Syria's Central Bank – particularly those in Russia – have come under fire for providing the Syrian regime a way to evade U.S. and multilateral sanctions on its financial sector. By opening bank accounts in Russia, the Assad regime preserves access to the international financial system otherwise disallowed by U.S. and E.U. sanctions, and is able to continue funding its military operations, keep its economy afloat, and otherwise maintain support from its loyalists.
- Sometimes, businesses' support of mass atrocities is inadvertent. **Blue Coat Systems Inc.** – a U.S.-based web security provider – became connected to the Syrian atrocities when its proxy filtering devices entered Syria through the UAE. The Assad regime used Blue Coat's internet filtering devices to monitor and track internet usage and to censor websites. The technology, it's believed, led to the targeted attacks or killings of civilians, including journalist Marie Colvin.
- Other businesses, like **Singapore-based Mar-Link Offshore Services**, a ship chartering company, have acted to fulfill their commitment to “do no harm” policies by refusing to transfer sanctioned resources such as diesel fuel to the Syrian regime.



Major Challenges

The UN Guiding Principles call on States to ensure that businesses operating in conflict zones don't commit or contribute to human rights abuses. These Guiding Principles explicitly state that companies must take measures to mitigate any negative human rights impact from their global operations. Accompanying commentary calls on companies to be sensitive to the human rights risks of operating in conflict zones and of complicity in gross abuses committed by partners or suppliers. However these principles are only voluntary; there is no enforcement mechanism.

Unfortunately, many of the tools to promote these goals in the United States are under attack by business associations. The rule implementing Section 1502 of Dodd Frank—requiring supply chain tracing and due diligence for conflict minerals sourced from the Great Lakes region—is being challenged by the National Association of Manufacturers and the Chamber of Commerce. The Chamber is also seeking amendment of the Foreign Corrupt Practices Act—a key tool in combating bribery of foreign officials—to weaken enforcement. We are awaiting a Supreme Court decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, which concerns the continued viability of the Alien Tort Statute as a tool for victims of human rights violations committed outside the United States. The U.S. government position in this case is a regrettable departure from its prior advocacy; the U.S. position is supported by a wide range of foreign governments as well as business associations.

Human Rights First is a founding member of the International Corporate Accountability Roundtable, and we are working actively to counter these developments through advocacy of government policies and procedures to promote corporate due diligence. This project is based on a global review of human rights due diligence approaches.

We are also actively working with the U.S government to take concrete action to ensure that businesses who are involved in transferring material resources that facilitate gross human rights abuses, are not allowed access to U.S financial markets or allowed to do business with U.S persons or entities. This is a measure to ensure that those profiting from fueling deadly conflict are not rewarded with U.S business and also as a measure intended to protect U.S business from inadvertently becoming part of the conflict supply chain and enabling atrocities themselves.

The Role of NGOs

Serve as watchdogs for companies. NGOs have traditionally played the role of watchdog with companies to identify and address abuses in collaboration with investors and stakeholders. This role continues to be an important one, and neither governments nor companies by themselves will prioritize these efforts without the pressure and support from civil society.



- **Work proactively with businesses to create or implement frameworks**, set standards, create certification processes. As previously mentioned, we work actively and directly with companies and through various multi-stakeholder initiatives.
- **Report commercial entities to sanctions offices or financial intelligence units in each country.** In the United States, the Office of Financial Assets Control (OFAC) develops and implements sanctions on entities, whether for national security reasons, non-proliferation, or human rights reasons. In cases where sanctions programs exist, financial intelligence units like OFAC must build cases against entities it wishes to designate for sanctions. NGOs can play an important role in delivering the evidence and information needed to build these cases so that companies engaging in sanctionable behaviors are held to account. Often, government assets in the field are far more limited than the general public believes, and these kinds of financial intelligence units rely on the assistance and collaboration with those in the field.



However, the human rights NGO landscape is changing, and given the greater diversity of players, the technological advances that allow NGO voices to extend their reach – into new corners of the earth and into the centers of power – NGOs now can play a greater variety of roles:

Advocacy and Governance. Getting companies to respect human rights—to take on additional responsibilities to ensure that they don’t enable the commission of widespread abuses—requires robust government engagement in crafting a proper regulatory environment that promotes human rights.

Back in 2008, John Ruggie attributed the “root cause of the business and human rights predicament today” to “the governance gaps created by globalization—between the scope and impact of economic forces and actors, and the capacity of societies to manage their adverse consequences. These governance gaps provide the permissive environment for wrongful acts by companies of all kinds without adequate sanctioning or reparation.” In seeking out better governance, NGOs have an important role to play in calling for their governments to implement frameworks that ensure the preservation of human rights, including most notably, the *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations’ “Protect, Respect, and Remedy” Framework* (GPs). The Europe Union and its member states are robustly implementing the GPs. But others, such as the United States, have been slower.

<p style="text-align: center;"> Biography</p> <p>Elisa Massimino is President and CEO of Human Rights First, one of the nation’s leading human rights advocacy organizations. Established in 1978, Human Rights First works in the United States and abroad to promote respect for human rights and the rule of law. Grounded in a belief that American global leadership on human rights is essential, the organization challenges the United States to live up to its ideals. Massimino joined Human Rights First in 1991 and served as the organization’s Washington Director for more than a decade before being named chief executive in September 2008.</p> <p>Massimino has a distinguished record of human rights advocacy in Washington. As a national authority on human rights law and policy, she has testified before Congress dozens of times and writes frequently for mainstream publications and specialized journals. In 2008, 2009, 2011, and 2012 the influential Washington newspaper <i>The Hill</i> named her one of the top public advocates in the country.</p> <p>Massimino holds a law degree from the University of Michigan, a Master of Arts in philosophy from Johns Hopkins University, and is a Phi Beta Kappa graduate of Trinity</p>	<p style="text-align: center;"> Biographie</p> <p>Elisa Massimino est présidente et PDG de Human Rights First, l’une des organisations de défense des droits de l’homme les plus importantes du pays. Fondée en 1978, Human Rights First officie aux États-Unis et à l’étranger pour promouvoir le respect des droits de l’homme et de l’état de droit. Ancrée dans la conviction que le leadership mondial américain sur les droits de l’homme est essentiel, l’organisation appelle les États-Unis à se montrer à la hauteur de leurs idéaux. Mme Massimino a rejoint Human Rights First en 1991 et a officié en qualité de directrice des bureaux de Washington pendant plus de dix ans avant d’être nommée présidente générale en septembre 2008.</p> <p>Mme Massimino se distingue par ses actions de défense des droits de l’homme à Washington. En tant qu’autorité nationale en matière de politiques et de législation relatives aux droits de l’homme, elle a témoigné devant le Congrès des dizaines de fois et écrit fréquemment pour des publications grand public et des journaux spécialisés. En 2008, 2009, 2011 et 2012, l’influent journal de Washington <i>The Hill</i> l’a nommée comme faisant partie des avocats les plus importants du pays.</p> <p>Mme Massimino possède un diplôme de droit de l’Université du Michigan, une maîtrise ès arts en philosophie de l’Université Johns Hopkins et elle est membre de Phi Beta Kappa, diplômée de</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



University in San Antonio, Texas. Massimino serves as an adjunct professor at Georgetown University Law Center, where she teaches human rights advocacy. She is a member of the Council on Foreign Relations and the bar of the United States Supreme Court.

l'Université Trinity à San Antonio, au Texas. Elle officie en qualité de professeur adjoint au Centre de droit de l'Université de Georgetown, où elle enseigne la défense des droits de l'homme. Elle est membre du Council on Foreign Relations (Conseil des relations internationales) et du barreau de la Cour suprême des États-Unis.



PROFESSIONAL LIABILITY OF CORPORATE LAWYERS ADVISING CLIENTS WHO OPERATE IN CONFLICT ZONES | RÔLE DES AVOCATS ET DES JURISTES D'ENTREPRISES OPÉRANT DANS LES ZONES DE CONFLIT :

JOHN SHERMAN III, GENERAL COUNSEL & SENIOR ADVISOR, SHIFT | JOHN SHERMAN III, AVOCAT, DIRECTEUR JURIDIQUE, SHIFT

Good morning.

I'd to address two developments:

1. First, the emerging recognition that the Guiding Principles are relevant to the lawyer's professional duty to provide independent and candid advice that extends beyond the black letter of the law.
2. Second, Guiding Principle 23(c)'s requirement that companies treat the risk of involvement in gross human rights abuses as a matter of legal compliance.

Let me start with the relationship between lawyers and the Guiding Principles. In his mandate Prof. Ruggie brought a new set of players into the debate over business and human rights - the most consequential were corporate lawyers. Over his six-year mandate, he conducted extensive consultation with law firms and in house counsel. Collectively, the lawyers mapped how corporate and securities law intersected with human rights in nearly 40 countries. They served as a sounding board for his development of human rights due diligence under the corporate responsibility to respect. They increased the visibility of the mandate in the "C-Suite" because they have unique access to the company's top officers. And in February of 2012, the House of Delegates of the American Bar Association endorsed the Guiding Principles, urging the legal profession to implement them.

In its endorsement, the ABA put the Guiding Principles squarely on the agenda of the corporate counsel's professional ethical responsibility. The ABA pointed to ABA Model Rule 2.1, which is part of the professional ethical code that most US states have adopted. The Rule requires lawyers to exercise independent professional judgment and render candid advice. In doing so, lawyers are permitted to refer not only to the law, but also to moral, economic, social and political factors that are relevant to the client's situation. The Rule recognizes that narrowly-framed legal advice is often inadequate, and that external norms can a "decisively influence how the law will be applied."

Connecting the dots, the ABA concluded that the Guiding Principles constitute the type of normative context contemplated by Rule 2.1. Note that the Rule doesn't require a lawyer to provide advice on the Guiding Principles. However, it encourages and empowers a lawyer to do so.

I'm not sure that similar language exists in the legal codes of other countries. But the principle behind ABA Model Rule 2.1 may resonate with legal codes in the UK, the EU, and elsewhere recognizing that lawyers serve the interests of their clients and of society.



The ABA's endorsement may have a knock-on effect outside the US, as global law firms. With offices in the U.S., and as professional legal regulators, such as the Law Society of England and Wales, look towards a global approach towards the advice they give clients on the Guiding Principles.

Now let me draw the link between this emerging professional legal responsibility and advising companies that operate in conflict zones. Guiding Principle 23(c), as I mentioned, requires that companies treat the risk of involvement in gross human rights abuses as a matter of legal compliance. Gross abuses typically include genocide, war crimes, and crimes against humanity as torture, such as extrajudicial killings, forced disappearances, and slavery. Companies don't typically commit such acts directly, but may face allegations that they aided and abetted in their commission; e.g., by supporting security forces to protect their assets, who in turn commit crimes against protesting community members.

Guiding Principle 23(c) appears in the context of a discussion of the risks doing business in conflict affected areas. As Prof. Ruggie states, "conflict zones currently can function as essentially law-free zone where corporate related human rights abuses are subject only to self-restraint and the occasional lawsuit in another country based on statutes with extraterritorial reach."

Guiding Principle 23(c) recognizes that despite the widening web of corporate legal liability, the likelihood of legal liability for aiding and abetting in gross human rights abuses is at best uncertain and highly fact-specific. A company might be tempted to have its lawyers do no more than perform a cost-benefit legal analysis of the likelihood of material liability to the company in particular circumstances, in particular operations, in particular countries. And if the legal liability risks were deemed acceptable, the company might decide to leave management of this risk management to the discretion of the CSR function, to be exercised robustly or not, depending on the potential reputational impact to the company.

Guiding Principle 23(c) rejects this approach. It says that regardless of the vagaries of fact-dependant legal liability, a company's involvement in gross human rights abuses would be such a calamity – for the company and the victims of abuse – that it should be treated legal violation that the company will do its utmost to prevent.

This has at least two implications for lawyers.

1. First, it means that company lawyers should focus their attention on helping management to design and implement rigorous compliance systems to prevent such involvement. These compliance programs are similar to the due diligence programs that are used to prevent company involvement, in bribery and corruption and other crimes; e.g., the US Sentencing Guidelines for Organizational Defendants. These programs do not analyze whether it is worth complying with the law; doing so is an explicit, up front assumption. In addition, compliance programs typically require strong mechanisms for "reporting up" circumstances that could lead to a crime, and rigorously enforced investigation, discipline, and tracking.

GP 23 (c) does not mean that a company must vest all responsibility for managing all human rights risks in its legal department. Guiding 23(c) means only that the risk of involvement in gross human rights abuses should be treated as a matter of legal compliance.

Nor must the legal department must have total responsibility for managing the company's risk of involvement in gross human rights abuses. Human rights management is not only about



compliance. It is also about high quality engagement with affected stakeholders and communities, which is vitally important in conflict-affected areas. It is critically important that functions in a company collaborate with each other, and not act independently within silos.

2. Second, Guiding Principle 23(c) means that where companies identify that they have caused or contributed to gross human rights violations, they should cooperate in legitimate processes for providing remedy to victims. This is particularly appropriate for disputes arising as the result of abuses that occur in conflict zones, where access by victims to judicial remedy is highly problematic.

To summarize, the UN Guiding Principles have generated an emerging recognition of the professional responsibility of lawyers to advise businesses on the human rights impacts of their activities in conflict zones. And in conflict zones, lawyers must play an important role in preventing and addressing the impacts of their client's involvement in gross human rights abuses.

Biography

John Sherman III. John is General Counsel, Secretary, and Senior Advisor to Shift, an independent non-profit center for business and human rights, chaired by Prof. John Ruggie, the former UN Special Representative of the Secretary General on Business and Human Rights and author of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. John was a member of Prof. Ruggie's UN mandate team for three years, and with his colleagues at Shift, helped Prof. Ruggie to draft and shape the Guiding Principles.

At Shift, John analyzes and advises major global companies and industry trade associations on their alignment with the UN Guiding Principles. He is also working on Shift's collaborative initiative with Mazars, an international accounting firm, to develop global human rights auditing standards for companies in line with the Guiding Principles.

John also leads Shift's initiative to implement the Guiding Principles in the legal profession worldwide, and has worked closely with the American Bar Association, the International Bar Association, LexisNexis, and the UN Global Compact. John has written extensively on this subject; his most recent article, UN Guiding Principles: Practical Implications for Business Lawyers, was published in the Winter 2013 edition of the In-House Defense Quarterly.

John is also a Senior CSRI Program Fellow at the Mossavar-Rahmani Center for Business and Government at the John F. Kennedy

Biographie

Avocat général, conseiller principal et secrétaire de Shift project LTD.

John est avocat général, conseiller principal et secrétaire chez Shift, un centre indépendant à but non lucratif pour les entreprises et les droits de l'homme, présidé par le professeur John Ruggie, ancien représentant spécial des Nations unies du Secrétaire général pour les sociétés et les droits de l'homme, et auteur des principes directeurs de l'ONU sur les sociétés et les droits de l'homme. Pendant trois ans, John a été membre de l'équipe du professeur Ruggie mandatée par les Nations unies et avec ses collègues de Shift, il a aidé le professeur Ruggie à modeler et rédiger les principes directeurs.

Chez Shift, John analyse et conseille de grandes sociétés internationales ainsi que des associations professionnelles de l'industrie sur leur conformité aux principes directeurs des Nations unies. Il travaille également sur l'initiative d'une collaboration de Shift avec Mazars, une société de comptabilité internationale, pour le développement de normes d'audit internationales relatives aux droits de l'homme pour les sociétés en conformité avec les principes directeurs.

John dirige également l'initiative de Shift visant à mettre en place les principes directeurs dans le milieu juridique à travers le monde et a travaillé en étroite collaboration avec l'American Bar Association, l'International Bar Association, LexisNexis et le Pacte mondial des Nations unies. John a beaucoup écrit à ce sujet, et son dernier article, « UN Guiding Principles: Practical Implications for Business Lawyers », a été publié dans l'édition de l'hiver 2013 de l'In-House Defense Quarterly.



School of Government at Harvard University, and a member of the UN Global Compact Human Rights Working Group. From 2008-2010, John was co-chair of the Corporate Social Responsibility Committee of the International Bar Association.

John retired in 2008 as deputy general counsel of National Grid, a multinational electric and gas utility, where he had high-level responsibilities for litigation and dispute resolution, environmental, health and safety, corporate governance, enterprise risk management, compliance and ethics, and CSR. He represented the company at the Business Leaders Initiative on Human Rights (BLIHR), which was the first major business-led initiative to engage with and support Prof. Ruggie's UN mandate.

Prior to joining National Grid, John clerked for the US District Court for the Northern District of Georgia, and practiced antitrust and commercial litigation at Warner & Stackpole in Boston. John is a graduate of Harvard Law School and Dartmouth College, and lives in Brookline, Massachusetts, USA. He is admitted to the bars of the Commonwealth of Massachusetts and the U.S. Supreme Court.

John est également l'un des principaux chercheurs du programme CSRI au Mossavar-Rahmani Center for Business and Government à l'Institut d'études politiques John F. Kennedy School of Government de l'Université de Harvard, et est membre du Groupe de travail sur les droits de l'homme du Pacte mondial des Nations unies. De 2008 à 2010, John a été co-président du Comité de responsabilité sociale des entreprises de l'International Bar Association. En 2008, John a pris sa retraite de directeur juridique adjoint chez National Grid, un fournisseur multinational d'électricité et de gaz, où il s'était vu attribuer d'importantes responsabilités dans le domaine de la résolution de litiges et conflits, de l'environnement, de la santé et de la sécurité, de la gouvernance d'entreprise, de la gestion du risque d'entreprise, de la conformité et de la déontologie ainsi que de la RSE. Il a représenté l'entreprise à la Business Leaders Initiative on Human Rights (BLIHR) qui fut la première initiative d'importance menée par les entreprises pour engager et soutenir le mandat du professeur Ruggie aux Nations unies.

Avant de rejoindre National Grid, John a été assistant de la Cour fédérale de district du district nord de la Géorgie et a pratiqué le litige antitrust et commercial chez Warner & Stackpole à Boston. John est diplômé de la Faculté de droit de Harvard et du Dartmouth College et vit à Brookline dans le Massachusetts, aux États-Unis. Il a été admis aux barreaux du Commonwealth du Massachusetts et de la Cour suprême des États-Unis.



ROLE DES AVOCATS ET DES JURISTES D'ENTREPRISES OPERANT DANS LES ZONES DE CONFLIT | PROFESSIONAL LIABILITY OF CORPORATE LAWYERS ADVISING CLIENTS WHO OPERATE IN CONFLICT ZONES :

DANIEL SOULEZ-LARIVIERE, AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, CABINET SOULEZ-LARIVIERE ASSOCIES | DANIEL SOULEZ-LARIVIERE, LAWYER, BAR OF PARIS

Merci à John Sherman pour son introduction et sa présentation.

Je vais d'abord tenter de vous parler de ce que je sais et qui a à voir avec le troisième pilier des principes de John Ruggie.

Ensuite, je vous parlerai de ce que je ne sais pas mais que je peux imaginer sur le deuxième pilier.

Enfin je vous parlerai de ce dont je ne sais rien, c'est à dire l'avenir.

1 – CE QUE JE SAIS

En 1980, une société birmane MOGE découvre un gisement de gaz à 300 kilomètres des rivages birmans dans la mer d'Andaman.

En 1992, un accord est conclu avec TOTAL, qui est ensuite rejoint par d'autres partenaires pour l'exploitation de ce gisement qui représente 300 kilomètres sous la mer en deep offshore et 65 km sur la terre sur quelques kilomètres de large pour rejoindre la Thaïlande. Les travaux dureront 3 ans et demi. Environ 25% de la consommation d'énergie thaïlandaise est produite par ce gaz. Le pipeline passe au travers des territoires Mon et Karen.

La construction s'achève en 1997/1998. 700 engins à moteur sont intervenus. Le projet aura mobilisé 2500 personnes, dont 2200 birmans et 700 originaires des villages alentours du site de Yadana. Tous ont été rémunérés.

Vers la fin du chantier, bien que Total n'ait pas sollicité l'intervention de l'armée, la compagnie a découvert un certain nombre de personnels qui s'avéraient avoir été réquisitionnés par l'armée et ne pas avoir été rémunérés.

Elle ouvrit alors un premier guichet et indemnisa une centaine de personnes qui se présentèrent et justifiaient leur situation.

En parallèle, une grande campagne lancée par un certain nombre d'ONG contre TOTAL en France et à l'étranger et particulièrement en Belgique, avec action judiciaire à la clef, a commencé.

Le 26 août 2002, deux personnes birmans, suivies de cinq autres, ont déposé plainte devant un juge d'instruction de Nanterre pour " séquestration de plus de huit jours " qui était, à l'époque le seul acte du Code pénal considéré comme criminel sans qu'il y ait besoin de l'accord du Procureur de la République pour ouvrir une information.

TOTAL avait par ailleurs un programme économique et social dans toute la région pour aider les populations locales avec construction d'écoles, création de petites entreprises agricoles, dispensaires, médecins. Ce programme avait un double avantage, d'une part d'aider les villageois concernés, d'autre part de permettre des remontées d'informations sur les anomalies qui



pouvaient se produire ou les violations commises par l'armée (il faut savoir qu'à l'époque, celle-ci constitue la seule composante d'un appareil d'Etat dont la construction reste encore à parfaire).

Ce dispositif informel de recueil des plaintes mis en place par la compagnie n'a néanmoins été suffisant puisqu'à la fin du chantier, découverte avait été faite de travailleurs non rémunérés et puisque, encore en 2002, des plaintes émanaient de personnes réquisitionnées par l'armée.

Ayant réglé une première fois ce problème des travailleurs réquisitionnés, il fallait manifestement faire un nouvel effort. Après spéculation juridique sur le destin judiciaire des plaintes déposées, les conseils de SHERPA, William BOURDON et Bernard DARTEVELLE, et les conseils de TOTAL, Jean VEIL et moi-même, avons décidé d'essayer de purger le problème par le haut.

C'est ainsi que le 29 novembre 2005 ont été signés des accords entre SHERPA et TOTAL afin de créer un fonds de solidarité de 5.200.000 € payés par TOTAL et administrés dans l'indépendance, dans le but d'aider au maximum les Birmans se trouvant à l'extérieur des frontières, dans les camps de réfugiés ou des zones voisines fragilisées, et de retrouver les gens qui auraient pu être réquisitionnés et non payés.

La gestion du fond a été confiée à William BOURDON et Bernard DARTEVELLE pour SHERPA, Jean VEIL et votre serviteur pour TOTAL.

D'un commun accord, se joignirent Mario BETTATI, Professeur de droit, créateur de la théorie de l'ingérence, et Martin HIRSCH, Président de la communauté Emmaüs à l'époque et futur Haut-Commissaire aux Solidarités Actives.

Le 10 mars 2006, le juge d'instruction français chargé de l'information pénale rendait un non-lieu.

Les opérations d'indemnisation commençaient mais avec beaucoup de difficultés.

En effet, personne ne voulait de l'argent de TOTAL qui était devenu le diable après des campagnes très violentes.

Il a fallu donc se tourner vers le bon Dieu... et en premier lieu vers une association catholique thaïlandaise.

2,5 millions d'euros furent donnés au UN HCR pour le travail colossal qu'il effectuait dans tous les camps de réfugiés jouxtant la frontière birmane.

360 personnes ont été identifiées, retrouvées et indemnisées.

Le reste des fonds a été utilisé par diverses ONG, universités ou entités locales et internationales pour financer des actions éducatives, des projets agricoles, des campagnes de vaccination infantile, puis enfin pour payer le Cabinet d'audit KPMG car tout ceci devait être contrôlé rigoureusement sur le plan comptable.

William BOURDON, Bernard DARTEVELLE, Jean VEIL, Mario BETTATI, Martin HIRSCH et moi avons mené à bien ce programme.

Nous sommes allés en Birmanie et en Thaïlande pour le mettre en place. L'argent du fond est pratiquement dépensé aujourd'hui et cette expérience paraît être positive pour tous : compagnie, ONG, plaignants et victimes indemnisées.



2 – CE QUE JE NE SAIS PAS MAIS DEVINE

Que ce serait-il passé si, en 1990, les principes de John Ruggie avaient existé avec le kit socio-culturel qui l'accompagne ?

Probablement l'activité de la filiale eut été plus protégée et la conscience des difficultés de créer ce pipe dans une société qui connaît encore la corvée et vit à une autre époque culturelle aurait été sans doute mieux anticipée.

Cette période ancienne était celle où l'on tentait, dans la culture d'entreprise, de régler les problèmes qui pouvaient se poser par des investissements socio-culturels adaptés, en l'espèce plus de 20 millions de dollars depuis le début du projet jusqu'en 2010.

Mais, sans doute, si les principes de Ruggie avaient été adoptés à l'époque, l'organisation interne de la filiale aurait permis d'anticiper davantage les problèmes et d'essayer de les résoudre en amont. La filiale aurait été confortée vis à vis de ses interlocuteurs birmans et l'association SHERPA n'aurait pas été injustement critiquée par d'autres ONG pour ses initiatives innovantes et notamment ce partenariat avec Total.

Cependant beaucoup a été fait en l'absence de ces règles dans une situation qui remonte à 20 ans.

Paradoxalement, la filiale faisait figure de sorte d'arbitre entre les populations proches de sa zone d'opérations et les autorités locales mais sans doute, si cet investissement se répétait aujourd'hui, des mesures de prévisions d'accompagnement et d'anticipation eussent été davantage systématisées, avec l'appui et l'autorité que fournissent les Nations Unies et son intervenant, en l'espèce John Ruggie. Ne serait-ce que par rapport aux autorités de l'Etat d'accueil.

3 - CE QUE JE NE SAIS PAS ET CE QUI VA PEUT-ÊTRE ARRIVER

Brièvement, puisque je suis dans l'ignorance de l'avenir, que deviendra la " responsabilité professionnelle de l'avocat " ?

Nous pensons avoir fait du Ruggie avant Ruggie avec l'aide du Groupe et de SHERPA, William BOURDON, Bernard DARTEVELLE, Jean VEIL et moi.

Les principes de Ruggie ne doivent pas conduire à exercer une menace sur les avocats et les conseils mais plutôt à servir d'outil afin d'éviter les problèmes coûteux pour les entreprises et faire avancer en interne la conscience des nécessaires procédures à mettre en place.

Inutile d'éviter des "coûts" et des "coups" aux entreprises.

C'est un peu le sens de ce que dit John Ruggie. Pour convaincre les entreprises, il faut aussi cibler leur intérêt économique.

Ceci pour l'article du paragraphe 23-C.

En ce qui concerne le paragraphe 19-B, ces bonnes pratiques "exigées de l'entreprise" peuvent être aussi applicables aux cabinets d'avocats.

Ce qui entraîne à poser la question de savoir si vraiment il s'agit de " liability " ou de "responsability". L'ambiguïté du mot français "responsabilité" est qu'il contient les deux concepts.

Enfin, cette responsabilité se rattache-t-elle aux règles déontologiques de l'avocat ?





Nous n'avons pas en France le modèle de la rule 2.1 de l'American Bar Association " les facteurs éthiques et moraux influencent toutes les questions légales et peuvent avoir une influence décisive sur la façon dont la loi est appliquée ".

Nous n'avons pas ces dispositions dans notre code de déontologie français et peut-être serait-il utile d'y réfléchir.

Aujourd'hui, ce qui se dit ici, bien que l'avenir soit incertain relève non plus d'une simple prospective mais d'un projet mis en œuvre.

Il faut faire évoluer les mentalités de l'ensemble de la communauté juridique y compris française puisque Paris accueille le colloque avec la collaboration de l'American Bar et du Conseil National des Barreaux.

 Biography	 Biographie
<p>Daniel Soulez Larivière is a lawyer at the Paris Bar and founder of the law firm Daniel Soulez Larivière et Associés. He specializes in Criminal Law and the Civil Service.</p> <p>In 1966, he became the youngest collaborator to Edgard Pisani, Minister of Public Works and Housing, and one of the General De Gaulle ministers.</p> <p>In 1988, he was elected in the Council of the Paris Bar Association for three years. He was local Councillor at Chambellay in the Maine et Loire for twelve years. Chevalier de la Légion d'honneur et de l'Ordre national du Mérite, he was also a member of the French governmental Committee for the revision of the Constitution in 1992-1993, and the reflection Committee on the penal status of the French President in 2002-2003.</p> <p>He is currently the author or co-author of over ten books: « La justice à l'épreuve » (Odile Jacob, 2002) with Jean-Marie Coulon (then First President of the Paris Court of appeal) and « Le temps des victimes » (Albin Michel, 2007) with Caroline Eliacheff (psychoanalyst).</p>	<p>Daniel Soulez Larivière est avocat au barreau de Paris, fondateur du cabinet Daniel Soulez Larivière et Associés. Il est spécialisé en droit pénal et de la fonction publique.</p> <p>En 1966, il est le plus jeune collaborateur du cabinet d'Edgard Pisani, ministre de l'Équipement et du Logement et l'un des principaux ministres du Général De Gaulle. En 1988, il est élu pour trois ans au Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Paris. Il fut pendant douze ans Conseiller municipal à Chambellay dans le Maine et Loire. Chevalier de la Légion d'honneur et de l'Ordre national du Mérite, il a par exemple été membre du comité consultatif pour la révision de la Constitution en 1992-1993, et de la commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République en 2002-2003.</p> <p>Il est aujourd'hui l'auteur ou le co-auteur de plus de dix livres. Parmi ceux-ci, citons ses deux derniers : « La justice à l'épreuve » (Odile Jacob, 2002) avec Jean-Marie Coulon (à l'époque Premier président de la cour d'appel de Paris) et « Le temps des victimes » (Albin Michel, 2007) avec Caroline Eliacheff (psychanalyste).</p>

**DEBATS ET ECHANGES AVEC LA SALLE | DEBATE AND KNOWLEDGE-SHARING****Participant n°1**

■ ■ Bonjour. Ma question s'adresse à M. Herbel, Directeur juridique de Total. En tant qu'actionnaire minoritaire de la *joint-venture* qui opère dans le delta du Niger, que faites-vous concrètement face à la pollution massive ? Un fonds devait être mis en place, à hauteur de 1 milliard de dollars. Où en est-il ? Y contribuez-vous ?

Peter Herbel, Directeur juridique, Total S.A

■ ■ Il s'agit de questions environnementales très importantes, que nous essayons de traiter, je trouve, avec un peu de retard. Le delta du Niger, au Nigéria, est un endroit très pollué, depuis des décennies. Ce fonds va être mis en place et doit permettre, je l'espère, de réparer les dégâts causés là-bas depuis très longtemps. Ces dégâts ont été causés par plusieurs acteurs et, comme vous le savez, pas seulement par les pétroliers, mais aussi par la population locale qui a la mauvaise habitude de faire des trous dans les oléoducs, avec les conséquences que vous imaginez. Il y a également des conséquences tout à fait dramatiques, car lorsque ces gens font des trous, certains passent à proximité, fument une cigarette, et vous avez une explosion, avec des dizaines de morts. C'est arrivé plusieurs fois, assez régulièrement, et c'est tout à fait regrettable. Cela doit être absolument réglé. C'est un endroit qui doit retrouver un jour sa virginité, si je peux le dire ainsi.

Michael Goldhaber, Correspondant à l'international senior, The American Lawyer & ALM Media

■ I would like to praise what has been said by the gentlemen from Total and Chevron in terms of embracing human rights, but I would also like to ask a tough question from the press. Elena mentioned the Dodd-Frank provisions on conflict minerals and Publish What You Pay. These are very timely because there is an oral argument in the US Court of Appeals for the DC Circuit tomorrow in which the American Petroleum Institute, of which Chevron is a leading member – and I presume that Total's US subsidiary is also a member, although I do not know –

It is challenging the Publish What You Pay provision and I believe that it is also joining in the Chamber of Commerce's challenge to the conflict minerals provision.

My question is therefore this: are these the very embodiments and apotheosis of the Ruggie approach? How can you stand here – and I give you all due credit and sincerely embrace the soft law compliance aspects of the Ruggie principles in your own name – and under the fig leaf of a trade association attack the most real and progressive embodiment of the Ruggie principles at the same time? I would welcome your thoughts on this, and I know that it is a complex question with two sides.

Participant n°1

■ I will try to answer the question first. First of all, thank you for your objective reporting on Ecuador, which we can talk about separately. I do not think that this is necessarily a fig leaf. All our companies have issued statements when they have been asked about Dodd-Frank. I had hoped that I would be able to get back to the US in time for the oral argument, but I will miss it.

I do not agree that it embodies the spirit of Ruggie. I think that a better example is the EITI, the Extractive Industries Transparency Initiative, which has reached about 37 countries. Chevron was a founding member of the EITI, which was founded by the Tony Blair Government, and the way it works is that it is a consensus-based group, through the so-called Multi-stakeholder Initiative, that requires companies that join to provide an independent party



with the payments that they have made to Governments that are part of it. The payments will shortly be on a project level revenue stream basis, for those familiar with the technical details, and the Government is required to report the payments that have been received. An independent reconciler then looks at the two sides, identifies any discrepancy and publishes it. That is a short description of it.

This has worked quite well and it is a consensus-based organisation that has never had a vote over the 10 years that it has been in existence. It is closely aligned with Dodd-Frank and the EU.

I will give you my personal interpretation of what happened in the Dodd-Frank case. The law was brought to the floor of the US Congress at 11.30 at night but it was not done on a consensus basis. The way that our laws work in the US is that the Securities and Exchange Commission makes a rule, which then becomes a law and it has to receive comments from companies. If you read all the briefs in the lawsuit, the main arguments are that the SEC erred by not considering properly under US law some of the key comments from industry.

That is really just a short response. We have not shied away from our association with the lawsuit but we do not think that it is the best way to go about making progress in this area.

You asked your question by contrasting our position on the UNGP versus this, which you said also embodies the UNGP. On the other hand, we have NGOs, civil society organisations and the EITI, which I think embodies the UNGP, but people then going to court on the side to try to push a similar initiative in a slightly different direction.

That is my overview and we will see what happens. I think that in general these transparency initiatives will play out in a couple of years' time. We have the EU transparency law, which will probably be passed next month, even though the trilogue did not agree yesterday, as well as the EITI and the Dodd-Frank laws. These are all moving on different, yet overlapping tracks and all the main companies are participating in them. We are trying to achieve a mechanism that is realistic so that companies do not use massive resources to report payments to the EU, US and the countries of the EITI.

That is therefore one of our main concerns. We want to do this in an efficient way that achieves the goals of transparency, as stated by the EITI, which are to help improve good governance in foreign countries.


Participant N°2

■ ■ Bonjour. J'ai une question à poser à M. Sherman, dans la lignée de ce qu'a dit Daniel Soulez Larivière. Vous avez parlé d'émergence d'une responsabilité de l'avocat. La question que je me pose est celle de savoir si nous sommes, selon vous, sur un sujet de « liability », ou sur un sujet de responsabilité purement morale ou éthique. Si oui, nous arrêtons-nous à une « liability », à une responsabilité professionnelle, à une possible faute professionnelle de l'avocat qui aurait mal conseillé son client, ou ne pouvons-nous pas voir également, dans les principes directeurs de Ruggie, une menace de responsabilité pénale ?

Vous parlez, dans vos articles, du principe numéro 19B, qui exige des entreprises qu'elles usent de leurs influences sur leurs partenaires commerciaux, pour empêcher ou pour minimiser les atteintes aux Droits de l'Homme. Tout dépend, bien sûr, de la force obligatoire que prendront les futurs principes directeurs de Ruggie, ce qu'ils deviendront comme droits positifs. Néanmoins, ce principe 19B ne risque-t-il pas, à terme, de devenir un risque de responsabilité pénale pour l'avocat, qui deviendrait complice de son client, s'il ne satisfaisait pas son obligation d'influence ? Par la suite, comment peut-on satisfaire cette obligation d'influence ?



John Sherman III, Avocat, Directeur juridique, Shift

 That is a fair question, so let me see if I can give you a quick answer. Guiding Principle 19, which deals with the appropriate response when you have encountered a human rights risk, is in the context of the Second Pillar, which is the responsibility to respect human rights. The word ‘responsibility’ was chosen very deliberately out of recognition that the international conventions and treaties that are the whole purpose of the Guiding Principles do not for the most part impose legal liabilities and duties on companies. We are therefore talking about responsibility in the sense of a global consensus of society in terms of how businesses should behave.

Businesses include law firms. That is fair enough. Law firms have their own professional duties and the Guiding Principles are not intended to override that. When you talk about the liability of lawyers, those are issues of liability to clients for malpractice and on occasions liabilities to victims of behaviours that companies who are advised by lawyers may be involved in. The Guiding Principles do not address that. Those laws existed before the Guiding Principles and they will continue to exist. The ABA Model Rule 2.1 is not a basis by itself for legal liability. There is a fair amount of law in the United States that requires you to prove a great deal more than that and in fact some courts do not even allow evidence of non-alignment with the ABA Model Rules to prove legal malpractice.

Therefore, when I said earlier that ABA Model Rule 2.1 is not a requirement in the sense of a binding legal norm what I really meant was that it is in the sense of an encouragement and an empowerment.

My colleague, Anna Triponel, who is here at the conference, was an M&A lawyer at a big law firm and when she was putting together big deals she often looked at representations and warranties in her M&A agreements as well as due diligence checklists and would identify a human rights issue. However, if you look at M&A representations, you will see that they are all about basic legal compliance and if you look at due diligence checklists, you will not see anything about whether a factory in your supply chain may not be operating safely.

Therefore, if you are empowered and encouraged and do not think ‘Well, it is not my job. I am just a lawyer and am just going to give legal advice and then shut up’, that is exactly what you are not supposed to do under the Guiding Principles and this is now recognised by ABA Model Rule 2.1 as interpreted by the ABA.

**CONFERENCE LUNCH IN | DEJEUNER / DEBAT**

STEPHEN RAPP, AMBASSADEUR EXTRAORDINAIRE DES ÉTATS-UNIS POUR LES CRIMES DE GUERRE, BUREAU DE LA JUSTICE PÉNALE MONDIALE

Thank you very much, Deborah. It is a great honour to be here at this historic conference and I would like to congratulate the Conseil National des Barreaux and the ABA sections on human rights and corporate responsibility for holding this conference and particularly for inviting me to appear along with my good friend, Fatou Bensouda.

I was in Arusha for the International Criminal Tribunal for Rwanda in 2001 and was part of the selection panel that brought Fatou Bensouda from her role which she had just resigned from as Minister of Justice of the Gambia to Kigali and Arusha. I was later pleased when she joined my team and I recommended her for election as Deputy Prosecutor at the ICC in 2004 and again for her promotion to one of the most important jobs on the planet as Prosecutor at the ICC in December 2012, a position that she took up in June. We are working very closely together and while the United States is not a member of the ICC, this administration, following up on moves that had been made at the end of the George Bush administration, has become much more actively engaged with the ICC and, consistent with our law, we are supporting each of its prosecutions.

None of those is as important at the moment as what is happening in the Congo and Rwanda, where one of the alleged war criminals in the DRC, Bosco Ntaganda, an individual wanted for seven years for murder, rape, prosecution, sexual slavery and the recruitment of child soldiers has surrendered himself at the US embassy in Kigali. As we have said publically, although we do not provide a lot of details, we are working closely with the ICC to facilitate his transfer to the International Criminal Court to stand trial on those charges.

It is important to reflect a little on the allegations against Ntaganda when we talk about this issue today. He is one of the individuals whom it has been alleged has been heavily involved in the exploitation of conflict minerals and many of the atrocities that he has been alleged to have been involved in and subsequently, according to human rights reports, have involved attacking civilian communities in order to gain control of mineral resources. You might remember the reports from about a year ago when it was alleged that he engaged in broad daylight in Goma in the attempted trade of a large amount of gold – probably more than USD15 million worth – for a certain amount of cash, a transaction that to some extent was interrupted but which he benefited from. It was in the nature of the situation in the Democratic Republic of Congo that he was able to escape any charge or punishment and live freely until recently. His arrest and appearance in court will send a strong message to the victims in the eastern DRC who have suffered from ongoing atrocities that impunity is at an end.

As Deborah said, before I became Ambassador at Large for Global Criminal Justice in the Obama administration in September 2009 I was an international prosecutor for eight and a half years, spending the first two-thirds of that period at the Rwanda tribunal and the following third as the Chief Prosecutor of the Special Court for Sierra Leone. During that time, I often saw how these mass atrocities are motivated because of a desire for economic gain or at least the retention of resources. I saw this in Rwanda, where an elite political group had control of all the resources and wealth as well as the parastatal industries, trucking, coffee and tea and everything else that



they could get control of, and they were frightened of losing it all. To prevent themselves from losing power they did what others have done in the past, which was to draw attention away from themselves by inciting hatred against a group that the majority population had had a history of conflict with, some of which had been largely forgotten. However, by pushing at this and doing so over and over again and raising the stakes, their incitement, planning, arming and training led to the genocide of 800,000 men, women and children over the course of 100 days in 1994.

Interestingly, in West Africa, we did not have atrocities that were part of a religious, ethnic or racial mobilisation or even a political mobilisation. There, the motive, if we can put it that way, was simply the economic gain, and the way of gaining the resources and the political power that provided access to them was essentially the use of sheer terror and marching into communities, attacking and murdering people, putting their heads on pikes, using intestines for road blocks, amputating people and chopping off hands short sleeve and long sleeve, raping women and putting them into sexual slavery or as bush wives, and taking children and making them commit horrendous acts against members of their family, giving them drugs and telling them that their name was Rambo and then essentially making them the instrument that allowed them to go on and do the same thing in the next community. However, this was something that was motivated by the desire in this case to get the very rich alluvial diamonds of Sierra Leone in order to maintain the conflict and enrich those that were involved in it.

The horror of this lives with me every day of my life through the witnesses that I dealt with. I remember the last witness that we had in the Charles Taylor case. This was a man who came to court with both his hands chopped off and was carried in by his teenage son. He described what had happened when the rebels came to commit this kind of terror on his village. They dragged him and his son out of the bush and brought him to a stump. They then asked him to put his left hand on the stump and jokingly talked about him getting short sleeves or long sleeves and then proceeded – and this was children doing it – to hack off his left hand. They then brought his four-year-old son forward and put his hand on the block. The father asked them not to take his son's hand but to cut off his right hand, which they proceeded to do. They therefore chopped off both his hands and he identified in court that day that his hands were those of his son.

To the extent that these crimes are being committed and being committed through economic motivation, nothing would be possible if there was no market for the natural resources or no middlemen to facilitate the traffic or others to trade arms and other things for them that allows the conflict to continue. The relationship with economic crime and those who are not directly involved therefore really enables this and that is a hugely important area of focus as regards what we can do across the world if we are to prevent the mass atrocities that cost those 800,000 people their lives or the hands of thousands of Sierra Leoneans or the tens or hundreds of thousands of women who were subjected to sexual violence and other injuries.

I would like to talk a little bit about the things that the United States is doing about these issues, some of which you will be very familiar, and to put it all into context so as to understand why this is so important for the United States Government and why it had an Ambassador at Large for what was called war crimes issues and is now known as the Ambassador at Large for Global Justice. As a country, we have been actively engaged since Nurnberg in 1945 in efforts to promote individual accountability for perpetrators of international crimes and mass atrocities. In August 2011, President Obama declared in a presidential study directive that preventing mass atrocities and genocide was a core national security interest and core moral responsibility of the United States. Perhaps more relevant to today's conference, his directive recognised that in the face of potential mass atrocities our options are never limited to either sending in the military or standing by and doing nothing. There are many actions that can be taken and they range from



economic to diplomatic interventions, and I would like to talk more about some of the things that we are doing.

I have mentioned what the President's directive said in August 2011, which is when he called for an across-the-board involvement of Government agencies to develop a comprehensive strategy to strengthen the ability of the US Government to foresee, prevent and respond to genocide and mass atrocities. That led in April 2012 to the establishment of an Atrocities Prevent Board, which is now developing those strategies. The Board meets monthly and receives reports from the intelligence community on situations around the world that threaten to blow up into incidents of mass atrocity and works to develop approaches to take before we are dealing with horrors and having to prosecute after the fact and respond to these problems.

We have also of course been involved in the justice process, which is my line, and it should be recognised that to the extent that we have created this perception in the world that someone like Slobodan Milosevic can be brought to trial and Jean Kambanda, the Prime Minister of Rwanda can be held responsible for genocide and Charles Taylor can be convicted and sentenced to 50 years' imprisonment for the crimes that he aided and abetted and planned in Sierra Leone, this sends a powerful message to others. If we can do that effectively, others will begin to realise, as in every community, that there are consequences. It is not that we can prevent all crime, but we can begin to deter some of it. That is why we have supported international justice and these international tribunals and are engaged in supporting every case in the ICC and why we are also working to develop effective answers at the national level, where there is primary responsibility for law enforcement and we want to see effective prosecutions of atrocities.

We also recognise that there are situations where there are not yet any courts, although that is not a reason for not beginning the process. There is the case of Syria, where 70,000 innocent human beings have been killed and the horrors that are being committed as we speak are unfathomable to those of us who live in peaceful societies. We have supported an international commission of enquiry for Syria and that will be given a mandate today of an additional six months to continue to investigate all sides in the conflict in terms of violations of humanitarian and human rights law. However, we are also going further than that and the US Government has set up a cooperative arrangement with a number of donors – and we are probably contributing only about one-third of the funds – for an independent centre with its headquarters in Lyon called the Syrian Justice and Accountability Centre, which is gathering together documentation to build cases against the people responsible for these crimes. Syrian people are working in the centre and are part of the board that controls it and they are currently reviewing more than 250,000 videos and regime documents to assist them in their efforts on accountability.

There are then the things that we can do domestically, and I heard some of the debate on Dodd-Frank. People here will be familiar with that legislation and the final rules that were approved by the SEC in August 2012, specifically Section 15.02 of the Dodd-Frank Act which requires companies to file reports and provide disclosure regarding conflict minerals, in particular tin, tantalum, tungsten and gold, which are used to finance conflict in the DRC region. That is obviously a section that applies to the DRC and countries close to it and we expect the rule to encourage companies to undertake greater due diligence measures in line with the OECD due diligence guidelines.

The other case that I would like to mention is Burma, where we have seen some encouraging developments that have taken us away from horrible political violence and the arrest and incarceration of people based on their political beliefs and a political system where the right of





people to choose their Government was not respected. We have seen some moves in Burma that have given us the justification to ease the financial and investment sanctions on the country and following this announcement we have unveiled the first ever set of human rights on due diligence reporting requirements, called Reporting Requirements on Responsible Investment in Burma, which are a critical step towards encouraging companies to apply high standards of human rights in this investment climate. We are also working with other countries to develop a global set of guidelines on business and human rights and on the multi-stakeholder initiatives, such as the voluntary principles on security. There are also other areas, such as trafficking in persons, which is not specifically an atrocity crime, although the issues of sexual slavery and trafficking in persons overlap between atrocity crimes and trafficking crimes, and the US Government has provided procurement practices in terms of what we buy and with whom we trade, based on the companies with whom we do business not engaging with those involved in human trafficking. In addition – and this is something that is happening as we speak – we are working on negotiating and establishing an effective global arms trade treaty, recognising that a lot of what has been happening has been that arms, and sometimes small arms, have been traded into these conflict zones in return for the conflict minerals. A conference is being held from 18-28 March and, as Secretary Kerry has announced, we are steadfast in our commitment to achieve a strong and effective arms trade treaty to help address the adverse effects of the international arms trade on global peace and stability.

We also want to see criminal prosecutions in the United States of the people who are responsible for these crimes, and I am sure that people are familiar with the case of Viktor Bout, who was involved in trafficking arms for his profit to Liberia, Sierra Leone and other places, causing immense human suffering. Bout was eventually made subject to substantial UN sanctions and through a UN law enforcement operation was brought out of hiding and lured into Thailand by a transaction that eventually led to his transfer to the United States and his conviction and a sentence of 25 years in prison. This is the first example of a warlord who was operating entirely for profit from a place of safety elsewhere being held to account, given the nature of his conduct.

We are also looking at other ways in which we can work with jurists and the international legal community on modes of responsibility and legal ways in which the war crime of pillage can be used as a crime that involves the intention in these armed conflicts of taking of property and that when that occurs as part of an international or a non-international armed conflict, it is seen as a war crime for which individuals can be held responsible. This was the case on a smaller scale in the Special Court for Sierra Leone and it could potentially be used in other situations to hold to account the people who enable these crimes to take place.

As I said at the beginning, this is fundamentally about a core national security interest and a core moral responsibility, and not just of any one country but of all countries. It is something that we as human beings can work on together so that we prevent in the future the horrors that have too often been visited in the past on people and places such as Rwanda and Sierra and that are today being visited on Syria. I look forward to discussing these issues with you and developing ways in which we can go forward so that mass atrocities can truly be prevented in the future.

<p style="text-align: center;"> Biography</p> <p>Stephen J. Rapp of Iowa is Ambassador-at-Large, heading the Office of Global Criminal Justice in the U.S. Department of State. He was appointed by President Obama,</p>	<p style="text-align: center;"> Biographie</p> <p>Stephen J. Rapp de l'Iowa est ambassadeur itinérant et dirige l'Office of Global Criminal Justice au Département d'État des États-Unis. Il a été désigné par le président Obama, décision confirmée par le</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



confirmed by the Senate, and assumed his duties on September 8, 2009. Prior to his appointment, Ambassador Rapp served as Prosecutor of the Special Court for Sierra Leone beginning in January 2007, responsible for leading the prosecutions of former Liberian President Charles Taylor and other persons alleged to bear the greatest responsibility for the atrocities committed during the civil war in Sierra Leone. During his tenure in Sierra Leone, his office won the first convictions in history for recruitment and use of child soldiers and for sexual slavery and forced marriage as crimes under international humanitarian law.

From 2001 to 2007, Mr. Rapp served as Senior Trial Attorney and Chief of Prosecutions at the International Criminal Tribunal for Rwanda, personally heading the trial team that achieved convictions of the principals of RTLM radio and Kangura newspaper—the first in history for leaders of the mass media for the crime of direct and public incitement to commit genocide.

Mr. Rapp was United States Attorney in the Northern District of Iowa from 1993 to 2001, where his office won historic convictions under the firearms provision of the Violence Against Women Act and the serious violent offender provision of the 1994 Crime Act. Prior to his tenure as U.S. Attorney, he worked as an attorney in private practice and served as Staff Director of the U.S. Senate Judiciary Subcommittee on Juvenile Delinquency and as an elected member of the Iowa Legislature.

He received his BA degree from Harvard College in 1971. He attended Columbia and Drake Law Schools and received his JD degree from Drake in 1974.

Sénat, et a pris ses fonctions le 8 septembre 2009. Avant sa nomination, l'ambassadeur Rapp a travaillé en tant que Procureur en chef du Tribunal spécial pour la Sierra Leone en janvier 2007, il était chargé de diriger les poursuites entamées à l'encontre de l'ancien président libérien Charles Taylor et d'autres personnes soupçonnées d'être les principaux responsables des atrocités commises pendant la guerre civile en Sierra Leone. Durant son mandat en Sierra Leone, son bureau a prononcé les premières condamnations de l'histoire pour le recrutement d'enfants soldats, l'esclavage sexuel et le mariage forcé, les qualifiant de crimes au regard du droit international humanitaire.


De 2001 à 2007, M. Rapp a officié en tant que premier substitut du procureur et directeur des poursuites au Tribunal pénal international pour le Rwanda, dirigeant personnellement l'équipe chargée du procès ayant obtenu l'emprisonnement des dirigeants de la radio RTLM et du journal Kangura, une première historique pour des dirigeants de médias condamnés pour incitation directe et publique à commettre un génocide.

De 1993 à 2001, M. Rapp a été le procureur des États-Unis du district nord de l'Iowa, période durant laquelle son bureau a obtenu des condamnations historiques conformément à la disposition relative aux armes à feu de la Loi sur la criminalisation de la violence contre les femmes et à la disposition relative aux délinquants violents de la Loi contre les crimes de 1994. Avant son mandat en tant que procureur des États-Unis, il a travaillé comme avocat dans un cabinet privé et comme directeur du personnel du sous-comité des États-Unis sur la délinquance juvénile et en tant qu'élu de législature de l'Iowa.

Il a obtenu son BA à l'université de Harvard en 1971. Il a étudié aux Facultés de droit de Columbia et de Drake et a obtenu son doctorat de droit à Drake en 1974.



 **FATOU BENSOUDA, CHIEF PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT** |  **PROCUREUR EN CHEF DE LA COUR PENALE INTERNATIONALE**

 Thank you very much, Elise. I would like to start by thanking the organisers, namely the American Bar Association and the Conseil National des Barreaux, for organising this conference, which I think is hugely important. I am happy to be sharing the panel with Steve, who is a good friend but also my former boss and mentor.

I am glad that we will continue to collaborate in his role as Ambassador for war crimes and global justice. I would also like to thank my friend, Elise, for making my presence here possible and for her endless efforts in trying to make this world a better place.

The topic that we are discussing today is a cutting-edge matter and one of great importance to our shared goals of upholding human rights and accountability in conflict zones. As the Prosecutor of the International Criminal Court and as a lawyer, I am deeply committed to finding ways of holding those responsible, including members of corporations, accountable for their involvement in crimes of great concern to the international community, namely war crimes, crimes against humanity and genocide. Investigating the link between finance and conflict has been part of the strategy of the Office of the Prosecutor from the beginning, since its inception in 2003. When this idea was presented initially we encountered resistance, with resistance to the idea not only externally but also even internally because it was not in line with the more traditional ways of approaching crimes that are committed in conflict zones. Our assumption was and still is that in order to prevent these crimes you need to look at the dynamics that fuel a conflict. Conflict seems to be largely driven by either ideology or the potential for financial enrichment or the combination of both.

Let me therefore illustrate how carrying out financial investigations has helped the Office of the Prosecutor in developing cases and identifying opportunities for maximising its preventative impact. The Office of the Prosecutor has three main goals in its financial investigations. Firstly, we offer a different type of evidence against those who are most responsible, and by doing that we are trying to reduce the number of physical witnesses who come with extremely complicated protection issues. Secondly, we are identifying assets for the compensation and reparation of victims, and thirdly, we are also disrupting criminal organisations through asset freezing and other enforcement actions by states using ICC's information.

However, carrying out these financial investigations in all the situations where the court is active has had and continues to have its difficulties. For example, the court's investigations in northern Uganda revealed that the financial aspect of the Lord's Resistance Army operation was largely unsophisticated. Principally, it involved an assistant – the infamous Joseph Kony – carrying a bag of cash around with him all the time and subsequently leaving little or no footprint. However, following the money in our other cases proved more fruitful. The weapons trade in the Democratic Republic of Congo helped to identify new leads in the Prosecution's case against Thomas Lubanga Dyilo and similarly in the case against Jean-Pierre Bemba. In the Central African Republic, the structured review of property and exhibits recovered following Bemba's arrest, with a particular emphasis on financial documentation, led to the identification of previously unknown corporate / trust structure and a far better understanding of his lifestyle,



assets and associates. In dealing with armed groups of even a state apparatus, financial investigations have therefore helped us identify assets and provided us with evidence on who the most responsible people are.

However, to be effective we need to look beyond these structures which commit the actual atrocities and identify the other players in the conflict, namely the broader network around the criminal organisation. Here once again the financial angle of the investigation is of enormous value. Indeed, there is more to following the money than money itself.

However, let us now briefly explore the financial dynamics behind a conflict and see how this can help us identify persons and companies that are involved in a given situation without being part of the armed groups.

First of all, to fight you need troops - and troops that are fed, accommodated and supplied with weapons, ammunition, communications and other equipment. Products of this type often transfer from the legal to the illegal market and require the involvement of companies as well as public administrations, and this involvement is not always criminal. For example, during our investigations in the Central African Republic, it was revealed that Jean-Pierre Bemba purchased ammunition and equipment in Belgium that was used in his militia, the MLC.

Another useful example in this context is the small arms trade, which Steve mentioned in his presentation. The 2012 Small Arms Survey estimated that there were at least 875 million small arms in circulation globally. The legal market in small arms is estimated to be worth USD8.5 billion a year, while the illegal market is estimated to be at least one-quarter of that, approximately USD2 billion. Almost 100 countries produce these weapons and more than 1,000 companies are involved. The tragic consequences of the global arms trade has been well documented in Sierra Leone, Liberia and the Central African Republic, to name a few, and it continues to fuel the conflict in the Democratic Republic of Congo. Finding ways of identifying companies that provide equipment and weapons in conflict zones is therefore another way of addressing the responsibility of the business community regardless of whether the intention was criminal or not.

Let us now turn to look at obtaining the material necessary to fight. Armed groups need money. The spectrum of the ICC cases reveals the diversity of funding sources, be it the illegal trade of natural resources in the Democratic Republic of Congo, resources gathered through violence or funds from supporters in other countries as in the case of Uganda, or where the Central Government itself provided as in the case of Sudan, or even the perpetrators funding the violence from their own assets, as is being alleged in the case of Kenya.

The funding of arms and equipment brings us to the heart of the matter and, as far as this conference is concerned, the trade in natural resources. As the former UN Deputy Secretary General, Asha-Rose Migiromu, acknowledged in 2010, the link between the illicit exploitation of trade and natural resources and the illicit proliferation and trafficking of arms has become increasingly abhorrent.

However, let us look at some facts. For instance, the eastern Congo is rich in minerals, ore and gold, and these have been used in the manufacturing of modern technology, including mobile phones and laptop computers. A large number of the biggest mines in the region are controlled by armed groups and there are important discrepancies between the reported amount of minerals produced in a year compared with the amount of the same minerals exported in that same year.



Therefore, when we look at the illegal trade in natural resources three questions come to mind: at what point in the process does the illegal market transform itself into legal business?; what is the responsibility of the end-user companies in preventing transformation?; and, how can we have an impact on this transformation?

Answering the first question seems to be already quite difficult due to the fact that the initial phase of the whole criminal process consists of the illegal exploitation of mines and the transfer of the pillaged goods via small amounts and various channels to trading houses. For this part of the process, there is no paper or electronic trail of transactions. Trading houses are often the first auditable transaction or business process that illegal or pillaged material goes through and these trading houses are often registered and established under local jurisdiction. However, they often have foreign shareholders or beneficial owners, which once again emphasises the need to see the connection between conflict and non-conflict countries.

Moving to my second question, the end-user company responsibility, we must also look at companies that need the resources that come from the producer states, including conflict zones. A key question in this context is how to deal with the longstanding and much-discussed theory of the corporate veil. As long as there is a worldwide demand for high-tech goods, the demand for the raw materials and minerals will continue to grow and the question that we therefore need to examine is to what extent companies can do more to ensure that they use validated materials and raw materials. While the repeated commitments from companies professing that they will not use illegal material are promising, at the same time we should acknowledge that guaranteeing this in practice poses important challenges in light of the myriad of trading houses and brokers in the supply chain. We need to think about how we can help and push these companies, while recognising the tension that undoubtedly exists between their financial interest and the cost of improved transparency, but also without replacing their corporate responsibility by our actions. However, some things seem to be changing under the increasing international pressure. For instance, specialists in the diamond sector allege that conflict diamonds represent less than 1% of current international transactions compared with 15% in the 1990s, and this seems to be a result of the Kimberley procedures that have been put in place.

If things can change then this brings me to my last question, namely what can we do next to have a further impact on businesses that are related to conflict? We will require an integrated and diversified action plan that looks into the vulnerabilities of each step in the criminal process that I have described and to be effective such a strategy will require comprehensive, multi-agency cooperation. Participants at this conference are well positioned to lay the foundational building blocks for future action and I would like to offer some points for consideration, if I may.

Firstly, we must have a more integrated and effective information-gathering and analysis process to establish links between companies and conflict zones that would be of great benefit. We should also aim to connect the information held between different actors to establish risk profiles for companies, information from NGOs and other operators in the conflict zones, customs information, financial transactions and the reporting of suspicious activities, reporting company data that is published in a regulatory database and their own annual reports and so on.

Secondly, once we have identified that, the next question will be to determine who would be in the best position to have an impact on the suspect company. There is a wide variety of possibilities here and it is important always to ensure the fairness and proper process of actions that are undertaken by persons and companies, who remain innocent until proven guilty.





Nevertheless, there is a broad portfolio of measures that can already be taken through exposing poor practice through the media, judicial action based on ICC or other national law, sanction commissions or even taking administrative measures to disrupt activities, such as grounding planes for non-compliance with regulations.

Finally, increasing pressure on multinational corporations to ensure better validation processes will have to be part of the solution and I think that civil society advocacy will be key for this.

Within this context of integrated action, the Office of the Prosecutor has initiated a network with national law enforcement agencies and other specialised institutions and organisations to coordinate and strengthen efforts to investigate and prosecute persons responsible for international crimes. Amongst other things, this network can be used to support and foster domestic investigations and prosecutions of persons responsible for doing illegal business with armed groups in conflict zones. This can be done by exchanging evidence, mutually supporting investigations and sharing expertise. The Office of the Prosecutor intends to contribute to this network by sharing with national authorities some of the information that we have obtained in the context of our investigations as well as by facilitating contacts among national authorities and other specialised organisations and sharing experience in investigating and prosecuting in an efficient way crimes committed in conflict zones. Through this type of support, the Office of the Prosecutor has, for instance, successfully contributed to the investigations by the German authorities of two senior leaders of the FDLR – the Forces Démocratiques de Libération du Rwanda – an armed group operating in the DRC, where the leaders have been arrested and are currently being prosecuted in Germany.

Ladies and gentlemen, the ICC can play its part to a limited extent through cooperation at all levels with national judicial systems and strive to transform the public response to these crimes in national jurisdictions worldwide. However, ultimately, establishing a complementary system is critical for a comprehensive solution and the strength of this system lies in the possibility of a shared responsibility and complementary action between the court and the international community.

Thank you very much for your attention.

<p style="text-align: center;"> Biography</p> <p>On 12 December 2011, Mrs. Fatou Bensouda of the Gambia was elected by consensus Prosecutor of the International Criminal Court by the Assembly of States Parties. Mrs. Bensouda was sworn in on 15 June 2012. Mrs. Bensouda had previously held the position of ICC Deputy Prosecutor (Prosecutions), having been elected with an overwhelming majority by the Assembly of States Parties on 8 August 2004 and serving as such until May 2012. Prior to her work at the International Criminal Court, Mrs. Bensouda worked as Legal Adviser and Trial Attorney at the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) in Arusha, Tanzania, rising to the position of Senior Legal</p>	<p style="text-align: center;"> Biographie</p> <p>Le 12 décembre 2011, Mme Fatou Bensouda, originaire de la Gambie, a été élue par consensus Procureur de la Cour pénale internationale par l'Assemblée des États parties. Mme Bensouda a pris ses fonctions le 15 juin 2012. Après avoir été élue par une écrasante majorité de l'Assemblée des États parties le 8 août 2004, Mme Bensouda a occupé le poste de procureur adjoint chargé des poursuites de la CPI jusqu'en mai 2012.</p> <p>Avant d'exercer à la Cour pénale internationale, Mme Bensouda a occupé les postes de conseiller juridique et de substitut du procureur au Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) à Arusha (Tanzanie), où elle s'est hissée au rang de conseillère juridique principale et de chef du ser-</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



Advisor and Head of The Legal Advisory Unit.

Before joining the ICTR, she was General Manager of a leading commercial bank in The Gambia. Between 1987 and 2000, she was successively Senior State Counsel, Principal State Counsel, Deputy Director of Public Prosecutions, Solicitor General and Legal Secretary of the Republic, and Attorney General and Minister of Justice, in which capacity she served as Chief Legal Advisor to the President and Cabinet of The Republic of The Gambia.

Mrs. Bensouda also took part in negotiations on the treaty of the Economic Community of West African States (ECOWAS), the West African Parliament and the ECOWAS Tribunal. She has served as delegate to United Nations conferences on crime prevention, the Organization of African Unity's Ministerial Meetings on Human Rights, and as delegate of The Gambia to the meetings of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Mrs. Bensouda holds a masters degree in International Maritime Law and Law of The Sea and as such is the first international maritime law expert of The Gambia.

vice des avis juridiques. Avant de rejoindre le TPIR, elle était directrice générale d'une grande banque commerciale de Gambie. De 1987 à 2000, elle a assumé successivement les fonctions de procureur principal, procureur général, chef adjoint du parquet, Solicitor General et référendaire de la République, puis Attorney General et Ministre de la justice, poste en vertu duquel elle était également conseillère juridique principale auprès du Président et du Conseil des ministres de la République de Gambie.

Mme Bensouda a aussi participé aux négociations préalables au traité instituant la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), son parlement et sa cour de justice. Elle été déléguée lors des conférences des Nations Unies sur la prévention du crime et des réunions ministérielles de l'Organisation de l'unité africaine consacrées aux droits de l'homme. Elle était, en outre, membre de la délégation de Gambie aux réunions de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale.

Mme Bensouda est titulaire d'une maîtrise en droit maritime international et en droit de la mer, ce qui lui vaut d'être le premier expert en droit maritime international de Gambie.



TABLE RONDE N° 3 :
LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES CONFRONTEES AU RESPECT DES DROITS DE L'HOMME. LA
REPOSE DES JURIDICTIONS |
ROUND TABLE 2 :
LIABILITY OF BUSINESSES AND THE RESPECT OF HUMAN RIGHTS : REPOSES FROM DIFFERENT
JURISDICTIONS

LES EXEMPLES AMERICAINS | AMERICAN EXAMPLES



MODÉRATEUR



MODERATOR

DENNIS E. BOYLE, AVOCAT, BOYLE LITIGATION, WASHINGTON D.C.

Biography

As a former Navy Judge Advocate, Special Assistant United States Attorney and First Assistant District Attorney, Dennis Boyle has extensive experience in all facets of criminal and civil litigation.

Dennis Boyle is certified as a Criminal Law Specialist with the National Board of Trial Advocacy and currently serves on the Board of Directors of the Pennsylvania Association of Criminal Defense Lawyers. He holds an AV Rating from Martindale Hubble, and has been recognized as a "Super Lawyer" and recognized as a Top 100 Trial Lawyer by the National Trial Lawyers Association. Dennis has tried criminal cases and civil cases throughout the United States and has represented service members worldwide in both criminal and civil matters. He has personally tried more than 175 jury trials. He is a frequent lecturer on issues related to white collar criminal law and money laundering.

He is admitted to practice in all federal and state courts in Pennsylvania, the U.S. District Court for the District of Columbia, The U.S. Court of Appeals for the 3rd Circuit, the District of Columbia Circuit Courts, the U.S. Supreme Court and the International Criminal Court located in the Hague, Netherlands. He received his Juris Doctor cum laude from the University of Baltimore School of Law in 1987, and a

Biographie

En tant qu'ancien juge-avocat de la Marine, procureur adjoint spécial des États-Unis et premier procureur adjoint de district, Dennis Boyle possède une grande expérience de tous les aspects du contentieux pénal et civil.

Dennis Boyle est certifié en qualité de spécialiste du droit pénal par le National Board of Trial Advocacy et travaille actuellement au Conseil d'administration de l'Association of Criminal Defense Lawyers de Pennsylvanie. Martindale Hubble lui a accordé un AV et Dennis Boyle a été reconnu comme étant un « Super Lawyer » et comme faisant partie des 100 meilleurs avocats plaidants par la National Trial Lawyers Association. Dennis a traité des affaires criminelles et civiles aux États-Unis et a représenté des militaires dans le monde entier en matière civile et pénale. Il a personnellement jugé plus de 175 procès devant jury. Il donne fréquemment des conférences sur des problèmes liés au droit pénal des affaires et au blanchiment d'argent.

Il est accrédité pour pratiquer dans tous les tribunaux fédéraux et étatiques en Pennsylvanie, le tribunal de district du District de Columbia, la Cour d'appel du 3e ressort, la Cour de circuit du district de Columbia, la Cour suprême et Cour pénale internationale de La Haye aux Pays-Bas. Il a obtenu son doctorat en droit avec mention assez bien (cum laude) à la Faculté de droit de l'université de Baltimore en 1987 ainsi qu'une licence ès arts à



Bachelor of Arts from Elizabethtown College in 1983. He has completed the requirements for a Master of Law in International Law from George Washington University.

After graduating from law school, he entered the U.S. Navy's Judge Advocate General's Corps and graduated from Naval Justice School in Newport, Rhode Island. Deployed to the Middle East during Operations Desert Shield and Desert Storm, he served as both a prosecutor and defense attorney on several high profile cases. He recently retired from the U.S. Naval Reserve with the rank of Commander. His last assignment in the Naval Reserve was as a Court Commissioner with the Navy Marine Corps Court of Criminal Appeals. Much of his practice involves the representation of individuals and institutions under investigation for or charged with money laundering and other white collar offenses.

Elizabethtown College en 1983. Il a satisfait aux exigences nécessaires en vue d'obtenir un master de droit en droit international à l'université George Washington.

Après avoir terminé ses études de droit, il a rejoint le Judge Advocate General's Corps de la Marine américaine et a obtenu son diplôme de la Naval Justice School à Newport, dans le Rhode Island. Déployé au Moyen-Orient pendant les opérations Bouclier du désert et Tempête du désert, il a été procureur et avocat de la défense lors de plusieurs affaires très médiatisées. Il a récemment pris sa retraite de la Réserve navale des États-Unis au grade de commandant. Pour sa dernière mission au sein de la Réserve navale, il fut désigné Commissaire de la Cour d'appel en matière criminelle des Navy Marine Corps. Ses pratiques portaient principalement sur la représentation des individus et des institutions faisant l'objet d'une enquête pour ou accusé(e)s de blanchiment d'argent et autres délits du droit des affaires.



🇬🇧 CASE LAW ON BUSINESS LIABILITY UNDER THE US ALIEN TORT CLAIMS ACT | 🇫🇷 RESPONSABILITE DES ENTREPRISES EN APPLICATION DE L'ALIEN TORT CLAIMS ACT :

■ ■ RALPH G. STEINHARDT, PROFESSEUR DE DROIT ET DES RELATIONS INTERNATIONALES, CENTRE DE RECHERCHE ARTHUR SELWYN MILLER, UNIVERSITE GEORGE WASHINGTON

🇬🇧 It is a great honour to be here with you all today and I would like to express my thanks to the organisers. Before I begin, I should say that I was Counsel for the plaintiffs in the Marcos case and several other of the ATS cases as well as co-Counsel with Paul Hoffman in the *Sosa v Alvarez-Machain* case that Michael mentioned, when we represented a Mexican doctor who had been abducted by the drug enforcement administration in Mexico and brought to the United States for trial. Michael has correctly conveyed that the *Filartiga* case spawned a cottage industry of human rights litigation. Typically, the defendants included police officers, military commanders, concentration camp guards and some former heads of state, as with Ferdinand Marcos, but the action now is clearly against those corporations whose business plans require human rights violations for profit. No-one here is arguing that corporations are always bad guys or even that they are typically bad guys, but the question is that when corporate decisions are taken that require human rights violations for profit what is the right remedy?

At the end of my talk, I will suggest that there are multiple alternative strategies for defining and enforcing corporate responsibility for human rights violations, but that one of them, and in fact chronologically the most important, has been the most coercive, where the ATS was used against corporate defendants. It is true that many of them have settled, but the most important case now is *Kiobel v Royal Dutch Shell*, which is currently pending in the Supreme Court – and I should acknowledge here that I was at Counsel's table in *Kiobel* but am not Counsel in the case.

As many of you know, this is one of a series of cases that arose from claims that Royal Dutch Shell was complicit in human rights abuses against the Ogoni people in Nigeria. As Michael mentioned, the Second Circuit Court of Appeals, which is one of many courts of appeals just below the US Supreme Court, ruled in principle that corporations were immune from liability under the ATS. Many of us found that peculiar since there had been a number of corporate cases in the Second Circuit that had proceeded on the assumption that corporations would not enjoy some immunity from liability under the ATS and that they did not live in a law-free zone under international law. For example, the Second Circuit – the same court of appeals that handed down *Kiobel* – had allowed a case to go forward against Pfizer allegedly for testing an anti-meningitis drug on Nigerian children without informed consent. It is most peculiar that they would have allowed the case to go forward against Pfizer only to say some years later that corporations are in principle immune.

It is also peculiar in that four other courts of appeals have explicitly rejected the blanket rule that corporations bear no responsibilities under international law that are enforceable under the ATS - the DC Circuit, the Seventh Circuit, the Ninth Circuit and the Eleventh Circuit. Perhaps the greatest genetic marker of the idiosyncrasy of the Second Circuit's decision is the fact that the United States Government came into the case to say that there was no basis in law for the absolute principle of immunity that had been embraced by the Second Circuit. Therefore, while Elisa Massimino was exactly right to say that some of us were disappointed in subsequent filings



by the US Government, on the central point of whether corporations could bear liability the Government came in on the plaintiff's side.

At the oral argument, there was a number of questions about whether international law would recognise corporate responsibility for the offences alleged in the complaint and I would like to spend a couple of minutes talking about that. However, as Michael mentioned, about a week after the first oral argument back in February 2012, the Supreme Court issued another order, putting the case back for oral argument, which is something that it has almost never done, and asking the question whether and under what circumstances the Alien Tort Statute allows courts to recognise a cause of action for violations of the law of nations occurring within the territory of a sovereign other than the United States. The broad consequence of that second question is that it converts the *Kiobel* case from a case exclusively about corporations to a case about the availability of the ATS in cases such as *Filartiga* or *Karadzic* or *Marcos*, all of which were foreign-cubed cases, meaning a foreign national bringing a claim against a foreign national for human rights violations that occurred in foreign territory – that is, outside of the United States. Significantly, *Filartiga*, a foreign-cubed case, was approved by the Supreme Court in *Sosa*, as was *Marcos* and *Karadzic*. It would therefore be staking out a brand-new territory, having approved these foreign-cubed cases beforehand, to suddenly say that in the context of *Kiobel* extraterritoriality is not possible. I will also take a couple of minutes to talk about that issue in detail.

On the question of whether international law recognises corporate responsibility for offences alleged in the complaint, we might argue in our questions and answers session about whether international law requires corporate liability in these circumstances or simply allows it, which is why I used the word 'recognises' because I mean to preserve that distinction.

The position of the plaintiffs in *Kiobel* is that the norms at issue, such as torture, genocide or slavery, may distinguish whether state action is required, but they do not require only state actors. In other words, the definition of torture in the Torture Convention refers to pain or suffering inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. Therefore, torture under the Torture Convention requires some kind of state action. Intriguingly, the definition of torture under common Article 3 of the Geneva Conventions does not require state action.

However, I mean to distinguish something like torture from something like genocide, where under Article 4 of the Genocide Convention it is made clear that state action is not required. Slavery is an international wrong whether a state is participating in it or not and piracy is clearly a violation of international law whether a state is behind the conduct or not. The relevant distinction here is therefore not between state actors and corporations but between the wrongs that require state action and those that do not.

The *Sosa* decision in footnote 20 makes this explicit where it says that in determining whether a norm is sufficiently definite to be brought in the United States 'that is related to whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued if the defendant is a private actor, such as a corporation or an individual'. It then contrasts torture with genocide.

I think that the only way to interpret footnote 20 is that individuals, both natural and juristic, can be liable under the ATS, but you have to ask whether the norm that is alleged requires state action or not. If it does not, that is the end of the matter and the case can go forward. However, if state action is required then the natural individual or corporation must be in some sort of relationship with the state actor. For example, if the corporation were to engage in essentially



governmental acts such as running a prison then they would have to meet certain state-like obligations for those operations.

Essentially, therefore, does international law recognise liability in these circumstances? The important distinction is whether state action is required for it to be wrongful. That is why in an opinion from 1907 an Attorney General of the United States concluded that aliens injured by a private company's diversion of water in violation of a treaty between the United States and Mexico would be liable under the ATS. Here, therefore, is an opinion of the Attorney General interpreting the ATS in 1907 and making it clear that a company that diverted water in violation of a treaty would be responsible under the ATS.

The Second Circuit made a great deal of the fact that the jurisdiction of the international criminal tribunals does not extend to corporations. However, I think that the answer to that is that these instruments and the tribunals generally do not establish the limits of conduct that violate international law; instead they provide an extraordinary means of enforcement against specific human beings. You can therefore draw no inference from the fact that the criminal tribunals do not include corporations as defendants.

Finally on this point, what about other practice in other states? Do other states allow this kind of action? This is the very essence of the Court of Appeal's decision in the Second Circuit. Chevron retained my friend from Harvard Law School, Jack Goldsmith, who made the point that 'no other nation in the world permits its court to exercise universal civil jurisdiction over alleged extraterritorial human rights abuses to which the nation has no connection'. As a matter of fact, I think that that is wrong. However, even if it is right, this audience needs no reminding that the Permanent Court of International Justice rejected exactly that argument when France made it against Turkey in the Lotus case. The PCIJ, the precursor to the International Court of Justice, said that 'Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove the circumstance alleged by the French Government, it would merely show that states had often in practice abstained from instituting criminal proceedings and not that they recognised themselves as being obliged to do so'. In fact, if the judge in the Filartiga case had asked Dolly Filartiga's lawyer whether there was any other nation in the world that would allow a refugee to use the domestic courts to get a tort liability for police-based torture in their homeland, the answer would surely have been no. However, the Alien Tort Statute allows aliens who are the victims of torts in violation of the law of nations to come into the United States. The very first Congress in its very first piece of legislation adopted this statute to make sure that the United States did not become a haven for the violators of international law.

I would just like to finish very quickly on the point of extraterritoriality. The short answer to why I think extraterritoriality is not an issue is the following. Firstly, by its terms, the statute does not specify the kind of defendant or the locus or place of the injury. However, even more important than that, for the norms to be enforceable under the ATS the Sosa case required them to be specific, universal and obligatory, which means that the law being applied is not US law. It is not like our US securities law or antitrust law or product liability law, but an international standard that is being applied. This is therefore not US jurisdiction to prescribe at all, but is consistent with the transitory tort notion where someone commits a delict or tort in jurisdiction A and that creates an obligation to make reparation to the victim wherever the defendant goes. The transitory tort doctrine therefore brought this case into the United States and it is not extraterritorial in that way.

I think that we will have to wait until the questions and answers session to talk about the alternatives to ATS litigation and I thank you for your attention.



Biography

Professor Steinhardt specializes in international law, human rights, conflicts of laws, international civil litigation, and international business transactions. He is co-director of the Oxford-GW Program in International Human Rights Law at New College, Oxford. His current research and advocacy concern the human rights obligations of multi-national corporations. He now serves as the only U.S. citizen on the Expert Legal Panel on that subject under the auspices of the International Commission of Jurists and has served as an expert witness in several federal cases testing the liability of corporations for aiding and abetting human rights violations by governments.

Professor Steinhardt also serves on the Board of Editors of the Oxford University press project on international law in domestic courts. He has written books and articles on the application of international law in U.S. courts, statutory construction, international trade law, jurisprudence, and human rights. Having served on the Harvard International Law Journal and won the Jessup Moot Court Competition at Harvard Law School, Professor Steinhardt practiced law for five years in Washington, D.C., specializing in federal litigation, administrative law, and trade. He has served as legal counsel to several foreign governments in both commercial and intergovernmental matters, including border disputes and economic relations, and pioneered the application of international human rights law in U.S. courts. He served as counsel to the U.N. High Commissioner for Refugees, Amnesty International, Human Rights Watch, and the International Human Rights Law Group, as well as to individuals alleging violations of international human rights law. He also has served as chairman of the board of the Center for Justice and Accountability in San Francisco, an anti-impunity organization established by Amnesty International in 1998.

Biographie

Le professeur Steinhardt est spécialisé dans le droit international, les droits de l'homme, les conflits de lois, les litiges civils internationaux et les transactions commerciales internationales. Il est co-directeur de l'Oxford-GW Program en droit international humanitaire au New College de l'université d'Oxford. Ses recherches et défenses concernent les obligations des multinationales en matière de droits de l'homme. Il est désormais le seul citoyen américain faisant partie du Comité d'experts juridiques traitant cette question sous l'égide de la Commission internationale de juristes et a agi en qualité de témoin expert au cours de plusieurs affaires fédérales visant à évaluer la responsabilité des sociétés dans des affaires d'assistance et d'encouragement aux violations des droits de l'homme par les gouvernements.

Le professeur Steinhardt travaille également sur le projet du Conseil de rédaction d'Oxford University press sur le droit international dans les tribunaux nationaux. Il est l'auteur d'ouvrages et d'articles sur l'application du droit international dans les tribunaux américains, l'interprétation législative, le droit du commerce international, la jurisprudence et les droits de l'homme. Il a travaillé au Harvard International Law Journal et a remporté le concours Jessup Moot Court Competition à la Faculté de droit d'Harvard. Le professeur Steinhardt a ensuite pratiqué le droit à Washington DC pendant cinq ans et s'est spécialisé dans les litiges fédéraux, le droit administratif et le commerce. Il a occupé le poste de conseiller juridique pour plusieurs gouvernements étrangers en matière d'affaires commerciales et intergouvernementales, notamment pour des litiges frontaliers et des relations économiques, et fut pionnier dans l'application du droit international relatif aux droits de l'homme dans les tribunaux américains. Il a travaillé en tant que conseiller pour le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Amnesty International, Human Rights Watch et le Groupe juridique international des droits de l'homme, ainsi que pour des individus invoquant des violations du droit international relatif aux droits de l'homme. Il a également endossé la fonction de président du conseil du Centre de la justice et de la responsabilité à San Francisco, une organisation luttant contre l'impunité mise en place par Amnesty International en 1998.



🇬🇧 CASE LAW ON BUSINESS LIABILITY UNDER THE US ALIEN TORT CLAIMS ACT | 🇫🇷 RESPONSABILITE DES ENTREPRISES EN APPLICATION DE L'ALIEN TORT CLAIMS ACT :

🇫🇷 ■ MICHAEL D. GOLDHABER, CORRESPONDANT À L'INTERNATIONAL SENIOR, THE AMERICAN LAWYER & ALM MEDIA

🇬🇧 The Life and Overdetermined Death of Corporate Alien Tort

🇬🇧 In 1789 the first Congress gave the U.S. courts jurisdiction over cases brought by an alien for a tort in violation of the law of nations. Mainly, Congress had in mind pirate raids and diplomatic attacks. Because those are rare, the Alien Tort Statute was scarcely used for two centuries. Then one day in April 1979, a trademark lawyer volunteering at the Center for Constitutional Rights heard that a Paraguayan torturer was living in NY. The next year, in *Filartiga v. Pena*, he convinced the Second Circuit to use the ATS to hold that torturer liable. Since then, more than 20 dictators, generals and foot soldiers have been found liable under the ATS for gross violations of human rights.

This bothered no one until one day in the summer of 1994, a Burmese trade unionist crossed paths with a U.S. law student who was interviewing Burmese refugees on the Thai border. The trade unionist said: 'Hey I read in Readers Digest that in the U.S. you can even sue your veterinarian for malpractice. Can't you do anything about a corporation using forced labor?' The U.S. law student went home and began to research the ATS. Thus was born *Doe v. Unocal*. It was the first mature instance of the corporate alien tort -- and alas the most successful. *Doe v. Unocal* ended in a \$30 million settlement. Of the roughly 150 corporate alien tort suits filed since, only another dozen have resulted in small settlements. No contested case has resulted in a victory for the plaintiffs.

Since the day alien tort plaintiffs opened fire on corporate America, the ATS has come under one existential attack after another. In 1997, conservative scholars suddenly came up with a complicated new theory about federal common law. The bottom line was that the ATS would become useless without new laws to give it content. In 2004, the Supreme Court laid this theory to rest in *Sosa v. Alvarez*. *Sosa* affirmed that the alien tort may apply to norms of international law that are specific and universal. But the footnotes of *Sosa* planted three more seeds of potential destruction. *Sosa* queried whether courts interpreting the ATS should either require plaintiffs to exhaust their remedies, or defer to the executive when it opposes the plaintiffs action. Most importantly, the *Sosa* footnotes queried the existence of corporate liability.

To make a long story short, exhaustion and executive deference never went anywhere. Instead, the lower courts spent the next few years spinning their wheels about aiding and abetting. In 2009, the Second Circuit dismissed the case against Talisman Energy for complicity in Darfur. *Talisman* held that a corporation can't be held liable for aiding and abetting unless plaintiffs prove it acted with a malign purpose. For all the sturm und drang about *Kiobel* killing corporate alien tort, it's entirely possible that *Talisman* already did the job.

You know the rest of the story. In 2010 the Second Circuit reached out to dismiss *Kiobel* on the grounds that there's no such thing as corporate liability under international law. And when *Kiobel* came up for review last year, the justices reached out to ask whether the ATS may apply extraterritorially. Ralph can tell you which will be the bullet that kills the corporate alien tort. My



point is that its death is over determined, and foreordained. If Morrison doesn't finish the job, Christopher Greenwood will. And if corporate liability survives, the standard of secondary liability will render it useless. The corporate defense bar has been gunning for the ATS since the day a trade unionist bumped into a law student on the Burmese border. This antiquated statute offers too many lines of attack to determined opponents, and requires too much sympathetic interpretation.

During its brief and star-crossed life, the corporate alien tort has achieved much. As Sarah Cleveland of Columbia Law School has shown, it is a paradigmatic example of transnational public law litigation. Alien tort has helped to build a global case law of human rights, on forced labor in the ILO, on fundamental norms in the ICC and ICTR, on universal jurisdiction in the ICJ and House of Lords. Even more importantly, it has fed the worldwide movement for corporate accountability. The strategies that you in this room are pursuing will be the lasting legacy of corporate alien tort. If U.S. lawyers are soon forced to speak your language, that may not be such a bad thing. Thank you.

Additional reference: "The Zombification of the Corporate Alien Tort" (April 21, 2013)

Chief Justice Roberts won. In *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, he took an issue so hot that 82 amicus groups weighed in, and rendered a ruling so tepid that the story ran on page A22 of *The New York Times*. Had the U.S. Supreme Court barred human rights liability for corporations, a snarky front-pager might have noted the contrast to *Citizens United*: A corporation has the right to buy elections because it's a person, yet may commit genocide with impunity because it's not a person.

But that's not what happened. Rather than kill the corporate alien tort outright, the Court maimed all forms of alien tort by restricting their territorial reach. The corporate alien tort is therefore doomed to remain a zombie doctrine--not quite alive and not quite dead.

The upshot of *Kiobel* is that federal courts may only hear alien tort suits where the "claims touch and concern the territory of the United States...with sufficient force...." What this means in practice will be litigated in many fact scenarios. Concurring Justices Alito and Thomas say it requires domestic conduct violating fundamental human rights, and indeed, this is the most natural application of the Court's holding on extraterritoriality in *Morrison v. National Australia Bank*. Justice Kennedy stressed in his concurrence that the vague test adopted will allow wiggle room in the future.

Hope remains for alien tort claims targeting individuals. Because Kennedy has voiced sympathy for suits against torturers and their ilk, it is imaginable that the current Court would contort itself to recognize alien tort suits filed against overseas defendants taking refuge in the U.S. It is likely that the Court's more liberal wing would recognize such claims, perhaps on the reasoning of Justice Breyer's *Kiobel* concurrence, if the composition of the Court shifts in its favor. And if neither of those things happens, it's still imaginable that Congress would pass new laws to expressly create a civil cause of action, like the Torture Victims Protection Act, against individuals who commit egregious human rights abuse abroad.

Seeing a meaningful future for the corporate alien tort requires more imagination, however. It would require plaintiffs to run the gauntlet between a determined defense bar and a hostile Court on at least three issues: extraterritoriality, corporate liability, and pleading requirements for aiding and abetting in the alien tort context.

Suppose the courts construct a "touch and concern" territoriality test that is passable for plaintiffs suing some corporations. Those plaintiffs would then still need to reverse *Kiobel's* unreviewed rule of corporate immunity. And unless the company itself committed a war crime in the U.S., or the



CEO delivered a genocidal rant, they'd still need to reverse the Second Circuit's forgotten but equally-fatal ruling in *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman*, which held that aiding and abetting requires a malign purpose.

It's true that both of these Second Circuit holdings--on the existence of corporate liability and the standard for vicarious liability--are questionable as a matter of international law. (The D.C. Circuit took a contrary view on both in *Doe v. Exxon*.) It's worth fighting to clarify U.S. and international law on these two crucial issues. But there are so many ways for a corporate alien tort claim to fail. At the end of the day we are likely to be left with a symbolic rule: for instance that a business based in the U.S., or with a heavy U.S. presence, can be held liable in alien tort if it commits or abets egregious human rights abuse through conduct in the U.S. If the abetting must be intentional, good luck proving that.

Meanwhile, *Morrison* will continue its scorched-earth march through the United States Code. This summer the Ninth Circuit will hear an extraterritoriality challenge to the Sherman Act. And as the FCPA Professor notes in reaction to *Kiobel*, *Morrison* is just waiting to be invoked in the context of corruption. "We're not the world's policeman" is a more effective meme than "Corporations can get away with anything." In the human rights arena, they just happen to achieve the same ends.

Many predicted after the Second Circuit ruled in *Kiobel* that the corporate alien tort's death would force human rights litigation into other forums. The zombification of corporate alien tort means that corporate ATS litigation will persist even as advocates develop new strategies to promote corporate accountability. These include common law litigation under both U.S. state law and the laws of other nations. In some places, criminal or regulatory law may offer a viable strategy. Everywhere, advocates will encourage companies to honor industry codes and, perhaps most importantly, the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights.

One lasting legacy of corporate alien tort is the nurturing of a wider movement for business human rights, best embodied by the International Corporate Accountability Roundtable, with the "Ruggie rules" promulgated by former U.N. guru John Ruggie as its rallying point. Another is the internalization of human rights norms by large public corporations.

In his new book, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Ruggie notes that the outcry culminating in *Kiobel*, and the related *Wina* suit, "prompted Shell to undertake considerable reflection. It revised its 'General Business Principles,' developed new corporate social responsibility policies, and set out to become a leader on business and human rights."

It's also no coincidence that Total and Chevron Corporation (which bought Unocal) sent senior lawyers to speak at the ABA's recent forum on business human rights. These were the two companies embroiled in the Burmese forced labor controversy that marked the coming of age of corporate alien tort, and in retrospect its high point.

Total's general counsel said that companies today aren't driven to respect human rights because they fear human rights liability. Rather, he said, companies follow the Ruggie rules because they do not wish to lose bank financing, or to be named and shamed by civil society. After *Kiobel*, advocates had better hope he's right, and pray that soft law can be effective without hard law underneath. But just in case, they may wish to work on some new hard law.

**🇬🇧 Biography**

Michael D. Goldhaber serves as Senior International Correspondent and «The Global Lawyer» columnist for The American Lawyer magazine and the ALM Media group. He writes widely on international law, with special interests in arbitration and human rights.

Mr. Goldhaber has conducted the Arbitration Scorecard survey of large international arbitrations for a decade, and is the recipient of numerous awards from American Business Media and the American Society of Business Press Editors.

He is the author of A People's History of the European Court of Human Rights (2nd ed., 2009), and has taught human rights litigation in U.S. courts at Fordham University School of Law.

After law school he clerked for Judge Bruce Selya of the First Circuit Court of Appeals and Judge Patti Saris of the U.S. District Court in Boston. He is a graduate of Harvard College (summa cum laude, 1990), Columbia University Graduate School of Journalism (1997), and Yale Law School (1993), where he served as book reviews editor for the Yale Law Journal.

Biographie

Michael D. Goldhaber est correspondant international principal et chroniqueur de la section « The Global Lawyer » pour le magazine The American Lawyer et le groupe ALM Media. Il écrit énormément sur le droit international et montre un intérêt tout particulier pour l'arbitrage et les droits de l'homme.

M. Goldhaber a réalisé le sondage « Arbitration Scorecard » relatif à d'importants arbitrages internationaux pendant dix ans et a reçu de nombreuses récompenses de la part de l'American Business Media et de l'American Society of Business Press Editors.

Il est l'auteur de l'ouvrage intitulé « A People's History of the European Court of Human Rights » (2^e édition, 2009) et a enseigné les litiges en matière de droits de l'homme dans les tribunaux américains à la Faculté de droit de l'Université de Fordham.

Après la Faculté de droit, il a assisté le juge Bruce Selya de la Cour d'appel de la première circonscription judiciaire et le juge Patti Saris du Tribunal fédéral de Boston. Il est diplômé de l'Université de Harvard (avec mention très bien [summa cum laude], 1990), de l'École de journalisme de l'université de Columbia (1997) et de la Faculté de droit de Yale (1993), où il était rédacteur pour le Yale Law Journal.



🇬🇧 CRIMINAL LIABILITY MECHANISMS AND CIVIL LITIGATIONS - NEW DEVELOPMENTS IN CANADA AGAINST CORPORATIONS OPERATING IN CONFLICT ZONES | 🇫🇷 NOUVEAUX DEVELOPPEMENTS DES POURSUITES CIVILES ET PENALES AU CANADA CONTRE LES ENTREPRISES AGISSANT DANS LES ZONES DE CONFLIT :

🇬🇧 HON. IAN BINNIE, FORMER SUPREME COURT JUDGE, CANADA C.C., Q.C. | 🇫🇷 HON. IAN BINNIE : ANCIEN JUGE A LA COUR SUPREME DU CANADA

🇬🇧 Last week a Toronto courtroom heard arguments that Canadian mining companies should face justice in Canada for alleged human-rights abuses by their subsidiaries who do damage in foreign countries. At issue were three lawsuits launched by a group of Guatemalans against Toronto-based HudBay Minerals Inc. over alleged human-rights abuses that date back to 2009.

The lawsuits demand \$67-million from the company and allege that security personnel working for its Guatemalan subsidiary killed a local Mayan activist who opposed the company's Fenix nickel mine, located near El Estor, in eastern Guatemala. The lawsuits also allege that mine security was responsible for a shooting that paralyzed another man and for 11 gang rapes allegedly carried out during clashes between local protesters, mine security and police.¹ HudBay, which has since sold off the mine, denies the allegations.

Allegations of human-rights abuses have also been made against other Canadian mining companies with operations in developing countries, but no other lawsuit of this kind has made it past preliminary stages in Canadian courts.

According to a study commissioned in 2009 by the Canadian Association of Prospectors and Developers, about 34% of human rights complaints are related to the affiliates of Canadian companies.

Barrick Gold, one of the largest gold producers in the world, operates a significant gold mine in the North Mara in northern Tanzania. The subsidiary is owned 74% by Barrick Gold. Located about 30 miles from the Kenya boarder, neighbouring villagers search amongst the debris produced by the open pit mine for traces of gold. Security forces tend to deal harshly with these gold pickers. Some 29 of them have been reported dead within the last three or four years.

Another Canadian company by the name of Goldcorp is operating a mine in the Siria Valley in Honduras. It is said that drinking water in the immediate area is polluted with heavy metals. The river, according to media reports runs yellow. The reported cases of skin damage have rocketed. Goldcorp. is accused of putting pressure on the government to relax labour and environmental laws. Eventually the mine was closed. About 400 people were put out of work.

Perhaps the most notorious recent case of allegations against a Canadian company is the Anvil Mining Company controversy at Kilwa in the Democratic Republic of Congo. There is no doubt that a massacre of some 70 people occurred at the mine site. The issue is whether Anvil Mining was complicit, or simply a bystander to this intervention.

It is estimated that over half of the multinational mining companies in the world have their headquarters in Canada. They generally operate through layers of intervening affiliate companies. Typically, in such a multinational structure, the profits flow up the ladder to the head office, or are disposed of at some intervening level convenient to head office that offers tax or other



advantages, whereas the legal responsibility for loss and damage at the mine remains at the lowest level of the pyramid.

The problem, of course, is that many third world countries are desperate for the investment and exploitation of resources. In some cases the need to develop the economy takes priority over the obligations to protect the citizens.

Our firm in Toronto is presently acting for a number of Ecuadorian farmers attempting to collect in Canada against Chevron a \$16 billion judgment issued by an Ecuadorian trial court and affirmed by the appellate courts in that country. The actual damage was caused by Texaco, subsequently purchased by Chevron. Initially the suit was brought in the United States under the *Alien Tort Claims Act*. Chevron fought mightily to remove the case from California and send it back to the place where the damage was suffered namely Ecuador. Much to Chevron's surprise, apparently, the Ecuadorian court gave judgment against it and some of its affiliated companies. Chevron now claims that the proceedings in Ecuador were tainted with fraud. Chevron's General Counsel says he will fight collection of this judgment everywhere in the world until hell freezes over and after that they will continue to fight on the ice. Collection proceedings are underway in a number of countries, including Canada. Chevron disputes the jurisdiction of Canada courts over the case despite the existence of substantial assets of the Chevron "family" of corporations including colossal investments in the Alberta Tar Sands and the offshore oil fields in the Gulf of the St. Lawrence.

The case is in the early stages of litigation.

The Benefits of Globalization

Globalization has brought immense economic benefits to the Third World, but there are victims too. When it comes to developing laws and international conventions to facilitate international business, the international legal community has responded quickly and effectively. The World Trade Organization, for example, is a very busy and respected institution. UNCITRAL and other international organizations have produced a wide variety of legal conventions and instruments to facilitate dispute resolution within the business community.

The forgotten people in all this are some of the inhabitants of the Third World where this economic activity is taking place. Some claim to have suffered personal violence. Some claim environmental damage, or the taking of their lands without compensation. Lord Bingham, in his Sir David Williams Lecture, declared that as part of the rule of law means must be provided for resolving, without prohibitive cost or inordinate delay, *bona fide* civil disputes which the parties themselves are unable to resolve. It would seem to be an obvious corollary of the principle that everyone is bound by and entitled to the benefit of the law that people should be able, in the last resort, to go to court to have their rights and liabilities determined. [p. 77] (emphasis added)

While Lord Bingham did not address the issue of globalization in his lecture, an international or domestic global economy that took seriously the rule of law would provide *some* avenue of redress for Third World victims. Ordinary tort doctrine would call for the losses to be allocated to the ultimate cost of the products and borne by the consumers who benefit from them, not inflicted disproportionately on the farmers and peasants of the Third World.

The U.S. *Alien Tort Claims Act*

Some critics (including Canada's Department of Foreign Affairs) argue that in the United States the *Alien Tort Claims Act* (ATCA) of 1789 has been excessively deployed against corporations that have very little connection to the United States with respect to claims arising out of events that



took place nowhere near the United States. Originally enacted to deal with piracy and diplomats, the expansion of the ATCA's reach in the 1980s and 1990s is said to constitute the extraterritorial application of U.S. law but this is doubtful. The U.S. courts have repeatedly held that ATCA is simply a grant of jurisdiction and that the substantive law being enforced is not the law of the United States but customary international law (i.e. ACTA as stated, speaks of enforcement of the "law of nations").

The ATCA jurisprudence² is now in jeopardy with the case of *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* currently pending before the United States Supreme Court.³ It is feared by plaintiffs, and anticipated with optimism by corporate defendants, that the court will gut the utility of ATCA for purposes of global human rights enforcement. The *Kiobel* claims were brought by Nigerian plaintiffs against the British/Dutch oil multinational, alleging that in the 1990s while exploiting local petroleum resources in Biafra the company aided and abetted the Nigerian military in gross human rights violations, including torture, extra-judicial executions and other crimes against humanity. It is true, of course, that the *Kiobel* facts offered little connection to the United States, but given that Nigerian troops were the primary offenders, Nigerian law is not about to acknowledge the culpability (if culpability there be) of its own military and security forces. It seems Royal Dutch Petroleum was not sued in its home jurisdiction.

The British Experience

The British Courts have taken significant steps to provide Third World plaintiffs with the opportunity to be heard in a court of law.⁴ In a notorious recent case, a company called Monterrico Metals PLC, with its headquarters in the United Kingdom, got into trouble at its mine site in Peru located in a sensitive part of the Amazon Rain Forest. Once again, villagers were displaced and protesters were confined by security forces for a number of days. They allege they were beaten and in some cases raped and at least one murdered with the knowledge and complicity of the head office of the mining company, then based in England. The English High Court accepted jurisdiction and granted an asset freezing injunction against Monterrico. Three months before the High Court trial was set to begin in October 2011, Monterrico settled with the Plaintiffs without, of course, admitting liability.⁵

An International Tribunal?

In my view it is not realistic to expect the creation of some sort of international tribunal to adjudicate such claims given the volume of complaints around the world particularly in the extractive industries moreover, if the present lack of progress is any indication, is it unlikely that the international community will agree on a convention defining the appropriate circumstances for domestic courts to take jurisdiction, despite the excellent work done in this area by the International Commission of Jurists⁶ and Professor John Ruggie, the Special UN Representative on Human Rights and Transnational Corporations.⁷ For the foreseeable future, domestic judges will either have to wash their hands of the whole problem or rethink some of the doctrines that stand in the way of granting relief. The European Community⁸ and the European Court of Justice⁹ have taken important steps which, while not particularly aimed at Third World claimants, have greatly strengthened their position in European courts.

In the case of Canada, the overseas economic activity of our mining companies is enormous. Attempts at federal legislation have been unsuccessful. In the absence of statutory authority, the courts have not yet addressed issues related to globalization and human rights with much boldness or creativity.



The Way Forward in Canada

There are a number of issues that will eventually require resolution by the Supreme Court of Canada:

(a) Jurisdiction over the the Defendant

The typical defence in these cases is that the Canadian head office had no knowledge of what its foreign subsidiary was doing, despite the facts that it was the head office that instigated the project in the Third World that caused the loss, and it will be head office (or another subsidiary of its choosing) that will reap the profits. Thus, a Canadian company by the name of Copper Mesa developed a mine in Ecuador through a series of at least nine subsidiary corporations. The project, an open pit copper mine (the “Junin Project”) was opposed by local villagers. They sought damages in excess of \$60 million against Copper Mesa based on its alleged vicarious liability for the wrongful acts of its Ecuadorean employees and directors. The claims were struck out by the Ontario courts because the Ecuadorean plaintiffs were unable to prove any direct connection between the Canadian head office and the alleged wrongdoing in Ecuador.

(b) Jurisdiction of Necessity

If there is no other jurisdiction that will adjudicate the claim, some scholars support the existence of a “jurisdiction of necessity.”¹⁰ Claimants should not be chased from the seat of judgment without any recourse anywhere. Although the door has not been altogether closed Canadian Courts have not been receptive to date to this argument either. The Québec Court of Appeal recently declined jurisdiction in the *Anvil Mining* case¹¹ mentioned earlier, in respect of human rights abuses. Anvil Mining, as mentioned, is a company with Canadian connections whose major mining activity is in the Congo. The plaintiffs allege that Anvil was complicit in the brutal suppression by Congolese troops of an uprising at a mine in Kilwa in October 2004. The plaintiffs succeeded in Québec at the trial level but jurisdiction was declined on appeal despite significant evidence that no other forum was available to the plaintiffs. Article 3136¹² of the *Civil Code of Québec* expressly provides for discretionary jurisdiction founded on the forum of necessity doctrine. On November 1, 2012, the Supreme Court of Canada dismissed the application for leave to appeal the *Anvil Mining* decision, thereby denying itself the opportunity to consider arguments on the doctrine of “forum of necessity”.

(c) The The application in Canada of the compulsory norms of international law – the jus cogens

The “jus cogens” (literally, “compelling law”) commands peremptory adherence by all states. The *Restatement on Foreign Relations of the United States* defines *jus cogens* to include the prohibitions against genocide; slavery or slave trade; murder or disappearance of individuals; torture or other cruel, inhumane, or degrading treatment or punishment; prolonged arbitrary detention and systematic racial discrimination.¹³ At least, some international law scholars accept the notion of universal jurisdiction or, alternatively, jurisdiction of necessity, as a means to enforce the *jus cogens*.¹⁴ Others express concern about extra-territoriality and fear of undermining other principles of international law – such as sovereignty and comity. If Canadian courts were to take jurisdiction (by “necessity” or otherwise), it would seem that the *jus cogens* provides applicable legal norms to govern the outcome of a dispute. However, as stated, they have not to date taken jurisdiction.



(d) Updating the doctrine of the “corporate veil”

The corporate veil demarcates the corporate entity from its shareholders. This concept, deeply rooted in corporate law, is used regularly to deny liability of the head office, with its deep pockets, for the acts of its subsidiaries in the far flung regions of the world where, it is alleged, the wrongful acts occurred. In a corporate pyramid the profits flow up but in the usual case, legal liability remains stuck at the bottom where there may be legal liability but shallow pockets.


However useful it is as a doctrine of corporate law, it is unfortunate that the idea of a “corporate veil” be used in 2012 to block the claims, for example, of Latin American villagers seeking compensation for the destruction of their environment by tailings from a Canadian owned mine. Why should the cost of the environmental destruction fall entirely on the heads of its victims? Why shouldn’t legal responsibility follow the money up the corporate food chain?

We are, in general, dealing with doctrines of the common law which have been moulded for centuries by the judges to achieve order and fairness. Order and fairness have now acquired a global dimension. Our courts should, I think, respond to the new challenges with greater empathy for the victims and greater confidence in their own powers to mould the law to do justice.

Conclusion

It is beyond question that companies have the ability to significantly influence human rights around the world for good or for ill. Sometimes influence implies obligation.

In light of mounting evidence of corporate complicity in human rights abuses, there is, at the very least, an obligation upon the legal community to clarify the human rights-related duties of companies and to work towards creation of adequate institutional arrangements for their adjudication.

 Biography	Biographie
<p>Ian Binnie is counsel at Lenczner Slaght.</p> <p>One of Canada’s most respected advocates, the Honourable Ian Binnie served for nearly 14 years as a Justice of the Supreme Court of Canada. When he retired in 2011 he was described by The Globe and Mail as “arguably the country’s premier judge” and by La Presse as “peut-être le juge le plus influent au Canada dans la dernière décennie.”</p> <p>During his time on the country’s top court (as only the second modern Justice appointed directly from the bar) Ian authored more than 170 opinions, including on landmark cases involving issues of patent interpretation and validity, protection of trade-marks, media law, commercial disputes, punitive damages, expert evidence and many aspects of constitutional, criminal and administrative law. Almost a third of the Supreme Court docket in a typical year comes from Quebec, of which about</p>	<p>Ian Binnie est avocat chez Lenczner Slaght.</p> <p>L’un des avocats les plus respectés du Canada, Ian Binnie a occupé pendant presque 14 ans le poste de juge à la Cour suprême du Canada. Lorsqu’il a pris sa retraite en 2011, il a été décrit par The Globe and Mail comme étant « sans conteste le premier juge du pays » et par La Presse comme « peut-être le juge le plus influent au Canada dans la dernière décennie ».</p> <p>Lorsqu’il exerçait ses fonctions à la cour la plus importante du pays (en tant que deuxième juge moderne directement désigné par le barreau), Ian a été l’auteur de plus de 170 avis, y compris sur des affaires marquantes concernant des problèmes d’interprétation et de validité de brevets, de protection des marques déposées, de droit des médias, de litiges commerciaux, de dommages punitifs, de preuves d’expert et de nombreux aspects de droit constitutionnel, pénal et administratif. Presque un quart des jugements de la Cour suprême au cours d’une année type sont rendus au Québec, parmi</p>



30% engage in the Quebec Civil Code (the others being criminal and other public law cases). Accordingly, the judges of the Court work in both official languages and, on a day-to-day basis, in the civil law system as well as the common law.

In his role as Counsel with Lenczner Slaght, Ian shares strategic and practical advice, as well as his dispute resolution expertise, with his colleagues and the firm's clients. In doing so he draws not only on his judicial insights, but also his wealth of courtroom experience as one of Canada's top litigators. Over the course of three decades, he argued cases in most of the common law provinces and appeared regularly before the Supreme Court on a range of constitutional, civil and criminal matters.

Throughout his career as a litigator, Ian has often taken on public service roles as well. In the early 1980s he served for four years as Canada's Associate Deputy Minister of Justice. He was later appointed Special Parliamentary Counsel to the Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Meech Lake Accord. An elected member of the International Commission of Jurists, he has appeared before the International Court of Justice and various international tribunals in governmental litigation matters, and has acted as Canadian representative in high-profile disputes involving France and the U.S..

lesquels environ 30 % concernent le Code civil du Québec (les autres jugements relevant d'affaires criminelles et autres litiges de droit public). Par conséquent, les juges de la Cour travaillent dans les deux langues officielles et traitent quotidiennement des affaires relevant du droit civil ainsi que de la common law.

En sa qualité d'avocat chez Lenczner Slaght, Ian prodigue des conseils stratégiques et pratiques, et partage son expérience du règlement de conflits avec ses collègues et les clients de la société. À cet effet, il ne s'appuie pas uniquement sur sa perspicacité judiciaire, mais également sur la richesse de son expérience devant les tribunaux en tant que l'un des meilleurs avocats du Canada. Durant ces trente dernières années, il a plaidé des causes dans la plupart des provinces assujetties à la common law et a régulièrement comparu devant la Cour suprême pour de nombreuses affaires constitutionnelles, civiles et criminelles.

Tout au long de sa carrière d'avocat, Ian a également souvent exercé des fonctions publiques. Au début des années 1980, il a, pendant quatre ans, exercé la fonction de sous-ministre délégué à la justice du Canada. Plus tard, il a été désigné Conseiller parlementaire spécial du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur l'accord Meech Lake. En tant que membre élu de la Commission internationale de juristes, il a comparu devant la Cour internationale de Justice et divers tribunaux internationaux dans des affaires de litiges gouvernementaux et a agi en qualité de représentant canadien lors de litiges hautement médiatisés opposant la France et les États-Unis

**CRIMINAL LIABILITY MECHANISMS AND CIVIL LITIGATIONS - NEW DEVELOPMENTS IN****🇬🇧 CANADA AGAINST CORPORATIONS OPERATING IN CONFLICT ZONES | 🇫🇷 NOUVEAUX DEVELOPPEMENTS DES POURSUITES CIVILES ET PENALES AU CANADA CONTRE LES ENTREPRISES AGISSANT DANS LES ZONES DE CONFLIT :****🇬🇧 HELENE DRAGATSI, LAWYER, BAR OF QUEBEC | 🇫🇷 HELENE DRAGATSI, AVOCATE AU BARREAU DU QUEBEC**

🇬🇧 Thank you for this opportunity to come speak here today. I will begin this presentation with a background on how I began studying about the role of the law in Canada relating to corporations working in conflict territories overseas. Second, I will speak about the history of criminal law jurisdiction over corporations in Canada and how the integration of this jurisdiction in the Criminal Code can be interpreted jointly with Canada's extraterritorial laws. I will conclude with a case study about Anvil Mining, a

Canadian company and its alleged complicity in war crimes committed in the Democratic Republic of the Congo in 2004.

I first started studying this topic with my former supervisor, Mrs. Elise Groulx, an Attorney and the founder of a NGO, the International Criminal Defence Attorneys Association in Montreal. Our research on this topic began when the Canadian government was holding a series of national roundtables in Vancouver, Calgary, Toronto and Montreal, which were, at the time, the major stock exchanges in Canada. These roundtables were organized by the Department of Foreign Affairs, through Canada's National Contact Point, a government forum that deals with operations of multinational corporations, pursuant to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

A report was released on 29 March 2007 by the Advisory Group of the National Roundtables. It underlined the challenges faced by Canadian extractive companies operating in developing countries' conflict zones or in areas where they perceive the need to protect their operations through the employment of armed security forces. The Report also explained that some of the countries in which these companies operate are unable or unwilling to enact and enforce laws that ensure compliance with fundamental human rights and basic environmental protection. This can be detrimental to corporations who work in a grey area of the law but also to the victims who lack a legal framework within which they can claim compensation for violations of their rights.

Following the recommendations of the report, the Canadian Government set up the Office of the Corporate Social Responsibility Counsellor, in the Department of Foreign Affairs and Trade in 2009 as part of the Canadian new CSR Strategy. The Office of the CSR Counselor has an advisory role, and a dispute resolution mechanism between Canadian companies and people directly affected by extractive projects overseas.

In addition to this initiative, the importance of these roundtables was significant given the high level of Canadian foreign investment overseas. In the past decade, there have been allegations in the media, NGO studies and before foreign and Canadian courts of Canadian corporations' complicity in international crimes committed in Sudan, the DRC, Colombia, Sierra Leone, Libya and other countries ravaged by war and other violent conflicts. In a research commissioned by the Prospectors and Developers Association of Canada in 2009, 171 incidents were identified as having occurred since 1999 where "international mining and exploration companies were



involved in community conflict, human rights abuses, unlawful or unethical practices, or environmental degradation in a developing country”. Of the 171 companies, it was determined that 33% of the violations reported accounted for the activities of Canadian companies. Whether or not these findings are accurate, it is clear that the question of accountability of Canadian corporate operations overseas has become a concern deliberated on a national level.

There currently exists no international criminal tribunal that has jurisdiction over organizations or moral persons. This may lead to inaccurate conclusions that there is a legal void that permits corporations to act as they wish without an ultimate accountability mechanism. However, several authors and NGOs (in Canada: InterPares, CCSR, MiningWatch, the North-South Institute, etc.), including the former UN Special Representative on Businesses and Human Rights, Dr. John Ruggie, agree that corporations, at a minimum, are submitted to certain legal principles that include the responsibility to respect human rights. Furthermore, there have been a number of multilateral initiatives to promote responsibility of corporations for the respect of human rights and international law. For example, the Global Compact created in 2000 by the Secretary General of the UN, with Dr. Ruggie, is an organization comprised of more than 10,000 corporate participants and other stakeholders from over 130 countries committed to ten universally accepted principles in the areas of human rights, labour, environment and anti-corruption.

Canada also is a member of several soft law initiatives, which are not binding but carry important weight for corporate social responsibility given their voluntary nature. Among others, Canada is a member of the Extractive Industries Transparency Initiative and the UN *Draft Code of Conduct for Transnational Corporations* and has ratified the *Criminal Law Convention on Corruption*. It is an active participant in the Kimberley Process Certification Scheme, and adheres to the OECD Guidelines on Multinational Enterprises (Victoria Schorr, 2013).

International NGOs, such as FAFO, and Dr. Ruggie have also suggested that national courts have jurisdiction over their corporations’ activities overseas. In Canada for example, corporate liability was initially included in the Canadian Criminal Code of 1892. In 1906, the Criminal Code was amended and included the term “corporation” in the definition of “person”. For the first time, in 1941, a Canadian court decided that a corporation could be held criminally responsible as a “person” for crimes involving active wrongdoing (*R. vs. Fane Robinson Ltd.*). Four decades later, the Supreme Court of Canada held eight corporations liable, as well as high-level corporate directors, for having conspired to submit collusive bids to a call for sealed tenders by Canadian public agencies for dredging and marine construction projects.

In this 1985 case, named *R. v. Canadian Dredge & Dock Co.*, one of the convicted companies, the Supreme Court of Canada imported the identification theory of British case law where corporations could be held liable for the acts of individuals who represented the “directing mind of the company”. Because of their high-level decision-making authority, these individuals were said to represent the very existence of the company or the “alter ego” of the company.

In November 2003, the Canadian Parliament adopted Bill C-45, which expanded the class of persons that could engage the liability of a corporation to include individuals who exercise delegated operational activity. The function of the individual, rather than any particular title became the new focus. For example, an executive assistant with certain management functions could fit into this category. These changes were a result of a methane gas explosion in Plymouth, Nova Scotia in 1992 where twenty-six miners of the mining company Curragh were killed. This event, surnamed the “Westray Disaster” had triggered significant public controversy after a tainted prosecution and the findings of an investigation that senior executives, who were not necessarily the “directing minds” had been grossly negligent in complying with occupational health and safety matters. Also, a series of high-profile cases in the US, including Enron and



WorldCom cases, caused the government of Canada to acknowledge that the identification theory, as defined in *Dredge*, was too restrictive for corporate accountability in certain situations because it applied only to acts of individuals with decision-making authority.

These new rules concerning corporate criminal liability in Canada are not necessarily restricted to crimes committed in Canada and by Canadian corporations. One of the conclusions of the national roundtables report was that Canada's laws may have extraterritorial jurisdiction over corporations in some cases. This extraterritorial jurisdiction applies where there is a sufficient nexus to Canada or a "real and substantial link". In other terms, while much of the activity of an alleged crime may have occurred outside Canada, a significant portion of the acts would have taken place in Canada. Moreover, after signing the Rome Statute, Canada enacted the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* (CAHWCA) in 2000. CAHWCA provides that a person who has committed a crime of genocide, a crime against humanity or a war crime abroad can be prosecuted in Canada if the accused is a Canadian citizen or if the victim of the alleged offence is a Canadian citizen or if the person accused is present in Canada. Until now, this law has only been used to judge individuals on Canadian territory that have been alleged to commit international crimes committed in foreign countries.

The term "person" in CAHWCA is analogous to the definition of "person" in the *Criminal Code*, according to article 2 (2) of CAHWCA, which states that "words and expressions used in this Act have the same meaning as in the Criminal Code". Moreover, article 34 (2) of the *Interpretation Act of Canada* states that "all the provisions of the Criminal Code relating to indictable offences apply to indictable offences created by enactment". The definition of a "person" in section 2 of the *Criminal Code* broadly encompasses the prosecution of corporations. Based on these definitions, it seems possible to convict a foreign or Canadian corporation under the *Criminal Code* and CAHWCA, wherever and however incorporated for international crimes.

The Government of Canada has nevertheless expressed concerns about problems that may arise from extraterritorial application of Canadian law. For purposes of international comity, it is more likely that Canada will resort to prosecution of individual corporate actors under CAHWCA.

In fact, until now, attempts to bring corporations before the civil courts have not been successful in Canada, mainly for determinations of lack of a proper judicial forum to hear the case. One such example is the case of Anvil Mining, a mining company incorporated in the Northwest Territories, and listed on the Toronto Stock Exchange. It has offices in Montreal, Australia and DRC. On 17 October 2006, a military judge in the DRC stated that three former employees of the Canadian mining company Anvil Mining, should face prosecution for complicity in war crimes committed in the village of Kilwa at the Dikulushi mine in October 2004. One of the accused individuals was a Canadian manager of Anvil. The accusations followed a report by the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of Congo (MONUC) published in 2005, which found that Anvil Congo loaned a plane and vehicles to the Congolese government troops, the *Forces armées de la République Démocratique du Congo*. It also stated that Anvil drivers helped transport corpses after the massacre. The soldiers killed between 70 to a 100 civilians, including women and children, to suppress a rebellion led by a poorly organised and underfunded group, the Movement for the Liberation of Katanga Province. In June 2007, the president of the military tribunal acquitted the three accused employees qualifying the claims as groundless. In a 2010 report, the United Nations Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights expressed that if the defendants had been held guilty, the case would have represented an important precedent with regards to liability of corporations. Aside from an Australian Federal Police investigation, Anvil Mining was also "being investigated by Canadian authorities over their possible role in assisting in the conduct of hostilities".



In November 2010, a civil law class action suit was filed against Anvil Corporation before the Quebec Superior Court in Montreal by the Canadian Association against Impunity, an association of survivors and relatives of victims which is supported by a coalition of Canadian, international and Congolese non-governmental organizations. In April 2011, the Superior Court rejected Anvil's arguments and ruled that the case was properly brought in Québec and that neither the DRC nor Australia were better forums. Anvil appealed that judgment. On January 24, 2012, the Court of Appeal overturned the Superior Court's judgment, stating that there were insufficient connections to Québec because Anvil Mining's Montreal office was not involved in decisions leading to its alleged role in the massacre. The court also believed the victims could have sought justice in the DRC or Australia, where Anvil Mining had its head office. The claimants asked the Supreme Court of Canada to review the case but on November 1, 2012, the Supreme Court refused to grant the claimants leave to appeal the case. (CCIJ Website).

If the case had been brought before a criminal court, the judgment may not necessarily have been the same, considering that CAHWCA provides for active personality jurisdiction in its article 8 (a) (i) and (ii), .i.e. that the person accused be a citizen of Canada. In the 1970 *Barcelona Traction Case* of the International Court of Justice, it was determined that a corporation's citizenship was in the country of its incorporation. Also, a prosecution may have been possible under the limited universal jurisdiction provided in article 8 (b) of CAHWCA that only requires that the accused person be in Canada. It must be acknowledged however that a prosecution against Anvil Mining may prompt a number of credible defences, such as the absence of criminal intent and the right to defend its employees working in an environment of armed conflict. MONUC's report of the massacre had in fact confirmed that the insurgents had become "more aggressive" towards the employees of Anvil mining at the company's petrol depot, when they refused to help them communicate with the "white people" of the company. Furthermore, jurisdictional issues may arise with regards to the control of Anvil Mining over its subsidiary in the DRC. In my book, I suggested that the "perpetration by means" doctrine developed by the ICC could evolve to include corporate liability, at least before national jurisdictions. It could be used in the context of large multinationals composed of multiple subsidiaries operating on many territories. The factors used to determine an agency theory would assist in establishing the authority and control of the parent corporation over its subsidiaries. It would be important to prove however the automatic compliance of the subsidiaries in execution of a plan.

For example, Anvil Mining was established specifically for the purpose of acquiring the former Australian company, Anvil Mining NL, and thereafter obtained 90% control over the Dikulushi mine. A legal author, Amissi Manirabona asserts that Anvil Mining maintained a high-level of control over Anvil Congo receiving almost all the profits generated by its subsidiary in the Dikulushi mine in the DRC. It seems moreover that the events that took place in Kilwa were regularly followed by the board of Anvil Mining and described on its website. Likewise, the Canadian Association against Impunity sustained that Anvil Mining had an interest in maintaining its operations since it had made a private investment of over \$ 20,000,000 prior to the Kilwa attacks in 2004. On the other hand, it may be that Anvil Mining continues to have its principal place of business in Australia and it conducts all of its overseas operations in the DRC.

Putting these hypothetical considerations aside, the conclusion that I retained from my research on this topic is that there is increasing attention and interest in responsibility and accountability of corporations when investing and operating in conflict territories. Any corporation that carries out operations in countries that have been ravaged by war and internal or international conflicts needs to be informed of the applicable laws and corporate social responsibility soft law principles, and due diligence processes must be set up between corporations and their legal counsel to ensure their responsibility to protect and respect human rights.

**🇬🇧 Biography**

Hélène Dragatsi, LL.B., LL.M. is a graduate of the Université de Montréal law faculty (1999, 2010) and a lawyer of the Bar of Québec.

She articulated in a commercial law firm in the Dominican Republic and practiced in family and civil law firms in Montreal. Her passion in global relations inspired her to seek international professional experiences, including as an Assistant to the Delegation of the Republic of Korea to the United Nations International Civil Aviation Organization and as a coordinator and project manager at the International Criminal Defence Attorneys Association (ICDAA), a Montreal-based not-for-profit organization. At the ICDAA, she coordinated events, conducted legal research and managed a legal aid project in Afghanistan. Her master's thesis was published in 2011 in the form of a book by Thomson Reuters (Carswell) and titled *Criminal Liability of Canadian Corporations for International Crimes*.

She is also the co-author of two sections of an upcoming publication by Éditions Larcier which is the first annotated Code of International Criminal Law and Procedure. She now works at the University of Ottawa as a Research Facilitator and continues to conduct research independently on international criminal law.

Biographie

Hélène Dragatsi est diplômée de la faculté de droit de l'Université de Montréal (1999, 2010) et avocate au Barreau du Québec.

Après un stage dans un cabinet spécialisé en droit commercial en République dominicaine, elle a exercé dans des cabinets d'avocats spécialisés en droit civil et de la famille à Montréal. Sa passion pour les relations internationales lui a permis d'occuper un poste d'assistante de la Délégation de la République de Corée auprès de l'Organisation internationale de l'aviation civile des Nations Unies et un poste à Montréal en tant que coordinatrice et chef de projet de l'Association sans but lucratif pour la Défense Pénale Internationale des Avocats (AIAD). Dans ce cadre, elle coordonne des événements, fait de la veille juridique et gère un projet d'aide juridique en Afghanistan. Sa thèse de maîtrise a été publiée en 2011 sous la forme d'un livre par les éditions Thomson Reuters (Carswell) et intitulé « Responsabilité pénale des sociétés canadiennes pour les crimes internationaux ».

Elle est également co-auteur de deux sections dans le premier Code annoté de droit pénal international et de procédure qui sera très prochainement publié par les Éditions Larcier. Elle travaille aujourd'hui à l'Université d'Ottawa et continue à mener des recherches de façon indépendante sur le droit pénal international.

**THE VIEW OF BUSINESSES | LE POINT DE VUE DE L'ENTREPRISE :****MARK NORDSTROM, CONSEILLER JURIDIQUE SENIOR ATTACHE AUX RELATIONS DE TRAVAIL ET A LA POLITIQUE DES DROITS DE L'HOMME DE L'ENTREPRISE, GENERAL ELECTRIC (GE)**

 Bonjour.

My presentation will be structured in four parts.

- A brief description about GE's various businesses and how they separately touch upon certain salient human rights.
- Second, GE's human rights journey as it began in 2006 and leading to the present.
- Third, certain human rights characteristics business entities can expect to face in conflict zones.
- Last, two recent regulatory actions in the U.S. which address human rights issues in two notable conflict zones, Democratic Republic of Congo and Myanmar.

GE is a highly diversified business organization operating in over 140 countries and employing over 300,000 employees. Several of our businesses offer products and services that can be viewed as “human rights enablers” (energy, water, healthcare) and many of our business operations provoke a focus on particular salient human rights issues.

For example:

- Healthcare. The right to medical treatment and health, the right to life.
- NBCU. Right to freedom of opinion and expression. Right to privacy
- H&BS. Typical supply chain issues – child labor, forced labor, worker safety
- Energy/Water. Right to access to water. Typical issue associated with assuring security. Right to property
- GE Capital. Large infrastructure financing projects present issues relating to the environmental, indigenous peoples, right to property issues addressed by the Equator Principles.

In order to address these variant human right contexts, each of our businesses has human rights champion which utilize Company-wide operating processes to focus in on the salient human rights for that business as well as to operationalize respect for all human rights. We have adopted Implement Procedures to assure that we look across the landscape of human rights as well as rights clearly associated with particular business operations.

Just as all business enterprises have an obligation to respect human rights, each business enterprise will have contextual human rights issues not only based on their business focus but based on the countries they operate in and the cultural context in which they operate. So, for example, GE businesses operating in the Middle East can expect to confront gender issues. Ethnic minorities will be under pressure in many jurisdictions but the definition of a particular “minority” changes across the globe. Children are especially vulnerable in agricultural and apparel industries. Migrant workers seem to be victims of human rights abuse almost wherever they work. Accordingly, when a company like GE accounts for its diverse business enterprises with a global reach covering over 140 countries and factors in human rights deprivations that are all too common to many types of individuals, the chance that its business operations could result in human rights deprivation is worrisome from a legal, reputational risk perspective.



Now GE's Human Rights Journey.

GE joined the Business Leaders' Initiative on Human Rights in 2006 in order to jump-start our understanding of business and human rights by associating with largely European companies who were leaders in the field of human rights and business. We embarked on this initiative as we knew that the growth rate in emerging market was 3X the growth rate in developed markets and that many of our products – Energy, Healthcare, and Water were needed in this markets. We also observed, however, that human rights were under pressure in many of the growth regions and so we wanted to get ahead of the human rights issue we expected to face.

We had already be named as a defended in an ATCA lawsuit based on our sales to the government of South Africa during Apartheid – a lawsuit from which we were dismissed. We wished to avoid additional ATCA claims.

This endeavor caused us to undertake a gap analysis of our various compliance programs and policies and measure them against the requirements of the Universal Declaration of Human Rights. The gap analysis was undertaken to avoid the risk of overpromising our commitment to Human Rights and thereby minimize litigation risk – under common law theories. Once comfortable that our gaps were not significant, we crafted a Statement of Principles on Human Rights. While time does not allow me to describe our Statement in detail, one provision that is relevant to Conflict zones and litigation under the ATCA is our express support for the Voluntary Principles on Security.

The definition of “conflict zones” is not entirely clear but many of the transnational human rights conventions (like the OECD) seem to agree that they have certain characteristics such as:

- Armed international or domestic fighting
- Weak institutions or lack of Rule-of-law
- Corruption
- Ethnic or religious conflict and discrimination
- . . . to name a few characteristics

These same transnational conventions have note that heightened due diligence is required in when doing business in conflict or other “high risk” areas. Also, experience gleaned from companies like you own Total has shown that advance, extensive and transparent stakeholder dialogue is one of the best ways to avoid the sorts of legal claims that my panel members have described.

As this segment of the program focuses on the experience of North American businesses with respect to human rights in conflict zones, I will briefly mention two regulatory developments affecting GE and other US companies:

- Dodd-Frank Act regulating disclosures of Conflict Minerals
- U.S. State Department General License Respecting Investments in Myanmar. It is easy to make the case that these regulations – along with US State laws on disclosure of Child Labor practices and Executive Orders on Human Traffic – clearly illustrate the “hardening” of the “soft law” of human rights for US companies.



Dodd-Frank's Conflict Minerals provisions require companies like GE to indicate whether their products are made from conflict minerals: gold, tin, tungsten and tantalum extracted from the civil war-torn mines of the Democratic Republic of the Congo. While this is a laudable goal, it is very difficult to control human rights issues attending supply chains by addressing those like GE at the top of the chain. Nevertheless, GE has developed a Conflicts Minerals Policy and has experts looking within each of our businesses supply chains to trace back our use of Conflict Minerals. In short, this is a government imposed requirement to undertake intense “due diligence” to assure that business is not contributing to the horrific human rights deprivations that have taken the lives of 5.4 million Congolese in the decade between 1998 and 2008, making it the world's deadliest conflict since WW II.

The 2nd example: the State Department has embarked on a regulatory process that seeks to balance respect for human rights set forth in the Guiding Principles with investment in the conflict zones that continue to exist within Myanmar. As some of you know, U.S. trading restrictions with Myanmar were partially lifted this past summer, and GE was the first U.S. company authorized to operate in Myanmar. Such restrictions, however, are only lifted where certain conditions are met as required by State Department's General License. The requirements of this license closely align with precepts established by the UN Guiding Principles, intended to assure that US businesses operate in Myanmar in a manner that respects human rights. A key focus of these requirements is robust due diligence.

Let me go a bit more deeply into GE's nascent approach to Myanmar. Our plans here are evolving and will be very measured – starting with philanthropic undertakings and slowly evolving into healthcare and energy sales. Here is the reason for our measured approach

Recall, that, under the Guiding Principles, states hold the primary obligation to protect human rights. What if a state fails to shoulder this obligation, yet a business entity—like GE—seeks to do business in that country? In fact, the government of Myanmar has faced UN sanctions (enforced by the ILO) for a dozen years for rampant violations of forced and child labor laws. Maplecroft, an internationally recognized rating organization, has listed Myanmar as presenting “extreme risk” in the following categories: Rule of Law, Business Integrity and Corruption, Human Security, Regulatory Framework . . . to name a few. Given this historic failing by the Myanmar government to protect human rights and provide other elements of a working and ethical social framework, what chance does GE have to conduct business in Myanmar in a way that respects human rights that are not otherwise protected? Can North American enterprises faced with FCPA, ATCA, and other legal extraterritorial legal obligations, fulfill the requirements of the State Department's General License?

These are the questions that brought me and a group of other GE colleagues to Myanmar in late January to begin our due diligence and stakeholder engagement processes. We participated in a series of meetings with Civil Society, government officials, UN officials and the U.S. ambassador.

The meetings offered a fair amount of hope for both our business interests and the advancement of Myanmar reforms, but also evoked reservations about what GE can reasonably expect to achieve in the current environment, which share many of characteristics of a conflict zone:

- Institutionalized religious and ethnic discrimination
- Corruption and weak rule-of-law
- Land ownership issues
- On-going armed conflict - civil war.




In this environment, there is grave risk that we could see Myanmar – where reform remains in its early days – move in a same direction we are seeing in Egypt today—impatience - for lack of progress following the Arab Spring. The Burmese dictatorship has been recently overthrown and but in many parts of the country no peace dividend is at hand. The ethnic conflict continues, inadequate food and shelter still persists in most of the provinces, electricity is still not available, and the military hegemony remains unchecked. There is so much that must be accomplished, one must wonder if the pace of change can keep up with the Burmese people’s expectations. This question is particularly urgent because “capacity building” is a huge underlying issue if change is to be effectuated.

Rule of law and corruption are very real problems that threaten to turn away good Western companies that wish to do business in Myanmar but can’t compete amid the common-place corrupt business practices that now exist. GE has an on-going project with the ABA to create a Rule-of-Law Index because we believe that Rule-of-Law is a fundamental requirement for business and human rights in conflict zones and emerging markets. Setting up basic business operations in Myanmar can be a real problem for an ethical company. GE had problems opening an office because several of the local banks we tried to do business with were on various U.S. corruption blacklists. While we eventually found a lawful way around this problem, it took time and perseverance. In certain sectors, corruption is so rampant that doing even simple business tasks ethically will require patience and determination.

Finally, ethnic conflict and undue military influence (corruption) must be brought under control. While Myanmar has made substantial progress in curbing ethnic violence and signing peace agreements, armed conflict in Kachin Province continues to rage. Assuring security for GE employees working in Myanmar within the framework of the Voluntary Principles on Security must be an overriding priority.

Myanmar is a country of 60 million people that has tremendous resources in mining, oil and gas, and other industries in which GE participates. The Burmese people are in dire need of our sustainable energy equipment, healthcare products, and oil and gas. They also need the help of western companies like GE—through philanthropy and through good practices in corporate governance, human rights and business ethics. Clearly, the challenges of doing business in Myanmar are fraught with risk. However, with careful planning, adequate due diligence, extensive stakeholder engagement and measured initiatives, I believe GE can use its ethical leadership to help our businesses win orders for our sustainable-product lines. In doing so, we will be doing “good” and “making a difference” for the people of Myanmar.

<p style="text-align: center;"> Biography</p> <p>Mark A. Nordstrom est conseiller principal en matière de droit du travail et de l’emploi chez General Electric (GE).</p> <p>Mark est diplômé de l’université Colgate depuis 1973 et a travaillé pour le conférencier de l’Assemblée de l’État de New York ainsi que pour le Bureau des relations avec les employés du gouverneur. Lorsqu’il travaillait pour le gouvernement de l’État de New York, il a obtenu un master en administration publique à l’université d’État de New York et a été diplômé de l’Albany Law School, où il était membre</p>	<p style="text-align: center;">Biographie</p> <p>Mark A. Nordstrom is a Senior Counsel in Labor and Employment Law at General Electric (GE).</p> <p>Mark graduated from Colgate University in 1973 and went to work for the Speaker of the New York State Assembly and the Governor’s Office of Employee Relations. While working for New York State government, he obtained a Master’s Degree in Public Administration from S.U.N.Y and graduated from Albany Law School, where he was a member of the Albany Law Review. His first legal job was</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



de l'Albany Law Review. Il a pour la première fois travaillé dans le domaine juridique au New York State United Teachers, un syndicat. Il a rejoint le programme de développement juridique de GE après avoir été diplômé de l'Albany Law School et a travaillé en tant qu'avocat du travail pour la division Éclairage de GE à Cleveland dans l'Ohio, entre 1985 et 1986. Il a ensuite quitté GE pour travailler chez McCarter & English à Newark dans le New Jersey.

En 1989, Mark a rejoint le service juridique de GE où il a travaillé dans le domaine de la santé, des avantages sociaux des employés et du droit du travail et de l'emploi. Mark est aujourd'hui conseiller principal dans le domaine du droit du travail et de l'emploi, il est responsable au niveau mondial des aspects juridiques des politiques et pratiques de GE en matière de ressources humaines. En plus d'assurer la conformité avec la politique de l'emploi, de surveiller les litiges et de prodiguer des conseils en matière de relations syndicales, Mark est responsable de maintenir les divers programmes liés au MARC de GE. Mark dirige également les pratiques internationales de GE dans le cadre des droits de l'homme. Mark est président du partenariat pro bono sur le Conseil de l'American Employment Law Council et est membre du Groupe de travail sur les droits de l'homme du Pacte mondial des Nations Unies.

with the New York State United Teachers, a labor union. He joined GE's Legal Development Program after graduating Albany Law School and served as Labor Counsel for GE's Lighting Business in Cleveland, Ohio, in 1985 and 1986. After that, he left GE to work at McCarter & English in Newark, NJ.

In 1989, Mark joined GE's Corporate Legal Staff where he worked in the areas of Healthcare, Employee Benefits, and Labor and Employment Law. Mark presently serves as Sr. Counsel – Labor and Employment Law with global responsibility for the legal aspects of GE's human resource policies and practices. In addition to assuring employment policy compliance, supervising litigation and counseling on union relations, Mark is responsible for maintaining GE's various ADR programs. Mark also leads GE's global practices pertaining to Human Rights. Mark is Chairman of the Pro Bono Partnership, on the Board of the American Employment Law Council, and is a member of the UN Global Compact Human Rights Working Group.



LES EXEMPLES EUROPEENS | EUROPEAN EXAMPLES



FRANCAIS MODERATEUR | UNITED KINGDOM MODERATOR :

FRANCAIS PAUL-ALBERT IWEINS, ANCIEN PRESIDENT DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, ANCIEN PRESIDENT DU BARREAU PENAL INTERNATIONAL | UNITED KINGDOM PAUL-ALBERT IWEINS, FORMER PRESIDENT OF THE CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

UNITED KINGDOM Biography

Paul-Albert Iweins is a lawyer at the Paris bar.

A former President of the National Federation of Young Lawyers Unions (1986), he was elected to the Council of the Paris Bar Association in 1990, and Member of the Conseil National des barreaux from 1996 to 1999.

He was the President of the Paris Bar Association in 2002 and 2003.

From 2003 to 2005 he was co-chairman of the International Criminal Bar at the International Criminal Court.

From 2006 to 2008 Paul-Albert Iweins was Chairman of the Conseil National des barreaux, the body which represents the legal profession in France.

From 2008 to 2011, Paul-Albert Iweins was Chairman of the European and International Affairs Committee of the Conseil National des barreaux.

In December 2012 he was re-elected to the Council of the Paris Bar Association.

Specializing in criminal law and commercial law, and practicing as a lawyer since 1973, Paul-Albert Iweins is a partner at the legal practice of Taylor Wessing in Paris.

UNITED KINGDOM Biographie

Paul-Albert Iweins est avocat au Barreau de Paris.

Ancien Président de la Fédération nationale des Unions de jeunes avocats (1986), il a été élu au Conseil de l'Ordre du barreau de Paris en 1990 et Membre du Conseil national des barreaux de 1996 à 1999.

Il a été Bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris en 2002 et 2003.

De 2003 à 2005, il a été Co-président du Barreau Pénal International auprès de la Cour Pénale Internationale.

De 2006 à 2008, Paul-Albert Iweins est Président du Conseil National des Barreaux, institution qui représente la profession d'avocat en France.

De 2008 à 2011, Paul-Albert Iweins assure la présidence de la Commission des affaires européennes et internationales du Conseil national des barreaux.

En décembre 2012, il est réélu au Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Paris.

Spécialisé en droit pénal et droit économique et avocat depuis 1973, Paul-Albert Iweins est associé du cabinet Taylor Wessing à Paris.



INSTRUCTIONS EN FRANCE DES AFFAIRES CONCERNANT LES ENTREPRISES AGISSANT DANS LES ZONES DE CONFLIT | JUDICIAL INVESTIGATIONS IN FRANCE ON CORPORATE PRACTICES IN CONFLICT ZONES :

SIMON FOREMAN, AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, PRESIDENT DE LA COALITION FRANÇAISE POUR LA COUR PENALE INTERNATIONALE | SIMON FOREMAN, LAWYER, PRESIDENT OF THE FRENCH COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Merci M. le Président. Merci d'abord pour cette invitation à m'exprimer ici. M. le Bâtonnier Paul-Albert Iweins vous a renvoyés à la brochure pour mon micro-CV. Je voudrais préciser en deux mots que je tire un plaisir particulier à participer à ce colloque. J'ai deux casquettes qui me valent d'être invité ici. L'une est celle d'avocat. Depuis 25 ans, je fréquente surtout les entreprises dans ma pratique professionnelle, les industriels dans toutes sortes de secteurs, l'aéronautique, la métallurgie, la chimie, le pétrole. J'ai une autre casquette, depuis la faculté, de militant d'ONG de Droits de l'Homme, Amnesty International, qui m'a valu, je crois, l'honneur de cette invitation. La fonction que m'a confiée Amnesty International depuis 2006 est de présider la Coalition française pour la Cour pénale internationale. Je ne m'exprime toutefois pas au nom de la Cour pénale internationale. La coalition réunit une quarantaine d'ONG, de barreaux – le Barreau de Paris en fait partie –, et de syndicats, qui travaillent sur une sorte de plateforme commune de ces ONG et organisations, afin que les principes du statut de Rome de 1998, ayant créé la Cour pénale internationale, soient incorporés et traduits dans le droit interne et dans la pratique judiciaire interne.

Cette mise au point étant faite, j'ai donc été invité afin d'étudier la question des « instructions en France des affaires concernant les entreprises agissant dans les zones de conflit ». Si je m'en tenais strictement au programme, je vous dirais très peu de choses. A ma connaissance, il existe, en tout et pour tout, une affaire aujourd'hui en France dans laquelle une entreprise fait l'objet d'une instruction judiciaire à propos de son activité dans une zone de conflit.

C'est une affaire dont il a été question dans les débats de cette assemblée ce matin. Il s'agit de l'affaire Amesys, concernant l'intervention de cette filiale de Bull, en Lybie. Je pourrais m'arrêter là en vous disant que cette affaire est en cours. Je ne suis ni l'avocat d'Amesys, ni un des magistrats chargés du dossier, ni partie civile, ni témoin. Je n'en sais que ce que la presse et les ONG qui ont porté cette affaire en ont dit publiquement. Elle est, surtout, au début d'un processus d'instruction qui va probablement durer un certain temps. L'instruction étant couverte par le secret, je pourrais m'arrêter là en vous disant que, pour la France, il n'y a rien de spécial à dire.

J'ai pensé qu'il serait intéressant d'élargir un peu le sujet, quitte à sortir des limites qui m'étaient imparties. Pour compléter l'état des lieux, j'ai cherché sur internet et passé quelques coups de fil, pour prendre connaissance d'autres affaires au pénal. J'ai trouvé une affaire, qui fait l'objet d'une enquête préliminaire du Parquet de Paris, concernant la société Cosmos. Il s'agit d'une société française ayant apparemment eu des activités relativement proches de celles d'Amesys en Lybie. Cosmos aurait fourni, non à la Lybie, mais à la Syrie, du matériel de surveillance, permettant de surveiller les communications et les connexions internet. Les associations plaignantes, à savoir la Fédération Internationale des Droits de l'Homme, et la Ligue Française des Droits de l'Homme, ont déposé cette plainte au mois de juillet 2012. Elles arguent que les entreprises fournissant ce type de matériel à des régimes autoritaires, dont on devine l'usage qu'ils vont en faire, se rendent responsables de fourniture de moyens, donc d'une certaine forme de complicité dans les exactions que peuvent commettre ces régimes.



Cette plainte a été déposée par la FIDH et la LDH sous forme d'une plainte simple, c'est-à-dire sans constitution de partie civile, déposée au Parquet de Paris. Le Parquet de Paris a une compétence nationale, sur les crimes internationaux, qu'il s'agisse de torture, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité. Depuis début 2012, il existe un pôle spécialisé au sein du Tribunal de Paris, avec une équipe de procureurs, de juges d'instruction, d'assistants de justice. Cette équipe travaille uniquement sur ces questions-là. Cette affaire Cosmos, la plus récente, fait l'objet d'une enquête préliminaire du Parquet, qui n'a pas encore, à ma connaissance, ouvert d'information.

L'autre affaire, la première que j'ai citée, et déjà évoquée ce matin par William Bourdon, est l'affaire Amesys. Il n'y a pas grand-chose de plus à en dire. La situation est relativement semblable. Amesys est une filiale de Bull installée dans le Sud de la France, à Aix-en-Provence, et qui, aux alentours de 2007, a signé un contrat avec les autorités libyennes, pour leur fournir un matériel de surveillance d'internet. Au moment de la chute du régime de Kadhafi, la presse a investi les anciens bâtiments du régime, et notamment les bâtiments des services secrets libyens, dirigés par un certain M. Senoussi, aujourd'hui recherché par la Cour pénale internationale, pour d'autres raisons. Ce sont des journalistes du Wall Street Journal, qui ont trouvé là les notices d'utilisation de ce matériel informatique, dont se servaient les services secrets pour espionner les connexions internet, et les messages échangés sur internet par la rébellion.

Cette divulgation a été faite par la presse au cours du premier semestre 2011. Un grand article du Wall Street Journal est paru en août 2011. Plusieurs ONG ont déposé des plaintes, notamment Sherpa, pour atteinte à la vie privée. Cette plainte, déposée à Aix en Provence, a été classée sans suite. La FIDH a, de son côté, déposé une plainte pour tortures, déposée en octobre 2011, et qui a connu un parcours procédural un peu chaotique. Le Parquet a demandé au juge d'instruction de considérer que cette plainte devait faire l'objet d'un refus d'informer. Le juge d'instruction, qui en a été saisi, n'a pas été du même avis, et a considéré qu'il y avait lieu d'informer, c'est-à-dire d'enquêter sur cette plainte. Le Parquet a fait appel, et ce n'est qu'en janvier 2013 que la Chambre d'Instruction de la Cour d'appel de Paris a validé l'analyse du juge d'instruction, et a considéré qu'il y avait lieu, pour la justice, d'enquêter sur cette affaire. Pour une plainte déposée en octobre 2011, ce n'est donc qu'en janvier 2013 que la Cour d'appel a considéré qu'elle était valable, et méritait des investigations. Nous sommes, par conséquent, au début de ce que nous pouvons dire de cette affaire. Encore une fois, je n'en sais rien, je n'ai pas accès au dossier, quand bien même je ne pourrais pas en dire davantage.

Ces deux exemples, et leur pauvreté numérique, par rapport à ce qu'il a été dit des États-Unis, ou ce qui sera peut-être dit des Pays-Bas, illustrent ce retard de la France à entrer dans le mouvement de cette nouvelle mondialisation du droit, et de la lutte contre ces crimes définis par la communauté internationale comme étant si graves qu'ils concernent la communauté internationale tout entière, et qu'ils doivent être poursuivis partout, et, pour certains d'entre eux, sans limitation dans le temps, puisque beaucoup de ces crimes sont imprescriptibles. Les crimes de guerre sont imprescriptibles en droit international, et non en droit français. Les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles. La France a mis du temps. Pour équilibrer cette impression, nous avons beaucoup parlé de l'exemple américain de l'ACTA, Alien Civil Torts Act, qui n'est pas une législation pénale, mais une législation civile. Le *torts* est la responsabilité quasi délictuelle.

Si nous regardons en France, du côté civil, une autre affaire est intéressante. Le hasard du calendrier fait qu'elle est jugée aujourd'hui même. Je me tiens au courant des nouvelles de la Cour d'appel de Versailles, mais je n'en ai pas encore trouvé. La Cour d'appel de Versailles doit rendre aujourd'hui un arrêt dans l'affaire du « tramway de Jérusalem ». C'est une affaire qui concerne des entreprises françaises, extrêmement respectables, qui ont pignon sur rue, et connues de tout un chacun : Veolia et Alstom. Ces deux entreprises ont remporté un appel d'offres il y a quelques années pour équiper Jérusalem d'un tramway. La difficulté est que ce tramway passe entre autres



sur Jérusalem Est, qui, aux yeux de la communauté internationale, est un territoire qu'Israël occupe illégalement. Les résolutions du Conseil de Sécurité demandant à Israël, depuis plusieurs décennies, de se retirer des territoires occupés, et s'opposant à l'occupation qui continue depuis 1967 ne manquent pas.

L'instance avait été engagée par une ONG, l'association France-Palestine Solidarité, ainsi que l'OLP – l'Organisation de libération de la Palestine – qui est intervenue volontairement aux côtés de cette association. L'association France-Palestine Solidarité, et l'OLP ont saisi le Tribunal de Nanterre, lieu du siège de la société Alstom, et je crois aussi de la société Veolia, en réclamant que ce contrat de droit public passé avec les autorités israéliennes, la ville de Jérusalem et le gouvernement israélien, soit annulé. Leur argument est qu'il existe un principe de droit civil français stipulant qu'un contrat doit être conforme à l'ordre public. Il n'est pas possible, par voie contractuelle, entre deux parties privées, déroger à des principes d'ordre public, ni troubler l'ordre public. Leur argumentation consistait à dire qu'en fournissant un tramway à la ville de Jérusalem, qui empiétait sur la partie est de Jérusalem, ces deux groupes français se rendaient complices d'une violation de l'ordre public international, et d'un certain nombre de normes du droit international humanitaire. Je ne vous ferai pas l'inventaire des dispositions des différentes conventions de Genève, et du règlement de La Haye de 1907, qui, d'après les demandeurs, étaient violées.

La règle principale est celle qui interdit, en principe, à l'État occupant de transférer sa population vers le territoire de l'État occupé, inscrite dans la 4^e convention de Genève. Or, le raisonnement consiste à dire que l'installation de ce tramway permettant d'aller de l'Ouest vers l'Est s'inscrit dans cette politique d'occupation par l'État israélien de la partie est de Jérusalem. D'autres dispositions concernent la destruction de biens mobiliers ou immobiliers, les modalités d'expropriation – l'État occupant ne doit pas, normalement, procéder à l'expropriation de propriétés sur les terres de l'État occupé, d'après le règlement de La Haye de 1907 –, la préservation des biens culturels, figurant dans le droit international humanitaire. Il était soutenu que les travaux de terrassement effectués pour l'installation de ce tramway permettaient de faire des découvertes archéologiques. Nous imaginons que, dans un site comme Jérusalem, le sous-sol est très riche. En s'appropriant ce patrimoine archéologique, Israël commettait également, avec l'aide des entreprises françaises, des infractions au droit international humanitaire.

Le Tribunal de Nanterre, en première instance, a mis beaucoup de temps à statuer. La saisine a été faite en 2007, et le jugement date du 30 mai 2011. La Cour d'Appel aura été un peu plus rapide, puisqu'elle doit statuer ce jour. Cependant, le Tribunal de Nanterre a donné tort à l'association France-Palestine et à l'OLP, en considérant un certain nombre de choses, qui me paraissent extrêmement intéressantes par rapport au débat d'aujourd'hui, et qui, je crois, seront remises en perspective. Les solutions dégagées au civil par le Tribunal de Nanterre ne seraient pas forcément celles que retiendrait le juge pénal. L'OLP a été déclarée irrecevable, pour des raisons purement procédurales. Le pouvoir donné par le Président de l'OLP, Mahmoud Abbas, à son représentant en France, n'était pas rédigé correctement. L'OLP a donc été mis de côté dans la procédure, hors champ de la discussion sur le fond. Cette discussion se résolvait donc à un litige entre une association de loi 1901 de droit privé français, et deux entreprises de droit privé français.

Le Tribunal de Nanterre a pris la question sous l'angle suivant : une personne privée française peut-elle reprocher à une autre personne privée française, la violation de normes de droit international humanitaire ? Le Tribunal a conclu négativement, en considérant qu'il n'y avait pas « d'effet horizontal » des conventions de Genève, du règlement de La Haye, et des autres normes invoquées, et que ces normes s'adressent aux États et pas aux particuliers. Il n'était donc pas possible de reprocher aux entreprises Veolia et Alstom d'avoir participé à une violation alléguée du droit international humanitaire, puisque ces conventions et ces règles ne s'imposent qu'aux



États et non aux particuliers. Les particuliers pouvant les invoquer seraient éventuellement les populations victimes des crimes de guerre en question.

J'ai peut-être oublié de le dire, mais toutes ces violations du droit international humanitaire constituent des crimes de guerre. Elles auraient, par conséquent, pu être qualifiées pénalement. Mais l'association France-Palestine Solidarité a choisi une voie extrêmement civilisée, par rapport à d'autres qui vont directement au pénal. Elle est allée au civil. Il a donc été considéré que les normes de droit international humanitaire s'adressent aux États et non aux personnes privées, et que l'association de droit français, France-Palestine Solidarité, ne pouvait pas se prévaloir elle-même de ces violations, de ces crimes de guerre, dont les vraies victimes sont, le cas échéant, les populations de Jérusalem Est.

Je pense que, si l'association France-Palestine Solidarité avait choisi la voie pénale au lieu de la voie civile, la réponse aurait été assez différente. Une des raisons pour lesquelles elle ne l'a pas fait est qu'en 2007, quand l'instance a été introduite, le droit français n'incriminait pas, ne punissait pas les crimes de guerre. Les crimes de guerre n'ont été inscrits dans le Code pénal français que depuis 2010. Elle n'avait donc pas le choix. Mais si aujourd'hui, dans une situation similaire, d'autres plaignants choisissaient la voie pénale, ils bénéficieraient du fait que, depuis la loi du 9 août 2010, mettant le droit pénal français, avec le statut de la Cour pénale internationale, les crimes de guerre sont punis en droit interne, et la violation d'un crime de guerre est punie même si son auteur est une personne privée. La Cour pénale internationale a été créée par la communauté internationale pour poursuivre, non les États, non les entreprises – les personnes morales n'ont pas de responsabilité pénale devant la Cour pénale internationale –, mais les particuliers. De ce fait, il est possible, en droit international pénal, de commettre un crime de guerre en étant un particulier, et depuis 2010, c'est également possible en droit interne français. D'autres plaignants sur d'autres affaires choisiront peut-être, dans les années qui viennent, la voie pénale pour éviter ce détour par une argumentation extrêmement complexe, qui fait plusieurs pages, mais qui est très intéressante à lire, et qui a abouti à un échec.

Le second pilier sur lequel les demandeurs axaient leur demande est peut-être encore plus intéressant, par rapport au débat d'aujourd'hui, sur la *soft law*, et la *hard law*. L'association France-Palestine reprochait à Veolia et à Alstom de ne pas respecter leurs engagements unilatéraux, leurs normes éthiques. De manière plus précise, Veolia et Alstom avaient incorporé dans leur code d'éthique, comme la plupart des grands groupes, le Pacte mondial des Nations Unies, dont un des principes dit que l'entreprise se conformera aux principes de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. Une discussion a eu lieu pour savoir si l'incorporation de ces normes éthiques dans le règlement intérieur de Veolia, et dans le code d'éthique d'Alstom leur conférait une valeur juridique de *hard law*, sous une forme ou une autre. Les deux groupes n'ont pas eu la même défense. Veolia a plaidé que le Pacte mondial des Nations Unies ne prenait pas valeur contractuelle contraignante par le fait d'être incorporé dans son règlement intérieur.

Je vous le dis tout de suite, Veolia a emporté la conviction du Tribunal, qui a adopté cette argumentation dans son jugement : ce sont des normes éthiques qui n'ont pas de valeur contraignante, et en tout état de cause, Veolia a convaincu le Tribunal de Nanterre que la manière dont ce Pacte était incorporé dans son règlement intérieur montrait qu'il s'agissait de s'y référer dans les rapports sociaux internes au groupe, et non à l'égard de tiers. L'effort qui aurait permis de donner une valeur de *hard law* à cette *soft law* n'a pas abouti. Il n'a pas non plus abouti pour Alstom. Alstom n'avait pas, de son côté, contesté que l'incorporation des principes du Pacte mondial ait une valeur contractuelle, mais se défendait sur le fond, en disant que France-Palestine ne démontrait pas en quoi le groupe Alstom aurait violé un des principes du Pacte, ou de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. Le Tribunal a considéré qu'en effet, cela n'était pas démontré. Au passage, le Tribunal n'a pas dit que cela n'avait pas de valeur contractuelle,



puisque Alstom l'admettait, mais il a affirmé qu'il ne s'agissait que de normes incitatives, à valeur d'obligation de moyens, et non d'obligation de résultat.

Mon état des lieux s'arrête là. La France ne fournit pas aujourd'hui d'exemples de *food for thoughts*, comme disent les Anglo-saxons, pour une assemblée comme la vôtre, qui réfléchit sur la juridicisation croissante de ces principes. Nous avons une affaire pénale, au stade de l'enquête préliminaire, une autre qui est au tout début du stade de l'instruction, et une affaire civile, qui a rendu le jugement que je vous ai résumé, sous réserve de ce que la presse nous apprendra ce soir ou demain matin. Dès lors, que puis-je dire de plus ? Je ne suis pas le premier à dire que ce type d'affaires est nécessairement voué à se développer dans les années qui viennent. Nous assistons à une mondialisation du droit, dans ce domaine. Je suis un ardent lecteur de Mme Delmas-Marty, et j'attends avec impatience son intervention tout à l'heure. Mais la France ne restera pas à l'écart de ce phénomène.

Nous assistons à une intégration de la substance du droit. Depuis 2010, le statut de Rome de la Cour pénale internationale a été transposé en droit interne. Je ne dis pas incorporé, c'est véritablement un travail de transposition, et non un collage. Deux des crimes qui relèvent de la Cour pénale internationale, à savoir le génocide, et le crime contre l'humanité, étaient déjà punis par le droit français, mais les crimes de guerre ne l'étaient pas. Cela paraît surréaliste. Quand je le dis autour de moi, très souvent, on ne me croit pas. C'est pourtant la stricte vérité. La France n'incriminait pas les crimes de guerre jusqu'à la loi du 9 août 2010. Cela ouvre un champ. Je le disais à l'instant. Les associations qui, en 2007, étaient contraintes d'aller au civil iront peut-être demain au pénal. Et au pénal, on ne se réfère plus à ces conventions interétatiques. Nous avons désormais des outils juridiques qui permettent de se référer à des obligations, qui s'adressent aux justiciables des tribunaux français, et qui sont sanctionnés pénalement. Les justiciables des tribunaux français ne sont pas seulement des individus, des personnes physiques, comme devant la Cour pénale internationale, mais le droit français prévoit la responsabilité pénale des personnes morales. Les personnes morales peuvent, elles aussi, tomber sous le coup de ces incriminations.

Nous assistons également à une intégration du système juridique français sous l'angle juridictionnel, sous l'angle de la compétence. La Terre entière est en train de chercher ses marques, de définir de bonnes règles de compétences. Nous disposons d'une Cour qui compte 122 États parties. Il en manque encore beaucoup. Néanmoins, nous observons le progrès de cette dimension complémentaire de la Cour pénale internationale, qui s'appelle la compétence universelle. Un nombre croissant d'États prennent au sérieux l'injonction qui leur est faite, en ratifiant le statut de Rome, et en adhérant à la Cour pénale internationale, de rendre les crimes de la Cour pénale internationale passibles de leurs propres tribunaux.



Depuis 2010, les crimes de la Cour pénale internationale sont passibles des tribunaux français, qu'ils aient été commis en France par des Français, ou à l'étranger par des étrangers, sous réserve de règles de compétences qui sont en train d'être rediscutées en ce moment au Parlement. La loi de 2010 prévoyait des règles de compétence assez strictes, qui sont en train d'être assouplies. Les tribunaux français sont donc aujourd'hui compétents, pénalement, pour sanctionner les crimes de guerre ou les allégations de crimes de guerre. Une entreprise peut se trouver poursuivie devant un tribunal français, sur une plainte de participation à un crime de guerre, ou de complicité de crime de guerre, déposée par une victime, une ONG, ou sur décision du Parquet.

Une des spécificités de ces nouvelles incriminations est qu'aux causes classiques de complicité que nous avons l'habitude de manier en droits français, à savoir la complicité par fourniture de moyens ou d'instructions, le statut de Rome, et la loi de 2010 qui la transpose en droit français, ajoute un autre type de complicité ou de responsabilité pénale. Il s'agit de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Ni le statut de Rome, ni le Code pénal français ne limitent cette notion de supérieur hiérarchique au domaine militaire. C'est entendu de manière très pragmatique. Le droit



pénal, de manière générale, ne s'arrête pas aux apparences juridiques. Le supérieur hiérarchique n'est pas seulement le chef de service dans une entreprise. Le droit cherche qui, dans les faits, a une autorité ou un contrôle effectif sur un subordonné qui commettrait un crime. Nous pouvons anticiper un peu, et imaginer des scénarios où une entreprise ayant des activités minières en Afrique de l'Est aurait recours à une société de gardiennage. Cette société de gardiennage graisserait la patte de milices locales pour assurer la sécurité du site. Ces milices, à leur tour, auraient des brebis galeuses qui commettraient des exactions. Nous pouvons imaginer une remontée de responsabilités, par capillarité, sans tenir compte des formes sociales, des structures juridiques. Il suffit de démontrer qui avait un contrôle effectif. Cette notion de contrôle effectif est purement pragmatique, et appréciée par le juge au regard des faits, et non des délégations de pouvoir, ou de l'organisation de l'entreprise. La responsabilité elle-même est entendue de manière assez large, puisque peuvent être entendus comme responsables du crime, non seulement celui qui a laissé faire, mais aussi celui qui pouvait savoir, devait savoir, et n'a rien fait pour empêcher.

Les textes ouvrent donc des boulevards à des fondements de responsabilités possibles dans l'avenir, qui sont autant d'appels à la responsabilité, ou à la responsabilisation des entreprises qui opèrent dans ces régions-là.

<p style="text-align: center;"> Biography</p> <p>Lawyer at the Paris Bar since 1988, Simon Foreman joined the firm Soulez-Larivière et Associés. He practices commercial litigation and criminal law. Associate member of the American Bar Association and member of the International Criminal Bar, he represented Amnesty International in the French Coalition for the International Criminal Court that he chaired from 2006. The French Coalition composed of forty organizations, trade unions and bars associations supports the International Criminal Court and the development of International Criminal Law.</p>	<p style="text-align: center;"> Biographie</p> <p>Avocat au barreau de Paris depuis 1988, Simon Foreman est associé au cabinet Soulez-Larivière et Associés où il pratique essentiellement le contentieux commercial et pénal. «Associate member» de l'American Bar Association et membre du Barreau pénal international, il représente par ailleurs Amnesty International au sein de la Coalition française pour la Cour pénale internationale, dont il assure la présidence depuis 2006. Cette coalition regroupe une quarantaine d'organisations, syndicats et barreaux réunis pour s'assurer du soutien de la France à la Cour pénale internationale et au développement du droit pénal international.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



🇬🇧 BUSINESS LEADERS' LIABILITY AND CORPORATE COMPLICITY IF INTERNATIONAL CRIMES ARE COMMITTED – CASES FROM THE NETHERLANDS | 🇫🇷 LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE ET LA COMPLICITE DES SOCIETES EN CAS DE CRIMES INTERNATIONAUX – AFFAIRES INSTRUITES AUX PAYS-BAS

🇬🇧 MARTIN WITTEVEEN, PROSECUTOR, MINISTER OF JUSTICE OF THE NETHERLANDS | 🇫🇷 MARTIN WITTEVEEN, PROCUREUR, EXPERT AUPRES DE LA MISSION «ÉTAT DE DROIT» DE L'UNION EUROPEENNE EN PALESTINE LADIES AND GENTLEMEN



I. Welcome.

II. Introduction.

Discussing corporate liabilities in conflict zones, we live in exciting times.

In my country, the Netherlands, the District Court in The Hague in January of this year convicted Shell, the British/Dutch oil company, in a civil lawsuit to financial compensation for negligence in oil spills in Nigeria¹. The victims were ordinary citizens of Nigeria, Shell Nigeria was convicted for the damage in Nigeria and the court applied Nigerian law. Yet, the judges in the Dutch court assumed jurisdiction in this civil law claim case because Shell's HQ is in the Netherlands.

In another interesting civil law suit in 2011 the Court of Appeal in The Hague held the State of the Netherlands liable for the death of muslims in Srebrenica in Bosnia during the genocide, because of the role of a number of high ranking Dutch military, working in the UN peace keeping force there².

Today, I proudly represent my national jurisdiction, in which I have worked as a national prosecutor for a long time and as an investigation judge for international crimes in the District Court in The Hague.

The Netherlands have incorporated the Rome Statute in its national law, thus creating universal jurisdiction for genocide, war crimes and crimes against humanity as well as torture and forced disappearance as individual crimes. More importantly, it has a working and very active system of enforcement with a War Crimes Unit within the national police and specialized prosecutors and judges. In the last 10 years or so it has produced a number of interesting cases of which I will present three, because these three cases are relevant for today's conference: the case against Frans van Anraat, the case against Guus Kouwenhoven and the case against the business company Rival.

I will first summarize these cases and then draw two lessons from these cases.



III. The 'Van Anraat'-case.

Who was Frans van Anraat?

Van Anraat was an ordinary Dutch businessman. He lived abroad in various countries; he owned a number of companies and was specialized in delivering chemicals. In the 80's he got in contact with the Saddam Hussein regime in Iraq and started to deliver THIODYGLYCOL [TDG], the precursor for mustard gas and TRIMETHYL PHOSPHITE [TMP], the precursor for nerve gas to the *State Organisation for Oil Refineries and Gas Industries* [SORGI] in Iraq.

Between 1980 and 1988 Iraq was in war with Iran and used chemical weapons against the Iranian soldiers on the battlefield. In 1987 and 1988 Saddam Hussein attacked the Kurdish population in Iran and Iraq. One of these attacks, the attack on Halabja, a Kurdish village in Iraq, became infamous as around 5000 Kurds were killed in that attack by chemical weapons.

In 1989 van Anraat was arrested in Italy on the basis of an extradition request from the United States for violations of US export controls. Before he was extradited he fled to Iraq, where he stayed till 2003, when he moved to the Netherlands. Then he did something he will regret the rest of his life. He went on national television to explain what he had done, denying he knew that Saddam Hussein used chemical warfare against Iran and the Kurds. Both the prosecutor in this case [who happens to be my friend and colleague and now serves as Deputy Minister of Justice] and the leader of the War Crimes Unit watched the interview, they called each other after the interview and decided to start an investigation.

In 2005 van Anraat stood trial before the District Court in The Hague on charges of complicity of genocide and complicity of war crimes. The District Court accepted evidence to the effect that Saddam Hussein committed genocide against the Kurds, but acquitted van Anraat of complicity because he lacked the proper intent for complicity of genocide. However, the court did convict him for complicity of war crimes and imposed a 15 years imprisonment sentence³.

In May 2007 van Anraat was convicted by the Court of Appeals to 17 years imprisonment for complicity of war crimes as the Court found that the investigation was not sufficient to conclude that genocide had taken place⁴.

IV. The 'Kouwenhoven'-case.

Then there was another Dutch business man, Guus van Kouwenhoven. Van Kouwenhoven was the owner of several businesses in Liberia. Through a business companion he was able to get the trust of Charles Taylor who was then president of Liberia. Kouwenhoven obtained important concession of timber wood and exported these woods through a company Oriental Timber Corporation. He allegedly used this company as a cover to import weapons for Charles Taylor into the harbor of Buchanan in Liberia from where they were transported to the north of Liberia, where they allegedly were used in the Liberian war between 1999 and 2003 in which Taylor played a role.

The case against Kouwenhoven has its origin in UN reports produced by a Panel of Experts in the framework of violations of the UN arms embargo and investigations conducted by an ngo, called Global Witness.

The War Crimes Unit in the Netherlands conducted a criminal investigation and subsequently van Kouwenhoven was charged with complicity of war crimes and violations of the arms embargo which was made a crime in the Netherlands.



In 2007 the District Court in The Hague acquitted van Kouwenhoven of complicity of war crimes, because they did not find evidence that the weapons van Kouwenhoven shipped to Charles Taylor were actually exactly the very same weapons as were used in the war in Sierra Leone. However, they convicted him of violations of the arms embargo to 8 years imprisonment⁵.

In 2008 the Court of Appeals acquitted van Kouwenhoven completely. The Court disqualified all the witnesses who testified about the supply and shipment of the weapons and criticized the quality of the criminal investigation by the police⁶.

The Supreme Court overturned this decision however and now the case is retried in Appeal and many new witnesses are heard.

V. The ‘Riwal’-case.

Riwal is a reputable company in the Netherlands. Their product is the rental of aerial work platforms, tele-handlers, mobile cranes and forklift-trucks. Riwal rented these products through a subsidiary company in Israel to the government of Israel, which in 2006 then used it in building and maintaining the separation wall that Israel has built between Palestine and Israel.

Again, television was the origin of this investigation, as a Dutch national channel broadcasted a report on the separation wall, where the equipment with Riwal’s logo could be seen. A Dutch ngo, United Civilians for Peace, together with Al Haq in Palestine investigated the case and supplied the information to the prosecution who initiated a criminal investigation.

The investigation was aimed uniquely against the company and not against natural persons, even though one of the directors, who seems to be the leading character, is an Israeli citizen.

Although charges have not been pushed yet, charges would naturally include complicity in war crimes and crimes against humanity as the International Court of Justice in The Hague, in their decision on the separation wall in 2004, judged that the separation wall constituted two crimes, namely: the movement of its own population into occupied territory and the destruction of property.

VI. What the prosecutor needs to prove in any criminal case.

a. Crime base. This relates to the evidence that the alleged crimes did take place and can be proven.

b. [Double] Linkage. Then there needs to be evidence that there is a link between the crimes and defendant. Businesses are normally the accomplices when involved in international crimes. When businesses are charged with complicity first evidence needs to be delivered that the principle perpetrators have a link with the crime and then the link between the accomplice with the principle perpetrators needs to be delivered.

c. *Mens rea*, meaning the “guilty mind”. *Mens rea* refers to the mental element. What did the defendant know or intended when he acted as proven. For an accomplice there is normally a double *mens rea*. One to the crime and one to the perpetrator.



VII. Two lessons.

- a. It's all about evidence. Success is possible [see van Anraat], but failure looms [see van Kouwenhoven]. What is the quality of the investigation and evidence?
- b. National judges are faced with the question which law they have to apply. Struggling with this question makes the outcome of such a case uncertain.

Ad a. When businesses are involved in international crimes naturally the evidence is very hard to deliver.

In the case of van Anraat, the prosecutor was in the position to deliver sufficient evidence on all elements as described, due to the combination of: having sufficient resources, brilliant investigative work and a bit of luck.

- a. Crime base: the prosecutor used victim witnesses, UN reports on the attacks that had happened and medical reports which established that the victims had died due to the use of chemical weapons.

- b. Linkage:

- 1) The main perpetrators in this case were the leaders of Iraq: Saddam Hussein and his associates. The evidence that they were the principle perpetrators was delivered by insider witnesses from the regime who had worked on the chemical weapons program. They testified about the production of the chemical weapons and that Saddam Hussein had personally ordered the attacks with chemical warfare.

- 2) Then the prosecutor had to prove that van Anraat had delivered the chemicals and that these chemicals were used to produce the chemical weapons used in the attacks. The first part, the deliveries of the chemicals were not difficult to prove: van Anraat had acknowledged them and there was a clear paper trail of these deliveries from Japan and from the US.

The most difficult part to prove was the link between the chemicals that van Anraat had delivered to Iraq and the chemical weapons that were used in the battlefield.

Here, the prosecutor was lucky that during the 90's, following Iraq's war in Kuwait, two UN missions, UNSCOM and UNMOVIC, had access to Iraq and had thoroughly investigated the complete chemical weapons program of Iraq. On the basis of these investigations, their reports and expert testimony in court, the court was able to conclude that the chemical precursors van Anraat had delivered, were indeed used in producing mustard gas and nerve gas and that those weapons were indeed used in Halabja and against Iran.

Van Anraat's defense, that his chemicals were used to produce textiles, was rejected because for the textile industry only minimal amounts of chemicals are used and the inspectors of the UN had not found any textile industry that used the said chemicals.

- c. Mens rea.

The courts accepted evidence to prove that van Anraat had sufficient knowledge and intent that:

- 1) The chemicals delivered by him were used by Iraq to produce chemical weapons. This was primarily proven based on witness testimony. Especially his business partner in Japan with whom he had delivered the chemicals testified against van Anraat.



2) Iraq used the chemical weapons against the Kurds and Iran. Here, the court used van Anraat's ex-wife's testimony to that effect.

Special mention must be made of the charge of genocide. Genocide has a special intent element: the perpetrator must have the special intent to destroy in whole or in part a national, ethnical, racial or religious group. When the defendant is charged with complicity of genocide the prosecutor first has to prove that the main perpetrator had that special intent. The accomplice does not need to have that special intent, but must have knowledge of the special intent with the main perpetrator.

The court in first instance accepted that Saddam Hussein and others had that special, genocidal intent and based themselves on UN reports, Iraqi decrees and ngo reports, but did not find evidence that van Anraat had sufficient knowledge about this special genocidal intent.

As said, the Court of Appeal was much more careful and ruled that investigation was not sufficient to establish that Saddam had genocidal intent during the attacks on the Kurds and therefore acquitted van Anraat of complicity in genocide.

In the case of van Kouwenhoven the situation of the evidence was very different, especially on the matter of the linkage between the supplies of weapons by Kouwenhoven and the use of them in the war. The court did not find evidence that the very same weapons, supplied van Kouwenhoven, actually ended up in the war in Sierra Leone. One can understand how difficult that is to prove. It needs really high quality insider witnesses, as documents will probably not exist to prove that.

But for the Court of Appeal, the situation was even worse. The Appeals Court did not find evidence that Kouwenhoven delivered weapons at all to Taylor. In a 15 page verdict, the Court of Appeal disqualified and dismissed the whole investigation by the police as one-sided and biased. It used very harsh words to criticize the witnesses which the Court of Appeal found totally incredible.

In the Riwal case, if it will ever hit the court room, no doubt the question will be whether or not Riwal had sufficient degree of knowledge to prove that they knew their equipment would be used for building and maintaining the separation wall. The crime base will probably be more easily proven as will the linkage between the acts by Riwal, the rental by Riwal and the use in building the wall, as photo evidence clearly shows this. Riwal, as I understand it, also acknowledges the use of their equipment at the wall.

Knowledge will be the sticking point here.

Ad b. Which law applies?

This may sound a stupid question. The obvious answer is: the law of the country where the court adjudicates the case.

But it is not that simple. In international private law there is a clear rule that prioritizes the international norm over national law, but in criminal law such a rule does not exist and the situation is ambiguous.

a. Crime base: The crimes that are being prosecuted are all international crimes, which find their origins in international criminal law. The crimes in the Dutch International Crimes Law are more or less copies from the crimes described in the Rome Statute. National judges are to apply these laws and for that reason it is obvious that they have to interpret these crimes based on international criminal law norms and the jurisprudence of the tribunals and other sources. During



the establishment of the International Crimes Act, which incorporated the Rome Statute in the Dutch national law, an explicit instruction was given to the national judges to interpret the law based on international criminal law and the jurisprudence in case law in the Tribunals.

b. On individual criminal responsibility the situation is somewhat different. Criminal liabilities in national law are often different from liabilities as defined in international criminal law. For instance: concepts such as Joint Criminal Enterprise or JCE, as developed in tribunals, do not have an identical pendant in national law. And the *actus reus* of accomplice under international criminal law is not necessarily the same as under national law. National judges will tend to apply these forms of criminal liabilities as defined under national law, but in how far they will be guided by international criminal law remains to be seen.

c. On the element of knowledge and intent, the situation is the same. National law and jurisprudence on knowledge and intent are not necessarily the same as knowledge and intent in international criminal law. In the van Anraat case this resulted in an interesting question whether the judge had to apply the stricter international norm that van Anraat had full knowledge of the genocidal intent on the side of Saddam Hussein or the less strict national norm of 'conditional intent', which only requires that van Anraat had reasons to believe that Saddam Hussein had genocidal intent. The District Court in first instance applied the stricter, international standard, the Court of Appeal the national, less strict norm of conditional intent. The Court of Appeal argued that [1] international criminal law as applied by the Tribunals on the question of the level of knowledge and intent of the accomplice of the genocidal intent by the perpetrator did not crystallize sufficiently to apply that norm and [2] the history of this piece of legislation in the Netherlands indicates that the judges have a wide discretion to use national law on the application of criminal liabilities and intent and knowledge.

In sum: this is a quite technical story. But the point is that there are enormous challenges for the national judges in applying and interpreting the law, more specifically concepts of criminal liabilities and knowledge and intent and exactly these legal issues are critical in cases of business complicity.

VIII. Closure.

My contribution today has highlighted some examples of high profile cases of business involvement in international crimes. The cases I presented show that it is possible to hold accountable those business persons.

But: [1] the evidence is extremely hard to collect and [2] the legal challenges for national judges who have to adjudicate these cases are high.

However, corporations and businessmen often play a critical role in the commission of international crimes. They are the big facilitators of international crimes. Whether they supply chemicals, weapons, financial services, transportation or anything else, these are the hubs in the commission of international crimes. Without these commodities, perpetrators of international crimes are powerless. If we want to be serious in pursuing those who bear the greatest responsibility for international crimes, we need to focus on the corporations and businessmen.

What is needed is a police force and prosecution authorities who have the resources, the time, the expertise and the audacity to pursue these cases.

 **Biography**

Martin Witteveen is currently a Prosecution Expert in the EU mission in the Palestinian Territories. He advises the Palestinian Prosecution Service in building their organization as part of the overall Police and Rule of Law mission.

Between 2008 and October 2012 Martin worked as an investigation Judge for international crimes in the District Court in The Hague, The Netherlands. As an investigation judge he conducted pre-trial investigations for international crimes, which are adjudicated in the District Court in The Hague. He has heard tenths of witnesses in the presence of the prosecution and the defense attorneys mostly in the countries where the crimes have taken place. He has experience with witnesses from various countries and backgrounds. Most of the hearings were conducted in the framework of two cases of genocide in Rwanda and the case against the alleged leadership of the Tamil Tigers in the Netherlands. He also conducted investigations in cases of human trafficking and forced labor in India and Indonesia.

Between 2004 and 2008 Martin Witteveen served as investigation team leader for the investigation in Northern Uganda and as police analyst in the Office of the Prosecutor (OTP) of the International Criminal Court (ICC).

Martin Witteveen served as a public prosecutor in The Netherlands for almost 20 years, mainly in the field of organized crime and led a number of high profile prosecutions against criminal organizations. Between 1998 and 2001 he served as public prosecutor in St. Maarten, Dutch Antilles.

Martin Witteveen graduated from the faculty of Law of the Utrecht University, LL.M.

 **Biographie**

Martin Witteveen est actuellement expert en charge auprès de la mission « Etat de droit » de l'Union Européenne en Palestine. Il conseille les services du parquet palestinien notamment sur leur organisation dans le cadre de la police générale et de la mission de la règle de loi.

Entre 2008 et Octobre 2012 Martin a travaillé comme juge d'une enquête pour crimes internationaux par le tribunal de district de La Haye, aux Pays-Bas. Comme un juge d'instruction il a mené des enquêtes préliminaires pour les crimes internationaux, qui sont jugées devant le tribunal de district de La Haye. Il a entendu dixièmes de témoins en présence du ministère public et les avocats de la défense pour la plupart dans les pays où les crimes ont eu lieu. Il a une expérience avec des témoins de divers pays et horizons. La plupart des audiences ont été menées dans le cadre de deux affaires de génocide au Rwanda et l'affaire contre la direction présumé des Tigres tamouls aux Pays-Bas. Il a également mené des enquêtes dans les cas de traite des êtres humains et le travail forcé en Inde et en Indonésie.

Entre 2004 et 2008, Martin Witteveen servi comme chef d'équipe d'une enquête pour l'enquête dans le nord de l'Ouganda et de la police en tant qu'analyste au sein du Bureau du Procureur (BdP) de la Cour pénale internationale (CPI).

Martin Witteveen servi comme procureur aux Pays-Bas depuis près de 20 ans, principalement dans le domaine du crime organisé et dirigé un certain nombre de poursuites très médiatisées contre les organisations criminelles. Entre 1998 et 2001, il a servi comme procureur de la République à Saint-Martin, Antilles néerlandaises.

Martin Witteveen diplômé de la faculté de droit de l'Université d'Utrecht, LL.M.



🇬🇧 BUSINESS LEADERS' LIABILITY AND CORPORATE COMPLICITY IF INTERNATIONAL CRIMES ARE COMMITTED – CASES FROM THE NETHERLANDS | 🇫🇷 LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE ET LA COMPLICITÉ DES SOCIÉTÉS EN CAS DE CRIMES INTERNATIONAUX – AFFAIRES INSTRUITES AUX PAYS-BAS

🇬🇧 LARISSA VAN DEN HERIK, PROFESSOR OF LAW AT THE UNIVERSITY OF LEIDEN | 🇫🇷 LARISSA VAN DEN HERIK, PROFESSEUR DE DROIT, UNIVERSITE DE LEYDEN

🇬🇧 We will do a co-presentation on Dutch approaches to our conference's theme of the responsibility of businessmen and corporations involved in international crimes in conflict zones. Mr Witteveen, my co-presenter, is therefore the practitioner, while I am the academic and we have shared out what we will say accordingly. Therefore, in the second half you will be given a more concrete insight into the relevant cases that are either currently taking place or we have seen recently in the Netherlands and I will start by setting the scene and sketching out the Dutch legal framework that is relevant for us today and provide some more general remarks on the interplay between the international and national levels. I will also discuss questions of how international case law can directly and indirectly inspire national prosecutors and how in return national cases can be used to develop new law and contribute to the system of international criminal law, provided that we agree that such a system exists. We will also then discuss the limits of cross-fertilisation, which I will look at particularly in the context of the Dutch legal system.

The Netherlands is one of the states that is taking the lead in the investigation and prosecution of international crimes and we are very proud of the label that The Hague has of being the legal capital of the world. In recent years in the Netherlands, we have seen Rwandan and other African cases, but we have also seen Dutch cases and it is the Dutch cases that we will be discussing with you today. In its international crimes prosecution, the Netherlands has investigated Dutch nationals in Van Anraat **and a case is potentially being started on a Dutch corporation, Rival**, and, as I said earlier, we will discuss these cases later.

First of all, I would like to say a few words about the framework. How did the Netherlands implement the ICC statutes? We did this through an International Crimes Act, and in this act, which is similar to many other implementing acts of the ICC, we mainly find definitions of the substantive crimes, and the Netherlands has meticulously copied and pasted the provisions of the ICC statute in this regard. However, like many other states, we have not incorporated Article 25 of the ICC statute, which has the mode of liability, or the ICC provisions of procedure. We therefore operate with our own modes of liability and criminal procedure, and we have already discussed whether the Dutch criminal procedure is always the most appropriate for dealing with these crimes, particularly regarding rules on the questioning of witnesses and onsite visits. Nevertheless, that is the situation as it stands currently.

There is an exception to this with the International Forum of Responsibility, which is particularly for the prosecution of international crimes and is a command responsibility. This sits separately in the International Crimes Act and applies just to the Act's core crimes and not to other transnational crimes such as slavery as a self-standing crime or human trafficking. As a command responsibility, it therefore relates to core crimes only.

Exceptionally for a civil law country, but like France in contrast to Germany for instance, the Netherlands has accepted in its general criminal code the theory of corporate criminal responsibility and when the International Crimes Act was implemented in the Netherlands



Parliament raised the question of whether the provision could also be applied in relation to international crimes. This was answered in the affirmative and that it could be the case.

However, no further details were given. Huge questions therefore remain as to how to construe the mental element, for instance, in such cases or genocidal corporate intent. There is therefore a huge grey area that needs to be filled in in practice and this may possibly be done in the Riwal case, which we will discuss later. The Netherlands has also vested its courts with universal jurisdiction, although, interestingly, the cases that we will be discussing today were based on a different jurisdictional principle, the active nationality principle.

That is therefore the legal framework and we then come to the second question, which is to what extent does, can and should international case law directly inspire national – in this case Dutch – prosecutors and courts? Perhaps bind might be a better term. Here again I think that we need to differentiate between crime definitions and modes of liability. As I have said, for crime definitions we more or less copied and pasted everything from the ICC statute and there we can see that international jurisprudence can provide quite direct guidance to national courts. To take an example of a crime that is relevant for our discussion today – and I think that this was also mentioned this morning – let us look at the crime of pillage.

As you may know, the crime of pillage features in the 1907 Hague regulations where it is prohibited and there is an allusion to ordinary theft during armed conflict. However, today the question is whether we can use this crime label to capture a new crime, which is the illegal exploitation of natural resources. This is an open question that is being discussed a great deal in academia, but we need real guidance on it. The case that might come before the ICC soon, which was mentioned by Ambassador Rapp this morning and is the Ntaganda case, might be an opportunity for the ICC to address this matter of pillage in relation to natural resources. I think that the ICC could therefore potentially provide quite direct guidance for national prosecutors there.

For modes of liability, there could be a different picture as the Netherlands and many other states are operating with their own modes of liability and here the role of international case law might be much more limited. The Dutch legislator addressed this question when implementing the International Crimes Act and this actually gave the Dutch courts quite an expressed interpretational guide. It said that Dutch judges should be guided and inspired by international law, and I think that the Dutch system is quite open to international law. However, in the parliamentary records it also states that in the case of divergence between the domestic and international mode of liability, the Dutch judge must ultimately apply the national forum, although it may colour this in light of international standards. Exceptions to this rule may be where there is a gap in the Dutch law or where there is clear conflict.

In that case, what happens where there is a clear conflict? These questions came up in the Van Anraat case in the first instance, where the court said that international law should actually prevail. The question then came up again in the Court of Appeal and there the court took a different approach to the matter. The particular question was what mens rea, mental element for complicity – what standards for complicity – in genocide should we use? On appeal, the court said that the standard was in fact unclear and that as the international standard was unclear it could not be applied. However, the court ultimately held that whatever standard ought to be used, Van Anraat did not even meet the lowest standard and it was not proved that he was aware of genocidal intent. The question of applicable law was therefore irrelevant and the matter remained unanswered.



What we therefore find from this is that in the end the interplay between domestic and international systems depends to a large extent on what is regulated within the domestic system as regards modes of liability.

The next question is, is this then different for superior responsibility since it is an international forum of liability and can we perhaps rely more on international case law? As you know, the concept of command responsibility was greatly developed following the World War II cases of Yamashita, where generals were held responsible under this form of responsibility, and it was extended to civilians such as Hirota, although these were very much civilians who were Government officials.

I think that the question that is now on the table is are we going to extend this concept of superior responsibility further to capture private actors such as business leaders as well? Again, I think that we are in a grey area here. Once more the question is can domestic jurisdictions look towards the international courts for answers and are there actually answers at the international level?

We have one answer from the Rwanda tribunal in the Musema case. Musema was a director of a tea factory who, in addition to having direct responsibility, was also held responsible for acts committed by his employees. The question then is, is this the answer to our question and can we implement this answer directly in Dutch cases, for instance? This may be the answer, but two observations should be made. Firstly, the Musema case might be quite case and culture specific and, secondly, it was not appealed on this point and to that extent it may still be tentative case law and may not have been fully tested. In another case of the Former Yugoslavia tribunal and in fact the leading case on superior responsibility – the Celebici case – the ICTY actually set much more stringent requirements on the superior/subordinate relationship. It explicitly referred to Musema and stated that the relationship required more than sufficient influence or psychological pressure.

There are therefore scholars who say that this form of responsibility is exceptional and should only be applied in military or military-like forms of relationships. However, as I have said, it is a grey area and is open to interpretation and possibly to further development and the Caova case probably constitutes a unique case for developing the law further on this point. I think that we might use this or other opportunities to reflect on what the outer limits of criminal responsibility are for failure to act in connection to international crimes for neglect. In addition, as an academic, I would raise the question of what are appropriate forms of law making and can we introduce a new concept in that regard through case law? Those of us who are common law lawyers are of course more familiar with this and have become more and more used to it than civil law lawyers.

I think that in general international criminal law has developed very much on the basis of precedent and in our current situation where we have the ICC and the complementarity system and a great deal of emphasis on national courts, the question arises as to what extent Dutch courts can not only rely on international courts but also on other foreign judgments to further the law and use other judgments as precedents for their own cases. I think that we need to be a bit cautious here and even forms of international responsibility, such as superior responsibility, which are international concepts, may have been implemented in different ways in different jurisdictions. There may therefore be no direct reliance, but prosecutors can certainly be inspired by both other prosecutors and international levels.



To conclude, national prosecutors, such as Dutch prosecutors in particular, are pioneering. There are many grey areas, such as in the context of pillage, corporate responsibility for international crimes and superior responsibility for businessmen. The question is how far are we going to push



these concepts and where should we draw the line? There are clearly grey areas and issues of law that are open to interpretation.

I would just like to say a final few words on the role of the ICC. The former Prosecutor, Moreno-Ocampo, once came up with the concept of the shadow of the law and said that besides direct impact the ICC should also aim to have effect beyond specific cases. As we have seen, national courts need guidance on particular points and we therefore ask ourselves whether this is a task for the ICC. Should the ICC engage particularly in these kinds of cases to set an example for national courts to draw on? The answer to this question of course depends a great deal on what we expect of the ICC, but if the answer is affirmative, we might want to revisit the concept of those most responsible to include economic actors and to focus more on economic acts. I am not sure whether the Prosecutor is ready to go that far but I think that it remains to be seen and it probably remains something for conferences like this to push the Prosecutor in that direction. However, ultimately, I believe that this also very much depends on our vision and expectations of the ICC and of what we perceive to be an appropriate role for the international criminal court in international society.

With those more general reflections and having painted the contours of the Dutch legal framework, I will now give the floor to my colleague to give you the colours and detailed flavour.

<p style="text-align: center;"> Biography</p> <p>Professor Larissa van den Herik is professor of public international law at the Grotius Centre for International Legal Studies at Leiden University. She is a member of the Advisory Committee on Public International Law Matters that advises the Dutch Government. She is also the editor-in-chief of the Leiden Journal of International Law. She has published on corporate responsibility under international criminal law and the crime of pillage in relation to the illegal extraction of natural resources during armed conflict.</p>	<p style="text-align: center;"> Biographie</p> <p>Larissa van den Herik est Professeur de droit international public au Centre Grotius pour les études juridiques internationales de l'Université de Leiden. Elle est membre du Comité consultatif sur les questions de droit public international qui conseille le gouvernement néerlandais. Elle est également la rédactrice en chef du Leiden Journal of International Law. Elle a publié sur la responsabilité des entreprises en vertu du droit pénal international et le crime de pillage en ce qui concerne l'extraction illégale des ressources naturelles dans les conflits armés.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**YANNICK CHALME, PRESIDENT DU CERCLE MONTESQUIEU | YANNICK CHALME, PRESIDENT OF CERCLE MONTESQUIEU**

M. le Bâtonnier, merci de me donner la parole. Je voudrais tout d'abord remercier les organisateurs d'avoir pensé à inviter les entreprises, et le monde de l'entreprise, au travers de ses directeurs juridiques.

Quand M. le Bâtonnier Iweins m'a gentiment fait l'honneur de me proposer d'intervenir, je l'ai regardé curieusement, en me demandant si j'étais bien légitime. Je lui avouai ma grande incompetence dans cette matière, et dans le fait d'avoir rencontré dans ma carrière même, au travers de plusieurs groupes industriels, des sujets de cette nature. Cela étant, je représente également aujourd'hui le Cercle Montesquieu, qui regroupe quelques centaines de directeurs juridiques d'entreprises petites ou grandes. Il me paraissait à la fois totalement légitime d'être présent avec vous, et à la fois de vous confesser ma petite connaissance en la matière, et de vous faire ce témoignage. Je suis ici devant vous comme un citoyen, mais aussi comme un juriste.

Je pense que nous avons ici tous fait des études de droit. C'est un sujet qui m'intéresse, car nous avons tous un rôle à jouer. J'ai eu l'occasion d'entendre ce panel si prestigieux aujourd'hui. J'ai une culture livresque. J'ai questionné d'autres membres du Cercle Montesquieu pour leur demander s'ils seraient plus légitimes que moi pour intervenir sur ces matières. La faiblesse de compréhension, de connaissance de ce point du droit m'a surpris, et m'a beaucoup intéressé. J'ai beaucoup appris aujourd'hui, merci pour cela.

Quel est notre rôle en tant que directeurs juridiques d'entreprises sur ce sujet ? Nous avons pour rôle d'éclairer une entreprise par rapport à son activité, par rapport à son exposition au risque, par rapport à la dangerosité de ses produits fabriqués, de ses services rendus. Mais peut-être y avait-il plus important, dans le fait de dire : je dois être plus curieux, et adopter un standard de curiosité plus élevé dans l'exercice de mon ministère. Comment ce service ou ce produit est-il produit et vendu, par rapport à son origine ? Je dois être plus curieux par rapport à cela, quand j'achète des matières premières, ou quand j'utilise des sous-traitants. Il est vrai qu'en élargissant le sujet, la question posée était la responsabilité internationale des entreprises en zones de conflit. J'ai cherché longuement à quoi cela pouvait correspondre par rapport aux sujets que j'ai eu à appréhender. En écoutant les uns et les autres, j'ai gagné en compréhension de ce que cela signifiait. Mais sans vouloir jouer un rôle de missionnaire, après avoir évoqué celui du chevalier, je me joindrai à cette noble assemblée pour participer à cet éveil des consciences, à cet éveil de la compréhension et de la connaissance sur ce sujet.

Ainsi, je souhaiterais organiser très rapidement, avec M. le Bâtonnier, et peut-être d'autres personnes, un événement au sein du Cercle Montesquieu, pour en faire prendre conscience à davantage de sociétés, qui ne sont pas directement ou indirectement confrontées à cette situation dans leurs activités.

Mais de la même façon qu'un socle de valeurs d'il y a 20 ans est très différent de celui d'aujourd'hui, nous concourrons, en tant que directeurs juridiques, à l'élaboration de règles, de chartes, de normes, en tous sens, par la contrainte, ou par le souhait de véhiculer, par rapport à nos *stakeholders*, qu'ils soient actionnaires, consommateurs, clients, partenaires, une image de valeurs. Ceci nous y amène. Et comme nous sommes souvent, au moins participants, si ce n'est la plume qui écrit ces guides et ces chartes, j'ai pu noter toute l'importance de ne pas l'écrire



simplement pour véhiculer une belle image, mais parce que je le pense, je le vérifie, je le contrôle, et j'en suis *accountable*. C'est une chose très importante pour moi.

Je me suis ensuite dit : « quels sont les parallèles auxquels je pourrais penser ? » J'ai écouté mon collègue, Peter, ce matin, ainsi que d'autres personnes. Entre le *soft* et le *hard*, en tant que représentant de plusieurs entreprises, et par rapport à ce que je fais tous les jours, qu'est-ce qui me paraîtrait le plus approprié ? Prenons quelque chose qui nous touche tous, qui sont les Droits de l'Enfant. En y réfléchissant, nous pouvons considérer, en tant que parents, qu'il existe un espace de liberté pour chaque parent, d'inculquer les valeurs qu'il souhaite à ses enfants. La limite à cela est de dire que s'il n'y a pas de bornes, nous aboutissons à des injustices, à des abus. Nous voyons bien ici qu'il y a du *hard law*, au sein de laquelle les parents peuvent s'exprimer. Mais globalement, si je pouvais exprimer ma vision d'aujourd'hui, je verrais bien un ensemble de *soft law*, entourées par des barrières qui soient celles du *hard law*.

Pour déterminer ensuite la largeur du cercle, je pense qu'aujourd'hui l'Histoire est en marche, et que les exemples présentés aujourd'hui font que nous ne pourrons pas dire que nous ne savions pas. Je prie les organisateurs de ne pas pouvoir rester jusqu'à la fin des débats et assister à la conclusion. J'ai un Conseil d'administration du Cercle Montesquieu cet après-midi, et j'y porterai cette parole.

J'ai été assez intéressé par les citations d'Élise Groulx, ou de Ken Gallant, et de Peter Herbel ce matin. J'ai bien aimé l'image exprimée en disant : « *name on shame* ». C'est effectivement ce à quoi les entreprises sont aujourd'hui très confrontées, à savoir la réputation, l'image. La sanction est très forte, dès lors que la réputation de l'entreprise est attaquée, volontairement ou pas. Lors d'une acquisition avec une fabrication de produits, il est possible de dire : « je ne savais pas », car je n'ai simplement pas vérifié, ou pas avec un standard suffisant.

Indépendamment du fait d'avoir vérifié ou pas, le jour où la société est confrontée, et prise en flagrant délit de non-respect des valeurs qu'elle véhicule, l'atteinte à sa réputation, à son image, est immédiate. De cette façon-là, je serais plutôt partisan d'une approche de *soft*, car la sanction existe de toute manière, en tant que société, par rapport à tous les *stakeholders*, qu'ils soient actionnaires, consommateurs, partenaires, ou autres parties prenantes. Je m'arrêterai simplement là. Merci.

Biography

Yannick Chalmé, General Counsel of the l'Oréal Group, is the President of the Cercle Montesquieu since April 8, 2010. He began his career with the GTM-Entrepose before joining Thomson SA in 1987, in which he held various positions before becoming General Counsel. Thereafter he practiced as a lawyer at the Paris bar before joining the Club Méditerranée Group as General Counsel Secretary & Senior Advisor in 1997.

Biographie

Yannick Chalmé, Directeur juridique du groupe l'Oréal, est le Président du Cercle Montesquieu depuis le 8 avril 2010. Il a débuté sa carrière au sein du groupe GTM-Entrepose, avant de rejoindre en 1987 le groupe Thomson, où il a occupé divers postes, puis est devenu directeur juridique au sein de Thomson SA. Il a ensuite exercé la fonction d'avocat au barreau de Paris avant de rejoindre en 1997 le groupe Club Méditerranée en tant que directeur juridique du groupe et secrétaire du conseil de surveillance.

**■ DÉBATS ET ÉCHANGES AVEC LA SALLE | 🇬🇧 DEBATE AND KNOWLEDGE-SHARING****Participante n°1**

■ ■ Je vous remercie de vos interventions brillantes et passionnantes. Concernant la dernière intervention, bien qu'habituée aux expertises de bâtiments, qui en général sont relativement rudes, j'ai eu froid dans le dos. Les poursuites concernant les produits chimiques dont nous connaissons, a priori, la destination m'a paru cohérente. Cependant, le dernier exemple du loueur de matériel amené à construire un mur qui a certainement fait l'objet d'un appel d'offres international, et qui se trouve poursuivi – alors qu'à l'époque nous pouvons supposer que la décision concernant le caractère tout à fait contestable et condamnable de ce mur n'était pas nécessairement connue –, m'interpelle. Les entreprises, outre leurs besoins et leurs juristes, auront désormais besoin de spécialistes en géopolitique. Cela sera d'autant plus important que la géopolitique influe, dans certaines zones, sur la légitimité d'une construction. Cela m'inquiète pour le monde de l'entreprise, et notamment en ce qui concerne les constructeurs. Je pense qu'il existe un risque imminent, et extrêmement grave sur ce point.

Martin Witteveen, Procureur, Expert auprès de la Mission « État de droit » de l'Union européenne en Palestine

🇬🇧 I think that I understand what the meaning of the remarks was. First of all, I need to say that the case has not come to court and there have not been any formal charges brought forward in this case. Therefore anything that I say is speculation as regards what the legal implications of the case could be. However, exactly for the kind of remarks that you are making I talked earlier about what a prosecutor needs to prove, and this is a kind of clinical and almost surgical exercise of what judges have to go through when they are adjudicating a case like this.

This is very simple and it is the questions of 'Have crimes been committed?', 'Is there evidence for them?', 'Is there a link to the defendant?' and 'What is the *mens rea* or intent of the defendant and can it be proven?' Again, I am speculating, but if this case comes to court, it will be about whether or not these crimes that I have mentioned have been committed, which is the movement of its own population into occupied territories, which could be a crime, and the destruction of property, which could also be a crime. I think that those are the two possible crimes here. However, again, if you read the opinion of the International Court of Justice in 2004, you will see that is what they implicated were the crimes that may have taken place here.

There is then the linkage question, where I have said that I believe that there is a link if there is footage where you can basically see that the Rewal equipment was used to build the wall and there is then the big question of intent. I think that that is the legal exercise.

There will of course be all kinds of defences put in place in terms of whether or not these were crimes or legitimate actions or self-defence, but I would hope that everything will be legalised and that these will be legal questions in a court. I think that that is all that I can say.

Participante n°2

🇬🇧 May I also ask our Dutch friends a question, which I think raises some of the real complexities of the issues that we have talked about today? The Dutch Government in the Kiobel case in the United States has come out against universal jurisdiction in civil cases, and I feel two ways about this. On the one hand, I feel that if we are going to allow universal criminal jurisdiction, and the Dutch Government has been a strong proponent of that as I understand it, then it will certainly be easier to allow universal civil jurisdiction because there is no penalty of imprisonment and you do not have the condemnation of society from a civil judgment, so the consequences are not as harsh.



On the other hand, as I said earlier this morning, there is no way for private parties to ensure that the international laws of jurisdiction are applied to them unless there is diplomatic representation. I therefore understand why a Government might feel obliged to go in to bat, so to speak, for its national. I therefore find that the Dutch Government is caught in a very difficult place here and I was wondering if you had any ideas about how to arrange the jurisdictional setup so that the interests on each side could be aligned properly.

Participant N°3

■ ■ Je vais m'exprimer ici, non comme juriste, mais plutôt comme représentante d'un groupe de très grandes entreprises. Nous regroupons 8 multinationales, présentes dans la plupart des pays du monde, et multisecteurs. Nous comptons plus d'un million de salariés. Depuis plusieurs années, notre démarche est très pragmatique, puisque nos dirigeants, nos directeurs opérationnels, nos salariés ne connaissent pas le droit, ni le droit des Droits de l'Homme. Nous nous sommes attachés, au sein de cette association, qui s'appelle Entreprises pour les Droits de l'Homme, à porter des méthodes opérationnelles, pour faire en sorte de prévenir toute violation des Droits de l'Homme. Et de façon très humble, et très pragmatique, nous avons, par exemple, construit un module de formation, pour faire comprendre ce qu'était l'universalité des droits. Nous sommes en train de travailler à un guide de *due diligence*, pour faire en sorte que, dans l'entreprise au quotidien, quand nous sommes à 3 000 km du siège social, et que se pose un problème de Droits de l'Homme ou de corruption, nous puissions, même sans connaître John Ruggie, prendre la bonne décision au bon moment, pour éviter de parvenir à une violation des Droits de l'Homme. Je souhaitais apporter ce témoignage opérationnel, pour vous dire comment, en amont, de grandes entreprises, plutôt francophones, essaient, elles aussi, de contribuer à ce respect des Droits de l'Homme, en commençant par ne pas les violer.

Participant n°4

🇬🇧 I would like to connect the dots, if I can, between this panel and the earlier session on the responsibility to respect human rights, and this goes to my Dutch colleagues. You found a number of cases in which companies have been held liable under Dutch law for human rights violations committed abroad, so the next question is what is the impact under the Dutch legal system of evidence that the company has conducted in good faith a robust system of human rights due diligence?

I raise this by analogy to the system in the United States where a company that is convicted of a federal crime is entitled to demonstrate, for the purposes of lowering its sentence, that it has a robust programme for the prevention of criminal misconduct, which is specified by the US Sentencing Guidelines for organisational defendants. The question is therefore that, having a violation that has occurred, what is the relevance of the efforts that the company has made to prevent the violation, either in the assessment of liability or the assessment of a penalty or sentence?


Professor Larissa Van Den Herik

🇬🇧 We are of course very proud to be able to present our Dutch cases but I must also say that they are, to a certain extent, still modest or possibly even atypical in the sense that Caova and Van Anraat were both individual businessmen and did not represent or were not part of a greater corporation. Questions of corporate structure were therefore not at issue and the question of due diligence was also not at issue to any great extent in those cases. I think that the Rewal case is possibly a much more complex case and it will bring up these questions much more prominently. In terms of policy, as it were, on universal jurisdiction, on the one hand we could praise the Dutch prosecutors in the sense that they do not only go after foreign cases but also really look



into Dutch cases. However, here again I think that it is fair to emphasise that these are atypical cases involving lone individuals, in a sense. I believe that with this exercise of universal jurisdiction we are seeing a tendency of what can be expressed very beautifully through a German term, in fact, which is *Weltverbesserungs Hubris*. Therefore some states may have the tendency to engage in universal jurisdiction cases with perhaps a moral arrogance or possibly even neo-colonialist approach. These are crimes that are committed abroad and we are very strict on these kinds of cases. However, if it comes a bit closer to home, such as with Srebrenica or the Indonesian crimes, we are more hesitant. I think that we have taken some steps, in particular in civil court cases recently, but I think that there is quite a different dynamic there, which I believe could be looked at more closely from a policy perspective.

Participant N°5

 Professor van den Herik rightly said that there is a difference between the first two cases and the case against Rewal, the company. If that case goes to court, it will be an unprecedented case and on top of what I have said there would be additional legal issues in terms of corporate structure. There is a subsidiary company in Israel that was part of it, so there are all kinds of legal questions that will have to be answered.

When it comes to the stage of sentencing – as you are putting this in the key of sentencing – we do not have sentencing guidelines for these kinds of cases and judges are free to impose sentences that they deem to be necessary. The company would of course have to provide some information showing that it followed some due diligence in dealing with these issues and if they had, it could be a factor.



SYNTHESE | CONCLUSION



FRANCE | MIREILLE DELMAS-MARTY, PROFESSEUR DE DROIT, COLLEGE DE FRANCE | UK | MIREILLE DELMAS-MARTY, PROFESSOR AT COLLEGE DE FRANCE

■ ■ Mon impression première est que ce colloque est placé sous le signe de l'imagination, des forces imaginantes du droit. C'est un terme que j'ai employé souvent en théorie du droit, mais j'avais ici l'impression de voir ces forces imaginantes à l'œuvre dans la pratique du droit. Elles mettent en mouvement le monde réel, et pas seulement le monde des idées et des débats universitaires. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'un des intervenants de cet après-midi a affirmé avec force qu'il ne voulait pas être réaliste, mais qu'il était irréaliste, et fier de l'être. En effet, il proposait ainsi un horizon, une utopie réaliste. Nous n'avons pas le choix. Nous devons mettre en œuvre les forces imaginantes, car nous nous trouvons, de fait, devant une situation nouvelle, la globalisation économique et financière, alors que les modèles existants pour penser le droit restent des modèles anciens, identifiés à l'État-nation. Face à des pratiques qui se globalisent, le modèle souverainiste, auquel nous sommes habitués en tant que juristes, est déjà dépassé.

Pour autant, peu d'entre nous sont disposés à envisager la création d'un État mondial, c'est-à-dire la transposition du modèle national au niveau mondial. Un État mondial porte en lui la menace du totalitarisme. Lorsque Kant rêvait de la paix perpétuelle entre les nations, il écartait l'idée d'une Monarchie ou même d'une République universelle. Il y voyait le risque d'ouvrir la voie au pire des despotismes. Il faut donc arriver à penser le droit dans une perspective à la fois globale et pluraliste, en combinant les droits nationaux et le droit international. C'est la raison pour laquelle le mot « complexité » a été prononcé à plusieurs reprises. Nous ne sommes plus dans une structure hiérarchique simple, hiérarchisée, unifiée, telle que la pyramide des normes, chère à Kelsen. Nous sommes dans une structure en réseaux – par provocation, je dis parfois en « nuages », en raison de l'instabilité et du changement de forme quasi permanent de ces systèmes de droits.

Or le terme « complexité » renvoie à deux propriétés nouvelles qui transforment les systèmes de droits en systèmes interactifs et évolutifs :

- interactifs les uns par rapport aux autres (les droits nationaux interagissent entre eux, et le droit international interagit avec les droits nationaux), les systèmes de droit renoncent à la stricte hiérarchie au profit de hiérarchies assouplies et enchevêtrées ;
- et les interactions génèrent un droit extrêmement évolutif. Nous avons la chance aujourd'hui d'entendre exposer le dernier état du droit positif dans ces domaines. Mais plusieurs décisions ont été annoncées pour aujourd'hui, ou les prochaines semaines. La version écrite diffère déjà de la version orale

Dans ce domaine du droit internationalisé, à la fois interactif et extrêmement évolutif, les acteurs sont bien sûr les États, mais aussi, et de plus en plus, les acteurs non étatiques. Il n'est d'ailleurs pas sûr que la distinction entre *state actors*, et *non-state actors*, soit toujours facile à faire. Traditionnellement, les seuls acteurs du droit international sont les États. Or actuellement, nous constatons que les entreprises deviennent de véritables acteurs sur la scène internationale, prenant en charge des missions souvent politiques, d'éducation par exemple, dans les pays où elles sont implantées. Or le poids financier des grandes entreprises dépasse de loin le poids financier de certains États.



Mais les acteurs se sont également diversifiés du côté des acteurs civiques. Dans ce colloque, une importance particulière a été accordée, à juste titre, aux acteurs civiques que sont les organisations non gouvernementales. Et les avocats sont les passeurs entre d'une part le juge (national ou international), acteur étatique, et d'autre part les entreprises et les citoyens, acteurs économiques et civiques.

Ce panorama nouveau a mené au renouvellement du vocabulaire juridique. Ce n'est pas un hasard si nous parlons, depuis quelques années maintenant, de « responsabilité sociale de l'entreprise ». Cela correspond à l'importance prise, au plan social, par les entreprises, et ce n'est pas un hasard non plus si le thème de la justice sociale est de plus en plus présent au niveau international. Les États ont même été appelés à célébrer une journée mondiale de la justice sociale. Le Secrétaire général des Nations Unies a insisté – ce qui conduit au thème proprement dit du colloque – sur le fait que cette justice sociale est le fondement de la stabilité nationale et de la prospérité mondiale. C'est le moyen de favoriser une croissance placée sous le signe de l'équité, et de réduire au minimum les risques de troubles sociaux. Il y a, en effet, un lien entre les troubles sociaux, et ces situations de conflit, qui fondent le thème général du colloque : « la responsabilité internationale des entreprises dans les zones de conflit ».

Cela étant, l'expression de « responsabilité sociale de l'entreprise » se situe principalement dans la *soft law*. Nous retrouvons ici le débat récurrent depuis le début du colloque, entre *soft law* et *hard law*. Je pense que nous avons besoin des deux. Nous avons besoin de la *soft law* pour sensibiliser aux problèmes actuels, de façon souple, proche du monde réel. Mais nous avons également besoin de la *hard law*, noyau dur de référence, pouvant fonctionner comme un aiguillon pour obtenir un véritable respect de la *soft law*. En termes de « responsabilité », il faut donc se méfier des *false friends*. Quand nous traduisons responsabilité par *responsibility* en anglais, le sens n'est pas exactement le même. Cela a été très bien dit. C'est le terme *accountability* qui implique des réponses juridictionnelles, le thème de cet après-midi concernant précisément les réponses des juridictions, des réponses qui se situent dans le domaine de la *hard law*.

Or ces réponses sont extrêmement difficiles à mettre en œuvre au plan international. A partir de quelle loi, par quel juge, avec quelle police ? A l'heure actuelle, la question de la justiciabilité des entreprises se pose de façon asymétrique, au plan international. Une entreprise peut faire valoir ses droits contre les États. Elle peut agir en Europe devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Elle peut agir comme investisseur privé, devant le Centre International pour le Règlement des Différends liés aux investissements, le CIRDI. En revanche, une entreprise ne peut pas faire l'objet d'une requête devant la Cour européenne des Droits de l'Homme pour violation des Droits de l'Homme, ni se voir imputer des crimes par la Cour pénale internationale.

La question de la justiciabilité appellerait donc une réponse négative et brève : elle n'existe pas.

Ou plutôt, elle n'existe pas encore, car en réalité, la situation a évolué. C'est la raison pour laquelle j'évoquais les forces imaginantes du droit. A l'initiative d'acteurs civiques imaginatifs, de nouveaux processus de judiciarisation sont en train de se mettre en place. Ce n'est pas un hasard si ce colloque a été organisé par des avocats, par l'American Bar Association, et le Conseil des Barreaux français. Il témoigne de l'émergence de nouvelles réponses, notamment face aux problèmes apparus dans les zones de conflit.

On peut observer deux types de problèmes, qui parfois s'enchevêtrent :

- la commission de crimes graves, au sens du statut de la Cour pénale internationale. Comment rendre responsables les entreprises quand elles sont complices ou coauteurs de crimes relevant du statut de la Cour pénale, c'est-à-dire des crimes internationaux « les plus graves » ;
- le problème, plus large, de la violation des Droits de l'Homme.



La relation n'est pas symétrique, car tous les crimes du statut de la Cour sont des violations des Droits de l'Homme, mais toutes les violations des Droits de l'Homme ne sont pas des crimes. Il faut, par conséquent, séparer les deux questions pour faire le point des solutions extrêmement diverses et complexes, qui se mettent en place.

La responsabilité pour crimes internationaux

Si je commence par la question la plus étroite, et la plus précise, à savoir celle de la responsabilité pour crimes internationaux, c'est pour rappeler que le lien entre les crimes les plus graves et les activités économiques existe depuis Nuremberg. Le Tribunal de Nuremberg avait jugé de hauts dirigeants d'entreprises, et condamné certains pour avoir aidé à commettre des crimes, soit en fournissant le gaz toxique pour les camps de concentration en sachant que celui-ci allait être utilisé pour exterminer des êtres humains ; soit en faisant travailler la main-d'œuvre servile dans leurs usines, cautionnant la déportation, l'assassinat et autres mauvais traitements et parfois y contribuant ; soit en soutenant financièrement les criminels S.S. ; soit en enrichissant leurs entreprises par le pillage de biens dans l'Europe occupée. On cite généralement le procès contre *IG Farben Trust*, *Flick Trust* et *Krupp Firm* pour esclavage et torture. Certains cas ont également été jugés par un tribunal militaire britannique, comme ce cas, jugé en 1946, pour fourniture d'un pesticide utilisé dans des chambres à gaz, *Zyklon case*¹².

Toutefois, l'implication des entreprises n'a pas cessé avec la fin de la Seconde Guerre mondiale, bien au contraire, car les facultés de communication, dans un monde interconnecté, créent de nouvelles opportunités, surtout dans le contexte actuel, déjà évoqué, où certaines entreprises transnationales disposent d'un pouvoir économique considérable.

Par conséquent, qui est compétent ? Plusieurs réponses sont possibles : la Cour pénale internationale ou les juridictions nationales. C'est le panorama que vous nous avez donné.

Pour ce qui est de la Cour pénale internationale, elle n'a encore, à l'heure actuelle, poursuivi ou jugé aucun responsable économique, à ma connaissance. Pourtant, au moment de la mise en place du bureau du procureur, M. Louis Moreno Ocampo avait annoncé la création de tout un département, et le lancement de toute une réflexion sur le lien entre la criminalité internationale grave, et la globalisation économique. Il avait annoncé des investigations d'une importance cruciale, pour prévenir la commission des crimes internationaux. Cette annonce n'a, jusqu'à présent pas été suivie d'effets, si ce n'est dans une affaire, en cours d'investigation, concernant le Kenya, et le responsable d'une entreprise de radiodiffusion, qui semblait impliqué dans les faits concernés. C'est une entreprise d'un type un peu particulier.

Cela étant, de nombreux rapports établissent que des comportements d'entreprises, notamment dans la région des Grands Lacs d'Afrique, pourraient bien constituer des cas de complicité ou de coaction. Plus systématiquement, cela a été dit assez clairement, une entreprise peut être impliquée dans ce type de crimes de plusieurs manières : la fourniture de biens ou de services ayant contribué aux crimes – ce qui pose le problème de la conscience de servir par la fourniture de ces biens ou services à la commission des crimes –, et, plus directement, les entreprises qui s'engagent elles-mêmes dans l'exploitation illégale de ressources naturelles et autres richesses, car elles seraient nécessaires à leur propre chaîne d'approvisionnement. Dans ces situations, il faudrait rendre possibles les poursuites devant la Cour pénale internationale. L'obstacle généralement avancé comme argument juridique est le fait que le statut de la Cour pénale internationale, à la différence du statut de Nuremberg, ne prévoit pas la responsabilité pénale des personnes morales. On pourrait néanmoins appliquer la responsabilité du dirigeant, mais cela

¹² Wolfgang Kaleck et M. Saage-Maab, "Corporate accountability for human rights violations amounting to international crimes", JICJ. 8 (2010). 699-724; cf en France question du rôle SNCF ds transport au camp de Drancy tranchée par avis CE constatant indemnisation des V, aff Liepietz, CE 6 févr 2009



suppose des problèmes de preuves beaucoup plus complexes. Une modification du statut serait donc peut-être à envisager sur ce point.

En pratique, le relais est pris par les juridictions nationales. Nous avons évoqué le rôle des juridictions néerlandaises, ainsi que les exemples canadiens. En France, la proposition de loi, évoquée par Simon Foreman, va être discutée à l'Assemblée prochainement. Elle étendrait le principe de compétence universelle à l'ensemble des crimes internationaux, relevant du statut de Rome, à savoir les crimes contre l'humanité, et les crimes de guerre. Cela peut changer beaucoup de choses. Cette loi ne comporte qu'un seul article : la modification d'un texte du code de procédure pénale, sur la compétence territoriale du juge français, concernant ce type d'infractions.

C'est un texte qui peut paraître extrêmement modeste. Il peut, en réalité, bouleverser la situation, si nous voulons bien nous souvenir de deux spécificités du droit français :

- le principe général de responsabilité pénale des personnes morales, introduit au coup par coup, puis généralisé. Tout nouveau crime entraîne automatiquement la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales, sauf exceptions explicites ;
- le système français particulier de la constitution de partie civile. La constitution de partie civile fait que, malgré un classement du procureur, le procès est ouvert et l'affaire portée devant un juge.

Pour le moment, les débats ne sont pas clos. Le rapporteur est un peu en retrait, à la Commission des Lois du Sénat, par rapport au texte d'origine. Il voudrait réintroduire le monopole des poursuites réservées au Parquet, ce qui limiterait l'impact du texte. Nous ne sommes cependant pas à la fin des débats. Si la proposition de loi était adoptée dans les termes actuels, la compétence universelle, à condition de renforcer singulièrement le pôle des juges, constituerait un changement considérable de l'équilibre. La France risquerait de recevoir beaucoup de plaintes contre des multinationales du monde entier.

Il s'agit de l'aspect pénal. Le débat était cependant beaucoup plus large que ce simple aspect pénal.

La responsabilité pour violation des droits de l'homme

Les violations des droits de l'homme peuvent constituer des crimes, mais ne relevant pas nécessairement du statut de la Cour pénale internationale. Ce problème se pose donc en des termes beaucoup plus vastes et diversifiés. Lors d'une violation des droits de l'homme, quelle est la réponse juridique au niveau international ? C'est le plus souvent une réponse de *soft law*, le *global compact*, les instruments qui ont suivi, comme les principes directeurs de l'OCDE et des Nations Unies, ou le rapport Ruggie sur les Droits de l'Homme et les sociétés transnationales, (rapport *Protect Respect and Remedy*), mais ce dernier reste assez vague. La protection contre les risques figure dans le rapport Ruggie, mais elle n'englobe ni les violations, ni les abus ; le respect est imposé par le concept de « *due diligence* », dont nous avons parlé à plusieurs reprises, mais il est malgré tout imprécis dans son contenu ; enfin la notion de « *remedy* » ne suffit pas à définir les conditions du droit à un juge, du droit à un recours effectif.

Au niveau international, nous n'avons, par conséquent, pas de réponse juridictionnelle. Il faudrait imaginer la création d'une juridiction spécifique. Un exemple n'a pas été mentionné. L'Union Africaine a créé une Cour de Justice, qui s'est vue élargie par la suite, pour devenir Cour de Justice et des Droits de l'Homme. Il est question, à l'heure actuelle, de créer au sein de la section Droits de l'Homme de la Cour africaine de Justice, une section pénale pour juger les crimes internationaux relevant du statut de Rome. Nous aurions donc une juridiction internationale régionale, qui nous donnerait l'exemple d'une jonction entre le droit du commerce, le droit des



Droits de l'Homme, et le droit pénal international. Nous pouvons ajouter cet exemple à notre panorama déjà très vaste.

Pour le reste, le débat est ramené au niveau national. Or le niveau national est d'une complexité extrême, car il renvoie soit à la juridiction civile, soit à la juridiction pénale. Toutefois, quand nous parlons de juridiction civile à la façon américaine, c'est une juridiction qui peut prononcer des *punitive damages*, des sanctions punitives. Ce n'est donc pas éloigné d'une juridiction pénale, s'agissant de sanctions pécuniaires. La question est également complexe, car, en termes de compétences, il s'agit soit du pays d'origine, soit du pays d'implantation, soit de la compétence universelle.

Le pays d'origine n'est généralement pas très motivé pour poursuivre ses propres entreprises, qu'il s'agisse de droit civil ou de droit pénal. En droit civil, l'utilisation du droit international privé a été évoquée. Il permet de protéger l'entreprise dont l'implantation se trouve dans le pays concerné. L'Union européenne a un peu évolué sur ce point. Elle prévoit une compétence obligatoire pour les personnes physiques ou morales domiciliées dans un État membre. Cela permet de lever certains obstacles, mais uniquement en droit civil. Du point de vue pénal, le grand principe est la territorialité, qui renvoie plutôt au pays d'implantation qu'au pays d'origine. Un principe subsidiaire de compétence personnelle active permet malgré tout d'utiliser la voie pénale, mais avec des conditions assez restrictives, comme le principe de double incrimination. C'est ainsi que peu d'affaires peuvent réellement aboutir dans le pays d'origine, à un procès pénal.

Quant au pays d'implantation, il n'a généralement pas les moyens de mener lui-même l'enquête, et de juger lui-même l'affaire. Il n'est pas non plus très motivé à le faire, car il craint de décourager les investisseurs. Une affaire en cours est malgré tout intéressante. Elle concerne l'Équateur, et la société Texaco, filiale de Texaco Petroleum Company, rachetée par Chevron. Entre 1967 et 1990, cette filiale de Texaco avait exploité dans la forêt amazonienne de l'Équateur, 80 % des ressources nationales pétrolifères, avec des effets désastreux pour l'environnement : pollution de l'eau, disparition de la vie maritime, et, pour la population, des maladies graves. La population de l'Équateur a effectué des recours. Ces recours ont initialement été portés devant la Cour Fédérale américaine, qui s'est déclarée incompétente, et qui a estimé que cela relevait du pays d'implantation. Or, l'Équateur a joué le jeu, et un tribunal, après plusieurs années de procédures, en 2011, a condamné le groupe pétrolier à payer 8 milliards de dollars en dommages et intérêts. Pour la première fois, un groupe indigène poursuivait une multinationale dans le pays où le délit avait été commis, et gagnait son procès. L'affaire n'est pas terminée, car à ma connaissance, le groupe devenu Chevron dans l'intervalle, a utilisé toute une série de voies de droits pour empêcher la mise à exécution du jugement. Une plainte pour fraude déposée contre les plaignants équatoriens, fondée sur la redoutable loi RICCO a permis au juge américain de bloquer l'exécution du jugement équatorien en lançant une injonction sans précédent car interdisant d'exécuter le jugement à l'échelle mondiale (*world wide antisuit injunction*). Cela montre la difficulté concrète de la solution consistant à juger l'affaire en appliquant la territorialité dans le pays d'implantation.

Il reste la compétence universelle, qui est essentiellement pratiquée par le droit américain. Je n'évoquerais pas la loi Dodd-Frank, car ce n'est pas une référence directe au droit international, mais une référence au droit américain, et la loi est trop récente pour en apprécier l'impact sur les problèmes qui nous intéressent ici. En revanche, les intervenants ont longuement parlé, et cela méritait ces développements, de la loi de 1789, *Alien Tort Claims Act*, qui était tombée dans l'oubli, et renaît depuis quelques années. Elle ne s'applique pas seulement aux violations des États ou de leurs agents, comme l'avait admis la Cour suprême dans l'affaire *Sosa v. Alvarez machain* n 2004, mais s'étend aux individus et aux entreprises transnationales. C'est l'affaire *Doe vs Unocal*, en 1998,



qui lance le mouvement, et déclenche toute une série de plaintes déposées contre de nombreuses entreprises transnationales. Un tel mouvement vient cependant d'être freiné par la Cour Suprême, saisie dans une affaire *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* où la cour d'appel (second circuit) avait exclu l'application de l'*Alien Tort* aux personnes morales. L'opinion majoritaire s'était focalisée, pour refuser l'applicabilité de la responsabilité civile – mais pour les *torts*, et avec les *punitive damages*, donc un civil punitif – aux entreprises transnationales, sur un argument de droit comparé : l'absence de responsabilité des personnes morales, pour graves violations des droits de l'homme dans les pays de tradition romano-germanique. J'ai moi-même participé à un mémoire *d'amicus curiae*, pour montrer que l'opposition s'était atténuée. Dans les systèmes romano-germaniques, certains pays ont désormais la responsabilité pénale des personnes morales, à commencer par la France. Par ailleurs, il n'y a pas de grande différence entre les dommages punitifs, et les sanctions strictement pénales. Il est intéressant de noter que le juge dissident, le juge Leval, a un autre argument, consistant à dire que si l'on applique, au plan universel, les dommages et intérêts punitifs aux personnes physiques, il n'y a pas de raison de les exclure pour les personnes morales.

Nous en attendions le jugement la Cour Suprême lors du colloque. Finalement ce jugement du 17 avril 2013 confirme l'arrêt d'appel en jugeant irrecevable l'action des plaignants nigériens pour complicité avec les forces de police dans la commission de crimes graves, allant jusqu'au viol et à l'assassinat. Mais la motivation a orienté le débat autrement. La majorité se fonde notamment sur une présomption contre l'extraterritorialité. En revanche l'opinion concurrente du juge Breyer, rejoint par trois autres juges, conteste les arguments de la majorité et entrouvre une voie qui permettrait de retenir la responsabilité des entreprises, en particulier pour des crimes, comme la torture ou le génocide, qui seraient l'équivalent de la piraterie à l'époque de l'*Alien Tort Statute*, faisant des auteurs des « ennemis du genre humain » qui ne doivent trouver refuge en aucun pays.

Si j'ai personnellement participé au mémoire soutenant qu'il fallait maintenir la jurisprudence antérieure, c'est dans une perspective seulement transitoire. Car je ne crois pas que la manière de résoudre le problème soit de développer sans limites une compétence universelle. Soit elle se limite à quelques pays, qui sont forcément les pays les plus puissants, et nous créons à cet instant une inégalité forte entre les pays ayant les moyens d'appliquer la compétence universelle, et ceux qui n'en ont pas les moyens. Soit nous arrivons à l'étendre au monde entier, mais vous imaginez le chaos dans lequel nous nous trouverions, si n'importe quel comportement, de n'importe quelle entreprise, pouvait être poursuivi dans n'importe quel pays, devant n'importe quelle juridiction.

Je crois que la compétence universelle, en la matière, est un stimulant pour une période de transition, un moyen d'éveiller l'attention des juges.

Quelle serait la solution ? L'idéal serait une juridiction pénale internationale, mais il faudra attendre encore plusieurs décennies, voire davantage, pour que les États soient d'accord pour créer ce genre de juridiction. Plus modestement, nous pourrions imaginer une convention internationale, sur les violations du droit international des Droits de l'Homme par les entreprises. En outre, pour tenir compte des difficultés du pays d'implantation, qui doit continuer à attirer des investissements, il est peut-être préférable de donner compétence au pays d'origine, mais à deux conditions : limiter l'arbitraire de la décision du juge – c'est la fameuse clause *forum non conveniens* –, en précisant les critères d'un éventuel renvoi, et garder la compétence du pays d'implantation comme seconde possibilité, en donnant les moyens à ce pays de mener l'enquête, et d'assurer l'exécution du jugement, en cas de renvoi de l'affaire. Je pense ici au jugement équatorien, dont je parlais tout à l'heure. Il est rendu, mais ne peut être exécuté. Enfin, il faudrait peut-être prévoir une police mondiale, ou une coordination des polices nationales, permettant de recueillir les preuves en ces matières particulièrement difficiles.



En conclusion, quels que soient les dispositifs utilisés pour assurer l'opposabilité des droits sociaux aux entreprises transnationales, et surtout leur justiciabilité – c'est-à-dire assurer la possibilité de recours, qu'il soit civil, pénal ou administratif, et que le juge soit national ou international – cela ne deviendra effectif, j'en suis convaincue, que sous la pression d'une participation citoyenne. Ce sont encore les acteurs civiques, qui sous des formes diverses, peuvent et doivent jouer le rôle d'aiguillon. D'où l'importance de l'aide aux victimes. La reconnaissance de *l'Alien Tort Statute*, dans les années 1980, est venue de soutiens actifs du Centre des droits constitutionnels américain.

Plus largement, les mouvements, comme tous ceux qui ont été cités et représentés ici, jouent un rôle essentiel dans le processus de responsabilisation. Il faut également citer les interventions de tiers à l'instance. La notion *d'amicus curiae*, propre au droit anglo-américain, a intérêt à être étendue ailleurs, ou commence à l'être. Nous en voyons des applications aujourd'hui en France. C'est tout à fait nouveau, et c'est une procédure qui contribue à mettre en mouvement, à mettre en musique les instruments théoriques. Il y a également l'action des groupements, soit les *class actions*, devant les juridictions civiles, à la manière américaine, soit la constitution de partie civile, à la manière du droit français, soit, dans certains cas, le rôle de *l'ombudsman*.

Quelle que soit la forme prise, le rôle du citoyen est, en définitive, essentiel. C'est la raison pour laquelle, M. le Bâtonnier, ainsi que vos confrères et toutes les personnes ayant participé à ce colloque, vous agissez et vous nous incitez à agir en citoyens du monde. Merci à vous.

Biography	Biographie
<p>Mireille Delmas-Marty is honorary professor and the Chair director of Comparative Legal Studies and Law Internationalization at the College de France since November 2002.</p> <p>She has taught in many foreign universities such as the University of Bangui (1978), Sao Paolo (1980), Maracaibo, Montreal (1983), Brussels (1997) and Florence (Academy of Europe in 1997 and the European University Institute in 2001-2002).</p> <p>Former Director of the École doctorale de droit comparé de Paris (between 1997 and 2002), she is the founder of the European criminal research Association (1991), a member of the High Council for Science and technology since 2006 and also an administrator of the Bibliothèque nationale de France.</p> <p>Moreover, Mireille Delmas-Marty was a member of the French Advisory Committee on Ethics between 2003 and 2008.</p> <p>In May 22, 2007, she was elected to the Moral and Political Sciences Academy, replacing Jean Cazeneuve in the «moral and sociological» department.</p>	<p>Mireille Delmas-Marty est professeur honoraire et dirige depuis novembre 2002 la Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit au Collège de France.</p> <p>Elle a enseigné dans de nombreuses universités étrangères telles que les universités de Bangui (en 1978), de Sao Paolo (en 1980), de Maracaibo, de Montréal (en 1983), de Bruxelles(en 1997) et de Florence (Académie de droit européen en 1997 et Institut universitaire européen en 2001-2002).</p> <p>Ancienne directrice de l'École doctorale de droit comparé de Paris (entre 1997 et 2002), elle est la fondatrice, en 1991, de l'Association de recherches pénales européennes (ARPE) et est membre du Haut Conseil de la science et de la technologie depuis 2006 ainsi qu'administratrice de la Bibliothèque nationale de France.</p> <p>Ses compétences lui ont valu d'être également membre, entre 2003 et 2008, du Comité consultatif national d'éthique.</p> <p>Le 22 mai 2007, elle est élue à l'Académie des sciences morales et politiques en remplacement de Jean Cazeneuve à la section « morale et sociologique ».</p>



DETAIL DU PROGRAMME | DETAILED PROGRAM

COLLOQUE

ABA Defending Liberty Pursuing Justice
AMERICAN BAR ASSOCIATION

Conseil National
des Barreaux

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DES ENTREPRISES EN ZONES DE CONFLIT

Interprétariat français/anglais



Jeudi 21 mars 2013
8h - 18h

Centre de conférence ministériel
Ministère des affaires étrangères
27, rue de la Convention
75015 Paris

En partenariat avec  LexisNexis® LA VERBALE JURISPRUDENCE


CONFERENCE

ABA Defending Liberty Pursuing Justice
AMERICAN BAR ASSOCIATION

Conseil National
des Barreaux


International Corporate Liability in Conflict Zones

Translation English/French






Thursday, March 21, 2013
8 am - 6 pm

Centre de conférence ministériel
Ministère des affaires étrangères
27, rue de la Convention
75015 Paris

In partnership with  LexisNexis® LA VERBALE JURISPRUDENCE



 	
8h00 - 9h00	Accueil et enregistrement des participants
9h00 - 9h30	Propos d'accueil et ouverture
<p>Laurent Fabius, Ministre d'Etat, Ministre des affaires étrangères et européennes (intervenant pressenti) Charles H. Rivkin, Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique en France et à Monaco (intervenant pressenti) Christian Charrière-Bournazel, Président du Conseil national des barreaux (confirmé) Laurel G. Bellows, Présidente de l'American Bar Association (intervenant pressenti)</p>	
Table ronde 1	Activités économiques des entreprises et droits de l'homme
<p>Moderateur : Bertrand Debosque, Président de la Commission des affaires européennes et internationales du Conseil national des barreaux (confirmé)</p>	
9h30 - 9h50	Un cadre pour les affaires et les droits de l'homme François Zimeray, Ambassadeur pour les Droits de l'homme, France (confirmé) Michael Posner, Secrétaire d'Etat pour la démocratie et les droits de l'homme, Etats-Unis (intervenant pressenti)
9h50 - 10h10	Droit international pénal : un nouveau champ de responsabilité pour les dirigeants d'entreprises Elise Groulx, Ad.E., Boyle, Autry & Murphy, Washington D.C., Of Counsel, Hincker & Associés, Présidente d'honneur du Barreau pénal international (confirmée)
10h10 - 10h30	Les juridictions compétentes pour connaître de la responsabilité des dirigeants d'entreprises et des sociétés Ken Gallant, Professeur de droit à l'Université de l'Arkansas (confirmé)
10h30 - 10h45	Pause – café
Table ronde 2	Activités économiques des entreprises et responsabilité : devoir de vigilance des entreprises, rôle des avocats et des organisations non-gouvernementales
<p>Moderateur : Deborah Enix-Ross, ABA Center for Human Rights (confirmée)</p>	
10h45 - 11h15	Devoir de vigilance des entreprises agissant dans les zones de conflit Peter Herbel, Directeur juridique, Total S.A (confirmé) Jeffrey Collins, Senior Counsel, Compliance and Policy, Chevron Corporation (confirmé)
11h15 - 11h45	Activités économiques, droits de l'homme et rôle des organisations non gouvernementales William Bourdon, Avocat, Président de Sherpa (confirmé) Elisa Massimino, Directeur général, Human Rights First (intervenant pressenti)
11h45 - 12h15	Rôle des avocats et des juristes d'entreprises opérant dans les zones de conflit John Sherman III, General Counsel & Senior Advisor, Shift (confirmé) Daniel Soulez-Larivière, Avocat au barreau de Paris (intervenant pressenti)
12h15 - 12h45	Débats et échanges avec la salle
En partenariat avec 	

 	
8:00 - 9:00	Welcome and Registration of Participants
9:00 - 9:30	Introduction and Opening Ceremony
<p>Laurent Fabius, Minister of State, Minister of Foreign and European Affairs (potential speaker) Charles H. Rivkin, United States Ambassador in France and Monaco (potential speaker) Christian Charrière-Bournazel, President of the Conseil National des Barreaux (confirmed) Laurel G. Bellows, President of the American Bar Association (potential speaker)</p>	
Roundtable 1	Business and Human Rights
<p>Moderator : Bertrand Debosque, President of the Commission on European and International Affairs of the Conseil National des Barreaux (confirmed)</p>	
9:30 - 9:50	A Framework for Business and Human Rights François Zimeray, French Ambassador for Human Rights (confirmed) Michael Posner, Assistant Secretary of State for Democracy, Human Rights, and Labor (DRL) of the United States (potential speaker)
9:50 - 10:10	International Criminal Law : A New Area of Responsibility for Business Leaders Elise Groulx, Ad.E., Boyle, Autry & Murphy, Washington D.C., Of Counsel, Hincker & Associés, Founding and honorary president of the International Criminal Bar (ICB) (confirmed)
10:10 - 10:30	Competent Jurisdictions on the Responsibility of Business Leaders and Corporations Ken Gallant, Professor of Law at the University of Arkansas (confirmed)
10:30 - 10:45	Coffee Break
Roundtable 2	Business and Responsibility : Due Diligence Responsibility of Businesses, the Role of Lawyers and Non-Governmental Organizations
<p>Moderator : Deborah Enix-Ross, ABA Center for Human Rights (confirmed)</p>	
10:45 - 11:15	Best Business and Due Diligence Practices for Corporations active in Conflict Zones Peter Herbel, General Counsel, Total S.A. (confirmed) Jeffrey Collins, Senior Counsel, Compliance and Policy, Chevron Corporation (confirmed)
11:15 - 11:45	Business, Human rights and the Role of Non-Governmental Organizations William Bourdon, Lawyer, President of Sherpa (confirmed) Elisa Massimino, Executive Director, Human Rights First (potential speaker)
11:45 - 12:15	Professional liability of Corporate Lawyers Advising Clients who operate in Conflict Zones John Sherman III, General Counsel & Senior Advisor, Shift (confirmed) Daniel Soulez-Larivière, Lawyer, Bar of Paris (potential speaker)
12:15 - 12:45	Debate and Knowledge-Sharing
In partnership with 	



12h45 - 14h30

Déjeuner sur place en présence de Fatou Bensouda, Procureur en chef de la Cour pénale internationale (confirmée)

Table ronde 3

La responsabilité des entreprises confrontées au respect des droits de l'homme
La réponse des juridictions

14h30 - 15h45

Les exemples américains

Modérateur :

Hon. Thomas Buergenthal, Ancien juge à la Cour internationale de justice, Faculté de droit de l'Université George Washington (intervenant pressenti)

Responsabilité des entreprises en application de l'Alien Tort Claims Act

Paul Hoffman, Avocat, Schonbrun DeSimone Seplow Harris Hoffman & Harrison, LLP (intervenant pressenti) ou Kathleen Sullivan, Faculté de droit de l'Université de Stanford (intervenant pressenti)

Pamela Merchant, Directrice générale et Présidente du Center for Justice & Accountability (intervenant pressenti)

Nouveaux développements des poursuites civiles et pénales au Canada contre les entreprises agissant dans les zones de conflit

Ian Binnie, Ancien juge à la Cour Suprême, Canada (confirmé)

Helene Dragatsi, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (confirmée)

Le point de vue de l'entreprise

15h45 - 17h00

Les exemples européens

Modérateur : Paul-Albert Iweins, Ancien président du Conseil national des barreaux (confirmé)

Instructions en France des affaires concernant les entreprises agissant dans les zones de conflit

Simon Foreman, Avocat au Barreau de Paris, Président de la Coalition française pour la Cour pénale internationale (confirmé)
Juge d'instruction français

La responsabilité des dirigeants d'entreprise et la complicité des sociétés en cas de crimes internationaux – affaires instruites aux Pays-Bas

Martin Witteveen, Procureur, Ministère de la justice des Pays-Bas (confirmé)

Larissa Van Den Herik, Professeur de droit à l'Université de Leyden (confirmée)

Le point de vue de l'entreprise

Yannick Chalmé, Président du Cercle Montesquieu (confirmé)

17h00 - 17h30

Débats et échanges avec la salle

17h30 - 18h00

Synthèse

Mireille Delmas-Marty, Professeur au Collège de France (intervenant pressenti)

18h00

Clôture

Christian Charrière-Bournazel, Président du Conseil national des barreaux (confirmé)
Laurel G. Bellows, Présidente de l'American Bar Association (intervenant pressenti)

En partenariat avec



12:45 - 2:30

Conference Lunch in the presence of Fatou Bensouda, Chief Prosecutor of the International Criminal Court (confirmed)

Roundtable 3

Liability of Businesses and the Respect of Human Rights :
Reponses from Different Jurisdictions

2:30 - 3:45

American Examples

Moderator : Hon. Thomas Buergenthal, Former Justice International Court of Justice, George Washington University Law School (potential speaker)

Case Law on Business Liability under the US Alien Tort Claims Act

Paul Hoffman, Attorney, Schonbrun DeSimone Seplow Harris Hoffman & Harrison, LLP (potential speaker) or Kathleen Sullivan, Faculty of Law, University of Stanford (potential speaker)

Pamela Merchant, Executive Director and President of the Center for Justice & Accountability, (potential speaker)

Criminal Liability Mechanisms and Civil Litigations - New Developments in Canada against Corporations Operating in Conflict Zones

Ian Binnie, Former Supreme Court Judge, Canada (confirmed)

Helene Dragatsi, Lawyer, Bar of Quebec (confirmed)

The view of businesses

3:45 - 5:00

European Examples

Moderator : Paul-Albert Iweins, Former President of the Conseil National des Barreaux (confirmed)

Judicial Investigations in France on Corporate Practices in Conflict Zones

Simon Foreman, Lawyer, President of the French Coalition for the International Criminal Court (confirmed)
French Investigations Judge

Business Leaders' Liability and Corporate Complicity if International Crimes are committed – Cases from the Netherlands

Martin Witteveen, Prosecutor, Minister of Justice of the Netherlands (confirmed)

Larissa Van Den Herik, Professor of Law at the University of Leiden (confirmed)

The view of businesses

Yannick Chalmé, President of Cercle Montesquieu (confirmed)

5:00 - 5:30

Debate and Knowledge-Sharing

5:30 - 6:00

Conclusion

Mireille Delmas-Marty, Professor at Collège de France (potential speaker)

6:00

Closing Ceremony

Christian Charrière-Bournazel, President of the Conseil National des Barreaux (confirmed)
Laurel G. Bellows, President of the American Bar Association (potential speaker)

In partnership with





**« La responsabilité internationale
des entreprises en zones de conflit »**

Colloque - Jeudi 21 mars 2013
Ministère des affaires étrangères
27 rue de la Convention – 75015 Paris

En partenariat avec  LexisNexis 



**« International Corporate Liability
in Conflict Zones »**

Conference - March 21, 2013
Ministère des affaires étrangères
27 rue de la Convention – 75015 Paris

En partenariat avec  LexisNexis 

© Conseil national des barreaux | Tous droits réservés

22 rue de Londres

75009 Paris

Tél. 01 53 30 85 60 | Fax. 01 53 30 85 62

www.cnb.avocat.fr | international@cnb.avocat.fr



22, rue de Londres - 75009 Paris
Tél. : 01 53 30 85 60 - Fax : 01 53 30 85 61
cnb@cnb.avocat.fr - www.cnb.avocat.fr
