



**Le crime de colonisation par
peuplement**

**Étude de cas sur les activités
économiques des entreprises françaises
au Sahara Occidental**

Antoine Quéré

Remerciements

Je remercie avant tout ma mère, pour ses relectures sans lesquelles la forme pénaliserait certainement le fond de ce travail.

Merci aux Amis du Peuple du Sahara Occidental (APSO), au Centre d'Études et de Documentation Franco-Sahraoui, Ahmed Baba MISKE, à Monsieur Hamza Hadj Chérif et à Monsieur Juan Francisco Soroeta.

Je remercie enfin, pour ses conseils et sa disponibilité, Monsieur Ghislain Poissonnier¹.

¹ Les opinions présentées dans ce mémoire n'engagent que leur auteur et en aucun cas les personnes citées.

Notes préliminaires

Par souci de facilité de lecture, les notes de bas de page ne retranscrivent pas l'intégralité des éléments d'une référence, mais seulement les plus importants. Pour une vision complète des informations concernant la référence (lien URL notamment), il faut rechercher cette même référence dans la partie « Bibliographie » du présent mémoire.

Parmi les nombreuses sources qui seront utilisées, une d'entre elles ne sera pas citée. C'est une note de Monsieur Ghislain Poissonnier (en collaboration avec d'autres personnes) traitant de la colonisation israélienne en tant que crime de guerre dont les juridictions françaises pourraient être saisies. Elle fait 53 pages et le document PDF est en notre possession. Nous remercions Madame Hélène Legeay pour nous l'avoir transmis. Selon Monsieur Poissonnier, la note n'ayant pas été publiée, elle ne peut pas être citée. La plupart des réflexions présentes dans cette note sont de toute façon également présentes dans un article de Monsieur Poissonnier co-écrit avec Monsieur Eric David, que nous citerons.

Le territoire du Sahara Occidental est divisé en deux : le Maroc en contrôle plus de 80 % à l'ouest du mur de séparation et la RASD en contrôle moins de 20 % à l'est du même mur. Lorsque l'expression « Sahara Occidental » sera utilisée sans précision, le contexte permettra de déterminer de quelle zone nous parlerons, voire si l'on parle des deux zones réunies.

Les circonstances exceptionnelles liées à la crise sanitaire de ce début d'année 2020 ont rendu impossible l'accès aux bibliothèques universitaires et donc la consultation d'ouvrages en présentiel. Les sources numériques seront donc (malheureusement) privilégiées, même si nous avons eu le temps de consulter certains ouvrages avant le début des mesures de confinement.

Sommaire

[Une table des matières détaillée se trouve à la fin de ce document]

Première partie : La qualification de la situation géopolitique du Sahara Occidental : un juge pénal « diplomate » ?

Chapitre premier : Un imbroglio lexical qui contourne un terme tabou :
« occupation »

Chapitre second : Le constat d'une occupation notoire issue d'un conflit armé
international

Seconde partie : Le défi de l'imputation du crime aux entreprises françaises

Chapitre premier : Un défi procédural

Chapitre second : Les entreprises françaises et leur participation au transfert

Liste des abréviations

Abréviations liées aux notes de bas de page

- *Op. cit.* : Abréviations de la locution latine *opus citatum* (« œuvre citée », forme nominative) ou *opere citato* (« dans l'œuvre citée », ablatif du précédent). Utilisée pour faire référence à une source qui a déjà été citée antérieurement dans le document (mais pas la source directement précédemment citée). On se contente de rappeler le ou les auteurs et l'année de publication.

- *Ibid.* : Abréviations du mot latin *ibidem* qui signifie *au même endroit*. Utilisée pour faire référence à une source qui vient juste d'être citée précédemment.

Autres abréviations

- AGNU : Assemblée Générale des Nations Unies

- CAI / CANI : Conflit Armé International / Conflit Armé Non-International

- CGIV : Quatrième Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949

- CICR : Comité International de la Croix-Rouge

- CPI : Cour pénale internationale

- CSNU : Conseil de Sécurité des Nations Unies

- DIH : Droit International Humanitaire

- ETN : Entreprise Transnationale

- Front Polisario : forme abrégée de l'espagnol *Frente Popular de Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro* (*Front populaire de Libération de la Saguia el Hamra et du Rio de Oro*)

- HCR : Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés

- OLP : Organisation de Libération de la Palestine

- OUA : Organisation de l'Unité Africaine

- PA I : 1^{er} Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève

- RASD : République Arabe Sahraouie Démocratique

- WSRW : *Western Sahara Resource Watch*. ONG spécialisée sur les ressources naturelles au Sahara Occidental.

Si l'on veut que le droit international ne soit pas une coquille vide, un droit fantôme, un mirage ou une simple utopie, il importe de l'appliquer conformément à ce qu'il prévoit. C'est moins compliqué que d'« interpréter le monde » ou de « le transformer » : les textes sont clairs, il suffit de leur donner vie.²

La multitude des droits reconnus aux Sahraouis contraste cependant avec la rareté de leur mise en application dans les prétoires de par le monde. A tel point que l'on en vient à se demander si ce ne sont pas les systèmes judiciaires nationaux et internationaux eux-mêmes qui en seraient la cause, en ce qu'ils ne fourniraient pas de cénacle approprié à la mise en œuvre des droits que leurs systèmes juridiques respectifs prétendent protéger.³

*La existencia del pueblo se advierte
por las marcas y sus rasgos de identidad
que lo distinguen de los demás,
y por ellas lo conocerás.
Y si se aparta de sus huellas
su rastro será difícil de encontrar.⁴*

² DAVID Eric, "La responsabilité des entreprises privées qui aident Israël à violer le droit international", RBDI, 2012-1, Éditions *Bruylant*, Bruxelles, page 146. Les expressions entre guillemets se réfèrent ici à l'expression attribuée à Karl Marx [RUBEL Maximilien, *Thèses sur Feuerbach*, Œuvres, Paris, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1982, vol. III (Philosophie), p. 1033].

³ CHAPEAU Vincent, « Le Sahara occidental, 35 ans après l'avis de la cour internationale de justice » dans CHAPEAU Vincent (dir.), *Sahara occidental. Quels recours juridictionnels pour les peuples sous domination étrangère ? / Western Sahara. Which legal remedies for peoples under foreign domination ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, page 10.

⁴ Poème de Mohamed Mohamed Salem « Badi », Octobre 2010. Retranscrit dans ROBLES PICON Juan Ignacio et autres, « La poésie sahraouie dans la naissance de la conscience nationale », *Sahara occidental : mémoires, cultures, histoires*, Culture et politique, 24-25, 2015, § 12.

Introduction

Imaginons qu'un Français, Monsieur Dupont, souhaite partir en vacances après des mois de télétravail confiné. Au cours d'un apéritif dînatoire où il déguste de très bonnes sardines à l'huile, il apprend par un de ses amis que ce poisson a été pêché au large des côtes du Sahara Occidental et mis en boîte par la conserverie *Belma*, filiale de l'entreprise finistérienne *Chancerelle*. Il apprend également que dans ce territoire dont il n'a jamais entendu parler, il fait bon vivre et le soleil y brille toute l'année.

C'est décidé, il prend un vol Paris – *Dâkhla* opéré par *Transavia*, une filiale d'*Air France-KLM*. Une chance : la nouvelle liaison, qui le mène dans cette ville du Sud du Sahara Occidental vient tout juste d'être inaugurée. Les vols sont directs et bon marché. Sur place, il se fait accueillir par un hôte, mandaté par l'organisateur de séjour sportif *UCPA* qui le conduit à son bungalow. Monsieur Dupont va réaliser un rêve : pratiquer le *kite-surf*⁵. Dans ce spot mondialement connu, Monsieur Dupont s'adonne à ce sport pendant une semaine, encouragé par un moniteur très compétent. Chaque soir, il savoure de délicieuses salades de légumes. Des légumes cultivés localement par *Azura Group*. A la fin de sa semaine de vacances, Monsieur Dupont rentre à Paris, heureux, ayant fait le plein de soleil et de sensations fortes.

Concentré sur ses vacances, Monsieur Dupont n'a peut-être pas réalisé que son lieu de séjour était assez particulier.

Réalisons maintenant que le Sahara Occidental est occupé militairement par le Royaume du Maroc depuis 1975. Réalisons que des salariés marocains mettent en conserve au Sahara Occidental les sardines que Monsieur Dupont mangeait chez ses amis avant son départ, que des Marocains ont empruntés le même vol que lui pour se rendre à *Dâkhla*, que son hôte d'accueil était un Marocain salarié de l'entreprise qui organisait son séjour, tout comme son moniteur de *kite-surf*, et que les délicieux légumes qu'il mangeait chaque soir étaient cultivés par des agriculteurs marocains.

Imaginons enfin qu'un juriste se saisisse du Code pénal français et lise l'article 461-26 suivant : « ***Le fait de participer soit au transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante, d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe***, soit à la déportation ou au

5 Comme 30 000 Français chaque année qui se rendent à *Dâkhla*. Voir : TISSIER Manuel (et autres), "Maroc : Dakhla, nouvelle pépite du tourisme", Reportage diffusé sur France 2, 9 septembre 2019, [En ligne].

transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population civile de ce territoire, **est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.** »

Perplexe, ce juriste se demandera si la responsabilité pénale des entreprises françaises ayant permis à Monsieur Dupont de réaliser le voyage de ses rêves, peut, ou pas, être engagée au nom de cet article.

Définitions et contextualisation

« Sahara Occidental »

Le Sahara Occidental⁶ est un territoire d'Afrique du nord de 266 000 km², peuplé d'environ 650 000 habitants⁷. Il est situé au sud du Maroc, au nord et à l'ouest de la Mauritanie, au sud-ouest de l'Algérie et bordé par l'océan Atlantique à l'ouest⁸. Le Sahara Occidental constitue géographiquement une partie du célèbre désert éponyme.

Avant la colonisation espagnole de 1884, le Sahara Occidental était « cette mer de sable sans frontière que les caravanes [utilisaient] comme des convois un océan »⁹. L'aridité de ce territoire obligeait les populations à se nomadiser, ou à pratiquer localement l'élevage et la culture, dans les rares cas où les conditions étaient favorables¹⁰. Ce territoire était cependant peuplé et géré par le biais d'un réseau organisationnel et politique bien spécifique, celui des tribus. Un « désert se

6 L'expression « Sahara occidental » avec un « o » minuscule renvoie à une notion géographique (l'ouest saharien) tandis que l'expression « Sahara Occidental » (الصحراء الغربية) avec un « o » majuscule renvoie à une notion politique, celle d'État ou de pays. Cette interprétation nous a été confirmée par Madame Karine Bennafla, Professeure de géographie à l'Université Lyon III. Nous utiliserons donc l'expression « Sahara Occidental » pour ne pas réduire ce territoire à une entité géographique seulement, quand bien même le statut juridique de ce territoire n'est pas encore défini définitivement.

7 Selon l'agence de renseignement étasunienne (la *Central Intelligence Agency*), il y avait 603 253 habitants en 2017 et les estimations pour juillet 2020 sont de 652 271 habitants.

8 Une carte détaillée et problématisée du Sahara Occidental est disponible à l'Annexe n°1 : ACAT, "Sahara Occidental - La dernière colonie d'Afrique", Infographie de Loïc Ferrière pour *ACAT France*, 3 février 2017.

9 Nous apprécions l'expression du juge André Gros, issue de sa déclaration annexe à l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice du 16 octobre 1975 concernant le Sahara occidental (C.I.J. Recueil, p. 76, §11 de sa déclaration). Pour deux œuvres littéraires majeures sur la vie des nomades du désert, voir THOMAS EDWARD Lawrence, *Les Sept Piliers de la sagesse*, Traduction par Julien DELEUZE, *Gallimard*, 1992 ; et THESIGER Wilfred, *Le Désert des Déserts*, Traduction par Michèle BOUCHET-FORNER, *Pocket*, 1999.

10 Cour Internationale de Justice, *Sahara occidental*, Avis consultatif, C.I.J. Recueil, §87, p. 41, 16 octobre 1975.

distingue de la mer dans la mesure où une population, si clairsemée soit-elle, y vit, avec ses traditions et son histoire »¹¹.

Le Sahara Occidental, avant de devenir une colonie espagnole, n'était pas, une *terra nullius*. Le Roi d'Espagne, en 1884, prit le territoire « sous sa protection » sur la base d'accords conclus avec les chefs des tribus locales¹². Sa destinée changea avec le mouvement de décolonisation qui suivit la Seconde guerre mondiale.

En 1963 le Sahara Occidental est inscrit sur la liste des « territoires non-autonomes » de l'ONU, au titre du Chapitre XI (articles 73) de la Charte des Nations Unies. En 1964 l'Organisation de l'Unité Africaine proclame l'intangibilité des frontières coloniales¹³. Cependant, « il eut été trop beau de croire qu'une recommandation pouvait régler un problème aussi complexe. L'affaire du Sahara occidental en est l'illustration »¹⁴. En 1966 l'Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU) demande à l'Espagne d'organiser un référendum d'autodétermination¹⁵. L'Espagne accepte finalement en 1974, et les Nations Unies commencent à recenser le corps électoral en vue du référendum¹⁶. Ceci deviendra une question épineuse du conflit, toujours irrésolue.

Le 16 octobre 1975, date de l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur la question de la décolonisation du Sahara Occidental, constitue le point de départ de l'affrontement politique et militaire qui s'annonce¹⁷ ¹⁸. Tout en soulignant que ni le Maroc, ni la Mauritanie n'ont de souveraineté sur le Sahara Occidental, la CIJ concède qu'il existe des « liens juridiques » entre ces entités. Interprétant l'avis en sa faveur, le roi du Maroc Hassan II organise une marche de 350 000 civils volontaires en direction du Sahara Occidental. Précédée de 25 000 militaires et orchestrée sous la bénédiction des États-Unis et de la France¹⁹, la « Marche Verte »²⁰ pénètre le territoire

11 FLORY Maurice. « L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Sahara occidental », *Annuaire français de droit international*, Volume 21, 1975, p. 254.

12 *Op. cit.*, Avis consultatif de la CIJ de 1975, §81, p. 39.

13 Conférence de l'OUA, Résolution VII, 17-21, 1964, Le Caire.

14 *Op. cit.*, FLORY, 1975, p. 253. L'auteur fait référence ici à l'OUA, pas à l'ONU.

15 AGNU, Résolution 2229 (XXI), 20 décembre 1966. Citée dans WRANGE Pal, « Self-Determination, Occupation and the Authority to Exploit Natural Resources : Trajectories from Four European Judgments on Western Sahara », *Israel Law Review*, 52(1), 2019, p. 5.

16 RUCZ Claude, "Un référendum au Sahara occidental ?", *Annuaire français de droit international*, Volume 40, 1994, p. 255 et 256.

17 Pour une chronologie de ce conflit : MOHSEN-FINAN Khadija, « Chronologie – Conflit du Sahara Occidental, de la guérilla au gel durable », *Orient XXI*, 23 avril 2015 ; et *op. cit.*, Annexe n°1, Infographie de Loïc Ferrière, 2017.

18 Pour une introduction en images à ce conflit : Arte, « Le conflit du Sahara », Documentaire, *Les Mercredis de l'Histoire*, Date de diffusion non-connue, publié par ZoomNews sur Youtube le 17 avril 2018.

19 ZOUBIR Yahia, *Approche marocaine du territoire*, Communication donnée lors de : Université Picardie Jules Verne (direction scientifique : Marjorie Beulay), « Le Sahara occidental – Actualités d'une question ancienne », *Colloque pluridisciplinaire international*, 27 et 28 mai 2019 au Logis du Roy – Amiens, Actes pas encore publiés, [Vidéos en ligne].

20 En arabe : *المسيرة الخضراء*. L'adjectif qualificatif « verte » fait référence à la couleur de l'islam, et ainsi au titre de souveraineté spirituelle qu'aurait le Roi du Maroc sur le Sahara Occidental. Un Coran fut notamment distribué à

toujours sous contrôle espagnol le 6 novembre 1975. Cette opération de communication et de force est un succès : les civils marocains se retirent puis l'Espagne signe le 14 novembre 1975 un accord tripartite à Madrid avec le Maroc et la Mauritanie pour le partage du territoire entre ces deux dernières puissances. L'Espagne se retire du territoire début 1976, mais la guerre a déjà commencé.

En effet, les opérations militaires débutent entre la Mauritanie, le Maroc (aidés par la France) et les indépendantistes sahraouis (aidés par l'Algérie et la Libye). Le 27 février 1976 le Front Polisario²¹, mouvement indépendantiste sahraoui, fonde la République Arabe Sahraouie Démocratique (RASD). La Mauritanie se retire de la guerre en 1979 en s'accordant avec le Front Polisario²².

Un cessez-le-feu entre le Maroc et le Front Polisario n'est signé qu'en 1991²³ après la construction d'un long mur de sable par le Maroc à l'est du territoire, de 1980 à 1987²⁴. La paix n'a jamais été signée et le Royaume du Maroc occupe actuellement tout le territoire à l'ouest du mur (environ 80%), tandis que le Front Polisario et à travers lui la RASD, occupe le territoire à l'est du mur.

L'Organisation des Nations Unies est présente sur place depuis des décennies par le biais de la Mission des Nations Unies pour un Référendum au Sahara Occidental (MINURSO)²⁵. Son but est de veiller au respect du cessez-le-feu et, comme son nom l'indique, d'organiser un référendum en vue de l'autodétermination du peuple sahraoui. Ce référendum n'a jamais été mis en œuvre en raison de désaccords des parties sur la constitution des listes électorales²⁶. Chacune des parties « redoute qu'il ne consacre les prétentions de l'adversaire »²⁷, ce référendum étant « une manière de réaliser les buts de guerre par d'autres moyens : intégration pour l'un, indépendance pour l'autre »²⁸. Contrairement au Front Polisario, le Maroc refuse catégoriquement tout référendum dans lequel

chacun des volontaires de la Marche.

21 *Frente Popular de Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro* – du nom des deux régions historiques composant le Sahara Occidental : la Sâqiat âl-Hamra (الساقية الحمراء) – du nom du « bras du fleuve rouge » qui se jette au niveau de *La'youn*) au nord, et le wâdi adh-dhahab (وادي الذهب) - « la vallée de l'or ») au sud. Le *Front Polisario* est né trois ans auparavant en 1973 et luttait à l'époque contre l'Espagne. Il succède historiquement au *Mouvement de Libération du Sahara* (MLS) créé en 1967.

22 Pour deux raisons : d'une part les victoires militaires du Front Polisario et d'autre part à cause du putsch militaire qui renverse l'ancien président Moktar Ould Daddah un an auparavant, ce qui neutralise politiquement la Mauritanie.

23 *Op. cit.*, RUCZ Claude, 1994, p. 244.

24 *Op. cit.*, Annexe n°1, Infographie de Loïc Ferrière, 2017. Le "Mur des sables" ou "Berm", gardé par 100 000 soldats marocains, mesure 2720 km de long. C'est le plus long mur de séparation au monde. En comparaison, le mur entre les États-Unis et le Mexique fait 1200 km de long, le mur de séparation en Israël/Palestine fait 700 km de long et le mur de Chypre fait 180 km de long.

25 Voir son site internet : [<https://minurso.unmissions.org/>] - Consulté le 29 mai 2020].

26 MOHSEN-FINAN Khadija, « Le conflit du Sahara en marge des dynamiques régionales », *Orient XXI*, 23 avril 2015.

27 *Op. cit.*, RUCZ Claude, 1994, p. 249.

28 *Ibid.*, p. 254.

figurerait l'option de l'indépendance, niant ainsi l'idée de droit à l'autodétermination²⁹. L'éternel mandat de la MINURSO a encore une fois été renouvelé pour une année, le 30 octobre 2019 dernier³⁰.

Environ 16 000 personnes ont péri dans ce conflit et plus de 200 000 réfugiés sahraouis ont fuit la zone occupée par le Maroc à l'ouest du mur de sable³¹. Selon le Haut Commissariat pour les Réfugiés (HCR) il y aurait 173 600 réfugiés en Algérie en mars 2018 (notamment dans les camps de la région de *Tindouf*) et 35 à 40 000 dans les zones contrôlées par le Front Polisario à l'est du mur. Les Sahraouis ne représentent plus qu'environ un quart de la population des territoires occupés par le Maroc, le reste de la population étant composé de Marocains. Dans les camps de *Tindouf*, la situation humanitaire est alarmante : 40 % seulement des besoins vitaux en eau sont couverts et 60 % des femmes enceintes allaitantes sont anémiées³². La propagation actuelle du Covid-19 est évidemment là-bas un problème d'ampleur³³. Hors d'Afrique, les réfugiés sahraouis sont majoritairement présents en Espagne, mais la France en compte également : entre 450 et 650 à Bressuire, entre 200 et 250 à Bordeaux et des milliers en région parisienne³⁴. En 2014, 62 % des jeunes sahraouis réfugiés dans les camps de *Tindouf* étaient favorables à une reprise du conflit armé pour sortir de cette situation^{35 36}. Si « pour déceler la volonté du peuple avec certitude et précision le référendum est préférable au simple verdict des armes »³⁷, ce dernier chiffre prouve la nécessité d'une solution immédiate à un conflit qui s'est « israélisé »³⁸.

Pourquoi avoir choisi de faire une étude de cas sur le Sahara Occidental spécifiquement ? Ce cadre géographique est limité car les particularités spatiales sont nombreuses et complexes. Dans le

29 Ainsi en juillet 2003, le CSNU adopte à l'unanimité la résolution 1495 soutenant le plan de paix (plan *Baker II*). Ce plan est finalement accepté par le Front Polisario mais refusé par le Maroc qui ne propose qu'une solution d'autonomie pour le Sahara Occidental, au sein du Royaume du Maroc. La MINURSO avait en 2003 refusé d'inscrire sur la liste des électeurs des dizaines de milliers de citoyens marocains capables de faire basculer le scrutin : voir LEGEAY Hélène, "Le Sahara Occidental, tombeau du droit international", *Courrier de l'ACAT*, n°343, p. 13, 11 mai 2017.

30 CSNU, Résolution 2494, 30 octobre 2019, [En ligne : https://minurso.unmissions.org/sites/default/files/sc_resolution_2494.pdf – Consulté le 29 mai 2020]

31 La moitié de la population originaire du Sahara Occidental a fui le pays depuis que le Maroc l'a envahi en 1975. *Op. cit.*, Annexe n°1, infographie de Loïc Ferrière pour ACAT France, 2017.

32 MURA Virginia, *Enjeux humanitaires de l'action dans les camps sahraouis*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

33 Voir la question écrite posée le 2 avril 2020 à la Commission Européenne par la députée européenne Frédérique Ries (Belgique) : [En ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-002030_EN.html – Consulté le 29 mai 2020]

34 TANNÉ Camille, *Enjeux de documentation d'une population en mouvement*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

35 *Op. cit.*, MURA Virginia, 2019. Selon une organisation partenaire d'OXFAM.

36 Voir aussi le film : LONGORIA Alvaro, *Enfants de nuages – La dernière colonie*, [*Hijos de las nubes*] 2014, Documentaire espagnol avec Javier BARDEM, Carlos BARDEM et Elena ANAYA.

37 *Op. cit.*, RUCZ Claude, 1994, p. 246.

38 L'expression vient de *op. cit.*, ZOUBIR Yahia, 2019 : « On prend, on s'incruste, et on laisse passer les choses. »

cadre de l'application de l'article 461-26 du Code pénal, il est nécessaire d'analyser la situation géopolitique. La spécialisation de notre parcours académique (en langue et civilisation arabe notamment) nous a conduit à faire ce choix. De plus, notre hypothèse de départ était la suivante : le rapport qu'entretient la diplomatie française avec la question du Sahara Occidental est très ambigu et la non-reconnaissance de l'existence de l'État sahraoui pourrait avoir une incidence sur l'opération de qualification de l'infraction de participation au transfert de population en territoire occupé.

Nous aurons cependant en tête d'autres exemples de situations d'occupation comme celle des colonies israéliennes³⁹. Une étude de cas concernant le crime de transfert de population en territoire occupé ciblée sur les colonies israéliennes a déjà été réalisée⁴⁰.

« Entreprises françaises »

L'expression juridique appropriée pour désigner les sujets ciblés par notre étude serait davantage « personne morale » ou « société commerciale » mais le terme « entreprise » sera utilisé pour des raisons pratiques. En effet, ce mot « permet de couvrir largement toute organisation quelle que soit sa personnalité juridique, dans des systèmes qui peuvent connaître des personnalités juridiques imparfaites, ou d'exclure les personnes morales qui n'ont pas un but lucratif »⁴¹. La structure de base des entreprises françaises ayant des relations économiques avec le Sahara Occidental est bien souvent « l'ETN » ou « l'entreprise transnationale »⁴², régissant ses relations par le biais d'un réseau de filiales locales. L'étude de la responsabilité pénale de ces groupes de sociétés est assez récente en droit. Notre étude se focalisera sur les entreprises françaises personnes morales ayant des activités économiques au Sahara Occidental et donc sur leurs organes et représentants qui peuvent être des personnes physiques⁴³. Le choix est fait de s'intéresser seulement à la

39 Voir par exemple : D'AVENTURE Sandrine, "Les limites de l'application du droit sur les ressources naturelles: le cas des territoires palestiniens et du sahara occidental", Mémoire réalisé à l'Université du Québec à Montréal, avril 2006 ; ou encore la récente thèse de HADJ CHERIF Hamza, "Le droit de souveraineté permanente sur les ressources naturelles dans les territoires occupés et les territoires non autonomes", Thèse en droit public, Université de Bordeaux, Soutenue le 7 novembre 2018.

40 POISSONNIER Ghislain et Eric DAVID, « Les colonies israéliennes en Cisjordanie, un crime de guerre ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, n°16, 2019.

41 MAURO Cristina, « Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales », *AJ pénal* 2012, p. 12.

42 DAOUD Emmanuel, Annaëlle ANDRE, "La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ?", *AJ Pénale*, N°1, Janvier 2012, p.15-20.

43 En effet, la responsabilité pénale d'une personne morale ne peut être engagée qu'à travers la faute commise pour son compte, par un organe ou représentant. Nous reviendrons cependant sur cette affirmation dans la deuxième partie de notre étude.

responsabilité pénale des personnes morales et qu’indirectement aux personnes physiques. Mieux vaut cibler et être exhaustif (« dire tout sur rien ») plutôt que d’étudier un sujet trop large et perdre en précision (« dire rien sur tout »). Il s’agirait d’approfondir le sujet les années prochaines dans une recherche doctorale. Enfin ce sont les seules entreprises « françaises » qui nous intéressent pour une raison de compétence juridictionnelle des tribunaux pénaux français.

« Activités économiques »

Si les sujets de notre étude sont les entreprises françaises, ce sont leurs activités économiques qui nous intéressent plus particulièrement. Nous admettons que l’expression « activité économique » est assez floue⁴⁴, flou intentionnel puisque dans un premier temps il permettra une approche englobante de toutes les interactions commerciales des entreprises françaises avec le Sahara Occidental. Ainsi sera pris en compte tout emploi de biens, valeurs ou fonds utilisés dans des opérations économiques destinées à produire un bénéfice. Les activités économiques que nous prendrons en compte, en lien avec l’article 461-26 du Code pénal, seront du financement, de la construction, de la fourniture d’équipements, des investissements, de l’exportation ou importation de biens ou services, etc.

Ces types d’activités existent dans de nombreux domaines économiques. Le Sahara Occidental dispose de nombreuses ressources que le Maroc exploite avec des entreprises nationales et étrangères (dont parfois des entreprises françaises)⁴⁵. Au niveau du **tourisme** d’abord, en 2019, 304 129 Français ont visités le Maroc et la recette globale du tourisme des non-résidents pour le Maroc s’élève à plus de 7,2 milliards d’euros⁴⁶. Ensuite, les trois quarts des ressources mondiales de **phosphates** connues sont au Sahara Occidental. 8,89 millions de tonnes ont été extraites ces cinq dernières années notamment dans la mine de *Boukrâ*, pour un montant de 913 millions de dollars⁴⁷. En 2013, les revenus liés à l’extraction du phosphate étaient 10 fois supérieurs à l’aide internationale pour les réfugiés sahraouis. Un convoyeur de 96 km achemine les phosphates des mines à

44 BERNARD Elsa, « L’ « activité économique », un critère d’applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3, t. XXIII, Volume 3, p. 353 à 385.

45 LECLERCQ Philippe (pour les APSO – Amis du Peuple du Sahara Occidental), *L’intérêt économique du territoire du Sahara occidental*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne]. Voir également le site de l’ONG *Western Sahara Resource Watch (WSRW)* et ses nombreux rapports [En ligne].

46 Observatoire du Tourisme – Maroc, « Tableaux de bord nationaux 2019, Statistiques sur le tourisme au Maroc pour le mois de décembre 2019 », 2019, [En ligne]. Nous n’avons pas les chiffres concernant le Sahara Occidental précisément, mais se référer à : *op. cit.*, TISSIER, 2019.

47 *Op. cit.*, LECLERCQ (pour les APSO), 2019.

l'Atlantique : c'est le plus long de monde⁴⁸. En matière de **ressources halieutiques**, selon le dernier protocole à l'Accord de pêche UE-Maroc, l'Union européenne donne entre 48 et 55 millions d'euros par an au Maroc en échange de licences de pêche. Les produits (congelés, farines, huiles) sont rapportés ensuite en grande majorité sur le continent européen⁴⁹. Le **sable** du Sahara Occidental est également utilisé pour renflouer les plages touristiques espagnoles des Îles Canaries notamment⁵⁰, ainsi que le **sel** en tant que sel de déneigement pour les pays européens ou les États-Unis⁵¹. Dans **l'agriculture**, de nombreux melons et tomates sont produits au Sahara Occidental. La production de *Dâkhla* vers l'Europe représente 64 000 tonnes annuelles soit 65 millions d'euros. L'entrée en Europe se fait via Perpignan. L'eau est puisée sur place dans les nappes phréatiques (non renouvelables) pour irriguer les cultures⁵². Le **soleil et le vent** sont aussi des activités lucratives. 22 éoliennes ont été installées par le consortium *Siemens/Nareva* pour fournir de l'énergie nécessaire à l'exploitation des phosphates (parc éolien de *Fou el Oued* - 50 MW). *Nareva* est une entreprise détenue à 74% par la famille royale marocaine. Des futurs parcs éoliens sont prévus à la construction à *Boujdour* (100 MW) et *Tiskrad* (300 MW)⁵³. Enfin, le **pétrole** est prospecté notamment sur le bloc *offshore* d'*Anzarâne*⁵⁴.

Nous n'aborderons pas la question de la **vente d'arme**, car elle est réglementée avant tout par le droit administratif⁵⁵. Mentionnons cependant que du matériel militaire tels que des avions de chasse et des navires de guerre sont vendus au Maroc par la France et sont utilisés au Sahara Occidental. Des *Mirages F1* (avions) vendus au Maroc ont été aperçus à l'aéroport de *La'youn* et un *LandingKraftTank* (bateau) construit à Concarneau par le groupe français *Piriou* a été observé quittant le port de *La'youn*, ainsi que deux *OPV 64* et un *OPV 70*. Dessinés par *Raidco Marine International* et construits par *STX France*, ces patrouilleurs surveillent les bateaux de pêche marocains⁵⁶. Un autre bateau, le *Dar Al Beida*, serait utilisé au Sahara Occidental par les Marocains

48 *Op. cit.*, Annexe n°1, Infographie de Loïc Ferrière pour ACAT France, 2017.

49 *Op. cit.*, LECLERCQ (pour les APSO), 2019.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*

53 L'entreprise italienne *Enel* s'est récemment ajoutée au consortium germano-marocain. *Op. cit.*, Annexe n°1, Infographie de Loïc Ferrière pour ACAT France, 2017, [citant WSRW].

54 L'entreprise française *Total* était entre autres présente. Elle est partie en 2002, puis revenue, puis repartie en 2016. *Op. cit.*, LECLERCQ (pour les APSO), 2019. D'autres sociétés prospectent plus au Nord du Sahara Occidental.

55 BREHAM Joseph, Laurence GREIG, « Les transferts d'armes de la France dans le cadre du conflit au Yémen, à compter d'avril 2015 jusqu'à la période actuelle », ANCILE Avocats (AARPI), Paris, 92 pages, 16 mars 2018, [En ligne].

56 Voir : EL AZZOUZI Rachida, Yann PHILIPPIN et Antton ROUGET, « Des navires français contrôlent les eaux du Sahara occidental », *Mediapart*, 18 septembre 2019 ; et l'enquête #FrenchArms initiée par *Lighthouse reports* en coopération avec *Disclose*, et soutenue par *Arte*, *Bellingcat*, *Mediapart* et *Radio France* (ARTE, « FrenchArms #4 – Le Sahara Occidental en quête d'indépendance », 18 septembre 2019, [En ligne]).

et fut construit par la co-entreprise *Kership* fondée en 2013 par *Piriou* et *DCNS* (renommé *Naval Group* depuis 2017)⁵⁷.

Ces ventes seraient remises en question au regard du Traité sur le Commerce des Armes et également vis à vis de la position commune 2008/944/PESC du Conseil de l'UE du 8 décembre 2008. Elle condamne « les exportations de technologies et d'équipements militaires qui pourraient être utilisés à des fins de répression interne ou d'agression internationale, ou contribuer à l'instabilité régionale »⁵⁸.

Domaine disciplinaire

Le domaine juridique principal dans lequel s'inscrit cette étude est le droit pénal français. Il vaut mieux limiter notre sujet à la responsabilité pénale des personnes morales plutôt que de nous perdre dans plusieurs possibilités d'engager la responsabilité juridique de celles-ci (contractuelle, administrative, etc.). Le droit pénal international sera pris en compte mais toujours dans le cadre des juridictions françaises pour les mêmes raisons : ne pas nous perdre dans les nombreuses options juridictionnelles. En revanche, même si nous nous basons sur le droit pénal dans cette étude, nous aurons recours au droit international public et humanitaire pour analyser les conditions préalables à l'infraction (situation d'occupation et de conflit armé international).

Des travaux sur notre sujet existent aujourd'hui principalement en droit international public et humanitaire mais sont encore trop rares dans d'autres domaines juridiques comme celui du droit pénal⁵⁹. Le droit pénal français se situe dans l'actualité : le caractère infamant d'une sanction pénale est érigé en stratégie médiatique par le Front Polisario pour faire pression sur les entreprises françaises ayant des activités économiques au Sahara Occidental⁶⁰. Les condamnations pénales des entreprises françaises peuvent fonder un précédent pour l'octroi de réparations matérielles en matière civile⁶¹.

Cette actualité sous-entend que les bornes chronologiques de notre étude sont contemporaines. La responsabilité pénale des personnes morales apparaît en France seulement en

57 Information provenant des APSO.

58 POITEVIN Cédric, « Vendre des armes européennes au Maroc. La réglementation européenne et la législation belge à l'épreuve » *dans op. cit.*, CHAPEAUX, 2010, p. 109.

59 C'est ce que nous a confirmé Monsieur Jeffrey Smith, professeur de droit international à l'*Université McGill* au Canada. Il encourage ainsi à mener des recherches sur ce sujet par le prisme du droit pénal.

60 Nous reparlerons des nombreuses plaintes déposées en France par le Front Polisario en 2018 notamment.

61 SMITH Jeffrey, "The plundering of the Sahara: Corporate criminal and civil liability for the taking of natural resources from Western Sahara", *ASIL Review*, 2011, p. 26 et 27.

1994 avec le nouveau code pénal. Nous remonterons le passé pour analyser des données historiques concernant les territoires occupés mais nous nous rapprocherons d'une période contemporaine pour des questions d'applicabilité de la loi pénale dans le temps.

L'analyse des conditions préalables de l'infraction nous amènera à faire intervenir des éléments de géopolitique et de relations internationales, le juge pénal français étant tiraillé entre la rigueur juridique et le respect de la diplomatie.

Enfin, un peu de sociologie et d'anthropologie criminelle teinteront notre étude dans la mesure où elle s'interrogera parfois sur l'image que renvoie la norme pénale pour les ETN française : règle de droit dur ou bien composante négociable d'une stratégie économique ?

Approche méthodologique

Notre approche juridique sera plus herméneutique que positiviste⁶². Le positivisme juridique nous servira à analyser les éléments de procédure pénale et de constitution de l'infraction. Mais il nous semble trop restrictif et ne laisse pas assez de place à la dimension pluridisciplinaire de notre étude. Les sources de la loi pénale seront analysées, critiquées, commentées. Notre étude possédera une dimension prospective dans la mesure où aucune entreprise française n'a, à ce jour, été condamnée au titre de l'article 461-26 du Code pénal.

Nous souhaitons parler également de neutralité axiologique. Ce travail s'adressera autant aux entreprises qu'au monde académique, militant et politique. Les analyses réalisées bénéficieront au monde entrepreneurial qui pourra plus aisément gérer le risque pénal inhérent à ses activités. De plus, la question de l'indépendance du Sahara Occidental nous passionne moins que celle de son peuple, de son Histoire, et des relations internationales économiques qui y sont liées. L'indépendance et la création d'un nouvel État sont des sujets complexes. Nos lectures, discussions et réflexions nous poussent à remettre en question la nécessité de frontières, de césures entre deux territoires et États. Notre neutralité axiologique ne sera pas remise en question si nous réduisons au maximum les biais et jugements. Nous laisserons de côté le politique pour privilégier la technicité académique.

62 CUMYN Michelle et Mélanie SAMSON, "La méthodologie juridique en quête d'identité", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013-2, Volume n° 71, pages 1 à 42.

De façon plus pratique, nous avons analysé nos corpus de textes juridiques, ce qui constitue la base de la recherche en droit. Ces analyses ont été complétées par des discussions avec de nombreux scientifiques⁶³ (juristes et politologues notamment). Nous pensons que la réalisation d'entretiens semi-dirigés était malvenue dans le cadre d'un mémoire de recherche en droit et nous regrettons n'en avoir pas réalisés.

Présentation de l'élément légal du crime

Nous pensons qu'il est utile de présenter en introduction l'élément légal du crime plutôt que de l'expliquer en plusieurs temps au fur et à mesure de notre réflexion. Par souci de clarté et de facilité de lecture nous parlerons de « crime de transfert de population en territoire occupé » au lieu de « crime de participation au transfert d'une partie de la population civile d'une puissance occupante dans le territoire qu'elle occupe ». Nous utiliserons également l'expression analogue « crime de colonisation par peuplement »⁶⁴. L'entreprise de colonisation peut s'accompagner d'autres crimes comme le pillage, le vol ou la destruction des biens de la population occupée et être exempte de tout transfert de population. Les cas de colonies de peuplement n'étaient pas la règle dans l'Histoire mais plutôt l'exception, la colonisation se vivant davantage comme « l'occupation, l'exploitation, la mise en tutelle d'un territoire sous-développé et sous-peuplé par les ressortissants d'une métropole »⁶⁵. La situation au Sahara Occidental est ainsi différente dans la mesure où les ressortissants marocains constituent aujourd'hui la majorité de la population à l'ouest du mur de séparation. Nous souhaitons, en utilisant l'expression « crime de colonisation par peuplement », mettre l'accent sur le terme de « colonisation » qui n'est pas consacré textuellement par le Code pénal mais qui correspond parfaitement à la situation décrite par son article 461-26.

Le Livre IV bis du Code pénal français traite des crimes et des délits de guerre. Au sein du Chapitre Premier de ce livre (chapitre intitulé « Des différents crimes et délits de guerre ») figure une Section 3 qui a trait aux crimes et délits de guerre propres aux conflits armés internationaux. Et dans cette Section 3 figure une sous-section 2 nommée « Des moyens et méthodes de combat

63 Membres par exemple de l'Observatoire Universitaire International du Sahara Occidental [voir leur site internet].

64 Notons que la « colonisation » ne doit pas être confondue avec « l'occupation ». Si une occupation peut être autorisée dans le cadre d'un conflit armé qui n'a pas pris fin et si et seulement si elle est conçue comme temporaire, la colonisation est toujours illégale puisqu'elle suppose une appropriation définitive du territoire : c'est une occupation illégale.

65 Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales du CNRS : Définition de « colonisation », [En ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/colonisation> – Consulté le 30 mai 2020].

prohibés dans un conflit armé international », dans laquelle nous trouvons l'article 461-26 qui nous intéresse et que nous prenons la peine de retranscrire une seconde fois :

« Le fait de participer soit au transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante, d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe, soit à la déportation ou au transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population civile de ce territoire, est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. »

Il sera ainsi nécessaire de savoir comment qualifier une « puissance occupante », un « territoire occupé » et un « conflit armé international », puisqu'il est obligatoire de respecter la présentation hiérarchique des titres et sous-titres du Code pénal et que l'article 461-26 ne s'applique donc qu'en présence d'une telle situation.

Par souci pratique nous ne nous intéresserons qu'à une partie de l'article 461-26 : la participation au transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante, d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe⁶⁶. Nous n'évoquerons pas la participation à la déportation ou au transfert de la population civile du territoire occupé⁶⁷. Nous étudierons les qualités d'auteur et de complice⁶⁸ qui pourraient être attribuées aux entreprises françaises mais laisserons de côté les infractions de recel et de blanchiment dont le crime de colonisation par peuplement peut constituer l'infraction sous-jacente mais qui ont leur logique pénale propre. Nous ne nous attarderons pas non plus sur les autres crimes de guerre susceptibles d'être reprochés aux ETN françaises ayant des activités économiques en lien avec le Sahara Occidental⁶⁹, ni sur d'autres infractions de moindre gravité⁷⁰.

En ce qui concerne les peines encourues au titre de l'article 461-26, il est évident que la peine de la réclusion criminelle à perpétuité ne concerne pas les personnes morales. Des précisions sur les peines encourues par les personnes morales sont données par l'article 462-5 du Code pénal. Les personnes morales déclarées responsables pénalement⁷¹ de ce crime de guerre encourent, outre

66 Souligné en gras peu avant.

67 Entre autres car le rôle des entreprises françaises dans une telle opération semble *a priori* inexistant.

68 Voir notamment les articles 121-7 et 462-7 du Code pénal.

69 Comme le vol ou la destructions des biens de la puissance occupée et de ses habitants (article 461-16 du Code pénal) ou un autre type de déplacement forcé de la population civile (article 461-30 du Code pénal). Idem pour les crimes contre l'Humanité : le crime "d'apartheid" (article 212-1, 10° du Code pénal) et le crime de persécution (article 212-1, 8° du Code pénal) notamment.

70 Le délit de tromperie sur l'origine du produit (article L. 441-1, 1° du Code de la consommation), le délit de pratiques commerciales trompeuses (article L. 121-2, 2°, b) du Code de la consommation) mais aussi la fraude douanière à l'origine préférentielle des produits (Code des Douanes de l'Union), le délit boursier d'information fausses et trompeuses, etc.

71 Dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal dont nous reparlerons.

une amende d'un million d'euros⁷², la dissolution, le placement sous surveillance judiciaire, l'exclusion des marchés publics ou encore la confiscation de tous les biens meubles ou immeubles de la personne morale condamnée⁷³.

L'article 461-26 du Code pénal est issu de l'article 7 de la **loi n° 2010-930 du 9 août 2010** qui a adapté le droit français aux éléments de droit pénal international présents dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁷⁴. La France avait adopté la convention internationale qu'est le **Statut de Rome** le 17 juillet 1998 et signé ce dernier le 18 juillet (avec 119 autres États). Le texte était rentré en vigueur le 1^{er} juillet 2002⁷⁵. La loi du 9 août 2010, en modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale, permet alors une meilleure répression des crimes de génocide, des crimes contre l'Humanité et des crimes de guerre (articles 6 à 8 du Statut de Rome) devant le juge français⁷⁶. L'article 7 de la loi du 9 août 2010 insert dans le code pénal un nouveau Livre IV bis précité, comportant 42 articles dont l'article 461-26 qui nous intéresse. Celui-ci transpose quasiment mot pour mot l'article article 8, 2), b), viii) du Statut de Rome⁷⁷. Du début à la fin du processus d'adoption de la loi du 9 août 2010 (amendements, navette parlementaire, saisine du Conseil constitutionnel, etc.), la question du futur article 461-26 du Code pénal a fait l'objet d'un consensus total et n'a jamais posé de problème⁷⁸. La colonisation par peuplement devient donc de façon unanime une des plus graves infractions du Code pénal français, puisque recouvrant le statut de crime de guerre et étant pour les personnes physiques réprimé de la réclusion criminelle à perpétuité. En ce qui concerne la procédure d'adoption du Statut de Rome, le seul élément notoire qui intéresse indirectement notre étude est la « marge d'appréciation » qui est octroyée au juge pénal pour caractériser un conflit d'international ou de non-international⁷⁹.

72 Entre autres peines. L'article 131-38 du Code pénal prévoit que lorsque aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques (c'est le cas *in casu*), l'amende encourue pour les personnes morales est d'un million d'euros. Si une amende avait été prévue pour les personnes physiques, le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales aurait été égale au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques.

73 Ces peines figurent à l'article 131-39 du Code pénal. Nous ne rentrerons pas dans les détails. La dernière peine évoquée, celle de la confiscation, est régie par les articles 462-6, 131-39 et 131-21 du Code pénal.

74 Cette loi « portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale » a fait l'objet d'une publication au Journal Officiel de la République Française le 10 août 2010 (JORF n°0183, 10 août 2010, p. 14678).

75 Après une loi qui autorisait la ratification : Loi n°2000-282 du 30 mars 2000 (JORF n°77, 31 mars 2000, p. 4950). La France avait ensuite déposé son instrument de ratification le 9 juin 2000 et la convention portant statut de la Cour pénale internationale a été publiée par le décret n°2002-925 du 6 juin 2002 (JORF n°134, 11 juin 2002, p. 10327).

76 C'est une loi d'adaptation et non de transposition puisqu'il existait antérieurement déjà quelques incriminations qui réprimaient des crimes internationaux. Ces incriminations ont cependant été considérablement précisées avec cette loi.

77 A l'exception de l'expression « le fait de participer à », ce qui aura son importance comme nous le verrons.

78 Voir le récapitulatif exhaustif du Sénat français sur l'historique de l'adoption de cette loi : [En ligne : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl06-308.html> – Consulté le 30 mai 2020].

79 A propos du futur article 461-1 du Code pénal ne définissant par la notion de conflit armé non-international. Voir le rapport n° 326 (2007-2008) de Monsieur le Sénateur Patrice Gélard, déposé le 14 mai 2008. Disponible dans le récapitulatif fait par le Sénat, *ibid*.

Avant de revenir sur le Statut de Rome de la CPI, remontons un peu dans l'Histoire. Les lois relatives à l'occupation belligérante sont nées dans la deuxième moitié du 19ème siècle afin de gérer les affaires coloniales entre les puissances européennes, par le biais d'un *jus publicum europeanum* : la force militaire n'était parfois plus suffisante pour légitimer sa présence⁸⁰. Il s'agissait de distinguer l'occupation temporaire de la conquête militaire définitive⁸¹. Si l'idée était à la base de s'organiser entre gouvernements européens pour le partage des colonies, ces derniers sont rapidement devenus débiteurs d'obligations envers la population du territoire occupé. Ce sont les articles 42 à 56 du **Règlement annexé à la 4ème Convention de La Haye du 18 octobre 1907** qui, les premiers, définissent le régime juridique des territoires occupés⁸². Plus particulièrement, l'article 43 de ce règlement ordonne aux puissances occupantes de prendre toutes les mesures « en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». Il s'agit alors de préserver « la configuration démographique et sociale du territoire occupé »⁸³. Il est du devoir de la puissance occupante de ne pas organiser et d'empêcher les déplacements de sa population, volontaires ou non, vers le territoire occupé⁸⁴.

Ce devoir se précise avec la **Quatrième Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949**. La CGIV comprend en son titre III relatif au statut et traitement des personnes protégées, une section III relative aux territoires occupés qui énonce les droits et obligations de la Puissance occupante (articles 47 à 78). L'article 49, alinéa 6 énonce que « la Puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle ». Les conséquences dommageables d'une telle action sont soulignées par la communauté internationale :

*« Deportations and transfers of civilian population have severe humanitarian and long-term consequences, destroying the roots and local culture, of the deported or transferred population, protracting conflicts and frequently rendering them intractable. Population transfer and deportation is often used as an effective means to secure the controlling position and territory conquered by altering the demographic composition, and to create faits accomplis, that might strengthen the position of the conqueror in future peace negotiations and settlements of disputes. »*⁸⁵

80 En anglais dans le texte paraphrasé : *op. cit.*, WRANGE, 2019, p.4.

81 *Ibid.*, p. 4.

82 Section III de ce règlement, intitulée « De l'autorité militaire sur le territoire de l'état ennemi ».

83 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, §18, citant SCHWENK E. H., « Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations », *Yale Law Journal*, 1945, p. 393.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*, §31, citant COTTIER Michael, « Article 8, War Crimes », dans TRIFFTERER Otto (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ème édition, p. 362. Nous ne savons pas si l'analyse a été écrite pour le transfert de la population du territoire occupé ou celle de la puissance occupante, mais nous pensons qu'elle est valable dans les deux cas.

La colonisation par peuplement affecte la vie économique, sociale et culturelle de la population de la puissance occupée⁸⁶. Cette colonisation s'accompagne souvent d'appropriations voire de destructions de biens de la population civile (meubles et immeubles) ainsi que de la mise en place d'un système de discrimination institutionnalisé (apartheid). La configuration géographique et démographique du territoire occupé est affectée et la puissance occupée est fragilisée sur le plan international, ce qui a pour conséquence de faire perdurer le *statu quo*⁸⁷. De façon plus concrète, l'écriture de l'article 49, alinéa 6 fait écho à la pratique coloniale politique et raciste de certains pays pendant la Seconde guerre mondiale⁸⁸, comme le Japon et l'Allemagne : des nationaux étaient transférés dans des territoires faisant prétendument partie de l'État historique allemand ou japonais.

L'obligation, comme dans le cadre du règlement du 18 octobre 1907, n'est faite qu'à la puissance occupante et l'immigration volontaire des nationaux de la puissance occupante dans le territoire qu'elle occupe n'est pas interdite mais le fait, pour la puissance occupante, de favoriser ou d'organiser ce transfert l'est⁸⁹. Le non-respect de l'article 49 alinéa 6 de la CGIV constitue donc une violation de cette Convention. Notons que la France a adhéré à la CGIV en 1951, le Maroc en 1956 et la RASD en 2015.

D'infraction « simple », le crime de colonisation par peuplement va devenir une « infraction grave » aux Conventions de Genève avec le **1^{er} Protocole additionnel du 8 juin 1977 (PA I) aux Conventions de Genève**. L'article 147 de la CGIV contient une liste des « infractions graves » dans laquelle figure le transfert illégal des personnes protégées par la Convention. Mais les nationaux de la puissance occupante ne sont pas des « personnes protégées » par celle-ci. Le PA I va actualiser cette liste (articles 11 et 85) et va y faire figurer le transfert de la population civile de la puissance occupante dans le territoire qu'elle occupe (article 85, §4, a). C'est une condamnation solennelle en droit du crime de colonisation par peuplement, prise en réaction avec la progression de la politique coloniale israélienne⁹⁰. La France a adhéré au PA I en 2001, le Maroc en 2011 et la RASD en 2015. Le fait que l'article 461-26 du Code pénal remonte directement de la CGIV et du PA I a été affirmé en 2013 par le Tribunal de grande instance de Nanterre⁹¹.

⁸⁶ *Ibid.*, §33, citant CIJ, *Avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, § 133 et suivants.

⁸⁷ *Ibid.*, §§ 32 et 33.

⁸⁸ *Ibid.*, §13, citant PICTET Jean (dir.), *La Convention de Genève relative à la protection des personnes en temps de guerre (IV)*, Commentaire, Genève, CICR, 1958, vol. IV, p. 283.

⁸⁹ *Ibid.*, §14, citant CIJ, *Avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, § 120.

⁹⁰ *Ibid.*, §27, citant *op. cit.*, COTTIER Michael, p. 364.

⁹¹ TGI Nanterre, 6^{ème} chambre, *Association CAPJPO-Europalestine c. Sephora*, n° 10-06296, 31 mai 2013, p. 15 : L'article 461-26 « reprend effectivement les dispositions de l'article 49 de la IV Convention de Genève (« La puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans

Le **Statut de Rome** intègre le crime de colonisation par peuplement dans la liste des crimes dont la CPI devient compétente⁹². Si la France a adhéré au Statut en 2000, le Maroc a délibérément refusé d'y adhérer et la RASD n'a pas fait de démarche officielle à ce jour pour y être partie. Avec le Statut de Rome, il y a un changement de paradigme car le crime de colonisation par peuplement n'est plus seulement imputable aux États mais aussi aux personnes physiques. Il est précisé qu'en plus d'une situation d'occupation, il est nécessaire d'établir une situation de conflit international⁹³.

Le Statut de Rome nous servira de clef de lecture pour notre étude car l'article 461-26 est très peu utilisé en droit pénal français. Ce Statut ainsi que la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux sont les sources les plus directes. La différence entre l'article 461-26 du Code pénal français et l'article 8, 2), b), viii) du Statut de Rome réside dans le fait que le droit pénal français reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales. D'où l'intérêt pour notre réflexion de la transposition en droit interne de ce Statut⁹⁴.

Si l'article 461-26 du Code pénal est issu des quatre sources écrites de droit international que nous venons de présenter (règlement de La Haye de 1907, CGIV, PA I et Statut de Rome), la répression du crime de colonisation par peuplement possède aussi une valeur coutumière. Le règlement de 1907 possède cette valeur, ce qu'ont reconnu le TMI de Nuremberg en 1946⁹⁵ ou la CIJ en 1996⁹⁶. C'est également le cas pour les règles du PA I de 1997⁹⁷. Le projet de Code des le territoire occupé par elle »), l'article précédent (461-25) se référant d'ailleurs expressément aux conventions de Genève du 12 août 1949 et à leurs protocoles additionnels ».

92 CHAPITRE II : COMPETENCE, RECEVABILITÉ ET DROIT APPLICABLE [...] / Article 8 - Crimes de guerre / 1. La Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle. / 2. Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » :

a) Les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'ils visent des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève : [...]

b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, à savoir, l'un quelconque des actes ci-après :

[...]

viii) Le transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante d'une partie de sa population civile, dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire ; [...].

93 Voir : Cour Pénale Internationale, *Éléments des crimes*, (adopté par les États parties au Statut de Rome en 2002), Version révisée, 2011.

94 D'autres États ont transposé le Statut de Rome dans leur droit interne. Par exemple, l'Allemagne, bien avant la France, a adopté son *Völkerstrafgesetzbuch (VstGB)* le 26 juin 2002 dans lequel figure : « *Wer im Zusammenhang mit einem internationalen bewaffneten Konflikt [...] als Angehöriger einer Besatzungsmacht einen Teil der eigenen Zivilbevölkerung in das besetzte Gebiet überführt, [...] wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.* » - *Abschnitt 2, §8, (3), 2*. Le contenu est le même qu'en droit français hormis la peine encourue (2 ans ou plus), mais la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas reconnue en Allemagne. Également, le Code pénal belge réprime de la même façon le crime de colonisation par peuplement avec son article 136 Quater, 31° (nous y reviendrons), et reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales depuis une loi du 4 mai 1999. La peine encourue (article 136 Quinquies) est la réclusion de dix ans à quinze ans, voire davantage en cas de circonstances aggravantes.

95 Tribunal Militaire International de Nuremberg, Jugement du 30 septembre et du 1^{er} octobre 1946, p. 65.

96 CIJ, *Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, § 75.

97 Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel, affaire Tadic, IT-94-AR72, 2 octobre 1995, §§ 88, 126 et 137 ; CIJ, *Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, § 84 ;

crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité de la Commission du Droit International mentionne (dans son article 20, c, i) le crime de colonisation par peuplement⁹⁸. Dans ses règles du Droit international humanitaire, le Comité International de la Croix-Rouge (CICR) fait figurer la règle 130 qui interdit le crime de colonisation par peuplement. De très nombreux manuels militaires dans le monde interdisent également cette pratique⁹⁹. Le Conseil des droits de l'homme de l'ONU condamne cette pratique qui fait partie selon lui du droit international coutumier¹⁰⁰. Enfin, si la Déclaration du Caire des droits de l'homme en islam du 5 août 1990 n'est pas un instrument juridique contraignant, le Maroc l'a signée et elle énonce tout de même en son article 11, b) :

La colonisation, sous toutes ses formes, est strictement prohibée en tant qu'une des pires formes d'asservissement. Les peuples qui en sont victimes ont le droit absolu de s'en affranchir et de rétablir leur autodétermination. Tous les États et peuples ont le devoir de les soutenir dans leur lutte pour l'élimination de toutes les formes de colonisation et d'occupation. Tous les peuples ont le droit de conserver leur identité propre et de disposer de leurs richesses et de leurs ressources naturelles¹⁰¹.

Ces considérations sur la valeur coutumière de l'interdiction du crime de colonisation par peuplement auront peu d'influence sur notre sujet d'étude mais démontrent la gravité de cette infraction qui fait consensus dans la communauté internationale.

Problématique

De nombreuses plaintes ont été déposées récemment par le Front Polisario contre des entreprises françaises pour leurs activités économiques en lien avec le Sahara Occidental, au titre notamment de l'article 461-26 du Code pénal : le 18 septembre 2018 contre *Chancerelle*, le 18 octobre 2018 contre *BNP Paribas, Société Générale, Crédit Agricole, Axa, UCPA* et *Transavia* et fin octobre 2018 contre la *COFACE*¹⁰².

voir également la circulaire du Secrétaire général des Nations Unies [« Respect du DIH par les forces des Nations Unies »] du 6 août 1999 et les règles d'engagement de l'OTAN qui intègrent les dispositions du PA I – *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 30.

98 Le 21 novembre 1947, l'AGNU donne mandat à la Commission du Droit International pour codifier ce droit. Le projet de code est publié en 1996.

99 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 17, citant HENCKAERTS J.-M. Et DOSWALD-BECK L., *Droit international humanitaire coutumier*, CICR, vol I, Bruylant, 2006.

100 Résolution A/HRC/RES/25/28 du Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies, 11 avril 2014.

101 L'Organisation de la Coopération Islamique, dont le Maroc est un des membres fondateur depuis 1969, a adopté cette déclaration en 1990. S'il est symbolique, elle a tout de même été citée par le CSNU comme fondement de l'opposition des États arabes à l'occupation du Koweït par l'Irak en 1990. Voir *op. cit.*, SMITH, 2011, p. 17.

102 Également fin décembre 2019 contre *Idyl*, mais nous ne sommes pas certains que la plainte visait l'article 461-26 du Code pénal. La plainte contre *Idyl* a été déposée au TGI de Tarascon par la *Confédération Paysanne*. Les autres l'ont été auprès du TGI de Paris par le Front Polisario. Malheureusement, nous n'avons pas réussi à avoir de contacts avec les avocats travaillant sur ces procédures, les informations nous manquent donc. Les dates ne sont pas précises et

C'est une première en France puisque l'article 461-26 n'a, à notre connaissance, jamais été utilisé dans une procédure judiciaire sauf dans une seule affaire civile. Il a été écarté par le juge au nom du principe de non-rétroactivité de la loi pénale¹⁰³. Notre problème de droit initial est donc le suivant : les entreprises françaises peuvent-elles être coupables du crime de colonisation par peuplement énoncé par l'article 461-26 du Code pénal, au titre de leurs activités économiques au Sahara Occidental ?

Ce problème de droit est sous-tendu par deux questions qui constitueront le fil rouge de notre étude. Tout d'abord, comment le juge pénal peut-il qualifier une situation géopolitique spécifique ? Par « géopolitique » nous entendons l'étude des rapports qui existent entre les données physiques, en particulier géographiques, et la politique des États¹⁰⁴. Le problème posé au juge pénal français sera d'observer juridiquement l'existence ou non d'une situation de conflit armé international et d'occupation. Il devra composer avec la diplomatie française en gardant une objectivité. Une telle contextualisation permet de replacer les procédures judiciaires actuelles entre les entreprises multinationales françaises et le Front Polisario dans leur cadre géopolitique. Derrière ces procédures, c'est la guerre qui continue, non plus sur la ligne de front mais dans les tribunaux internationaux et notamment français. Or, ces procédures font avancer le dossier politique à l'échelle internationale.

Ensuite, la question de la responsabilité pénale des entreprises françaises pour leurs activités en lien avec le Sahara Occidental pose la question de l'appréhension de la personne morale par le droit pénal et plus particulièrement du groupe de société ou entreprise transnationale. Tout en se focalisant sur la situation du Sahara Occidental, cette deuxième question nous permettra d'élargir nos propos vers des conceptions pénales plus généralistes. Cette question tire son originalité des différences entre le Statut de Rome et le droit pénal français. Le Statut de Rome exclut la responsabilité pénale des personnes morales, ce qui n'est pas le cas du droit pénal français. L'enjeu est de taille car avec l'adoption de l'article 461-26 du Code pénal, la responsabilité pénale des

la confusion entre la date des assignations en justice et celle des dépôts de plainte est certaine. Nous ne savons également pas si le Front Polisario s'est constitué partie civile dans le cas d'une absence de réaction du parquet.

103 TGI Nanterre, 6ème chambre, *Association CAPJPO-Europalestine c. Sephora*, n° 10-06296, 31 mai 2013, p. 15. L'instance a été introduite par CAPJPO-Europalestine en 2009, avant l'apparition de l'article 461-26 du Code pénal, mais la plaignante l'invoqua tout de même dans les stades ultérieurs de la procédure. Le juge refusa d'appliquer ce texte puisque celui-ci était entré en vigueur postérieurement à la date de la signature du contrat litigieux. La procédure était civile et non pénale. Il n'y a eu ni appel de ce jugement ni procédure pénale engagée. Le jugement est critiquable et nous aborderons ce point dans notre étude.

104 Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales du CNRS : Définition de «géopolitique», [En ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/g%C3%A9opolitique> – Consulté le 31 mai 2020].

personnes morales peut être engagée alors que ce n'était pas le cas avant, même en invoquant les règles internationales à l'origine de cet article¹⁰⁵.

Enfin, une dernière question motive notre étude : comment conjuguer la liberté de commerce d'un côté, avec de l'autre le respect du droit des peuples à l'autodétermination et du droit de ceux-ci à leur souveraineté territoriale ? Comment une entreprise française peut commercer sur un territoire étranger contrôlé *de facto* par une puissance occupante non-légitime mais appartenant ou pouvant appartenir¹⁰⁶ *de jure* à une autre autorité souveraine ? Ces questions ne seront pas élucidées dans ce mémoire. Nous souhaitons y répondre ultérieurement dans une thèse.

Dans une première partie, nous montrerons que le juge pénal n'est pas un « juge diplomate » et que les éléments de droit et de fait qui ont trait au statut du Sahara Occidental démontrent, malgré leur caractère équivoque, l'existence d'une situation d'occupation issue d'un conflit armé international. Le caractère notoire de cette situation fonde l'élément moral de l'infraction. Dans une seconde partie nous verrons que l'imputation du crime de colonisation par peuplement aux ETN françaises est un défi. Nous révélerons les difficultés procédurales et les nombreuses conditions à remplir pour imputer le transfert de population à la charge de celles-ci. Il semble que certaines entreprises françaises ayant des activités économiques liées au Sahara Occidental peuvent être coupables du crime de colonisation par peuplement.

Ce plan ne comportera pas une logique pénaliste académique classique fondée sur une analyse consécutive des éléments légal, matériel et moral. Si l'élément légal a été présenté en introduction, la particularité de l'infraction étudiée incite à adopter une présentation croisée des éléments matériel et moral. L'élément matériel est composé de deux conditions préalables (l'existence d'un conflit armé international et d'une situation d'occupation) et d'un acte matériel à proprement dit (une participation à un transfert par une puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe). Nous aborderons l'élément moral dans la première partie, puisqu'il est étroitement lié à la question des conditions préalables à l'infraction qui doivent être présentées en premier¹⁰⁷. Nous aborderons l'acte matériel qu'est la participation au transfert dans une seconde partie.

105 Lesquelles ne génèreraient pas d'effet direct envers les particuliers, seulement envers les États : TGI Nanterre, *AFPS et OLP c. Alstom, Alstom Transport et Veolia Transport*, 30 mai 2011, n° 10/02629, p. 21 ; CA Versailles, 3ème chambre, *AFPS et OLP c. Alstom Transport, Alstom et Veolia*, n°11-05331, 22 mars 2013, p. 22 et 23 ; TGI Nanterre, 6ème chambre, *Association CAPJPO-Europalistine c. Sephora*, n° 10-06296, 31 mai 2013, p. 11, 12 et 13.

106 Dans le cadre du Sahara Occidental, l'entité détenant la souveraineté légitime n'est pas encore définie, faute de référendum. C'est l'Espagne, ancienne puissance coloniale, qui détiendrait toujours le pouvoir d'administration sur ce territoire pour le décoloniser et organiser l'autodétermination (malgré les Accords de Madrid du 14 novembre 1975 et le partage du territoire entre le Maroc et la Mauritanie qui s'en suivit).

107 Présenter l'élément moral avant l'ensemble des éléments matériels ne témoigne pas d'une extrême rigueur académique mais nous pensons que l'existence de conditions préalables spécifiques justifie notre approche.

Première partie : La qualification de la situation géopolitique du Sahara Occidental : un juge pénal « diplomate » ?

Ce titre un peu provoquant amène la question de l'indépendance de l'autorité judiciaire par rapport au pouvoir exécutif. Nous ne pensons pas que le juge pénal soit un juge « diplomate ». Nous posons en réalité la question des sources et des preuves mises à la disposition du juge pénal pour qualifier une situation géopolitique. Une telle qualification est parfois nécessaire pour déterminer l'existence de conditions préalables à la constitution matérielle d'une infraction.

Comment le juge pénal peut-il s'emparer des notions « d'occupation » et de « conflit armé international » à l'aune de toutes les décisions d'instances internationales les concernant : constituent-elles des preuves, voire des sources légales pour qualifier un élément constitutif de l'infraction visée à l'article 461-26 du Code pénal ? Notons encore une fois, qu'une « marge d'appréciation » est octroyée au juge pénal pour caractériser un conflit d'international ou de non-international¹⁰⁸ par exemple.

Nous ne réfléchissons pas sur l'interprétation d'un traité international ou la création d'une incrimination directement par le droit international. Nous abordons la question de la qualification d'une situation juridique qui a déjà été examinée dans des décisions officielles d'organes internationaux, juridictionnels ou non, dont la France est partie : avis consultatif de la Cour Internationale de Justice, résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies et du Conseil de Sécurité des Nations Unies, décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne (renvoi préjudiciel et recours en annulation), etc. Certaines décisions administratives internes qui ont trait à des demandes d'asile peuvent notamment intéresser le juge pénal dans son office.

Les ouvrages de droit pénal général abordent parfois la question de la définition directe des incriminations par la norme internationale¹⁰⁹. Ce qui nous intéresse n'est pas la définition complète de l'incrimination mais seulement l'opération de qualification d'un des éléments constitutifs de cette infraction (les conditions préalables). De plus, il est souvent question de conventions internationales, particulièrement du droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, mais rarement de décisions tenant compte des avis de la CIJ par exemple¹¹⁰. Nous savons qu'il « n'y a pas

108 *Op. cit.* A propos du futur article 461-1 du Code pénal ne définissant par la notion de conflit armé non-international. Voir le rapport n° 326 (2007-2008) de Monsieur le Sénateur Patrice Gélard, déposé le 14 mai 2008. Disponible dans le récapitulatif de la procédure d'adoption de la loi du 9 août 2010 fait par le Sénat.

109 DESPORTES Frédéric et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16ème édition, *Economica*, Corpus, 2009, p. 183-184.

110 PIN Xavier, *Droit pénal général*, Dalloz, 11ème édition, 2019, p. 92.

de disposition pénale émanant d'une convention internationale, quelle qu'elle soit, qui puisse s'appliquer directement en France »¹¹¹ et qu'il faut nécessairement une transposition en droit interne¹¹². En revanche, accorder à des décisions officielles d'instances internationales la valeur unique de « preuve » nous paraît trop simple. Nous nous demandons si la valeur de ces décisions ne se rapprocherait pas de celle d'une notion comme la « coutume ». Celle-ci, si elle ne peut remplacer un texte incriminateur, peut en revanche de manière plus implicite, être « retenue par le juge pénal pour mettre en lumière telle ou telle notion entrant dans la liste des éléments caractéristiques de l'incrimination »¹¹³. Ce serait alors « plutôt un usage, voire un usage professionnel, [...] activé au service de la répression »¹¹⁴.

La distinction « sources / preuves » est parfois trop « académique ». Le juge pénal, s'il peut retenir ses propres sources pour établir les qualifications juridiques, sera en pratique largement influencé par les interprétations d'instances internationales s'étant déjà prononcées sur la question¹¹⁵. Dans tous les cas, s'agissant des débats relatifs aux sources ou aux preuves, la discussion se déroulera toujours dans le cadre du débat contradictoire. Les parties pourront apporter des éléments et en débattre.

L'infraction d'association de malfaiteurs en vue de préparer des actes de terrorisme (article 421-2-1 du Code pénal) illustre nous semble-t-il le rapport complexe qu'entretient le juge pénal avec l'Exécutif. Le juge doit rechercher s'il existe un groupement ou une entente de personnes ayant la résolution d'agir en commun, avec comme but la préparation d'actes de terrorisme et ayant manifesté une adhésion au groupe en connaissance de ce dessein (avec la volonté d'apporter une aide efficace dans la poursuite de l'entreprise). Sa tâche peut-elle se compliquer si le Ministère des Affaires Étrangères français ou le Conseil de l'Union européenne qualifient certains groupes de terroristes que le juge lui-même ne considère pas comme tels ? La simple appartenance à une organisation terroriste est punissable, sans qu'il soit nécessaire de démontrer la fonction occupée par la personne, dès lors qu'elle a eu connaissance du dessein terroriste du groupe et qu'elle y a adhéré volontairement. Mais comment définir précisément le caractère terroriste ou non de l'organisation ? Nous n'approfondirons pas le sujet, mais notons que considérées comme terroristes par certains, des organisations peuvent être vues comme des mouvements de libération nationale et

111 KOLB Patrick et Laurence LETURMY, *Droit pénal général*, Gualino, 2019, p. 44, citant RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal général*, 3^e éd., 2014, Ellipses, n°134.

112 *A contrario*, voir l'article 93 de la Constitution des Pays-Bas issu de la révision de 1953 qui octroie expressément une force obligatoire aux décisions des organisations de droit international public : LANFRANCHI Marie-Pierre, "La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité", *Annuaire français de droit international*, volume 43, 1997, p. 39.

113 Op. cit, KOLB et LETURMY, 2014, p. 46.

114 KOLB Patrick et Laurence LETURMY, *Cours de droit pénal général*, Gualino, 2019, § 147, p. 48.

115 La remarque provient de Monsieur Ghislain Poissonnier (magistrat), lors d'une discussion.

de résistance par d'autres. Cette question est d'actualité puisque le Président des États-Unis d'Amérique Monsieur Donald Trump souhaite désigner la mouvance activiste antifasciste (« Antifa ») comme une organisation terroriste¹¹⁶.

Lorsque le juge pénal français fait du droit pénal international (c'est à dire dans une procédure pénale faisant intervenir un élément d'extranéité), son office n'est pas ordinaire car il rend sa décision dans le cadre d'un jeu diplomatique¹¹⁷ qui peut lui échapper¹¹⁸ et la justice pénale internationale ainsi rendue par le juge français oscille entre raison d'État et État de droit¹¹⁹.

Nous verrons dans cette première partie que le juge pénal français n'est pas un « juge diplomate ». Certaines décisions internationales sont équivoques quant au fait de savoir si le Sahara Occidental est un territoire occupé ou non. Les rares décisions des juridictions administratives internes vont dans le sens d'une diplomatie française de soutien du Maroc. L'opération de qualification des conditions préalables doit donc se faire dans un imbroglio lexical qui évite le terme d'« occupation ». Les éléments de faits et de droit conduisent néanmoins au constat d'une occupation notoire issue d'un conflit armé international. Ceci constitue une condition préalable à l'application de l'article 461-26 du Code pénal et un fondement de l'élément moral de l'infraction de crime de colonisation par peuplement.

Chapitre premier – Un imbroglio lexical qui contourne un terme tabou : "occupation"

La notion d'occupation¹²⁰ n'est pas définie dans le Code pénal français mais dans le droit international et la jurisprudence qui l'accompagne. L'article 42 du Règlement de la Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre¹²¹ (annexé à la Convention éponyme) dispose qu'un « territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie » et que « l'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de

116 Publication sur *Twitter* du 31 mai 2020 : « The United States of America will be designating ANTIFA as a Terrorist Organization. — Donald J. Trump (@realDonaldTrump) ».

117 JEANGENE VILMER Jean-Baptiste, « La compétence universelle à l'épreuve des crises diplomatiques », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2016/4 (n°4), p. 701 à 724.

118 CROS Estelle, « La formation des magistrats en juridiction pénale internationale : une nécessité », *Institut des Hautes Études sur la Justice*, 24 mai 2018.

119 APTEL Cécile, « Justice pénale internationale : entre raison d'État et État de droit », *Revue internationale et stratégique*, 2007/3 (n°67), p. 71 à 80.

120 Voir notamment VITE Sylvain, "L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales", *RICR*, mars 2004, vol. 86, n° 853.

121 Dans sa Section III intitulée « De l'autorité militaire sur le territoire de l'État ennemi ».

s'exercer ». Il faut donc un degré suffisant de contrôle effectif sur un territoire qui n'est pas le sien et une absence de consentement du souverain légitime du territoire occupé¹²².

Nous reviendrons plus tard sur la notion de « conflit armé international ». En droit international une occupation serait nécessairement issue d'un conflit armé international et perdurerait tant que le territoire est placé sous l'autorité de l'armée ennemie, même si les combats ont cessé¹²³. L'occupation se vit dans le cadre international si l'on part du présupposé qu'un État ne peut pas « occuper » son propre territoire : l'occupation est nécessairement le fait d'un État tiers. Nous nous intéresserons principalement à la notion d'occupation, sous-entendue dans le contexte d'un conflit armé international.

« Le Sahara est marocain, il ne peut pas être autre chose que cela et il ne lui manque plus que la transcription de l'ONU. »¹²⁴ Comment analyser cette affirmation ? D'où vient-elle ? Nous pensons qu'un tel point de vue souhaitant masquer la réalité juridique de l'occupation marocaine du Sahara Occidental a été favorisé par le caractère équivoque de nombreuses décisions d'organes judiciaires et politiques internationaux¹²⁵. Nous verrons également que les juridictions administratives françaises, les seules à s'être prononcées indirectement sur la question sahraouie en France, contribuent au tabou de l'occupation du Sahara Occidental et se positionnent ainsi dans le sens de la diplomatie française.

Section 1 – Des décisions internationales équivoques

Les décisions internationales « équivoques » que nous analyserons seront d'abord celle de la Cour Internationale de Justice sur le Sahara Occidental de 1975 puis certaines¹²⁶ résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du Conseil de Sécurité des Nations Unies et des juridictions de l'Union européenne.

122 Médecins Sans Frontières, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire - Territoire occupé*, Définition, Date de publication non-connue, [En ligne], citant : TPIY, ch. 1^{ère} inst. 31 mars 2003, T-98-34-T, *Naletilić & Martinović*, §§ 214, 216 et 218 ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, Arrêt du 19 décembre 2005, CIJ Recueil 2005, p. 168, §172 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, CIJ Recueil 2004, §§ 78 et 79.

123 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 46.

124 SEILLAN Hubert, « Gestion de la Covid-19 au Maroc », 21 mai 2020, [Vidéo en ligne]. Monsieur Hubert Seillan est avocat au barreau de Paris et soutient régulièrement la position du Maroc sur la question sahraouie.

125 Nous ne parlerons cependant pas des résolutions de l'Organisation de l'Unité Africaine dont la RASD est membre depuis 1982. La France n'est pas partie à cette organisation, contrairement à la CIJ et à l'ONU : nous avons fait le choix de consacrer plus de temps à l'étude des décisions d'autres organisations qui ont des liens juridiques plus prononcés avec la France.

126 Nous verrons dans le Chapitre second de cette première partie que d'autres résolutions et décisions peuvent être interprétées comme affirmant clairement l'existence d'une occupation du Sahara Occidental par le Maroc.

Paragraphe A – *La Cour Internationale de Justice piégée*

Le juge Louis Ignacio-Pinto dans sa déclaration annexe à l'avis consultatif sur le Sahara Occidental de la CIJ qualifie les questions posées à la Cour de « questions pièges »¹²⁷. Le juge André Gros insiste sur le fait que la réponse donnée par la Cour est « énigmatique »¹²⁸. Il s'agit d'expliquer ces constats en revenant d'abord sur le contenu de l'avis consultatif.

Sous la pression onusienne, l'Espagne consent en 1974 à organiser un référendum d'autodétermination au Sahara Occidental. « Par crainte que les Sahraouis ne votent en faveur de leur indépendance, le Maroc demande l'arbitrage de la Cour internationale de justice »¹²⁹. C'est plus précisément l'Assemblée générale des Nations Unies, par l'intermédiaire de son Secrétaire général¹³⁰ et sous la pression diplomatique du Maroc, qui pose les questions suivantes à la CIJ :

« I – Le Sahara occidental (Rio de Oro et Sakiet El Hamra) était-il, au moment de la colonisation par l'Espagne, un territoire sans maître (*terra nullius*) ?

Si la réponse à la première question est négative,

II – Quels étaient les liens juridiques de ce territoire avec le Royaume du Maroc et l'ensemble mauritanien ? »

Tout en réaffirmant le droit à l'autodétermination des « populations » du Sahara espagnol, conformément à la résolution 1514 (XV) de l'AGNU du 14 décembre 1946, le Secrétaire général constate une « controverse juridique », puis une « difficulté » juridique pour statuer sur le sort de ce territoire¹³¹. Ce sont les raisons invoquées pour poser à la Cour les deux questions ci-dessus.

Concernant la première question, il y a consensus. Le Sahara Occidental, au moment de la colonisation espagnole de 1884, n'était pas une *terra nullius*. L'Espagne tout d'abord et toutes les autres parties ensuite, le reconnaissent. L'Espagne a conclu un accord avec les tribus locales qui

127 Déclaration du juge Louis Ignacio-Pinto (France-Bénin), p. 78, annexée à Cour Internationale de Justice, Sahara occidental, Avis consultatif, C.I.J. Recueil, p. 12 à 82, 16 octobre 1975.

128 Déclaration du juge André Gros (France), § 10, p. 75, annexée à l'avis précité de la CIJ sur le Sahara Occidental de 1975.

129 *Op. cit.*, LEGEAY Hélène, 2017, p. 12.

130 Lettre du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au Président de la CIJ datée du 17 décembre 1974 et enregistrée au Greffe de la CIJ le 21 décembre 1974.

131 *Op. cit.*, Avis CIJ 1975, § 1, p. 13 et 14.

contrôlaient antérieurement le territoire. A l'unanimité, la CIJ dit que le Sahara Occidental n'était pas une terre sans maître¹³².

La deuxième question pose problème : y avait-il des « liens juridiques » entre le Sahara Occidental et l'ensemble Mauritanien d'une part, et entre le Sahara Occidental et le Royaume du Maroc d'autre part ? Concernant la Mauritanie, la Cour parle « d'ensemble mauritanien », de « Bilad Chinguitti » ou « pays chinguittien »¹³³ car l'État mauritanien n'existait pas à l'époque de la colonisation espagnole. La Cour admet l'existence de liens d'ordre racial, linguistique, religieux, culturel et économique entre les tribus du territoire du Sahara Occidental et celles de l'ensemble mauritanien, d'autant plus que ces tribus nomadisaient sur des trajets englobants ces deux territoires. Si l'indépendance des différents émirats et tribus entre eux et l'absence d'institution ou d'organe commun ne permettent pas d'affirmer l'existence d'une souveraineté de l'ensemble mauritanien sur le Sahara Occidental, des liens juridiques entre ces deux entités existent selon la Cour, notamment relatifs à la terre¹³⁴. Concernant le Maroc ensuite, ce dernier invoque une autorité spirituelle¹³⁵ et juridique sur le Sahara Occidental. A l'appui de ses prétentions, le Maroc invoque toute une série de documents diplomatiques¹³⁶. La CIJ remet en question la pertinence de chaque document¹³⁷. Le Maroc affirme également que les tribus vivant sur le territoire du Sahara Occidental avaient prêté allégeance au Sultan chérifien. La CIJ va concéder l'existence de liens d'allégeance à l'époque entre certaines tribus de ce territoire, comme certaines tribus *Tekna*, et le souverain marocain, ce qui constituerait des liens juridiques entre le Royaume du Maroc et le Sahara Occidental. En revanche, d'autres tribus sahraouies, sauf preuves du contraire (et preuves non

132 *Op. cit.*, Avis CIJ 1975, § 163, p. 68.

133 « Bilad » ou « bled » veut dire « pays » en arabe dialectal (بُلْدَان) en arabe littéral). *Chingitti* est une ville du centre-ouest de la Mauritanie classée au patrimoine mondiale de l'UNESCO depuis 1996. Elle fut le centre culturel, religieux et économique de la région éponyme. Pour une présentation historique du *Bilad Chingitti*, lire la présentation de la CIJ : *op. cit.*, Avis CIJ 1975, § 132, p. 57 et 58.

134 *Op. cit.*, Avis CIJ 1975, § 149, p. 63 et § 162, p. 68. Par « liens juridiques relatifs à la terre », la CIJ entend les liens de propriété de certaines tribus sur des puits d'eau par exemple.

135 Il est intéressant de se référer à l'arrêt pour comprendre les notions de *Bled Maghzen* et de *Bled Siba* : le *Bled Maghzen* aurait été constitué des territoires directement administrés par le Sultan de l'État chérifien (le Royaume du Maroc), tandis que le *Bled Siba* aurait été constitué des territoires également sous souveraineté de l'État chérifien mais dont l'autonomie était beaucoup plus prononcée. Le Sahara Occidental se situerait selon cette théorie dans le *Bled Siba*. *Op. cit.*, Avis CIJ 1975, § 97, p. 45.

136 Une série de traités conclus par le Maroc : un traité conclu avec l'Espagne en 1767 et des traités conclus en 1836, 1856 et 1861 respectivement avec les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne et l'Espagne, qui contiennent des dispositions au sujet de la délivrance et de la protection des marins faisant naufrage sur les côtes de l'actuel Sahara Occidental ; un traité anglo-marocain de 1895, aux termes duquel la Grande-Bretagne aurait reconnu que les territoires de l'actuel Sahara Occidental faisaient partie du Maroc ; la correspondance diplomatique concernant l'application de l'article 8 du traité de Tétouan de 1860 et un accord qui aurait été conclu en 1900 avec l'Espagne relativement à la cession d'Ifni, lesquels attesteraient que l'Espagne aurait reconnu que la souveraineté marocaine atteignait le Sahara Occidental. Enfin, il est invoqué un échange de lettres franco-allemand de 1911 où il était convenu qu'il fallait inclure le Sahara Occidental dans le territoire marocain.

137 *Op. cit.*, Avis CIJ 1975, § 108 et suivants, p. 50 et suivantes.

rapportées par le Maroc) nomadisait en toute indépendance aussi bien sur les territoires du Maroc et de l'ensemble mauritanien que de l'Algérie¹³⁸. Il n'y avait donc pas de lien de souveraineté entre le Maroc et le Sahara Occidental.

La Cour est donc d'avis

« que les éléments et renseignements portés à sa connaissance n'établissent l'existence d'aucun lien de souveraineté territoriale entre le territoire du Sahara occidental d'une part, le Royaume du Maroc ou l'ensemble mauritanien d'autre part. La Cour n'a donc pas constaté l'existence de liens juridiques de nature à modifier l'application de la résolution 1514 (XV) [de l'Assemblée Générale des Nations Unies] quant à la décolonisation du Sahara occidental et en particulier l'application du principe d'autodétermination grâce à l'expression libre et authentique de la volonté des populations du territoire [...] »¹³⁹.

Le 16 octobre 1975, date de rendu de l'arrêt, le Roi Hassan II livre son interprétation de la décision : « Le monde entier a reconnu que le Sahara était en notre possession depuis très longtemps. Le monde entier a reconnu qu'il existait des liens entre le Maroc et le Sahara qui n'ont été altérés que par le colonisateur [...]. Il ne nous reste qu'à entreprendre une Marche pacifique du nord au Sud [...] pour nous rendre au Sahara et renouer avec nos frères »¹⁴⁰. Le Roi du Maroc interprète largement l'avis consultatif de la CIJ en la faveur de son pays. En plus de la subjectivité d'une telle interprétation¹⁴¹, nous sommes convaincus que l'avis de la CIJ en lui-même contient des faiblesses qui ont pu contribuer à lui donner un caractère équivoque.

La stratégie du gouvernement marocain, « servi par sa ténacité et par le talent de ses avocats »¹⁴², était de confondre « liens juridiques » et « souveraineté » : si le Sahara Occidental n'était pas une *terra nullius* au moment de la colonisation espagnole, alors le Maroc était le souverain légitime et « maître » préexistant du territoire. Selon le Maroc, la CIJ devait donc se substituer à l'Assemblée Générale dans la décolonisation du Sahara Occidental et se prononcer sur l'avenir statutaire du territoire (et en faveur nécessairement du Maroc). En refusant de « se laisser enfermer dans cette logique tendancieuse », en reconnaissant l'existence de « liens juridiques » mais pas celle de « liens de souveraineté », la CIJ répond de façon ambiguë, ce qui va être exploité par les parties en présence¹⁴³. Ce problème aurait été évité si la CIJ ne s'était prononcée que sur

138 *Ibid.*, § 104 et 105, p. 48.

139 *Ibid.*, § 162, p. 68.

140 ALAMI Ziad, « 16 octobre 1975 : Quand Hassan II met son peuple en ordre de marche pour récupérer le Sahara marocain », 15 octobre 2016, *Le360* ; *op. cit.*, LEGEAY Hélène, 2017, p. 12.

141 En créant une unité nationale, Hassan II souhaitait faire taire les très nombreuses contestations politiques internes qui menaçaient son pouvoir. Voir notamment VELLAS Pierre, « La diplomatie marocaine dans l'affaire du Sahara occidental », *Politique étrangère*, 1978, 43-4, pages 417 à 428.

142 *Op. cit.*, FLORY, 1975, p. 263.

143 *Ibid.*, p. 264.

l'existence de liens de souveraineté, sans parler de « liens juridiques »¹⁴⁴ : il aurait fallu qu'elle refuse de se prononcer sur la deuxième question. L'existence de « liens juridiques », issus de l'allégeance de certaines tribus du Nord du Sahara Occidental au Roi du Maroc, pouvait en effet laisser sous-entendre qu'une souveraineté marocaine existait au moins sur la partie du territoire où ces tribus vivaient.

« [...] [Il] eût été opportun qu'en raison de certaines circonstances de la cause *ab initio* la Cour, usant de son pouvoir discrétionnaire, après avoir déclaré recevable la requête quant à la forme, la rejette quant au fond parce que les questions telles qu'elles étaient posées constituent une sorte de questions pièges, lesquelles amenaient de toute manière à la réponse attendue en l'espèce, la reconnaissance de droits de souveraineté au Maroc d'une part et à la Mauritanie d'autre part sur telle ou telle autre partie du Sahara occidental.¹⁴⁵ »

La CIJ aurait dû comprendre le véritable objet de la requête et répondre à la question juridique suivante : « le Maroc est-il en droit de réclamer la réintégration du Sahara Occidental dans le territoire national du Royaume du Maroc auquel il appartenait, selon cet État, au moment de la colonisation espagnole ? »¹⁴⁶ Sans cela, la réponse ne pouvait être en effet qu'énigmatique¹⁴⁷.

Les décisions de la CIJ ne lient en principe que les parties au litige (ou les parties demandeuses de l'avis, ici l'AGNU). L'avis consultatif du 16 octobre 1975 ne lierait donc ni la France, ni les entreprises françaises. Un État créateur d'un droit octroyé par une décision de la CIJ pourrait, en revanche, saisir un juge national pour obtenir l'exécution de la décision de la part de l'État débiteur. Des sujets privés pourraient aussi saisir un juge national pour obtenir l'exécution d'une décision de la Cour ayant une influence directe sur leur situation juridique. Mais cette idée n'est « pas convaincante »¹⁴⁸. La RASD et les Sahraouis ne sont pas directement débiteurs de droits issus de l'avis de la CIJ de 1975 devant les tribunaux français. La création de droits subjectifs par des décisions de la CIJ est incertaine. La seule chose certaine tirée de la pratique est qu'un avis de la CIJ peut être utilisé comme preuve dans un procès, à la discrétion du juge, pour interpréter une règle interne dans un cas concret¹⁴⁹. Un exemple connu d'une telle considération pour une décision de la CIJ est un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation de 1959¹⁵⁰ qui a utilisé largement

144 *Ibid.*, p. 271.

145 Déclaration du juge Louis Ignacio-Pinto (France-Bénin), p. 78, annexée à *op. cit.* Avis CIJ 1975.

146 Déclaration du juge André Gros (France), § 1, p. 70, annexée à *op. cit.*, Avis CIJ 1975.

147 *Ibid.* André Gros ajoute cependant que les « liens juridiques » reconnus par la Cour ne sont en fait que des liens ethniques, religieux ou culturels, « des liens de contact d'une civilisation avec ce qui lui est périphérique et extérieur qui n'ont pas son caractère propre » et en aucun cas des liens « juridiques ». §10, p. 75-76.

148 L'auteur réfute lui-même son hypothèse : PALOMBINO Fulvio, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne », *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005, p. 121.

149 *Ibid.*, p. 122, 131 et 139.

150 Affaire « Buchanan » : Cass. civ., 1959, Bulletin p. 305 ; l'arrêt est aussi reproduit dans ILR, vol. 39, 1970, p. 425-426.

l'arrêt de la CIJ de l'affaire des îles Minquiers et Ecréhous¹⁵¹ pour régler une question de procédure en matière de recevabilité d'un pourvoi. Dans le cadre de notre étude, le juge pénal pourra donc utiliser l'arrêt de la CIJ de 1975 comme preuve, mais cette preuve est de prime abord ambiguë.

Paragraphe B – *Un territoire « administré de facto » et « disputé » ?*

Les statuts juridiques pour les territoires sont nombreux : l'occupation, l'administration, la tutelle, le bail, etc¹⁵². Ces statuts ont pour but de définir l'autorité compétente pour prendre des décisions juridiques pour tel ou tel territoire.

La qualification du statut juridique du Sahara Occidental varie selon les instances internationales. La condamnation de l'occupation du Sahara Occidental par l'AGNU est en perte de vitesse. Le CSNU a toujours refusé de qualifier le Maroc de puissance occupante. Le secrétaire général adjoint aux affaires juridiques des Nations Unies parlait « d'administration *de facto* » par le Maroc. Le Tribunal de l'Union Européenne parle de « territoire disputé ». La CJUE ne franchit pas non plus la barrière lexicale. Sur le fond, la question de l'occupation ne semble jamais être traitée par les services juridiques de l'ONU ni par les juridictions européennes¹⁵³.

Alors que par deux fois l'**Assemblée Générale des Nations Unies** avait dénoncé l'« occupation » du Sahara Occidental par le Maroc (dans ses résolutions de 1979 et 1980), cette assemblée n'aurait depuis 40 ans plus jamais utilisé cette expression¹⁵⁴. Après les Accords de Madrid du 10 décembre 1975, l'AGNU adoptait deux résolutions réaffirmant la nécessité d'un référendum mais de façon antagoniste. Dans sa résolution A/RES/3458(XXX)A, l'AGNU ignore l'Accord de Madrid transférant l'administration du Sahara Occidental au Maroc et à la Mauritanie et prie l'Espagne de bien vouloir organiser le référendum. Dans sa résolution A/RES/3458(XXX)B l'AGNU prie l'administration intérimaire tripartite (Espagne – Maroc – Mauritanie) de prendre les mesures pour organiser ce même référendum¹⁵⁵.

151 CIJ, *Minquiers et Ecréhous (France c. Royaume-Uni)*, 17 novembre 1953, CIJ Recueil 1953, p. 47 et suivantes.

152 FLEURY GRAFF Thibaut, « Approche juridique de la notion de territoire », Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

153 *Op. cit.*, WRANGE, 2019, p. 20.

154 SAUL Ben, "The Status of Western Sahara as Occupied Territory under International Humanitarian Law and the Exploitation of Natural Resources », *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper*, n°15-81, Septembre 2015, p. 2.

155 *Op. cit.*, RUCZ, 1994, p. 244.

Malgré ses nombreuses résolutions depuis 1975, le **Conseil de Sécurité des Nations Unies** n'a jamais indiqué que le Maroc était une « puissance occupante » selon le droit international humanitaire¹⁵⁶. Exemple de son verbe épuré, sa résolution du 27 avril 2018 indique que le processus onusien vise à « aider les parties à parvenir à une solution politique juste, durable et mutuellement acceptable qui permette l'autodétermination du peuple du Sahara occidental dans le cadre d'arrangements conformes aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies »¹⁵⁷. Plus récemment le 30 avril 2019, le CSNU « souligne qu'il convient de parvenir à une solution politique réaliste, pragmatique et durable à la question du Sahara occidental, qui repose sur le compromis, et qu'il importe d'adapter l'action stratégique de la MINURSO et d'affecter les ressources des Nations Unies à cette fin »¹⁵⁸. Si le CSNU condamne habituellement les situations d'occupation et les transferts de populations qui y sont souvent liés¹⁵⁹, son silence concernant la question du Sahara Occidental peut signifier qu'il ne le considère pas comme un territoire occupé. On observe dans ce constat une certaine incohérence. En 2003 le CSNU soutient à l'unanimité le Plan Baker de résolution du conflit. Pourtant ce conseil ne réagit pas fermement contre le refus du Maroc de signer ce plan¹⁶⁰, puisqu'il pouvait mener à un référendum où figurerait l'option de l'indépendance. Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies s'imposent à la France et à ses organes administratifs mais elles n'ont pas d'effet direct tant que les prescriptions qu'elles édictent non pas été rendues obligatoires par une transposition en droit interne¹⁶¹. Le juge judiciaire n'est pas un organe soumis aux résolutions du CSNU *de jure*, pourtant l'utilisation de ces résolutions comme preuve d'une situation d'occupation est constatée¹⁶².

Dernier paradoxe onusien, la **lettre du conseiller juridique des Nations Unies Hans Corell au Président du Conseil de sécurité en 2002**¹⁶³ affirme que le Maroc est devenu *de facto* la

¹⁵⁶ *Op. cit.*, SAUL, 2015, p. 1.

¹⁵⁷ CSNU, S/Rés. 2414, 27 avril 2018.

¹⁵⁸ Résolution du CSNU 2468 du 30 avril 2019, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 8518^{ème} séance.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 134. Condamnation par exemple de la colonisation israélienne, de « la volonté de modifier la composition démographique » du Koweït par l'Irak (S/Rés. 677 de 1990), de « la pratique de la purification ethnique » en Bosnie-Herzégovine en 1992 (S/Rés. 787, 16 nov. 1992, § 7) ou encore des « changements démographiques résultant du conflit » en Géorgie en 2001 (S/Rés. 1339, 31 janv. 2001, § 7).

¹⁶⁰ BASTAGLI Francesco, « La question sahraouie aux Nations Unies », Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

¹⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, Bull. I, 2006, n° 202. Mais cette position est discutable, *op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 119. Voir aussi *op. cit.* LANFRANCHI, 1997, p. 51-52 à propos de l'ordonnance du 31 octobre 1990 du Tribunal de commerce de Nanterre (*SA Lesieur international c. Société Norasia line*) : le juge judiciaire ordonne la résolution d'un contrat commercial au nom d'une résolution du CSNU.

¹⁶² TGI Nanterre, 6^{ème} chambre, *Association CAPJPO-Europalentine c. Sephora*, n° 10-06296, 31 mai 2013. Le tribunal cite les résolutions du CSNU n° 242 du 22 novembre 1967, n° 452 du 20 juillet 1979 et n° 465 du 1^{er} mars 1980 en tant que preuves pour démontrer qu'Israël est une puissance occupante de la Cisjordanie, territoire occupé et que l'implantation des colonies en Cisjordanie est illégale, selon le droit international (p. 8). Il qualifie ainsi de lui-même le territoire palestinien comme étant « illégalement occupé » (p. 9).

¹⁶³ CSNU, S/2002/161, « Lettre datée du 29 janvier 2002, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques - Conseiller juridique (Hans Corell) », 29 janvier 2002, [En ligne :

puissance administrant le Sahara Occidental. L'avis juridique d'Hans Corell concernait la légalité de contrats passés entre le Royaume du Maroc et des entreprises étrangères (*Kerr Mc Gee* et *Total*) pour la prospection des ressources minérales au Sahara Occidental (du pétrole *offshore*). Le Royaume d'Espagne informa le Secrétaire général de l'ONU le 26 février 1976 de l'abandon de ses responsabilités quant à l'administration du Sahara Occidental pour mener ce territoire à la décolonisation. Hans Corell en conclut que cela laissait « de fait » le Maroc et la Mauritanie administrer le Sahara Occidental initialement, puis le Maroc seul ensuite¹⁶⁴. Selon lui, le Maroc avait donc le droit d'exploiter les ressources naturelles du Sahara Occidental s'il le faisait dans l'intérêt et avec la volonté du peuple sahraoui¹⁶⁵. Les contrats signés ne prévoyaient pas alors le prélèvement physique de ressources minérales, seulement leur prospection. Ainsi d'après Hans Correll il ne pouvait pas y avoir de préjudice pour le peuple sahraoui¹⁶⁶. Cette position, très controversée¹⁶⁷, ne fut pas démentie en 2016¹⁶⁸ par M. Melchior Wathelet en 2016, avocat général à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Il affirma en se basant sur l'arrêt de la CIJ de 1995 sur le Timor-Oriental qu'il n'était pas clairement établi que le Maroc violerait le droit international s'il concluait un accord commercial applicable au Sahara Occidental¹⁶⁹. A titre anecdotique nous pouvons lire sur le site internet *Wikipédia* que « le Sahara occidental est un Territoire non-autonome sous administration de fait du Maroc pour 80 % de sa superficie »¹⁷⁰.

Enfin, les **juridictions de l'Union européenne** n'ont jamais dit clairement que le Sahara Occidental était un territoire occupé par le Maroc. Alors que l'occupation « n'est pas un point de vue mais bien une réalité juridique », l'Union Européenne a « totalement banni ce terme »¹⁷¹. Depuis 1996, plusieurs accords commerciaux ont été conclus entre la Communauté européenne (puis l'Union européenne) et le Royaume du Maroc et ont concerné concrètement le Sahara

<http://www.arso.org/Olafr.pdf> - Consulté le 4 juin 2020].

164 *Ibid.*, § 7.

165 *Ibid.*, § 21.

166 *Ibid.*, § 25.

167 *Op. cit.*, WRANGE, 2019, p. 7.

168 Dans ses conclusions du 10 janvier 2018 sa position évolue.

169 Conclusions de l'avocat général M. Melchior Wathelet du 13 septembre 2016, § 59 [CJUE (Grande Chambre), 21 décembre 2016, Affaire C-104-16 P], citant CIJ, *Timor-Oriental (Portugal c. Australie)*, 30 juin 1995, Recueil CIJ 1995, p. 90, § 32.

170 *Wikipédia*, Liste des « États membres de l'Union africaine » - Section « Sahara occidental et Maroc », [En ligne : https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89tats_membres_de_l%27Union_africaine#Sahara_occidental_et_Maroc – Consulté le 4 juin 2020]. Nous connaissons bien sûr la facilité avec laquelle les pages *Wikipédia* peuvent se modifier et se remodifier. Mais ce site internet peut être de façon surprenante cité comme preuve dans un procès pénal qui concerne une situation d'occupation : TGI Nanterre, 6ème chambre, *Association CAPJPO-Europalestine c. Sephora*, n° 10-06296, 31 mai 2013, p. 9.

171 *Op. cit.*, LEGEAY, 2017, p. 13.

Occidental. De nombreux protocoles modificatifs de ces accords ont été signés au fur et à mesure et ces accords ou protocoles ont été largement contestés devant les juridictions européennes¹⁷².

La première affaire concerne la contestation de l'accord d'association CE-Maroc de 1996 et de son corollaire, l'accord de libéralisation UE-Maroc de 2012. Le Front Polisario introduit un recours en annulation. Le 10 décembre 2015 le Tribunal de l'Union Européenne annule la décision du Conseil de l'UE qui homologuait l'accord de libéralisation¹⁷³. Ce dernier s'appliquait au Sahara Occidental alors qu'il ne faisait pas partie du territoire marocain. Cependant, le tribunal ne parla à aucun moment d'occupation et indiqua tout au long de son jugement que le Sahara Occidental était un « territoire disputé »¹⁷⁴. Les observateurs marocains prévoyaient avec clairvoyance qu'une « parade juridique »¹⁷⁵ serait trouvée pour contourner cette décision de justice et la CJUE en Grande Chambre annula en effet en 2016¹⁷⁶ l'arrêt du tribunal. Le raisonnement de la Cour fut surprenant : tout en concédant que l'accord puisse s'appliquer dans les faits au Sahara Occidental, la Cour affirma que rien ne le prévoyait juridiquement dans le texte et que l'accord ne s'appliquait donc pas *de jure* à ce territoire¹⁷⁷. Le Sahara Occidental était donc considéré comme distinct territorialement du Maroc mais la Cour ne se prononça pas sur une quelconque situation d'occupation¹⁷⁸.

La deuxième affaire concerne la contestation de l'accord de pêche UE-Maroc de 2006¹⁷⁹. En vue d'invalider l'accord, l'ONG britannique *Western Sahara Campaign* saisit la chambre administrative de la Haute Cour de justice d'Angleterre et du pays de Galles qui posait une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. La CJUE se prononça le 27 février 2018¹⁸⁰ en suivant le même critère formaliste que celui de 2016 : "entre sophisme et paralogisme"¹⁸¹, la Cour « aboutit à un postulat quasi irréfragable d'interprétation conforme des accords conclus par

172 WSRW, « Pour les nuls : affaires judiciaires de l'UE sur le Sahara Occidental », [En ligne : <https://www.wsrw.org/a248x4132> - Consulté le 4 juin 2020].

173 Trib. UE, 10 décembre 2015, aff. T-512-12, *Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario) c. Conseil de l'Union européenne*.

174 *Ibid.*, par exemple §§ 117 et 141.

175 *Finances News Hebdo*, Entretien avec Najib Akesbi : « La vraie réponse consisterait à s'appuyer sur la décision de la Cour pour revoir l'ensemble des accords reliant l'UE et le Maroc », 18 décembre 2015.

176 CJUE (Grande Chambre), 21 décembre 2016, Affaire C-104-16 P.

177 L'accord ne peut donc pas porter préjudice au Front Polisario selon la CJUE.

178 Elle cite seulement à une reprise (§ 35) la résolution 3437 de l'AGNU du 21 novembre 1979, qui parle d'occupation.

179 Le Parlement européen qui avait dans un premier temps refusé de proroger cet accord de pêche en décembre 2011 à cause de l'ambiguïté du texte sur le Sahara Occidental, a fini par voter pour en décembre 2013.

180 CJUE, 27 févr. 2018, aff. C-266/16, *The Queen, à la demande de Western Sahara Campaign UK c/ Commissioners for Her Majesty's Revenues and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*.

181 DUBUISSON François et Ghislain POISSONNIER, « Pêche illégale des navires de l'UE dans les eaux du Sahara occidental, rendue « invisible » par la magie d'un arrêt du juge européen », *Revue Energie-Environnement-Infrastructures* n°7, Juillet 2018, Commentaire n° 40 de CJUE, 27 févr. 2018, aff. C-266/16.

l'UE aux règles applicables du droit international »¹⁸². Le territoire du Sahara Occidental était encore distingué de celui du Maroc mais rien n'était dit sur la question de l'occupation¹⁸³.

La troisième affaire concerne la contestation du protocole additionnel à l'accord de pêche de 2013 et de la modification de ce protocole en 2018. Par ordonnance du 19 juillet 2018, le Tribunal de l'Union européenne rejeta le recours du Front Polisario pour l'annulation des deux textes¹⁸⁴. Le tribunal estima que les eaux adjacentes au Sahara occidental ne relevaient pas de la souveraineté marocaine. Pour autant il n'en tira toujours aucune conséquence pratique et ne qualifia pas le Maroc de puissance occupante. Le message était ambigu¹⁸⁵. Cette ordonnance leva tout doute sur une éventuelle « résistance » du Tribunal à la solution dégagée par la CJUE en 2016 puis en 2018.

La quatrième affaire est relative à la contestation de l'accord de services aériens de 2006 entre la Communauté européenne, ses États membres et le Maroc. Bien que l'accord s'appliquait dans les faits depuis onze années au territoire du Sahara Occidental¹⁸⁶, le tribunal suivit la logique des décisions précédentes et rejeta fin novembre 2018 le recours du Front Polisario¹⁸⁷. Dans son article 1er, l'accord relatif aux services aériens précisait que le champ d'application territorial de l'accord comportait les territoires sous la souveraineté ou sous la juridiction du Maroc. La distinction faite entre "souveraineté" et "juridiction" ne fut malheureusement pas commentée par le tribunal.

La cinquième affaire est la plus intéressante pour notre étude, même si elle est toujours en cours. Sont contestés les renouvellements des accords de pêche et d'association UE-Maroc, accords qui s'étendent au territoire du Sahara Occidental. Le 11 juin 2018 paraissait un rapport de la députée européenne Mme Patricia Lalonde sur les bénéfices pour la population du Sahara Occidental des accords de libre-échange envisagés¹⁸⁸. Ce rapport s'inscrivait dans l'idée d'une reconnaissance du rôle de puissance administrante *de facto* du Maroc¹⁸⁹, sous réserve d'exploiter les ressources

182 *Ibid.*

183 Sauf par l'avocat général Melchior Wathelet dans ses conclusions, nous y reviendrons.

184 Décision 2013/785/UE du Conseil, du 16 décembre 2013 et décision 2018/393/UE de la Commission, du 12 mars 2018.

185 DUBUISSON François et Ghislain POISSONNIER, « Le droit du peuple sahraoui à la souveraineté sur ses ressources agricoles et halieutiques en question », Commentaire n° 35 de Trib. UE, 19 juill. 2018, aff. T-180/14, *Revue de Droit rural* n°471, Mars 2019.

186 POISSONNIER Ghislain, "L'accord de services aériens euro-méditerranéen et le Sahara Occidental", Commentaire de l'ordonnance du tribunal de l'UE du 30 novembre 2018, aff. T-275-18, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Volume 289, n°1-2019 p. 5.

187 Tribunal de l'UE du 30 novembre 2018, aff. T-275-18.

188 WSRW, "Démission de la rapporteure PE pour l'accord commercial sur le Sahara", 10 décembre 2018. Mme la députée européenne Patricia Lalonde a démissionné en décembre 2018 dans le cadre d'une enquête sur une éventuelle violation du code de conduite du fait de sa qualité de membre du conseil d'administration d'un groupe de pression pro-marocain.

189 Ce régime juridique n'existe cependant pas en droit international.

naturelles du territoire dans l'intérêt de la population locale. Le rapport conclut que les accords se faisaient dans l'intérêt du peuple sahraoui, alors que le Front Polisario n'avait pas été consulté. Les 28 janvier et 4 mars 2019 furent signés respectivement les accords d'association et de pêche « étendus au territoire du Sahara Occidental ». Avant l'été 2019 le Front Polisario déposa deux recours en annulation. L'audience concernant l'accord d'association devrait avoir lieu avant l'été 2020 au Tribunal de l'UE de Luxembourg¹⁹⁰. Le Maroc, loin d'être considéré par les institutions politiques européennes comme une puissance occupante est plutôt considéré comme une puissance administrante dans ces derniers accords.

Ainsi, que ce soit l'ONU *via* son Assemblée générale, son Conseil de sécurité, ses conseillers juridiques, ou les juridictions européennes, le statut juridique du Sahara Occidental reste volontairement abstrait pour éviter le tabou du terme « occupation ».

Section 2 – De rares décisions administratives au soutien de la diplomatie française

Nos recherches sur le site législatif français *Légifrance* nous ont amené à constater que les décisions administratives traitant indirectement du statut du Sahara Occidental perpétuent un flou juridique quant au statut de ce territoire, flou juridique qui s'aligne sur la position diplomatique du pouvoir exécutif.

Paragraphe A – Une diplomatie française pro-marocaine

Le point de vue diplomatique du Ministère des Affaires Étrangères (MAE) concernant le problème sahraoui est bien éloigné de celui concernant l'occupation d'une partie de la Cisjordanie et du Golan syrien par Israël. Il est intéressant de faire la comparaison entre les deux situations et de retranscrire l'avertissement fait aux entreprises françaises souhaitant investir dans les colonies israéliennes :

« La Cisjordanie, Jérusalem-Est, la bande de Gaza et le plateau du Golan sont des territoires occupés par Israël depuis 1967. Les colonies sont illégales en vertu du droit international. En conséquence, il existe

190 Le calendrier des audiences du Tribunal de l'Union européenne n'indique rien pour l'instant. Nous n'avons pas d'information non plus à titre personnel.

des risques liés aux activités économiques et financières dans les colonies israéliennes. Les transactions financières, les investissements, les achats, les approvisionnements ainsi que d'autres activités économiques dans les colonies ou bénéficiant aux colonies, entraînent des risques juridiques et économiques liés au fait que les colonies israéliennes, selon le droit international, sont construites sur des territoires occupés et ne sont pas reconnues comme faisant partie du territoire d'Israël. Cela est susceptible d'entraîner des litiges liés à la terre, à l'eau, aux ressources minérales et autres ressources naturelles, qui pourraient faire l'objet d'un achat ou d'investissement, comme des risques réputationnels. Les citoyens et entreprises qui envisagent des activités économiques ou financières dans les colonies sont appelés à solliciter un avis juridique approprié avant de procéder à ces activités. »¹⁹¹

Une telle position officielle sur le Sahara Occidental n'existe pas, pour de nombreuses raisons économiques et historiques. Historiquement, la France s'est engagée politiquement et militairement auprès du Maroc. La célèbre « Marche Verte » appelée par Hassan II afin de mobiliser son peuple autour d'un nouveau projet nationaliste, de le détourner d'une contestation politique intérieure et d'affaiblir son armée qui menaçait son trône, aurait été conjointement imaginée par lui-même et Monsieur Alexandre de Marenches, directeur du SDECE¹⁹². L'engagement historique de la France aux côtés du Maroc sur la question du Sahara Occidental est « une manière de faire oublier qu'elle a offert à l'Algérie un territoire saharien dix fois plus grand »¹⁹³. Le symbole de cet engagement est d'abord militaire : c'est l'opération *Lamentin*. En 1977, deux Français sont tués et huit autres capturés dans une attaque du Front Polisario contre une position mauritanienne¹⁹⁴. Malgré les négociations officieuses menées par Georges Marchais qui permettront la libération de ces huit otages, le président Valéry Giscard d'Estaing déclenche l'opération *Lamentin* fin 1977, en soutien au Maroc et à la Mauritanie¹⁹⁵. S'en suivent des bombardements français des positions du Front Polisario, des ripostes à terre et des ventes régulières d'avions de chasse (*Mirages F1*) au Maroc. Après l'élection de François Mitterrand et malgré le changement de majorité politique, le soutien de la France au Maroc reste entier et les services de renseignement français épaulent le

191 Ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères, "Conseils aux voyageurs - Israël/Territoires palestiniens - Activités dans les colonies", [En ligne : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/conseils-aux-voyageurs/conseils-par-pays-destination/israel-territoires-palestiniens/#complements> – Consulté le 22 mars 2020]. Nous n'affirmons pas cependant que la position diplomatique de la France vis à vis de la colonisation israélienne traduise dans la pratique les mêmes idées.

192 Le Service de Documentation Extérieure et de Contre-Espionnage est l'ancêtre de la DGSE (Direction Générale de la Sécurité Extérieure). Sur le rôle d'Alexandre de Marenches, voir BROUSKY Omar, « Maroc. Hassan II, « pote » et despote », *Orient XXI*, 22 juillet 2019 et VERMEREN Pierre, « Engagement de la France sur le Sahara », *Orient XXI*, 23 avril 2015.

193 *Op. cit.*, VERMEREN, 2015.

194 Les Français tués et capturés sont malheureusement des dommages collatéraux (et peut-être stratégiques) mais c'était avant tout l'économie mauritanienne qui était visée à travers l'attaque contre la cité minière de *Zouerate*, les exportations de fer représentant à l'époque les trois quarts des apports en devises de la Mauritanie.

195 C'est officiellement un soutien seulement à la Mauritanie mais il est clair qu'une telle opération visait également à soutenir l'effort de guerre marocain.

Maroc dans la construction du premier « mur » de sable¹⁹⁶. Jacques Chirac et ses soutiens politiques¹⁹⁷ soutiendront de la même façon le régime marocain dans sa lutte pour le Sahara Occidental¹⁹⁸. Nicolas Sarkozy ne changera pas de cap diplomatique¹⁹⁹, pas plus que François Hollande²⁰⁰. Depuis le début du conflit, la France a constamment utilisé son droit de veto au CSNU pour bloquer les résolutions en défaveur du Maroc. Elle a notamment empêché que le mandat de la MINURSO ne s'étende à la protection des droits de l'Homme²⁰¹. En novembre 2017, la France appuyait officiellement le plan d'autonomie marocain « comme base sérieuse et crédible en vue d'une solution politique juste, durable et mutuellement acceptable »²⁰² et encourageait par exemple les initiatives de partenariat entre « les douze régions du Maroc et les treize régions de France » : les deux régions du Sahara Occidental portent les numéros 11 et 12 selon le découpage territorial marocain. La France reconnaît ainsi de façon indirecte la souveraineté marocaine sur ces deux régions²⁰³. En décembre 2019, la France réitère son soutien au plan d'autonomie marocain, rejetant ainsi l'idée d'un référendum d'autodétermination²⁰⁴.

Hormis le chantage migratoire²⁰⁵ et sécuritaire²⁰⁶ marocain, c'est l'économie qui explique le soutien indéfectible de la diplomatie française au Royaume du Maroc. La France est le premier

196 *Op. cit.* VERMEREN, 2015.

197 *Ibid.* Michel Jobert puis Michel Roussin ou encore Michel de Bonnecorse.

198 Dans *Le temps présidentiel, Mémoires*, Jacques Chirac dira : « La monarchie reste le seul garant à nos yeux de la stabilité [...] c'est pour cette raison qu'on n'a cessé d'apporter le soutien à SM le roi Mohammed VI, en appuyant notamment le point de vue marocain sur la question du Sahara, partie intégrante du Royaume. » Cité dans ZOUBIR Yahia, « Manoeuvres géopolitiques et facteurs de blocage » dans BOULAY Sébastien, Francesco CORREALE (dir.), *Sahara Occidental. Conflit oublié, population en mouvement*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, coll. « Civilisations étrangères », 2018, p. 129.

199 Lors de sa visite au Maroc entre le 22 et le 24 octobre 2007, Nicolas Sarkozy déclare que la France est du « côté du Maroc » au Conseil de sécurité de l'ONU. Il soutient le plan d'autonomie marocain et affirme la « marocanité » du Sahara Occidental. *Ibid.*, p. 132.

200 Paris a soutenu Rabat après l'expulsion par le Maroc en mars 2016 de la composante civile de la MINURSO. *Ibid.*, p. 133.

201 *Ibid.*, p. 132.

202 XIIIème Rencontre franco-marocaine de Haut Niveau (RHN) - Déclaration finale - Rabat, 15-16 novembre 2017, [En ligne : https://ma.ambafrance.org/IMG/pdf/declaration_conjointe_-_version_finale_-_16_novembre_2017.pdf?3922/8f3f8f6f9abab13bd1f48091b4f6746dd1e732a4 - Consulté le 26 mai 2020], § 10.

203 *Ibid.*, § 40. Depuis le redécoupage territorial de 2015 : « Laâyoune-Sakia El Hamra » pour la partie nord [n°11] – sauf *Tarfaya* qui est à cheval entre le Maroc et le Sahara Occidental ; « Dakhla-Oued Ed-Dahab » pour la partie sud [n°12]. Cependant, lorsque c'est le Ministère des Affaires Etrangères qui est amené à prendre officiellement position, les mots sont beaucoup plus mesurés : voir la question écrite n° 10024 de Mme la Sénatrice Christine Prunaud du 11 avril 2019 et la réponse du MAE du 20 juin 2019 [<https://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190410024.html>] - Consulté le 26 mai 2020].

204 XIVème Rencontre franco-marocaine de Haut Niveau (RHN) - Déclaration politique conjointe - Paris, 19 décembre 2019, [En ligne : <https://ma.ambafrance.org/La-XIVeme-Rencontre-franco-marocaine-de-Haut-Niveau-se-tient-a-Paris> - Consulté le 26 mai 2020], § 7.

205 CIMADE, *Coopération UE-Afrique sur les migrations - Chronique d'un chantage - Décryptage des instruments financiers et politiques de l'Union Européenne*, Rapport d'observation, décembre 2017.

206 Le Maroc est l'allié le plus sûr de la France en Afrique du Nord pour la lutte contre le terrorisme au Sahel. *Op. cit.*, ZOUBIR, 2018, p. 133-134.

investisseur étranger au Maroc avec 737 millions d'euros d'investissements en 2017²⁰⁷. 900 filiales d'entreprises françaises résident au Maroc et des centaines d'entreprises françaises²⁰⁸. 33 des 40 entreprises du CAC 40 sont présentes au Maroc²⁰⁹. Les Français représentaient en 2014 le quart des touristes étrangers au Maroc. 47 000 Français y résident²¹⁰.

Paragraphe B – *Les décisions juridictionnelles françaises*

Les juridictions administratives françaises se sont prononcées indirectement en France sur la question du Sahara Occidental²¹¹. Le contentieux administratif en matière de demandes d'asile et de droit des étrangers oblige les juges à se prononcer sur la question de la nationalité sahraouie, donc sur la question de l'appartenance ou pas du Sahara Occidental au Maroc. La nationalité est le rattachement juridique d'un individu à un État qui établit entre eux un rapport de protection et d'allégeance. Dans le cas sahraoui, il n'y aurait qu'une « ethnicité », car une incertitude demeure concernant le statut du Sahara Occidental²¹².

Cette incertitude s'illustre dans des décisions administratives²¹³ qui traduisent la position officielle d'un Ministère des Affaires Étrangères ne souhaitant pas reconnaître l'existence d'un État sahraoui (la RASD), mais hésitant néanmoins à parler officiellement de « souveraineté » marocaine sur le Sahara Occidental. En mars 2017, la CAA de Bordeaux reconnaît « l'origine sahraouie » d'un réfugié mais ne parle pas de « nationalité sahraouie »²¹⁴. En octobre 2017, à propos d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) faite à un réfugié sahraoui, la CAA de Bordeaux parle « d'origine sahraouie ». Elle dit que le réfugié ne peut pas se prévaloir d'une « nationalité sahraouie » en faisant état d'une carte d'identité émise par les autorités de la RASD puisque la RASD n'est pas un État reconnu par l'ONU et la France²¹⁵. La CAA ne se réfère ainsi même pas aux éléments constitutifs de l'État selon le droit international, mais seulement à la reconnaissance ou non d'un État par la France, démontrant une certaine soumission au point de vue du MAE

207 Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères, "Dossiers pays - Maroc - Relations bilatérales", [En ligne : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/maroc/relations-bilaterales/> - Consulté le 5 juin 2020].

208 *Ibid.*

209 *Ibid.*

210 En 2014. *Op. cit.*, ZOUBIR, 2018, p. 133-134.

211 Les juridictions judiciaires de façon plus rare, nous le verrons.

212 RASPAIL Hélène, « La notion de « nationalité » sahraouie », Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

213 Beaucoup de décisions ont été prises par la Cour d'Appel Administrative (CAA) de Bordeaux, car comme précisé en introduction, de nombreux sahraouis y vivent dans la précarité.

214 CAA de BORDEAUX, 2ème chambre, 07/03/2017, 16BX03376.

215 CAA de BORDEAUX, 5ème chambre, 17/10/2017, 17BX01761.

français. En juillet 2019, la CAA de Nancy soutient que les personnes d'origine sahraouie nées au Maroc et étant titulaires d'une carte nationale d'identité marocaine sont de nationalité marocaine²¹⁶. Or, en mai 2017, la CAA de Bordeaux qui abordait le dossier d'un réfugié né en 1975 au « Sahara espagnol », concédait qu'il était « d'origine sahraouie » mais « de nationalité indéterminée »²¹⁷. Concernant un Sahraoui né en 1960, la CAA de Bordeaux disait en mai 2018 qu'il était né au « Sahara occidental »²¹⁸. Paradoxalement encore, en avril 2015, la CAA de Bordeaux admettait qu'un réfugié sahraoui était né en 1972 au « Sahara Occidental » (alors que le Sahara était encore « espagnol ») mais qu'il était « ressortissant marocain »²¹⁹. Enfin, dans une affaire ne concernant pas le droit des étrangers, la CAA de Douai refuse de se positionner sur l'appartenance de la ville de *Dâkhla* au Royaume du Maroc²²⁰.

Que les décisions soient équivoques ou non, le Conseil d'État censure de toute façon toutes celles qui s'orientent vers une reconnaissance implicite de l'existence d'un État sahraoui ou une absence de souveraineté du Maroc sur le Sahara Occidental²²¹. Le juge judiciaire ne prend pas davantage en compte que le juge administratif un rattachement à la RASD au titre de la nationalité²²².

De rares décisions du juge judiciaire existent en effet. Certaines traitent de la possibilité des personnes de se prévaloir du droit d'un État que l'État français ne reconnaît pas lui-même, comme le droit relatif au mariage ou le droit local en tout genre²²³. En matière criminelle, en septembre 1997, à propos d'un trafic international de voiture, la Cour de cassation parle « du contrôle effectué le 7 mai 1997 à la frontière mauritanienne d'un convoi de véhicules tout terrain immatriculés en France, en provenance du Sahara Occidental »²²⁴. En février 2011, à propos d'un trafiquant de cocaïne qui « a mis à profit dans ce contexte ses relations avec des individus implantés au Sahara

216 CAA de NANCY, 4ème chambre, 23/07/2019, 19NC00238.

217 CAA de Bordeaux, 1ère chambre, 04/05/2017, 17BX00244.

218 CAA de Bordeaux, 6ème chambre, 09/05/2018, 18BX00374.

219 CAA de Bordeaux, 5ème chambre, 28/04/2015, 14BX03115.

220 CAA de Douai, 1re chambre, 27/06/2012, 12DA00169. L'affaire concernait le recours en annulation de l'*Association des Amis de la RASD* contre une délibération du conseil municipal de la commune de Creil approuvant et prenant en charge les frais de déplacement de trois élus locaux à un évènement à *Dâkhla*, situé au Royaume du Maroc selon la délibération. La CAA refuse de se prononcer, considérant que la mention du rattachement de la ville de *Dâkhla* au Royaume du Maroc ne constituait pas le motif de la délibération.

221 *Op. cit.*, RASPAIL, 2019. Les personnes originaires du territoire sous contrôle marocain sont donc selon le juge administratif français Marocains, celles originaires des camps de réfugiés en Algérie sont Algériens et celles originaires des camps en zone libérée et administrée directement par le Front Polisario seraient donc apatrides.

222 *Ibid.*

223 En 1934 une décision rendue par des juges russes blancs est inapplicable car la France reconnaît l'URSS et pas la Russie tsariste ; en 1973 l'effectivité du droit de la Russie tsariste est reconnue malgré le défaut de reconnaissance de cet État à l'époque par la France ; en 2014 Taïwan aurait du être considéré comme un État reconnu selon la Cour de cassation. La notion d'effectivité du gouvernement sur son territoire prime sur la notion de reconnaissance par la France de cet État. Voir MAILHÉ François, *L'effet en France des actes et décisions de la RASD*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

224 Cass. crim., 24 septembre 1997, 97-83.787.

occidental, au Maroc, en Espagne mais aussi en France, pouvant exercer les fonctions de chauffeurs de camions ou de voitures ou bien encore de pilote d'hélicoptère [...] », la distinction est faite entre le Sahara Occidental et le Maroc, sans toutefois parler d'occupation du Sahara Occidental par le Maroc²²⁵. En novembre 2016, à propos d'une affaire de torture par les autorités marocaines de militants sahraouis, la chambre criminelle déclare qu'un militant sahraoui est « de nationalité marocaine » et qu'il a été arrêté à « Laayoune (Maroc) »²²⁶, alors que cette ville est située sur le territoire du Sahara Occidental. Enfin, en matière sociale, la Cour de cassation en avril 2011, statue sur un licenciement pour faute grave d'une directrice de centre social dans lequel étaient accueillis des « enfants Sahraouis »²²⁷.

Pour les États n'ayant pas reconnu la RASD, il semblerait qu'il y ait donc un problème concernant l'application de la loi internationale et pénale à l'égard de la situation au Sahara Occidental²²⁸. Mais malgré les décisions internationales, européennes et françaises qui sont bien souvent équivoques et entendu que le juge judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif français, il nous paraît vraisemblable qu'il soit de son office de constater une situation d'occupation du Sahara Occidental par le Maroc, née d'un conflit armé international. Malgré les hésitations lexicales, la situation juridique est claire.

Chapitre second – Le constat d'une occupation notoire issue d'un conflit armé international

Le constat d'une situation d'occupation issue d'un conflit armé international au Sahara Occidental paraît « notoire », c'est à dire connu et constaté par un grand nombre d'observateurs publics et académiques. Ce caractère « notoire » fonderait l'élément moral de l'infraction visée à l'article 461-26 du Code pénal.

225 Ce n'était certes pas l'objet du procès. Cass. crim., 22 février 2011, 10-88.128.

226 Cass. crim., 8 novembre 2016, 16-84.115.

227 Cass. soc., 6 avril 2011, 09-69.220.

228 *Op. cit.*, SMITH, 2011, p. 36.

Section 1 – Un constat juridique clair

D’abord, le constat juridique est clair : le Sahara Occidental est un territoire non-autonome, annexé et occupé par le Maroc, et l’occupation découle nécessairement d’un conflit armé international.

Paragraphe A – Un territoire non-autonome, annexé et occupé

Le Sahara Occidental est d’abord un **territoire non-autonome** dont la puissance administrante légale reste l’Espagne et sur lequel le Maroc n’a aucune souveraineté. Le territoire n’est **pas « disputé »** et le statut de « **puissance administrante de facto** » **n’existe pas** en droit.

La décolonisation et le droit à l’autodétermination du Sahara Occidental « ne sont pas des affirmations subjectives idéologiques ou de simples *desiderata* »²²⁹. Il est bien établi en droit international que le Sahara Occidental doit être qualifié de « territoire non-autonome » relevant de l’application de l’article 73 de la Charte de l’ONU²³⁰ et de la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 relative à la décolonisation²³¹. L’article 73 de la Charte de l’ONU indique :

« Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d’administrer des territoires dont les populations ne s’administrent pas encore complètement elles-mêmes reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme une mission sacrée l’obligation de favoriser dans toute la mesure possible leur prospérité, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte [...]. »

Le Sahara Occidental est donc également un « pays colonial »²³² dont le statut ne sera réglé qu’après l’exercice du droit inaliénable de son peuple à l’autodétermination²³³. Le statut juridique d’un territoire non-autonome, distinct de celui de la puissance qui l’administre, perdure aussi longtemps que le droit du peuple à disposer de lui-même n’a pas été exercé²³⁴. Les résolutions du

²²⁹ *Op. cit.*, ZOUBIR, 2018, p. 125.

²³⁰ Dans le cadre de son Chapitre XI intitulé « Déclaration relative aux territoires non autonomes ». Le Sahara Occidental a été inscrit sur la liste des territoires non-autonomes (*Non-Self-Governing Territories*) de l’ONU en 1963 et y est toujours. A titre d’exemples, les États-Unis administrent les territoires non-autonomes que sont Guam ou les Samoa américaines, la France administre la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française, le Royaume-Uni les îles Caïmans ou les Bermudes.

²³¹ POISSONNIER Ghislain, « Le Tribunal de l’Union européenne rappelle que l’exploitation des ressources naturelles du Sahara occidental doit profiter à la population de ce territoire », Commentaire n° 31 de Trib. UE, 10 décembre 2015, aff. T-512-12, Front Polisario c. Conseil de l’UE, *Revue Énergie-Environnement-Infrastructures* n°4, Avril 2016.

²³² AGNU, résolution A/RES/2072 de 1965 où il est demandé à l’Espagne de « prendre immédiatement les mesures nécessaires » pour « la libération de la domination coloniale ». Idem récemment avec la résolution A/RES/70/98 de 2015. Citées dans RUIZ MIGUEL Carlos, « Cadre juridique du conflit » dans *op. cit.* BOULAY et CORREALE, 2018, p. 98.

²³³ *Ibid.*, p. 99, citant la résolution de l’AGNU A/RES/39/40 de 1984.

²³⁴ *Ibid.*, p. 98, citant la résolution de l’AGNU A/RES/2625 de 1970.

CSNU vont dans ce sens en approuvant des propositions visant, « au moyen de l'application d'un cessez-le-feu et de l'organisation d'un référendum », « à permettre au peuple du Sahara occidental, exerçant son droit à l'autodétermination, de choisir sans contraintes militaires ou administratives entre l'indépendance et l'intégration au Maroc »²³⁵.

Si l'avis consultatif de la CIJ de 1975 est équivoque, il n'en reste pas moins que la Cour fait la distinction entre « liens juridiques » et « liens de souveraineté » pour souligner que le Maroc ne dispose d'aucune souveraineté sur le territoire du Sahara Occidental. La Cour de Justice de l'Union Européenne dont les arrêts ne parlent pas d'occupation, interprète l'avis de la CIJ dans le même sens : le Sahara Occidental n'appartient pas au Maroc. Ce dernier n'a aucune souveraineté sur ce territoire²³⁶ et les deux territoires sont bien distincts²³⁷. L'intégration du Sahara Occidental au territoire du Royaume du Maroc ne pourrait se faire sans la consultation du peuple, qui est la condition *sine qua non* de toute décolonisation²³⁸. La théorie du Maroc selon laquelle il aurait des droits territoriaux au nom de l'allégeance historique de certaines tribus du Sahara Occidental et de l'autorité spirituelle de son Sultan ne tient pas : avec un tel raisonnement la Turquie aurait pu revendiquer l'Algérie comme étant sous sa souveraineté au moment de la colonisation²³⁹.

Le territoire du Sahara Occidental n'est donc pas « disputé ». Il n'appartient qu'à son peuple qui doit se prononcer sur son avenir *via* un référendum. L'utilisation de l'expression « territoire disputé » par le Tribunal de l'UE en 2015 a été critiquée par l'avocat général de la CJUE en 2016²⁴⁰ et par la doctrine, d'abord parce que cette expression n'est pas une catégorie juridique spécifique en droit international, ensuite car cela sous-entendrait que le conflit sahraoui serait un « simple différend territorial entre deux parties placées sur un plan équivalent, à propos duquel il s'agirait de

235 CSNU, résolution 658 du 17 juin 1990. Puis dans sa résolution 690 du 29 avril 1991, la MINURSO sera créée. Voir NOVOSSELOFF Alexandra, « Au Sahara, les Nations unies entre activisme et lassitude », *Orient XXI*, 23 avril 2015.

236 CJUE, Grande Chambre, 21 décembre 2016, affaire C-104-16 P, § 104.

237 DEVERS Gilles, *La représentation du peuple sahraoui devant la CJUE*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

238 *Op. cit.*, Avis CIJ 1975, Déclaration du juge Nagendra Singh (Inde), p. 79 et 81.

239 La régence d'Alger était jusqu'à la colonisation française, un royaume vassal de l'Empire Ottoman dirigé par les Turcs. Cette comparaison intéressante vient de M. Bedjaoui, conseil de l'Algérie dans la procédure devant la CIJ, cité dans *op. cit.*, FLORY, 1975, p. 274. Cependant, notons que le Maroc ne revendique que les territoires dont il estime que les populations sont marocaines et pas par exemple Cordoue alors que le Maroc a dominé l'Andalousie pendant un temps. Cité dans FLORY Maurice, « La notion de territoire arabe et son application au problème du Sahara », *Annuaire français de droit international*, Volume 3, 1957, p. 86.

240 « Je ne partage pas le point de vue du Tribunal exprimé au point 56 de l'arrêt attaqué, et repris par le Conseil lors de l'audience, selon lequel « le Sahara occidental est un territoire dont le statut international est à l'heure actuelle indéterminé ». Ce qui est à présent indéterminé n'est pas son statut, mais son futur. », § 72 ; « Je ne partage pas non plus la caractérisation du Sahara occidental par le Tribunal comme « territoire disputé » », § 73, Conclusion de l'avocat général M. Melchior Wathelet du 13 septembre 2016.

ne pas prendre position avant la solution du litige »²⁴¹. Ce « glissement sémantique » du Tribunal de l'UE évacuerait largement les principes applicables aux territoires non-autonomes²⁴².

Qualifier le Maroc de « puissance administrante *de facto* » paraît être un non-sens juridique. Hans Corell s'offusque lui-même de l'interprétation restrictive qui a été faite par la Commission Européenne de son rapport sur le Sahara Occidental²⁴³. On a pensé que le Maroc avait désormais le droit d'exploiter les ressources naturelles du Sahara Occidental, étant devenu la nouvelle puissance administrante du territoire. Mais Hans Corell ne constate que le caractère *de facto* de cette administration et ne concède pas sa légalité. L'exploitation des ressources naturelles par le Maroc est subordonnée selon lui à la condition que le peuple du Sahara Occidental puisse en bénéficier. Parler d'administration *de facto* ne serait qu'un constat factuel qui n'est pas prévu par le droit international et qui ne génère aucun droit *de jure* au Maroc, seulement des devoirs²⁴⁴. L'expression serait « *rechtlich nicht bedeutsam* »²⁴⁵ [juridiquement non-significative] et nous le verrons, ceci ne change en rien le statut de territoire occupé du Sahara Occidental²⁴⁶.

L'Espagne reste la puissance administrante du Sahara Occidental et les Accords de Madrid de 1975 sont illégaux²⁴⁷. Ils ne prévoient de toute façon qu'un transfert temporaire de pouvoirs administratifs au Maroc et à la Mauritanie²⁴⁸, sans transfert de souveraineté²⁴⁹. Rappelons que la lutte du Front Polisario visait au départ les colons espagnols²⁵⁰. Le Front Polisario lui-même reconnaît à l'Espagne sa qualité de puissance administrante²⁵¹, telle qu'octroyée par la résolution 3292 (XXIX) de l'AGNU du 13 décembre 1974. Le Ministère Public espagnol ainsi que la Cour Centrale d'Espagne attribuent également cette qualité au Royaume d'Espagne. Le Royaume

241 *Op. cit.*, POISSONNIER, 2015.

242 *Ibid.*

243 WSRW, "Hans Corell : "European Commission misinterprets my opinion"", 22 décembre 2010.

244 Voir BRUS M., *La légalité de la prospection et de l'exploitation des ressources minérales du Sahara occidental*, dans CHAPEAU Vincent (et autres), *Le droit international et la question du Sahara occidental*, Leiden, IPJET, 2009, p. 201, cité dans *op. cit.*, POISSONNIER, 2015.

245 Deutscher Bundestag, "Sachstand - Völkerrechtliche Aspekte des Westsaharakonflikts" [Etat des lieux - Aspects de droit international du conflit du Sahara Occidental], Wissenschaftliche Dienste [Services scientifiques], WD 2 - 3000 - 025-19, 18 mars 2019, p. 9.

246 Direction générale des politiques externes (Parlement européen), « Occupation/annexion d'un territoire : Respect du droit humanitaire international et des droits de l'homme et politique cohérente de l'Union européenne dans ce domaine, Juin 2015, PE 534.995, p. 44.

247 Du point de vue du droit international. *Op. cit.*, RUIZ MIGUEL, 2018, p. 114.

248 « Corell betont in seinem Gutachten, dass das 1975 geschlossene Abkommen von Madrid lediglich eine vorläufige Übertragung der Verwaltungshoheit auf Marokko beinhaltet habe. ». « Vorläufige » se traduit par « temporaire » ou « intérimaire ». *Ibid.*

249 *Op. cit.*, Rapport du Parlement Européen de juin 2015, p. 43.

250 Le Front Polisario est formé à Zouérate en Mauritanie le 10 mai 1973 dans le but de mettre fin à l'occupation espagnole du Sahara Occidental. Ses fondateurs sont El-Ouali Moustapha Sayed, Bachir Moustapha Sayed, Lahbib Ayoub, Mohamed Abdelaziz, Omar Hadrami, Mahfoud Ali Beiba, Mohamed Lamine Ould Ahmed et Mohamed Lamine Ould Bouhali. Le 20 mai 1973 le Front Polisario attaqua par exemple le poste de police espagnol d'*El Khanga*.

251 Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet de 2016, § 187.

d'Espagne a étendu sa compétence internationale en matière pénale sur des crimes commis au Sahara Occidental²⁵². A titre anecdotique deux États-membres de l'ONU anciennement occupés, la Namibie et le Timor-Oriental²⁵³, ont appelé l'Espagne le 22 janvier 2020 à assumer son rôle de puissance administrante et à organiser l'autodétermination des Sahraouis²⁵⁴. La position passive de l'Espagne s'explique par le fait que les Marocains la « tiennent à la gorge »²⁵⁵ par la question migratoire et que le Maroc soit son deuxième partenaire commercial hors UE.

Enfin, le Sahara Occidental est un **territoire annexé et occupé** par le Maroc. Rappelons que selon la définition de l'occupation en droit international humanitaire, il faut un contrôle effectif suffisant de tout ou partie d'un territoire par l'armée d'un État auquel ce territoire n'appartient pas. La totalité du territoire ne doit pas nécessairement être contrôlée : seuls les endroits où des populations civiles vivent suffisent. Le critère de l'absence de consentement du souverain légitime doit être compris assez largement²⁵⁶. L'armée marocaine contrôle effectivement une partie du territoire du Sahara Occidental qui ne lui appartient pas. Ni le peuple sahraoui (faute de référendum) ni son représentant légitime qu'est le Front Polisario n'ont donné leur consentement.

Certaines résolutions de l'AGNU ont par le passé condamné explicitement « l'occupation » marocaine « persistante » du Sahara Occidental et ont ordonné d'y mettre fin, comme le 21 novembre 1979²⁵⁷ ou le 11 novembre 1980²⁵⁸. Le 6 novembre 1975 le CSNU, sans parler d'occupation, enjoint au Maroc de « retirer immédiatement du territoire du Sahara occidental tous les participants à la marche », condamnant la *Marche Verte*²⁵⁹. Le CSNU n'est toutefois pas compétent pour les questions de décolonisation, compétence exclusive de l'AGNU²⁶⁰. La Commission des droits de l'Homme des Nations Unies qualifie aussi par deux fois en 1980²⁶¹ et en 1981²⁶² la présence marocaine au Sahara Occidental « d'occupation », ainsi que le Secrétaire

252 *Ibid.*, § 191. Voir l'ordonnance n° 40/2014 du 4 juillet 2014 de l'*Audencia Nacional, Sala de lo penal, pleno* (Cour centrale, division pénale, assemblée plénière), dans la procédure ordinaire n° 80/2013, [En ligne : http://www.ligaproderchoshumanos.org/documentos20140710_sala_penal_audencia_nacional.pdf – Consulté le 6 juin 2020].

253 Anciennement occupés par l'Indonésie pour le Timor-Oriental (après la colonisation portugaise) et par l'Afrique du Sud (après la colonisation allemande) pour la Namibie.

254 WSRW, « States urge Spain to respect Saharawi rights in Human Rights Council », 22 janvier 2020.

255 CEMBRERO Ignacio, « Difficile équilibre de la politique espagnole au Sahara occidental », *Orient XXI*, 23 avril 2015. Les 11 et 12 août 2014, 1100 migrants ont débarqué sur les côtes andalouse. Les Marocains avaient délibérément relâché la surveillance frontalière en raison du contrôle du yacht du souverain Mohammed IV par les autorités espagnoles quatre jours plus tôt dans les eaux de Ceuta (une enclave espagnole sur les côtes marocaines).

256 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 44. L'article 2, alinéa 2 de la CGIV dispose : « La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire. »

257 AGNU, résolution A/RES/34/37 du 21 novembre 1979.

258 AGNU, résolution A/RES/35/19 du 11 novembre 1980.

259 CSNU, résolution 380 du 6 novembre 1975.

260 *Op. cit.*, RUIZ-MIGUEL, 2018, p. 104.

261 Commission des droits de l'Homme de l'ONU, résolution E/CN.4/RES4 (XXXVI) du 15 février 1980.

262 Commission des droits de l'Homme de l'ONU, résolution E/CN.4/RES/12(XXXVII) du 6 mars 1981.

général de l'ONU Monsieur Ban Ki-Moon en 2016 lors d'une tournée au Sahara Occidental et dans les pays voisins²⁶³.

Concernant les régimes juridiques des territoires non-autonomes et occupés, les qualifications peuvent s'imbriquer²⁶⁴. Juridiquement parlant, un territoire illégalement annexé est occupé²⁶⁵. L'annexion est l'incorporation politique d'un territoire dans un autre, territoire considéré comme faisant partie de l'État qui le contrôle²⁶⁶. Le droit de l'occupation s'applique donc aux relations entre le Maroc et le Sahara Occidental. L'installation des colons marocains dans ce territoire ainsi que la construction d'infrastructures pour les accueillir sont illégales²⁶⁷. Des mesures de sanction similaires à celles prises contre la Russie pour l'annexion de la Crimée devraient être prises par l'Union Européenne à l'encontre du Maroc pour son occupation du Sahara Occidental²⁶⁸, puisque « l'agression, l'occupation et l'annexion du territoire par le Maroc constituent une violation grave du droit international »²⁶⁹. Même si la Cour de Justice de l'Union Européenne ne les a pas suivies, les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet du 10 janvier 2018 sont éloquentes : le Sahara Occidental est un territoire occupé par le Maroc²⁷⁰.

Le Maroc est présent au Sahara Occidental depuis 1975. Les colons marocains se sont progressivement installés sur toute la côte, protégés par l'armée marocaine et par un mur de protection dont les mines anti personnelles entraînent encore des morts par accident chaque année. Les hostilités pourraient reprendre d'un moment à l'autre, comme en témoigne la lassitude des jeunes sahraouis favorables à une reprise du conflit armé. Il est clair que l'occupation marocaine est continue et effective²⁷¹. 100% du contrôle administratif et sécuritaire du Sahara Occidental est détenu par les autorités marocaines²⁷². Si les Accords de Madrid ont rangé l'Espagne du côté du Maroc²⁷³, la *Marche Verte* fut sévèrement dénoncée par l'Espagne et ses soldats ne se sont abstenus d'ouvrir le feu que grâce aux dernières volontés du Général Franco, sur son lit de mort. L'aspect

263 Du 5 au 7 mars 2016 dans les camps de *Tindouf* en Algérie notamment.

264 *Op. cit.*, WRANGE, 2019, p. 21.

265 *Op. cit.*, Rapport du Parlement Européen de juin 2015, p. 1.

266 *Ibid.*, p. 7.

267 *Ibid.*, p. 10.

268 *Ibid.*, p. 11.

269 *Ibid.*, p. 44.

270 Voir le V., B., 2., b), 3) de ses conclusions, notamment.

271 *Op. cit.*, SAUL, 2015, p. 11.

272 *Op. cit.*, Annexe n°1, Loïc Ferrière pour ACAT France, 2012. C'est bien sûr la partie occupée du Sahara Occidental dont il est question, donc 100 % de 80 %/.

273 Il n'en reste pas moins que l'Espagne n'avait aucun droit de transmission de son statut de puissance administrante. *Op. cit.*, WRANGE, 2019, p. 8.

folklorique et pacifique de cette *Marche Verte* est également remis en cause car il s'agissait d'une véritable opération militaire²⁷⁴.

Paragraphe B – *Un nécessaire conflit armé international ?*

L'existence d'un conflit armé international doit être prouvée pour appliquer l'article 461-26 du Code pénal : ce n'est pas l'article 461-26 qui l'impose, mais la construction législative. Cet article est en effet situé dans une sous-section 2 et une section 3 (du chapitre 1^{er} du Livre IV bis du Code pénal) qui ont trait aux conflits armés internationaux²⁷⁵.

Le conflit du Sahara Occidental est **armé**. Il a fait environ 16 000 morts et de nombreuses batailles ont eu lieu²⁷⁶. Un seuil de gravité dans l'intensité du conflit a indéniablement été atteint. Les forces en présence sont suffisamment organisées pour être des « parties au conflit ». Si les hostilités ont pris fin avec le cessez-le-feu de 1991, la présence militaire marocaine ininterrompue²⁷⁷, les arrestations de militants sahraouis dans les territoires contrôlés par le Maroc²⁷⁸, la surveillance du mur de sable par les Marocains, les accidents de mines anti-personnelles²⁷⁹ et la volonté des jeunes de reprendre les armes indiquent que ce conflit armé n'est pas encore terminé et

274 Ahmed Dlimi fut chargé dès 1974 par Hassan II d'organiser les opérations militaires et les pressions contre l'Espagne. Des incursions seront tentées cette année-là. Le 31 octobre 1974 les troupes marocaines passent la frontière et se dirigent vers vers *Jdiriya*, *Haousa* et *Farsia*, trois des avant-postes évacués par l'armée espagnole. En 1975, pratiquement en même temps que la *Marche verte*, Ahmed Dlimi entame l'opération *Ouhoud*, et l'armée marocaine réussit à pénétrer au Sahara Occidental, à plus de 100 km à l'est de *La'youn*. Elle contrôle alors les postes de *Farsia*, *Jdiriya*, *Hawza* et plus tard, *Mahbes* et réussit à mettre la main sur tout le secteur de *Smara* sans combats.

275 Nous regrettons cependant n'avoir trouvé aucun travail doctrinal sur la valeur des divisions hiérarchiques du Code pénal : sont-elles impératives pour le juge ? Ces divisions législatives ont-elles la même force juridique que le contenu du texte en lui-même ? Répondre à la négative à cette question impliquerait que le crime de colonisation par peuplement puisse être considéré aussi bien dans le cadre d'un CAI que dans le cadre d'un CANI.

276 A la lecture de l'article premier, alinéa 2 du Protocole II aux Conventions de Genève, le conflit du Sahara Occidental serait bel et bien un conflit armé : «Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés.» Il n'est pas nécessaire de toute façon dans les conflits armés internationaux de prouver un seuil minimum de violence.

277 Environ 125 000 soldats marocains sont stationnés au Sahara Occidental. *Op. cit.*, SMITH, 2011, p. 12.

278 Plus de 300 Sahraouis se sont fait arrêter dans le cadre du démantèlement du camp de *Gdeim Izik* en 2010. La plupart ont été torturés et 24 ont été transférés au Maroc, puis condamnés après un procès inéquitable. Il n'y a jamais eu de condamnation pour torture du Maroc malgré l'ampleur du phénomène régulièrement dénoncé par les Nations Unies. Voir le rapport sur la défense des accusés : Association Française d'Amitié et de Solidarité avec les Peuples d'Afrique (AFASPA) et autres, *Rapport d'observations de la défense sur le procès de Gdeim Izik devant la Cour d'appel de Rabat*, 15 juin 2017 ; et le Rapport du Secrétaire général sur la situation au Sahara Occidental, UNSGOR, S/2011/249, 1^{er} avril 2011). 177 manifestations pacifiques sahraouies ont été réprimées par le Maroc pour la seule année 2014 et 84 violations du droit à la liberté d'expression, de réunion et d'association ont été documentées entre janvier 2014 et mars 2016 [selon *op. cit.*, Annexe n°1, infographie de Loïc Ferrière pour ACAT France, 2017].

279 *Op. cit.*, Annexe n°1, Infographie de Loïc Ferrière, 2017. Le Sahara Occidental est un des terrains les plus minés au monde. Entre 200 000 et 10 millions de mines et bombes à sous-munitions ont été disséminées de part et d'autre du mur de sable avant le cessez-le-feu de 1991. Selon le Maroc, entre 1975 et 2015, les mines et autres engins explosifs ont fait 843 morts et 1771 blessés [citant *Landmine and Cluster Munition Monitor*].

que le Sahara Occidental demeure « techniquement une zone de guerre »²⁸⁰. La présence continue des militaires de la MINURSO depuis 1991 le démontre également. De toute façon, dans une situation d'occupation, l'application des Conventions de Genève et de ses protocoles ne cesse qu'à la fin de l'occupation et non pas à la fin des opérations militaires comme pour les autres conflits armés²⁸¹.

Le conflit armé du Sahara Occidental est un conflit **international**. Même s'il n'existe pas de définition officielle²⁸², la jurisprudence distingue en droit international les conflits armés internationaux (CAI) des conflits armés non-internationaux (CANI). Il y a CAI quand deux États ou plus²⁸³ s'opposent en utilisant totalement ou partiellement la force armée²⁸⁴, peu importe les raisons et l'intensité de cette utilisation²⁸⁵. Une déclaration officielle de guerre et la reconnaissance de la situation de CAI ne sont pas nécessaires pour que le droit international humanitaire ou *jus in bello* (« droit de la guerre ») s'applique²⁸⁶. Le CANI quant à lui est caractérisé par un affrontement soit entre forces armées étatiques et un ou plusieurs groupes armés non étatiques, soit entre plusieurs groupes armés non étatiques. La jurisprudence internationale a instauré des conditions plus strictes pour qualifier un CANI en vue de protéger politiquement la souveraineté des États sur leurs conflits internes. Ces CANI doivent alors atteindre un plus grand niveau d'intensité pour que le DIH leur soit applicable. Les groupes armés non étatiques doivent présenter de surcroît un minimum d'organisation²⁸⁷.

Ce conflit armé a-t-il eu lieu entre deux ou plusieurs États ? D'un côté le Maroc est reconnu comme un État, au regard des trois éléments constitutifs de l'État en droit international que sont l'existence d'une population, d'un territoire et d'une souveraineté. En revanche, la RASD fondée par le Front Polisario ne semble correspondre que partiellement à cette définition. En effet, il y a bien un territoire, celui bien délimité du Sahara Occidental, une population, la population sahraouie,

280 *Ibid.*, p. 12, citant un câble diplomatique de l'ambassade des États-Unis à Rabat du 16 octobre 2009 diffusé par Wikileaks : « Seven Saharawi activists charged with intelligence cooperation with a foreigner », [En ligne : <https://wikileaks.org/> - Consulté le 8 juin 2020].

281 Protocole I aux Conventions de Genève, article 3, b) : « l'application des Conventions et du présent Protocole cesse, sur le territoire des Parties au conflit, à la fin générale des opérations militaires et, dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation [...] ».

282 Médecins Sans Frontières, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire – Conflit armé international*, Définition, Date de publication non-connue, [En ligne].

283 CPI, Procureur c. Lubanga, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 533, cité dans QUÉNIVET Noëlle, « Article 8 : War Crimes », dans KLAMBERG Mark (éditeur), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, 2017, note de bas de page n° 65, p. 65.

284 Article 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949.

285 CPI, Procureur c. Lubanga, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 541 et CPI, Procureur c. Katanga, ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014, § 1117, cités dans *op. cit.*, QUÉNIVET, 2017, p. 66.

286 *Op. cit.*, BREHAM et GREIG, 2018, p. 38.

287 *Ibid.*

mais la souveraineté n'est effective que sur 20 % du territoire²⁸⁸ et ne sera de toute façon légitime qu'après un référendum. La reconnaissance de la RASD par d'autres États n'est pas un élément qui la constituerait en tant qu'État. Elle représente seulement un enjeu bilatéral²⁸⁹. Notons tout de même que la RASD est membre de l'Union Africaine depuis 1981²⁹⁰. Plus de 80 pays ont reconnu la RASD au long de l'Histoire, même si aujourd'hui et après un effort considérable de la diplomatie marocaine²⁹¹, 57 pays auraient retiré leur déclaration de reconnaissance. Les chiffres divergent étant donné l'absence de clarté des déclarations de certains États²⁹². La RASD a également adhéré à de nombreuses conventions internationales²⁹³. Notons également le défi qu'a représenté la création de la RASD pour un peuple qui est historiquement nomade et dont la notion d'État au sens occidental du terme ne représentait pas l'organisation politique classique de la communauté²⁹⁴.

Le jeu semble être truqué. On se demande effectivement comment la RASD pourrait devenir un État au sens classique du terme, alors que le Maroc l'empêche d'être souverain. En effet, l'occupation rend cette souveraineté impossible. La stratégie diplomatique marocaine empêche la venue du référendum d'autodétermination pour l'avenir de ce « territoire non-autonome ». Il conviendrait de sortir de ce « stato-centrisme » et de cette « étaticité »²⁹⁵.

Le caractère international d'un conflit armé peut également résulter de l'engagement d'autres États dans les hostilités²⁹⁶. La Mauritanie était engagée militairement, jusqu'en 1979, aux côtés du Maroc contre le Front Polisario. Nous avons vu également que la France a été

288 Effective car depuis des dizaines d'années les résidents des camps de réfugiés (en territoire « libéré ») sont soumis à la constitution de la RASD et à ses lois. Il y a des tribunaux, une police, des prisons, etc. Voir HUMAN RIGHTS WATCH, « Human Rights in Western Sahara and in the Tindouf Refugee Camps : The Report of Human Rights Watch (excerpts) », Décembre 2008, dans *op. cit.* CHAPEAUX, 2010, p. 27-28.

289 BEULAY Marjorie, *Propos introductifs*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

290 La RASD siège à l'Organisation de l'Union Africaine (ancêtre de l'Union Africaine) pour la première fois en février 1981 et y est officiellement intégrée le 12 novembre 1984 puis y est élue membre du conseil de sécurité en juillet 1986.

291 De nombreux consulats africains ont ouverts très récemment dans la zone du Sahara Occidental occupée par le Maroc : CRÉTOIS Jules et Jihâd GILLON, « Regain de tension entre le Maroc et l'Algérie après l'ouverture de consulats africains au Sahara occidental », *JeuneAfrique*, 21 février 2020.

292 En 2008, la RASD disait être reconnue par 85 États alors que le Maroc penchait pour 32 seulement. La majorité des États reconnaissant la RASD sont africains ou sud-américains.

293 Aux conventions de Genève et ses protocoles additionnels ou à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples par exemples.

294 Voir l'article écrit en 1957 alors que le Sahara Occidental est encore espagnol : *op. cit.*, FLORY, 1957, pages 74 et 75 notamment.

295 MULIER Thibaud, *Approche juridique croisée internationale et constitutionnelle de la notion de gouvernement*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne].

296 DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 6^e éd., §§ 1.94-1.168, cité dans *op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 39. Mais il faudrait notamment qu'un Etat contrôle de manière effective le groupe armé qui n'en est pas un : le Front Polisario devrait être considéré comme étant contrôlé par l'Algérie. Voir CPI, *Procureur c. Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, 15 juin 2009, § 223 et CPI, *Procureur c. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014, § 1117. Cités dans *op. cit.*, QUÉNIVET, 2017, p. 66 et 67. Ce débat est doctrinal et laisse place à différentes possibilités pour le juge pénal français.

diplomatiquement et militairement engagée dans ce conflit, de 1977 à 1978 notamment²⁹⁷. L'Algérie aussi, militairement, logistiquement et financièrement, a été impliquée aux côtés du Front Polisario²⁹⁸. La Libye enfin a également aidé logistiquement le Front Polisario²⁹⁹.

Si le caractère international du conflit peut encore faire débat³⁰⁰, une guerre de libération nationale est nécessairement un CAI³⁰¹. Le Front Polisario (et à travers lui la RASD) est un mouvement de libération nationale, représentant légitime du peuple du Sahara Occidental. Cette qualité lui est reconnue par l'AGNU (seule compétente pour statuer sur les questions de décolonisation) depuis un rapport de terrain du 14 octobre 1975, reconnaissance qu'elle a réitéré en 1979 et en 1980³⁰². La CJUE et le TUE ont accepté d'entendre le Front Polisario. Cela constitue une première et légitime le mouvement de libération nationale³⁰³. Ainsi malgré les nombreuses critiques internes faites au Front Polisario, parfois légitimes³⁰⁴, parfois instrumentalisées par le Maroc³⁰⁵, ce

297 Sa responsabilité internationale pourrait alors être engagée puisqu'elle est partie aux Conventions de Genève et à ses Protocoles additionnels. La responsabilité personnelle de certains chefs militaires et politiques français pourrait également être engagée devant la CPI. Voir CONDORELLI Luigi et Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances », dans *Études et essais en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, CICR, p. 17 à 35.

298 La bataille d'*Amgala* (Sahara Occidental) en janvier 1976 opposa l'armée algérienne aux militaires marocains et a fait des centaines de morts. Logistiquement ensuite, l'Algérie a fourni au Front Polisario jusqu'en 1991 des canons de 122 mm et du carburant par exemple. Diplomatiquement, l'Algérie était et est toujours très engagée en faveur du Front Polisario. Les raisons sont historiques (soutien aux mouvements de libération nationale et vengeance contre le Maroc qui n'a pas aidé le gouvernement algérien contre les islamistes lors de sa guerre civile dans les années 1990) et stratégiques (combattre la théorie du « Grand Maroc » qui lorgne sur les territoires algériens et empêcher le Maroc de devenir une puissance régionale). Voir BELKAID Akram, « Pourquoi l'Algérie défend le statu quo au Sahara occidental », *Orient XXI*, 23 avril 2015.

299 Fourniture d'armes légères dès 1973 pour lutter contre les Espagnols, puis de transporteurs de troupes, de missiles et de roquettes. Les aides « logistiques » ne fondent cependant pas la qualité de « partie » au conflit. Tel est le cas également de l'aide des États-Unis (livraisons de matériel militaire dans les années 1981 et 1982) et de l'Arabie Saoudite au Maroc (financement indirect du mur de séparation notamment), et de l'URSS, de la Yougoslavie et de la Corée du Nord (livraisons de SAM-6 et SAM-7 au Front Polisario dans les années 1980).

300 Voir le conflit au Yémen qui ne serait pas international malgré l'implication directe de l'Arabie Saoudite et des Émirats Arabes Unis : *op. cit.*, BREHAM et GREIG, 2018, p. 38.

301 Selon l'article premier, alinéa 4 du PA I de 1977, dans les CAI « sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». Voir VITE Sylvain, "Typology of armed conflicts in international humanitarian law : legal concepts and actual situations", *International Review of the Red Cross*, Volume 91, n° 873, mars 2009, pages 79, et *op. cit.*, SAUL, 2015, p. 6 et aussi *op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 40.

302 AGNU, Résolution A/RES/34/37 (§ 7) du 21 novembre 1979 et résolution A/RES/35/19 (§ 10) du 11 novembre 1980.

303 RACCAH Aurélien, *Le rôle de l'Union européenne sur la question sahraouie, entre intérêts économiques et quête de neutralité*, Communication donnée lors du colloque des 27 et 28 mai 2019 précité, Université Picardie Jules Verne, [En ligne]. L'avocat du Front Polisario, Gille Devers, aurait ainsi trouvé la « formule magique » pour qu'un mouvement de libération nationale se fasse entendre devant les juridictions de l'Union Européenne.

304 En 1986 une révolte interne explose dans les camps de *Tindouf*. Une de ses conséquences sera le ralliement d'une dizaine de membres de la direction du Front Polisario à l'État marocain. Le 5 mars 2011 à *Tindouf* (*Rabouni*) encore, une manifestation est organisée pour demander des réformes gouvernementales, des changements au sein de l'administration de l'État (RASD) et du pouvoir judiciaire, la fin de la corruption, la lutte contre la spoliation des biens publics, la réforme du code électoral et une participation plus importante de la jeunesse dans la vie politique.

305 Une « Initiative Sahraouie pour le Changement » se développe en 2017 pour faire changer l'orientation stratégique du Front Polisario puis tout récemment le 22 avril 2020 est créé le Mouvement des Sahraouis pour la Paix. Ce mouvement ne se réfère jamais dans ses communiqués de presse au principe d'autodétermination et tout porte à croire qu'il se rallie à la thèse de l'intégration territoriale au Maroc, avec une certaine autonomie. Il ne parle jamais du

mouvement reste le représentant légitime d'un peuple qui continue régulièrement de dénoncer l'occupation marocaine et appelle à la mise en place d'un référendum³⁰⁶.

Une situation d'occupation est nécessairement issue d'un conflit armé international, selon l'article 2 commun aux Conventions de Genève³⁰⁷. Le fait que le Sahara Occidental ne soit pas un État au sens du droit international n'a pas d'importance ici puisque nous venons de voir qu'une situation d'occupation existait. Même si le Maroc est devenu partie au PA I en 2011 et que la RASD a demandé à y adhérer en 2015, il n'est pas question ici de nous intéresser à la rétroactivité de ces actes, mais bien de constater juridiquement une situation factuelle^{308 309}. Les *Éléments des crimes* de la CPI indiquent clairement que l'expression « conflit armé international » englobe les situations d'occupation militaire³¹⁰. Si l'application du DIH à une situation d'occupation cesse une année après la fin des opérations militaires³¹¹, il y a des exceptions et le crime de colonisation par peuplement en est une³¹². Que le Sahara Occidental soit sujet à un conflit armé international est *in fine* « évident » au regard de l'occupation continue dont il fait l'objet³¹³.

Si nous avons démontré l'existence d'une situation d'occupation issue d'un conflit armé international, c'est parce que ce sont les conditions nécessaires à l'établissement de l'infraction visée à l'article 461-26 du Code pénal français. Cependant le **Code pénal belge** nous fournit en son article 136 quater, 31° un exemple « surprenant »³¹⁴ de répression du crime de colonisation par peuplement, indistinctement du fait qu'il ait lieu en situation de conflit armé international ou non-international. Selon le Code pénal belge, « constituent des crimes de droit international [...] les crimes de guerre [comme] [...] : 31° le transfert, direct ou indirect, dans un territoire occupé d'une partie de la population civile de la puissance occupante, dans le cas d'un conflit armé international, ou de l'autorité occupante dans le cas d'un conflit armé non international »³¹⁵. L'expression peuple sahraoui mais de la "société sahraouie" ce qui est différent. Il est fortement probable d'après de nombreux observateurs que ce Mouvement fasse partie intégrante du système de propagande marocaine et de son clientélisme historique.

306 Voir par exemple le rassemblement de *Gdeim Izik* en 2010 ou les rassemblement de mai 2013 à *La 'youn*.

307 « La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire. »

308 *Op. cit.*, WRANGE, 2019, p. 8.

309 *Op. cit.*, SAUL, 2015, p. 6. L'auteur ici avance que d'une part, le conflit opposant le Front Polisario au Maroc n'est devenu un CAI qu'en 2011 après la ratification par le Maroc du PA I et que d'autre part il existe de toute façon un CAI de par l'occupation persistante du Sahara espagnol depuis 1975.

310 CPI, *Élément des crimes*, 2002 (version révisée de 2011), Note de bas de page n° 34, p. 15. Notons que même si cette note de bas de page concerne l'article 8, 2), a), i) (homicide involontaire), il n'y a aucune raison pour que cette note ne concerne pas l'article 8, 2), b), viii) qui a trait au crime de colonisation par peuplement.

311 Article 6, alinéa 3 (première partie de la phrase) de la CGIV.

312 La puissance occupante est néanmoins liée pour toute la durée de l'occupation pour certaines infractions nommées dont l'article 49, alinéa 6 de la CGIV (Article 6, alinéa 3 – deuxième partie de la phrase).

313 *Op. cit.*, SMITH, 2011, p. 34.

314 Expression de Monsieur Ghislain Poissonnier lors d'une discussion du 1^{er} juin 2020.

315 Code pénal belge, Titre I bis, Article 136 quater, 31°, [En ligne : http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&caller=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi –

« autorité occupante » est innovante et se place dans la logique d'un CANI lorsque l'occupation a lieu sur un territoire qui n'appartient pas à cette autorité mais qui n'est pas un État. Il n'est pas certain que le législateur belge ait été conscient de la porte qu'il ouvrait en consacrant cette écriture large du crime de colonisation par peuplement³¹⁶. Elle semble très intéressante³¹⁷ et pourrait influencer le législateur français pour une refonte de l'article 461-26 du Code pénal, le rendant alors plus effectif pour des situations d'occupation souvent qualifiées à tort de « conflits internes » par les puissances ou « autorités » occupantes.

Une « diplomatie du droit », un droit de la *Realpolitik* existerait :

*« On one side stands international legality, that architecture of standards and norms that is universally accepted and is seen by all to be fair and equitable. On the other side you confront the much less transparent, powerful force of Realpolitik. When international legality and political expediency coincide or are naturally very close, then things work out fine. You get your legal arguments across ; they are accepted. But when the two forces sit on opposite sides of the decision-making, when international standards and obligations are an obstacle to the agenda of powerful countries (whose determination is frequently emboldened by the indifference or acquiescence of others), then the course taken by the international community is too often determined by those countries' political interests. This is not always so. But it happens frequently in the handling of cases of peoples living under foreign domination, such as the Palestinians and the Sahrawis. »*³¹⁸

Mais le juge pénal n'a pas à être « diplomate » puisqu'il est indépendant de l'Exécutif français et pour l'ensemble des raisons présentées ci-dessus il devrait reconnaître l'existence d'une occupation du Sahara Occidental par le Maroc et d'un conflit armé international au Sahara Occidental. L'autorité judiciaire est indépendante³¹⁹ de l'Exécutif³²⁰ dans les questions diplomatiques³²¹.

Consulté le 7 juin 2020]. La peine encourue est la réclusion de dix ans à quinze ans, voire davantage en cas de circonstances aggravantes.

316 C'est le point de vue de Monsieur Eric David, après lui avoir soumis notre interrogation, le 1^{er} juin 2020. Le spécialiste du droit pénal international en Belgique, Monsieur Gérard Dive, ne nous a pas encore répondu.

317 Malgré le risque qu'elle comporte en matière d'ingérence dans la souveraineté territoriale des États : les Flamands, les Wallons, les Corses, les Basques, ou les Bretons pourraient peut-être se saisir d'un tel article dans une situation précise pour dénoncer un crime de colonisation par peuplement.

318 BASTAGLI Francesco, « Can law make a difference ? Lessons Learned From a U.N. Experience », dans *op. cit.*, CHAPEAUX, 2010, p. 136.

319 Conseil Constitutionnel, Décision n° 93-326 DC du 11 août 1993.

320 Paradoxalement, « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire » (article 64, alinéa 1^{er} de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958). En effet, « autant proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie ». Conseil constitutionnel, « L'indépendance de l'autorité judiciaire », date non connue, [article en ligne], citant Guy Carcassonne.

321 Concernant le contrôle de conventionnalité, même si comme dit précédemment cela ne correspond pas exactement au sujet de notre étude : CEDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, série A n°296-B ; Cour de cassation (chambre mixte), *Société des Cafés Jacques Vabres*, 24 mai 1975, n° 73-13.556.

Section 2 - L'élément moral du crime constitué par la publicité de l'occupation

Le constat d'une situation d'occupation et d'un conflit armé international au Sahara Occidental est « notoire ». Cela fonde ainsi l'élément moral du crime de colonisation par peuplement, c'est à dire la conscience de participer à un transfert de population civile d'une puissance occupante dans le territoire qu'elle occupe.

Paragraphe A – L'élément moral du crime de colonisation par peuplement

L'élément moral, psychologique ou intellectuel³²² du crime de colonisation par peuplement est lié à la connaissance de la situation d'occupation par le Maroc du Sahara Occidental. L'article 461-26 du Code pénal est une infraction volontaire et implique que son auteur ait agi intentionnellement et qu'il ait eu conscience de l'illégalité de son acte³²³. La volonté de « participer au transfert » n'existe pas réellement en dehors de cette situation d'occupation et la question du « transfert » constitue l'acte matériel de l'infraction que nous verrons plus tard. L'intention criminelle réside dans la conscience de l'illégalité de l'acte, c'est à dire dans la conscience et la connaissance par l'auteur de l'infraction, de l'occupation³²⁴. Étant donné les spécificités de l'article 461-26 du Code pénal, c'est le Statut de Rome qui nous éclaire le plus sur la nécessité de cette conscience.

Il faut en effet, pour être pénalement responsable, une « intention » et une « connaissance »³²⁵ qui peuvent être déduites de faits et de circonstances pertinents³²⁶. Il faut que « relativement à une conséquence, une personne [entende] causer cette conséquence ou [soit] consciente que celle-ci [advienne] dans le cours normal des évènements »³²⁷. Il n'est pas nécessaire d'établir que l'auteur ait déterminé sur le plan juridique l'existence d'un conflit armé ou le caractère international de ce conflit, ni qu'il ait eu connaissance des faits établissant le caractère international de ce conflit³²⁸. Il faut seulement que l'auteur ait eu la connaissance des circonstances de fait

322 Synonymes en doctrine.

323 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 105, citant BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 25^e éd., p. 249.

324 La conscience et la connaissance sont des notions liées aux personnes physiques : ici, puisqu'on s'intéresse à la responsabilité pénale des entreprises françaises, ces notions sont à rattacher aux personnes physiques ayant agi pour leur compte en tant qu'organe ou représentant.

325 Statut de Rome de la CPI, article 30 « Élément psychologique », 2).

326 CPI, *Éléments des crimes*, 2002, Introduction générale, §§ 2 et 3, p.1.

327 Statut de Rome de la CPI, article 30 « Élément psychologique », 2), b).

328 *Ibid.*, concernant les *Crimes de guerre*, a) et b), p. 14.

établissant que l'acte qui lui est reproché ait eu lieu dans le contexte et ait été associé à un conflit armé³²⁹.

Le dol de l'article 461-26 du Code pénal est un dol général : l'infraction vise seulement à assurer la prohibition d'un transfert de population en territoire occupé quelles que soient les raisons qui animent les auteurs du transfert³³⁰. Il faut ainsi seulement prouver la conscience de l'illégalité chez l'auteur. L'utilisation d'un faisceau d'indices peut révéler l'intention criminelle³³¹. La non-nécessité de prouver un mobile spécifique fait écho à la récente décision de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris du 7 novembre 2019 concernant le potentiel financement³³² de l'organisation État Islamique par l'entreprise française *Lafarge*. Selon cette décision, il n'y avait pas à prouver l'idéologie terroriste qui aurait animé les organes ou représentants de *Lafarge*. L'inscription de la notion de « participation » dans l'écriture de l'article 461-26 du Code pénal renvoie à l'idée que le dol général serait la règle. Nul besoin donc d'établir que les entreprises françaises partagent les mêmes idées politiques coloniales que le gouvernement marocain.

Les entreprises françaises ne peuvent pas se prévaloir d'une autorisation légale issue de la législation marocaine pour s'exonérer de toute responsabilité pénale³³³. Concernant le mode de commission de l'infraction qu'est la complicité, il suffit que les entreprises françaises aient conscience de l'aide apportée au gouvernement marocain et de savoir à quoi cette aide va lui servir, sans partager les mêmes objectifs que lui *in fine*.

Paragraphe B – *Le caractère notoire de l'occupation comme preuve du crime*

Il ne semble pas que la preuve de la connaissance de l'auteur soit un « énorme défi théorique »³³⁴, du moins qu'il soit difficile de prouver que certaines entreprises françaises savent que le Sahara Occidental est occupé à cause d'un conflit armé. Il ne semble pas davantage que le crime de colonisation par peuplement puisse être commis au Sahara Occidental « en toute bonne foi »³³⁵ à cause de « problèmes d'adaptation à la fois juridiques et culturels »³³⁶ des directeurs juridiques des entreprises transnationales françaises. Les entreprises françaises qui font l'objet de

329 *Ibid.*, c), p. 14 et « 3. », p. 23 concernant spécifiquement l'article 8, 2), b), viii).

330 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 107, citant COTTIER Michael, "Article 8, War Crimes", dans TRIFFTERER Otto (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd éd., p. 370.

331 *Ibid.*, § 107.

332 Article 421-2-2 du Code pénal réprimant le financement du terrorisme.

333 Article 462-8 du Code pénal.

334 *Op. cit.*, DE BRABANDERE Eric et Larissa VON DEN HERIK, 2012, p. 174.

335 GAUVIN Alain, « De Forest Gump à Scapin, la gestion du risque pénal par les directions juridiques des multinationales », *Actualité juridique Pénal* n°1, Janvier 2012, p. 23.

336 *Ibid.*

plaintes pour crime de colonisation par peuplement ne « pouvaient pas ne pas savoir » et quand une entreprise, « choquée », dit qu'elle « [a] le sentiment d'être le prétexte dans une affaire géopolitique en dehors de [ses] compétences »³³⁷, elle aurait à la fois raison et tort. Il y a certes une judiciarisation du conflit, une guerre qui continue devant les tribunaux, mais le Code pénal prévoit la répression de certains comportements bien définis de façon impartiale³³⁸.

Aux Pays-Bas, les poursuites engagées par le Procureur néerlandais à l'encontre de la société *Riwal*³³⁹ pour ses activités dans les colonies israéliennes s'appuient vraisemblablement sur un arrêt de la CIJ de 2004³⁴⁰. Celui-ci pourrait être utilisé comme preuve, lors du procès, de la connaissance de la situation d'occupation par l'auteur. La publicité et les nombreux commentaires de cet avis rendent impossible la méconnaissance par *Riwal* de l'illégalité de la colonisation israélienne. L'élément moral de la responsabilité pénale de la société commerciale, obstacle principal dans l'établissement de la responsabilité pénale des personnes morales, serait démontré³⁴¹.

Dans le cas qui nous intéresse, le « point de vue qui prévaut parmi les juristes internationalistes est que le Sahara Occidental ne fait pas partie du Maroc, que son annexion est dépourvue d'effet juridique et la plupart pensent que le territoire est occupé »³⁴². Ainsi les services juridiques du Parlement allemand affirment que l'occupation du Sahara Occidental par le Maroc est « *allgemein anerkannt* »³⁴³ [généralement reconnue]. Ceux-ci insistent sur le fait que selon « l'opinion dominante », le Sahara Occidental est annexé et occupé³⁴⁴ et le Maroc doit être considéré comme une puissance occupante³⁴⁵. Le Maroc viole donc l'interdiction de transférer une

337 Propos de la porte-parole de l'entreprise *Chancerelle* (commercialisant la marque *Connétable*): GALLOIS Stéphane, « Une conserverie bretonne accusée de "participation à un crime de colonisation" au Sahara occidental », 21 septembre 2018.

338 Imaginons qu'en 1941, une entreprise autrichienne ou suisse du domaine de la pêche investissait dans une conserverie en Bretagne et y faisait recruter des salariés Allemands. Si l'article 461-26 avait existé à cette époque, cela aurait-il choqué de s'en servir (encore aurait-t-il fallu réunir tous les éléments constitutifs de l'infraction) ? Quitter un certain eurocentrisme est nécessaire pour considérer de façon plus sérieuse les situations d'occupation qui existent loin de nous mais qui ne sont pas pour autant « folkloriques ».

339 *Riwal* est une société privée de droit néerlandais spécialisée dans la location de grues mobiles et de plates-formes aériennes destinées à des travaux de construction. Des grues de cette société ont été repérées à proximité de certains sites de construction du mur de séparation et de colonies de peuplement en territoire palestinien occupé en 2006, 2007 et 2009. Voir : Al-Haq, « The Case Against Riwal : Corporate Complicity in International Crimes », 16 octobre 2010.

340 CIJ, *Avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, (A/ES-10/273), *CIJ Recueil*, 2004.

341 DE BRABANDERE Eric et Larissa VAN DEN HERIK, « Les obligations des États tiers et des acteurs non étatiques relatives au commerce des produits en provenance du territoire palestinien occupé », RBDI, 2012-1, p. 175-176.

342 *Op. cit.*, WRANGE, 2019, p. 7.

343 *Op. cit.*, Deutscher Bundestag, 2019, p. 12.

344 « *Ganz überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass Marokko den unter seiner Kontrolle stehen den Teil der Westsahara annektiert und besetzt habe.* ». *Ibid.*, p. 11.

345 « *Wie bereits festgestellt, übt Marokko die faktische Herrschaft und Kontrolle über weite Teile der Westsahara aus und ist daher als Besatzungsmacht anzusehen.* » *Ibid.*, p. 16.

partie de sa propre population vers les territoires occupés, interdiction mentionnée par l'article 49, alinéa 6 de la CGIV et par le droit international coutumier³⁴⁶. Le Parlement européen, dans son rapport précité de juin 2015, aboutit à des conclusions similaires. De plus, étant donné la publicité des décisions des juridictions européennes, il est impossible pour les entreprises françaises de ne pas savoir *a minima* que le Sahara Occidental n'appartient pas au Maroc et qu'un risque juridique pénal est encouru pour celles qui y commercent avec le Maroc. Le fait que la loi soit « claire et suffisamment compréhensible est évident » mais c'est la volonté de l'appliquer qui reste un défi pour l'avenir³⁴⁷. La présence continue de la MINURSO et les protestations (et arrestations) régulières des militants sahraouis démontrent que le conflit n'est pas terminé. Les éléments factuels démontrant l'existence de l'occupation du Sahara Occidental sont publics et notoires, de telle sorte que les services juridiques des entreprises ne peuvent pas l'ignorer de bonne foi. L'existence d'une occupation marocaine au Sahara Occidental est « largement reconnue »³⁴⁸.

Le juge pénal n'est ainsi pas un « juge diplomate » et la situation géopolitique du Sahara Occidental nécessite une qualification juridique précise. Les conditions préalables à la constitution de l'infraction de participation au « transfert, direct ou indirect, par une puissance occupante, d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe » sont réunies³⁴⁹ : le Maroc occupe militairement le Sahara Occidental dans le cadre d'un conflit armé international. L'élément moral de l'infraction est rapporté : en raison du caractère notoire de ces éléments, les entreprises françaises ne peuvent pas ne pas savoir qu'en participant au transfert de Marocains au Sahara Occidental, elles participent en fait à un transfert de population civile d'une puissance occupante dans le territoire qu'elle occupe. Notre deuxième partie vise donc à démontrer que d'une part des entreprises françaises participeraient au transfert de Marocains au Sahara Occidental et que d'autre part, le crime de colonisation pourrait leur être imputé. Démontrer l'imputation, c'est à dire le rattachement entre l'acte interdit (le transfert qu'il s'agira de prouver) et l'auteur (les entreprises transnationales françaises), est un défi juridique.

346 « Damit kann festgehalten werden, dass die Ansiedlungspolitik der marokkanischen Staatsführung von eigenen Staatsangehörigen im Gebiet der Westsahara eine Verletzung von Art. 85 Abs. 4 lit. a) ZP I i.V.m. Art. 49 Abs. 6 GK IV sowie gleichzeitig einen Verstoß gegen das in Art. 49 Abs. 6 der 4. Genfer Konvention normierte und auch gewohnheitsrechtliche verfestigte 68 Verbot der Überführung eines Teils der eigenen Bevölkerung in besetzte Gebiete begründet. » *Ibid.*, p. 18.

347 *Op. cit.*, SMITH, 2011, p. 41. L'auteur parle ici plus spécifiquement de l'interdiction faite au Maroc d'exploiter les ressources naturelles du Sahara Occidental.

348 Conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet du 10 janvier 2018, § 247.

349 Elles constituent une partie de l'élément matériel de l'infraction.

Seconde partie : Le défi de l'imputation du crime aux entreprises françaises

Derrière le terme « imputation » se trouvent deux considérations : d'une part, la question de l'acte matériel du crime de colonisation par peuplement, d'autre part la problématique du rattachement de cet élément matériel³⁵⁰ à un auteur, *in casu* à des entreprises transnationales françaises. Si ce terme est proche de celui d'« imputabilité », une distinction s'impose.

L'imputabilité est une notion réservée aux personnes physiques, alors que nous nous intéressons à la responsabilité pénale des personnes morales. L'imputabilité est la traduction juridique de la notion philosophique de « libre-arbitre »³⁵¹, propre aux individus. On parle alors de discernement (ou d'« intelligence lucide ») qui est la faculté de distinguer le bien du mal, et de volonté, qui est la faculté d'agir sans entrave et de se conduire librement³⁵². S'interroger sur l'imputabilité, c'est se demander si un individu peut être « intellectuellement comptable de son action ou de son omission »³⁵³, sans s'intéresser au rapport de causalité entre acte et auteur. Cela permet d'expliquer des causes d'exonération ou d'atténuation de sa responsabilité pénale³⁵⁴. Ces causes s'appliquent à la situation des personnes physiques ayant entraîné la responsabilité pénale d'une personne morale pour laquelle elles agissaient en qualité d'organe ou de représentant. Sans préjudice de la responsabilité pénale de cette personne morale³⁵⁵.

L'imputation est le rapport de causalité entre l'acte et l'auteur : il s'agit d'identifier la personne à l'origine d'un agissement. C'est un « simple » processus d'identification³⁵⁶. Pas si « simple » nous le verrons, en ce qui concerne les personnes morales.

350 L'élément matériel de l'infraction de crime de colonisation par peuplement est constitué des deux conditions préalables vues dans la première partie et de l'acte matériel qu'est la participation au transfert qui sera étudié dans cette seconde partie.

351 DELAGE Pierre-Jérôme, « Leçon 5 : L'imputabilité » dans JEANNE Nicolas, Élise LETOUZET et Pierre-Jérôme DELAGE, *Cour de droit pénal*, 2ème édition, Éditions IEJ Jean Domat (Paris 1), Collection CRFPA, 2020, p. 95, § 186.

352 *Ibid.*, p. 95 et 96, § 185.

353 *Ibid.*, p. 96 et 97, § 188.

354 Il y a pour les personnes physiques des causes d'exonération totale de responsabilité pénale (objectives : autorisation de la loi et ordre de l'autorité légitime, légitime défense, état de nécessité ; subjectives : contrainte, erreur de droit, trouble psychique ayant aboli le discernement) et des causes d'atténuation de la responsabilité pénale (ou « d'exonération partielle » : trouble psychique ayant altéré le discernement ou minorité de l'auteur).

355 Interprétation *a contrario* de l'article 121-2, alinéa 3 du Code pénal : « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. »

356 *Op. cit.*, DELAGE, 2020, p. 96 et 97, § 188.

Il existe d'abord un « défi procédural ». L'imputation du crime de colonisation par peuplement est sujette à de nombreux obstacles procéduraux comme les questions de l'application de la loi pénale dans le temps et de la compétence des juridictions françaises.

Une fois l'élément matériel constitué, il existe ensuite un défi lié au rattachement de celui-ci aux entreprises transnationales françaises. L'élément matériel du crime de colonisation par peuplement n'a encore jamais été rapporté en jurisprudence. Il convient d'émettre des hypothèses juridiques sur les faits qui sont à notre disposition, en ce qui concerne l'activité économique des entreprises françaises au Sahara Occidental et le crime de colonisation par peuplement. Le rattachement de cet élément matériel aux entreprises transnationales françaises n'est pas aisé en raison de la mauvaise appréhension en droit pénal du groupe de sociétés et des conditions spécifiques d'engagement de la responsabilité des personnes morales. Il est cependant envisageable.

Chapitre premier – Un défi procédural

La mise en œuvre de l'article 461-26 du Code pénal suppose de dépasser des obstacles procéduraux³⁵⁷ : le principe de non-rétroactivité de la loi pénale et la question de la compétence extraterritoriale des juridictions françaises pour juger ces crimes de colonisation par peuplement.

Section 1 – L'application de la loi pénale dans le temps

L'article 461-26 du Code pénal est issu d'une loi du 9 août 2010. Cela suppose que le juge pénal n'est compétent que pour les infractions commises après cette date. Par souci d'exhaustivité et à cause du caractère spécifique de l'infraction étudiée, la question de l'application de l'article 461-26 à des faits antérieurs au 9 août 2010 se pose. En effet, le caractère continu ou permanent du crime de colonisation peut dépasser le principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

³⁵⁷ L'adjectif « procédural » ne doit pas être ici entendu strictement. En effet, les questions de compétence juridictionnelle et d'application de la loi pénale dans le temps sont classiquement des questions de loi pénale de fond, puisque traitées dans le Code pénal. Cependant, c'est aussi un choix légistique quelque peu arbitraire, critiqué parfois en doctrine, et ces questions sont abordées aussi par le Code de procédure pénale (compétence universelle et prescription de l'action publique). L'expression « défi procédural » sera donc entendue comme transcendant ces distinctions formelles.

Paragraphe A – *La non-rétroactivité de l'article 461-26 du Code pénal*

La création de l'article 461-26 du Code pénal par la loi du 9 août 2010 est une « nouvelle donne » pour notre sujet. La responsabilité pénale des personnes morales peut désormais être engagée pour un crime de colonisation. Ce n'était le cas avant que pour les personnes physiques, et encore : la compétence de la CPI devait être retenue ce qui n'allait pas de soi. La loi de transposition du Statut de Rome du 9 août 2010 est donc applicable à tous les faits commis postérieurement à sa publication, le 10 août 2010³⁵⁸. Mais qu'en est-il des faits commis antérieurement au 10 août 2010 ? Il semble être intéressant juridiquement d'être exhaustif sur ce point, pour traiter largement notre sujet.

Cette interrogation nous est apparue à la lecture du jugement de la sixième chambre du Tribunal de grande instance de Nanterre du 31 mai 2013³⁵⁹. L'association *CAPJPO-Europalestine* avait demandé l'annulation d'un contrat commercial conclu entre l'entreprise française *Sephora* et l'entreprise israélienne *Ahava*. *Sephora* commercialise des produits cosmétiques de *Ahava* qui sont fabriqués dans une colonie israélienne avec de la boue de la Mer Morte. L'annulation du contrat était demandée sur le fondement de textes internationaux (précités en introduction de cette étude) et de l'article 461-26 du Code pénal, textes qui répriment le crime de colonisation par peuplement. C'est à notre connaissance la seule et unique fois que l'article 461-26 du Code pénal a été mentionné dans une décision de justice.

Le TGI de Nanterre reconnaît que l'article 461-26 du Code pénal « consacre sans équivoque l'illégalité de l'implantation par la puissance occupante de colonies de peuplement dans un territoire par elle occupé (le transfert d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe), en qualifiant un tel fait de crime de guerre »³⁶⁰. Cet article « intègre ainsi en droit français le principe de droit international de l'illégalité de la colonisation et lui confère un effet direct en prohibant et sanctionnant le fait par une personne de participer à un tel acte »³⁶¹. Mais, continue le tribunal, « ce texte, créé par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010, est entré en vigueur postérieurement à la conclusion du contrat de distribution litigieux du 16 septembre 2008 »³⁶². Or, toujours selon le tribunal, « en droit pénal, les principes de légalité et de stricte nécessité des peines impliquent ceux de la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère et de la rétroactivité de la loi pénale plus

358 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 53.

359 TGI Nanterre, 6ème chambre, *Association CAPJPO-Europalestine c. Sephora*, n° 10-06296, 31 mai 2013.

360 *Ibid.*, p. 15.

361 *Ibid.*

362 *Ibid.*

douce »³⁶³. La loi du 9 août 2010 crée une nouvelle infraction criminelle et « l'article 461-26 du code pénal n'existant pas au moment où la société SEPHORA a conclu le contrat de distribution litigieux du 16 septembre 2008, il ne peut lui être reproché de l'avoir indirectement violé en concluant un contrat qui participerait à la commission d'une infraction pénale alors inexistante en droit français ». Pour ces raisons³⁶⁴, l'association est déboutée de ses demandes.

Selon le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis »³⁶⁵. Ce principe revêt une valeur constitutionnelle³⁶⁶. Bien que la rétroactivité puisse être effective si l'acte commis était, au moment des faits, criminel « d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »³⁶⁷, à l'instar des violations graves des Conventions de Genève donc de l'article 461-26 du Code pénal, cette rétroactivité n'est nullement imposée voire semble être rejetée par la Cour Pénale Internationale³⁶⁸.

Paragraphe B – *Le crime de colonisation par peuplement : une infraction d'habitude, continue ou permanente ?*

Le principe de non-rétroactivité de l'article 461-26 du Code pénal n'est pas opportun *in casu* si l'on considère qu'un crime de colonisation est une infraction continue qui a commencé avant le 10 août 2010 mais dont les effets perdurent dans le temps, ou bien une infraction d'habitude qui a été commise avant le 10 août 2010 mais également répétée après cette date. Attribuer la qualité d'infraction continue, permanente ou d'habitude au crime de colonisation par peuplement permettrait d'engager la responsabilité pénale des entreprises françaises pour une période élargie à partir du moment où l'infraction s'est « continuée » ou « répétée » après le 10 août 2010. Les faits

363 *Ibid.*

364 *Ibid.* Le tribunal précise aussi que des contrats subséquents au contrat de distribution litigieux sont simplement évoqués par l'association mais ni datés ni produits. Le tribunal précise également que même si l'article 461-26 du Code pénal avait été applicable, le contrat n'aurait pas été annulé car il n'y a pas de preuve que la motivation contractuelle de *Sephora* ait été liée à l'entreprise de colonisation (preuve de l'illicéité de la cause du contrat – à noter que la réforme du droit des contrats de 2016 n'était pas encore intervenue). La procédure était civile.

365 Article 112-1, alinéa 1^{er} du Code pénal.

366 Cons. const., Déc. 97-395 DC du 30 décembre 1997. La Cour de cassation a invoqué ce principe pour écarter l'application des articles 211-1 et 212-3 du Code pénal qui répriment les crimes contre l'Humanité alors qu'était invoqué le caractère coutumier de ces dispositions : Cass. crim., 17 juin 2003, 02-83.986 et 02-84.725. La solution semble toutefois contraire à l'arrêt CEDH, *Kononov c. Lettonie*, 17 mai 2010. *In casu*, un résistant Letton est condamné sur la base du Code pénal de Lettonie de 1961 et du droit international coutumier pour avoir tué des villageois collaborationnistes en 1944.

367 Article 7, « Pas de peine sans loi », § 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

368 Voir la jurisprudence des Tribunaux Militaires Internationaux de Nuremberg et de Tokyo qui est contredite par les articles 11 et 24 du Statut de Rome.

initiaux pourraient même avoir été commis avant l'apparition de la responsabilité pénale des personnes morales en 1994 et avant la suppression du principe de spécialité (pour les infractions reprochables aux personnes morales) en 2005.

L'infraction continue suppose que l'acte répréhensible s'exerce sans interruption (et la prescription ne court qu'à compter du jour où l'état délictueux a pris fin dans ses actes constitutifs et dans ses effets³⁶⁹). L'infraction d'habitude suppose une répétition de l'acte.

Le crime de participation au transfert par la puissance occupante d'une partie de sa population vers le territoire qu'elle occupe peut être considéré comme un crime continu³⁷⁰. En effet, si le « transfert » semble être un mouvement instantané ou du moins qui ne dure que le moment où le ressortissant de la puissance occupante passe de son territoire national au territoire occupé, son effet subsiste tout le temps que cette personne demeure dans le territoire occupé. Ainsi par exemple, un recrutement actif de salariés Marocains pour travailler dans une usine au Sahara Occidental étend ses effets dans le temps tant que les ressortissants marocains demeurent au Sahara Occidental.

Le crime pourrait aussi être une infraction d'habitude. Dans l'exemple précité, le renouvellement du contrat de travail d'un salarié marocain travaillant au Sahara Occidental (par exemple) constituerait la répétition de la participation interdite au transfert. Le caractère habituel de l'infraction, circonstance aggravante classique d'une infraction pénale, aurait pour conséquence de dater l'établissement de l'infraction d'habitude à la première répétition du fait infractionnel³⁷¹. La répétition de l'acte de participation au transfert de population en territoire occupé semble être un concept plus instable juridiquement. Le crime de colonisation semble revêtir davantage la forme d'une infraction continue, dans le sens où le ressortissant civil de la puissance occupante continue à être « transféré » dans le territoire occupé tant qu'il y demeure.

Enfin, création de la doctrine, l'infraction permanente se définit comme une infraction instantanée dont les effets se prolongent dans le temps, en raison de l'attitude passive de son auteur (par ex. : le délit de construction sans permis ou la bigamie). Au niveau de la prescription, le délai commence à courir depuis le jour où l'acte est commis alors que dans l'hypothèse d'une infraction continue, la prescription ne court qu'à partir du jour où l'état délictueux a pris fin « dans ses actes constitutifs et dans ses effets » (Cass. Crim. 20 mai 1992). Dans une certaine mesure, le crime de colonisation par peuplement s'apparente ainsi davantage à une infraction instantanée dont les effets se prolongent dans le temps, plutôt qu'à une infraction continue ou d'habitude.

369 Cass. crim. 20 mai 1992.

370 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 53, et *op. cit.*, DAVID, 2012, p. 131.

371 *Op. cit.*, DAVID, 2012, p. 130, citant Cass. crim., 24 mars 1944.

Selon ces raisonnements, la décision du TGI de Nanterre du 31 mai 2013 est critiquable. Certes, les arguments du juge écartant le caractère illicite de la cause du contrat litigieux conclu entre l'entreprise française *Sephora* et l'entreprise israélienne *Ahava* semblent avérés. Mais sans appliquer l'article 461-26 du Code pénal, le juge méconnaît le caractère continu de l'infraction. Même si ce contrat a été conclu avant le 10 août 2010, ses effets sont continus et se réalisent bien au-delà de cette date. Le juge n'a pas envisagé de constater la réunion des éléments constitutifs de cette infraction. Notons cependant à sa décharge³⁷², que la procédure était civile et que le juge n'était donc pas le juge « naturel » d'interprétation du droit pénal, dont la notion d'infraction continue est une émanation jurisprudentielle et doctrinale. La qualité d'auteur reconnue aux entreprises françaises au titre du crime de colonisation par peuplement est loin d'être évidente et le mode de commission d'une infraction qu'est la complicité est une notion pénale et non civile. Un appel de *CAPJPO-Europalestine* ou une procédure pénale, en se fondant sur le terrain du caractère permanent de l'infraction, auraient été intéressants.

Section 2 – La compétence extraterritoriale des juridictions françaises

Le nouveau Code pénal de 1994, en plus de consacrer la responsabilité pénale des personnes morales, absorbe les règles de compétence pénale internationale anciennement prévues dans le Code de procédure pénale, à l'exception de la compétence universelle³⁷³. Ce sont les articles 113-1 et suivants du Code pénal qui traitent de ces questions³⁷⁴. Si un crime de colonisation par peuplement est commis par des entreprises françaises, il faut prendre en compte la possibilité d'une compétence extraterritoriale des juridictions françaises puisqu'un élément d'extranéité est au cœur de l'infraction : le territoire du Sahara Occidental. D'une part il faut s'intéresser à la compétence extraterritoriale « classique » et d'autre part à une compétence territoriale « élastique » qui permet de prendre en compte l'extranéité du crime de colonisation par peuplement.

Paragraphe A – La compétence extraterritoriale classique

372 Réflexions de Monsieur Ghislain Poissonnier, lors d'une discussion.

373 Article 689-11 du Code de procédure pénale.

374 LELIEUR Juliette, « L'extraterritorialité pénale française appliquée aux sociétés commerciales », Mélanges Storck, [à paraître], p. 1 (document en notre possession).

La compétence extraterritoriale française se fonde sur le principe de compétence personnelle active (nationalité française de l'auteur) et passive (nationalité française de la victime), ou de compétence universelle³⁷⁵. Étudiant la responsabilité pénale des entreprises françaises, le critère de la compétence personnelle active nous intéresse davantage. S'il est parfois difficile de retenir la nationalité française de l'entreprise, les compétences personnelle passive ou universelle pourront être des alternatives envisageables.

L'extraterritorialité de la loi pénale française est ancienne : le Code d'instruction criminelle de 1808 prévoyait une compétence personnelle active et passive à la fois. La répression s'enclenchait si un auteur français avait commis un crime contre une victime française³⁷⁶. Les deux types de compétences sont aujourd'hui autonomes.

La **compétence personnelle active** se fonde sur la **nationalité française de l'auteur**. L'article 113-6 du Code pénal indique que « la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République ». Il existe des conditions procédurales spécifiques s'appliquant pour les délits³⁷⁷, mais l'infraction visée à l'article 461-26 du Code pénal est un crime. Les entreprises qui commettent directement le crime de colonisation par peuplement au Sahara Occidental pourront donc être traduites en justice devant leurs juridictions pénales nationales³⁷⁸. Encore faut-il déterminer la nationalité française de ces sociétés, or la nationalité des personnes morales est un concept « discuté et discutable »³⁷⁹.

L'article 113-6 du Code pénal ne parle que d'un « Français » ce qui pourrait sous-entendre « une personne physique française » et exclure les personnes morales³⁸⁰. Le droit pénal « restant un droit légaliste, une révision des textes devrait intervenir si le législateur français estimait pertinent de soumettre les personnes morales enregistrées en France à la compétence personnelle active »³⁸¹. Les entreprises transnationales sont parfois plus puissantes que les États eux-mêmes et il serait donc légitime que la France consacre clairement cette compétence personnelle active pour les personnes

375 Également en cas d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (article 113-10 du Code pénal), mais cela ne sera pas abordé ici.

376 Article 7 du Code d'instruction criminelle de 1808 : « Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire de l'Empire, d'un crime contre un Français, pourra, à son retour en France, y être poursuivi et jugé s'il n'a pas été poursuivi et jugé en pays étranger, et si le Français offensé rend plainte contre lui ». *Ibid.*, p. 2.

377 Par exemple le principe de double-incrimination (article 113-6, alinéa 2 du Code pénal) et le principe d'opportunité des poursuites du Ministère Public (article 113-8 du Code pénal – nécessité également d'une plainte préalable de la victime ou de ses ayants droits ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis).

378 *Op. cit.*, SMITH, 2011, p. 38.

379 *Op. cit.*, MAURA, 2012, p. 12.

380 Ainsi que les Françaises, note ironiquement Madame Juliette Lelieur. *Op. cit.*, LELIEUR, [à paraître], p. 1.

381 *Ibid.*, p. 8.

morales³⁸². Après avoir questionné de nombreux juristes³⁸³, il semble qu'il n'y ait pas de débat puisque la personne morale étant reconnue pénalement responsable depuis 1994 et sauf distinction explicite, elle est assimilée dans les textes aux personnes physiques.

Comment définir la nationalité d'une personne morale et plus spécifiquement d'une société commerciale ? Le droit pénal ici se décharge sur le droit commercial, pour aborder une notion débattue et complexe³⁸⁴. L'expression « nationalité des sociétés » est discutable puisque la nationalité est un lien d'allégeance et de protection entre une personne et un État. Cet État donne qualité de citoyen à une personne et lui confère plusieurs droits civiques. Les personnes morales n'ont pas le statut de citoyen et leurs droits civiques sont relatifs. Par exemple, elles ne votent pas. Il faut cependant connaître la nationalité d'une société pour déterminer la loi applicable et le juge compétent. Plusieurs critères existent : l'incorporation (nationalité du lieu où la société est immatriculée), le contrôle (nationalité des associés majoritaires) et le siège social (nationalité du lieu où se situe le siège social). Le juge français a opté pour le critère du siège social, ce qui complexifie notre étude puisque les ETN ou « entreprises transnationales » regroupent plusieurs sociétés (filiales et mères) donc plusieurs sièges sociaux localisés dans différents endroits. La question principale est de savoir si l'on parle du siège social statutaire, celui qui est mentionné dans les statuts de la société, ou bien du siège social réel, celui qui sert effectivement de centre décisionnel et de contrôle à la société. L'article L. 210-3 du Code de commerce dispose : « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. / Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu. ». L'article 1837 du Code civil est rédigé quasiment dans les mêmes termes. Plusieurs décisions de justice ont parfois pris en compte le siège réel, parfois le siège statutaire. Nous n'entrerons pas dans la complexité de cette jurisprudence. Nous pouvons retenir que dès qu'il y a un litige et une enquête approfondie, le juge aura la possibilité, s'il s'avère que le siège statutaire ne correspond pas au siège réel, de faire prévaloir ce dernier pour satisfaire aux intérêts de tiers, notamment si cette dissociation est organisée par la société en vue d'une fraude. Le droit pénal a tendance à se rattacher au siège réel, tandis que le droit civil prend plutôt en compte le siège statutaire, se rapprochant donc plus ou moins de la théorie anglo-saxonne de l'incorporation³⁸⁵. Ceci présente un intérêt non négligeable au niveau de la responsabilité pénale des

³⁸² *Ibid.*, p. 9, citant la recommandation n° 6 de l'Association internationale de droit pénal, dans GLESS S. et S. BRONISZEWSKA-EMDIN (dir.), *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*, RIDP, 2017, Vol. 88, II, p. 43.

³⁸³ Discussions avec Me Emmanuel Daoud en 2019 et avec Monsieur Bruno Siau, maître de conférence en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Montpellier (2019 également).

³⁸⁴ Elle ne sera présentée ici que brièvement.

³⁸⁵ Les arrêts « Artifax Trading » (Cass. com., 21 octobre 2014) et « Protesic » (Cass. crim., 25 juin 2014) en sont la preuve. Dans l'arrêt « Artifax Trading », un des requérants relevait l'irrégularité du siège social mentionné par une

ETN au titre de l'article 461-26 du Code pénal. Leurs montages juridiques, destinés à créer des filiales « fantômes » pour diluer leurs responsabilités, pourront être « démantelés » par le juge français. La question de la nationalité est au cœur de la compétence du juge pénal français pour des faits de crime de colonisation par peuplement commis au Sahara Occidental.

La **compétence personnelle passive (nationalité de la victime)** pourrait être retenue si la nationalité française de l'entreprise (française *de facto* mais pas *de jure*) ayant commis le crime était impossible à démontrer. L'article 113-7 du Code pénal indique que « la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ». Mais la victime étant la personne ayant souffert du dommage causé directement par l'infraction, qui pourrait revêtir la qualité de victime française du crime de colonisation par peuplement ? En ce qui concerne les personnes physiques, un Français « d'origine sahraouie »³⁸⁶ pourrait faire valoir un préjudice moral personnel et direct étant donné les torts causés à son peuple d'origine³⁸⁷. En ce qui concerne les personnes morales, nous ne rentrerons pas dans les détails, mais une association française pourrait être reconnue comme victime si les intérêts collectifs qui représentent sa raison d'être subissent à cause de ce crime un préjudice direct³⁸⁸.

Enfin, si la nationalité française de l'entreprise ayant commis le crime de colonisation par peuplement n'est pas retenue, est-il envisageable de faire jouer le mécanisme de la **compétence universelle** tel qu'énoncé à l'article 689-11 du Code de procédure pénale ? Cette compétence universelle est la compétence exercée par un État qui poursuit les auteurs de certains crimes, quel que soit leur lieu de commission, et quelle que soit la nationalité des auteurs ou des victimes. Elle est surtout appliquée aux États-Unis d'Amérique.³⁸⁹ L'article 689-11 du Code de procédure pénale

société chypriote, le siège social étant un cabinet d'avocats sans activité locale effective. La Cour déclara que le siège chypriote était celui des statuts choisis, donc celui qu'il fallait prendre en compte, et rejeta l'accusation de « fiction du siège social ». Dans l'arrêt « Protesic », une société de transport routier établie en France y réalisait tout son chiffre d'affaires sans être inscrite au registre des transporteurs ni y avoir déclaré son personnel. Elle fut condamnée pour travail dissimulé et abus de biens sociaux. La Cour de cassation appliqua le droit pénal français à cette société : son établissement économique en France n'était pas corrélé à son organisation sociale. L'arrêt « Protesic » vient confirmer le cheminement juridique d'un arrêt similaire de la Cour de cassation du 10 mars 2010 approuvant la localisation du siège social en fonction de l'activité prépondérante de sociétés en France et en déduisant leur soumission à la loi pénale française.

386 La double nationalité franco-sahraouie n'étant pas reconnue par les juridictions administratives (comme vu en première partie).

387 Voire de très nombreux autres préjudices notamment si ce Français a vécu dans les camps de réfugiés ou a subi une répression politique de la part du gouvernement marocain.

388 Normalement une association ne peut pas défendre un intérêt collectif en justice mais à titre exceptionnel la loi attribue qualité à agir à des associations pour défense d'un intérêt collectif déterminé. Ces habilitations sont de plus en plus nombreuses. Le principe semble en voie d'être renversé et l'étape suivante consisterait alors à admettre qu'une association puisse agir en justice comme les syndicats professionnels (en vertu d'une habilitation générale et non plus d'habilitations spéciales), dès lors que les intérêts collectifs qu'elle entend défendre entrent dans son objet social.

389 En matière de droit boursier avec la loi *Sarbanes Oxley* dite « SOX » adoptée en 2002 ou encore avec l'*Alien Tort Claims Act* (« ATCA ») de 1789 : le juge étasunien est compétent pour étudier les plaintes déposées par des

français semble être prévu pour les personnes physiques³⁹⁰, mais rien n'est dit sur l'exclusivité de cet article. Le terme « personne » peut également englober les personnes morales (donc les personnes morales « françaises » *de facto* mais dont la « nationalité » française n'a pas été démontrée). En revanche, les conditions d'application de cette compétence universelle sont si nombreuses et complexes qu'elles vident de sa substance cet article. Il devient donc peu intéressant pour notre étude : l'auteur des faits doit résider habituellement sur le territoire français, les faits doivent être également incriminés par la législation de l'État où ils ont été commis (ou si l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention précitée), les poursuites sont déclenchées par le Ministère Public et il doit y avoir eu renonciation à la compétence de la Cour Pénale Internationale³⁹¹. L'article 461-26 du Code pénal entre dans le champ d'application de cette compétence universelle³⁹². Mais le crime de colonisation par peuplement n'est pas puni par la législation marocaine³⁹³ et le Maroc n'est pas partie au Statut de Rome³⁹⁴.

Paragraphe B – *Une compétence territoriale « élastique »*

La compétence territoriale, de par son « élasticité »³⁹⁵ issue de la jurisprudence, peut également permettre de fonder la compétence du juge pénal pour statuer sur un crime de colonisation par peuplement au Sahara Occidental. On considérera alors que les faits n'ont pas été commis par la filiale étrangère de la société-mère française, mais par l'entreprise française elle-même depuis la France. Ainsi le lien de rattachement entre les faits infractionnels et le territoire français est si « souple » que la compétence territoriale se teint d'extraterritorialité. Selon l'article 113-2 du Code pénal, « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République » et « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». La notion de « fait constitutif » est différente de celle « d'élément constitutif » dans la mesure où le « fait » n'est pas prévu légalement

étrangers pour des violations commises à l'étranger, en matière de « droit des gens » ou « *jus cogens* », normes impératives du droit international.

390 Puisqu'il aborde la question de l'extradition de la « personne », or il est impossible « d'extrader » une personne morale.

391 Notons que l'article 689-11 du Code de procédure pénale pourrait être écarté par la chambre criminelle de la Cour de cassation au motif de son inconvictionnalité car à cause des conditions beaucoup trop restrictives qu'il contient, il paraît contraire à l'esprit du Statut de Rome.

392 Article 689-11, alinéa 3 du Code de procédure pénale.

393 Il y a ici cependant un énorme problème de choix de la loi locale puisque le Maroc n'est pas l'État souverain au Sahara Occidental. Mais quelle autre loi choisir ? Le droit international ? Le droit sahraoui ? Le droit espagnol ?

394 Si l'on suppose que l'entreprise ayant commis les faits est juridiquement marocaine, puisque les liens de rattachement avec la France sont trop ténus.

395 *Op. cit.*, LELIEUR, [à paraître], p. 2.

à la différence de « l'élément ». La Cour de cassation ne définit pas ce « fait ». Cela « permet aux juges de soumettre à cette formule tout comportement lié de près ou de loin à l'infraction »³⁹⁶. Des affaires qui « au fond, paraissent plus étrangères que françaises »³⁹⁷ peuvent ainsi retenir la compétence du juge pénal français. Dans le cas d'une entreprise commettant le crime de colonisation par peuplement au Sahara Occidental, il suffirait de localiser en France un ou plusieurs faits constitutifs de l'infraction : un ordre ou conseil donné depuis la France par message électronique par exemple. Ces ordres sont rarement clairs, en raison de la taille des entreprises et des nombreuses délégations de pouvoir. Mais une autorisation implicite pourrait prouver l'implication intellectuelle de la personne dans la commission de l'infraction. La « conscience » de l'illégalité, même sans extériorisation matérielle, est un « fait constitutif » de l'infraction. Une présomption de connaissance permet de démontrer cette conscience³⁹⁸.

L'élasticité de la compétence territoriale pourrait être utilisée pour retenir la compétence du juge français si « quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger »³⁹⁹. Ce serait le cas d'une société-mère française complice d'une filiale de droit marocain⁴⁰⁰. Mais il faut que le crime soit puni également par la loi marocaine et qu'il ait été constaté par une décision définitive des juridictions marocaines, ce qui n'est assurément pas le cas⁴⁰¹.

Le « défi procédural » quant à l'application de l'article 461-26 du Code pénal semble pouvoir être relevé par le juge pénal français, tant au regard de l'application de la loi pénale dans le temps étant donné le caractère permanent de l'infraction, qu'au regard de sa compétence. La compétence extraterritoriale ou la compétence territoriale « élastique » pourraient être mises en œuvre. Posons nous la question du rattachement de l'acte matériel du crime de colonisation par peuplement aux entreprises transnationales françaises : le transfert. En quoi les activités économiques des ETN françaises peuvent-elles constituer un tel transfert ? Comment ce transfert pourrait-il leur être imputé ?

396 *Ibid.*, p. 3.

397 *Ibid.*, p. 3, citant Cass. crim. 20 sept. 2016, pourvoi n° 16-84.026, inédit. *In casu*, alors que le président de l'Association internationale des fédérations d'athlétisme était poursuivi pour corruption et blanchiment, le rattachement au territoire français s'effectue par le truchement du comportement de proches collègues de ce président qui avaient notamment dépensé et conservé en France une partie de l'argent de l'infraction.

398 *Ibid.*, p. 4, citant CA Paris 26 fév. 2016 (Pôle 5, ch. 13, dossier n° 13/09208), p. 75 et Cass. crim. 14 mars 2018.

399 Article 113-5 du Code pénal.

400 DAOUD Emmanuel, Céline GODEBERGE, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : fiction ou réalité juridique ? », *Le Mag'Omnidroit*, 2015, p. 44.

401 Conditions énoncées à l'article 113-5 du Code pénal, sur lesquelles il sera revenu.

Chapitre second – Les entreprises françaises et leur participation au transfert

Nous nous intéresserons d'abord à la matérialisation du crime de colonisation par peuplement à travers l'activité économique des entreprises transnationales françaises. Nous terminerons notre étude avec des considérations plus théoriques sur le rattachement de cet acte matériel qu'est le transfert aux ETN françaises : il s'agira de la question délicate de l'imputation.

Pour étoffer notre étude, nous avons tenté de dresser une liste exhaustive des ETN françaises ayant des activités économiques en lien avec le Sahara Occidental et susceptibles de se voir reprocher le crime de colonisation par peuplement⁴⁰².

Dans le domaine des **ressources halieutiques**, l'entreprise finistérienne *Chancerelle*, spécialisée dans la transformation et la conservation de poissons, crustacés et mollusques, exploite les poissons des eaux sahraouies. *Chancerelle SAS* exploite les marques *Connétable*, *Phare d'Eckmühl*, *Pointe de Penmarc'h* et *Belma*. L'entreprise détient notamment 4 millions d'euros de parts dans une conserverie de sardines au Sahara Occidental à *La'youn*. Elle reçoit la pêche de dizaines de bateaux, prépare le poisson et le transporte par la route vers son usine d'appertisation d'Agadir au Maroc. Une plainte du Front Polisario auprès du TGI de Paris notamment pour crime de colonisation par peuplement l'a visé le 18 septembre 2018⁴⁰³. Le groupe normand *Olvea* raffine et commercialise des huiles pour les industries cosmétique, pharmaceutique et agroalimentaire. Il utiliserait de l'huile de poissons provenant du Sahara Occidental. En septembre 2016, le *Key Bay*, un navire-citerne construit en 2004, affrété par une compagnie norvégienne et voguant sous pavillon gibraltarien, accostait au port de Fécamp près du Havre. Il venait de *La'youn* et transportait une cargaison d'huile de poisson qui aurait été livrée à une usine d'*Olvea*. Un autre chargement a été débarqué début 2017⁴⁰⁴. La *Compagnie maritime d'affrètement - Compagnie générale maritime* (plus connue sous son acronyme, *CMA CGM*), armateur français de porte-conteneurs, transporte des

402 Cette liste est issue d'un travail sur deux listes préétablies par *Western Sahara Resource Watch* (WSRW, *Stock-exchange registered companies in occupied Western Sahara*, Liste à jour du 1er mai 2020) et par le Centre d'Etudes et de Documentation Franco-Sahraoui Ahmed Baba MISKE (Centre Ahmed Baba Miske, *List of Companies Collaborating with the Moroccan Occupant in Western Sahara*, 31 décembre 2019).

403 WSRW, « Plainte du Polisario contre une compagnie française de produits de la mer », 19 septembre 2018.

404 *Libération*, « L'huile de poisson, arme juridiques des Sahraouis », 16 septembre 2016.

ressources halieutiques en provenance du Sahara Occidental⁴⁰⁵. Dans le domaine de **l'agriculture**⁴⁰⁶, les entreprises *Idyl*⁴⁰⁷, *Azura*⁴⁰⁸, *FRULEXXO*⁴⁰⁹ et *Tawarta*⁴¹⁰ vendent des fruits et légumes en provenance du Sahara Occidental. Dans le domaine de la **finance et de l'assurance**, *BNP Paribas*, *Société Générale*, *Crédit Agricole* et *Axa* ont des activités⁴¹¹ en lien avec le Sahara Occidental. L'Agence Française de Développement y développe également des projets. L'AFD étant à la fois un Établissement Public à Caractère Industriel et Commercial (EPIC) et une Société de Financement régulée par l'ACPR, sa responsabilité pénale semble pouvoir être engagée au titre de l'article 121-2 du Code pénal. Cet EPIC a signé en 2002 avec l'*Office Chérifien des Phosphates* un contrat pour le financement d'une usine de désalinisation utile pour le minerai de la mine de *Boukrâ*. Dans les secteurs de **l'énergie et de la construction**, *Vinci*⁴¹², la *Compagnie Générale de Géophysique*⁴¹³,

405 Ainsi que des tomates selon les observations des APSO. Il faut noter qu'il est difficile de savoir exactement ce que contiennent les bateaux et s'ils contiennent quelque chose. L'observation se base souvent sur la hauteur des tirants d'eau des navires (le bateau davantage chargé quand il quitte le port est plus lourd) mais cette hauteur est renseignée par le capitaine du navire sur le moment.

406 Notons à titre indicatif que la production agricole du Sahara Occidental serait très néfaste pour l'environnement. Voir Trib. UE, 10 décembre 2015, aff. T-512-12, *Front Polisario c. Conseil de l'UE*, § 243 : « Le Front Polisario a également versé au dossier un rapport détaillé de son conseil qui contient notamment des allégations selon lesquelles, en substance, les exploitations agricoles dans le Sahara occidental seraient contrôlées par des personnes et des entreprises étrangères non indigènes, [...] exclusivement orientées vers l'exportation et reposeraient sur l'extraction d'eau issue de bassins non renouvelables situés en profondeur. Il est renvoyé dans ce rapport à un rapport publié par une organisation non gouvernementale qui confirmerait ces allégations. »

407 *Idyl* commercialise les marques *Idyl* et *Étoiles du Sud*. La *Confédération paysanne* a porté plainte contre cette entreprise en 2019 mais il n'est pas sûr que ce soit au titre notamment de l'article 461-26 du Code pénal : *Confédération paysanne*, « Plainte contre Idyl », Communiqué de presse, 19 décembre 2019. Un entrepôt de l'entreprise à Châteaurenard stockerait également des produits agricoles des colonies israéliennes (*WSRW*, « Étiquette et responsabilité », Rapport, Bruxelles-Stockholm, 18 juin 2012).

408 Voir APSO, « La Coordination d'Agriculteurs et d'éleveurs (COAG) dénonce la société française Azura qui vend au sein de l'Union Européenne des tomates du Sahara », 16 janvier 2011 ; *WSRW*, « Les barons de la tomate au Sahara Occidental occupé », 25 juin 2012 ; et encore *WSRW*, « Étiquette et responsabilité », Rapport, Bruxelles-Stockholm, 18 juin 2012 [disponible en français également

409 L'entreprise *FRULEXXO* agirait en qualité de plateforme commerciale à Perpignan pour l'entreprise marocaine *GEDA* (qui commercialise la marque *Les domaines*). Voir encore *WSRW*, « Étiquette et responsabilité », Rapport, Bruxelles-Stockholm, 18 juin 2012.

410 *Tawarta* est une ferme franco-marocaine construite en 2002 à 11 km de *Dâkhla* qui produit des tomates et des melons pour l'exportation. Voir *Ibid.*

411 Chacune de ces entreprises a fait l'objet d'une plainte du Front Polisario notamment au titre de l'article 461-26 du Code pénal déposée au TGI de Paris le 18 octobre 2018 (*WSRW*, « *Polisario goes after leading French banks* », 23 octobre 2018). *Axa* utilise notamment sa filiale *Axa Assurance Maroc* et *BNP Paribas* sa filiale la *Banque Marocaine pour le Commerce et l'Industrie (BMCI)*. Ces entreprises contrôleraient 70 à 80 % du capital des agences marocaines implantées au Sahara Occidental.

412 Production d'électricité avec sa filiale *Cegelec*.

413 Travaille notamment sur la prospection pétrolière avec le navire *Oceanic Vega*.

*Sogestran*⁴¹⁴, *Engie*⁴¹⁵, *Veolia*⁴¹⁶, *Alstom*⁴¹⁷, *EDF*⁴¹⁸ et *LafargeHolcim*⁴¹⁹ mènent des activités au Sahara Occidental⁴²⁰. Dans le domaine du tourisme, *UCPA* exploite un centre de vacances dédié au kitesurf à *Dâkhla* et *Air France* opère un vol Paris-*Dâkhla*⁴²¹. Enfin, dans les **télécommunications**, *Orange* y développe aussi des activités⁴²².

Section 1 – Activité économique et transfert des Marocains au Sahara Occidental

Certaines des entreprises françaises précitées pourraient commettre des actes matériels de participation au transfert direct ou indirect, par le Maroc, de Marocains au Sahara Occidental, ou en être complices. Les transferts de populations sont justifiés en cas d'impératifs militaires légitimes, pour assurer leur sécurité⁴²³. Ces impératifs n'existent pas ici. Le Statut de Rome a rajouté l'expression « direct ou indirect », reprise par le Code pénal français, alors que le PA I ne le prévoyait pas : l'incrimination s'élargit⁴²⁴ pour englober les incitations au transfert alors que la décision d'installation est prise librement par le civil de la puissance occupante lui-même⁴²⁵. Ce n'est pas l'immigration volontaire des civils qui est réprimée, mais toute aide ou incitation à cette immigration⁴²⁶. Rappelons qu'un nombre conséquent de civils doit être transféré, pas seulement

414 Armateur français qui transporte des produits pétroliers vers les ports de *La'youn* et *Dâkhla* avec le navire *Mayoury*.

415 A remporté en 2018 avec *Nareva* (entreprise marocaine détenue par le Roi) un appel d'offre pour une usine de désalinisation. *Engie* développe aussi avec *Nareva* depuis 2016 (et seul en 2013) des projets dans les énergies renouvelables. Elle participe aussi à la construction d'un complexe universitaire près de *La'youn*.

416 Également sur le projet de l'usine de désalinisation de *Dâkhla* avec une autre entreprise, *Voltalia*. L'entreprise a construit aussi une autre usine de désalinisation près de *La'youn* en 2010.

417 L'entreprise reste française malgré le rachat de sa branche « énergie » par *General Electric* fin 2014.

418 Développements de projet dans les énergies renouvelables avec *Theolia Naturenergien GmbH* qui semble être une filiale du groupe français. L'entreprise française *Voltalia* va également commencé les travaux de construction d'un parc éolien en 2020 : *Challenge.ma*, « Le français *Voltalia* franchit un nouveau pas dans son projet éolien à Laâyoune », [En ligne - <https://www.challenge.ma/le-francais-voltalia-franchit-un-nouveau-pas-dans-son-projet-eolien-a-laayoune-147353/> - Consulté le 19 juillet 2020].

419 Travaux de cimenterie près de *La'youn*. Il n'est pas sûr que ces travaux datent d'avant 2015 (date où le groupe devient suisse) ou que seule une filiale française est impliquée.

420 Et anciennement *Total* également : Voir le rapport WSRW, *Totally Wrong - Total SA in occupied Western Sahara*, 2013, [et le nouveau rapport WSRW, « Injustice totale : Total SA au Sahara Occidental occupé - <https://www.wsrw.org/a230x2652> – Consulté le 19 juillet 2020].

421 Plaintes en octobre 2018 également contre ces deux entreprises. Précisons que *Air-France-KLM*, entreprise franco-néerlandaise détient la filiale *Transavia* qui opère le vol Paris-*Dâkhla*.

422 Avec sa filiale *Orange Maroc* (anciennement *MediTel*), *Orange* détiendrait notamment 10 bureaux/boutiques au Sahara Occidental.

423 KLAMBERG Mark, « Article 8, b), viii) : The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, [...] », dans *op. cit.*, KLAMBERG Mark, 2017, p. 88 et 89.

424 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 48.

425 *Ibid.*, § 49.

426 *Ibid.*, § 14, citant CIJ *Avis sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004, (A/ES-10/273), *CIJ Recueil*, 2004, § 120.

quelques individus isolés ni des militaires ou non-nationaux de la puissance occupante. Le déplacement et l'installation des civils ne sont pas temporaires mais s'inscrivent dans la durée. L'incitation au transfert est réprimée et peut se réaliser alors même que la population civile de la puissance occupante a déjà franchi la frontière avec le territoire occupé, si cette incitation encourage ces civils à y rester. Employée dans le Code pénal, l'expression « le fait de participer » implique que le transfert doit être orchestré par la puissance occupante, mais c'est la participation au transfert qui est réprimée⁴²⁷. Cette notion extensive est en accord avec l'article 25 du Statut de Rome qui affirme le principe d'une responsabilité pénale individuelle pour quelqu'un qui « en vue de faciliter la commission d'un tel crime, [...] apporte son aide, son concours 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 »⁴²⁸. Rien n'est précisé dans l'article 461-26 du Code pénal sur la forme que cette « participation » peut revêtir : elle résulte donc de toute aide, concours ou autre forme d'assistance.

Paragraphe A – *La participation des entreprises françaises au transfert*

De nombreux actes matériels réalisés par les entreprises françaises pourraient être qualifiés de participation directe ou indirecte au transfert par le Maroc d'une partie de sa population au Sahara Occidental. Ces entreprises seraient alors des auteures directes du crime de colonisation par peuplement, sous réserve que ce crime leur soit imputé *in fine* (nous aborderons ce point ultérieurement). Comment les entreprises participeraient-elles au transfert par le Maroc des Marocains au Sahara Occidental ?

C'est *via* le **recrutement de salariés marocains** qu'une participation au transfert semble pouvoir être caractérisée et que le crime serait perpétré directement par les entreprises françaises. De nombreux salariés marocains sont recrutés par les entreprises françaises pour travailler au Sahara Occidental. Ces salariés travaillent dans la conserverie de *Chancerelle* à *La'youne*⁴²⁹, dans les exploitations agricoles, dans les agences bancaires, dans les agences de télécommunication, dans les agences des entreprises de transport aérien, dans les complexes sportifs et hôteliers⁴³⁰, dans les

427 Il est loisible aux États parties au Statut de Rome d'élargir le champ des incriminations lors d'une transposition en droit interne, mais pas de le restreindre.

428 Article 25, § 3., c) du Statut de Rome.

429 DU GUERNY Stanislas, « Les sardines Connétable ouvrent une deuxième usine au Maroc », *Les Échos*, 12 septembre 2018. Ce choix de s'implanter « au Maroc » se base notamment sur le coût peu onéreux de la main-d'œuvre marocaine selon cet article. L'usine de *Chancerelle* à Agadir au Maroc emploie déjà 1000 salariés.

430 2000 emplois créés à *Dâkhla* en 2018 selon les autorités marocaines (pas seulement pas les entreprises françaises bien sûr). Voir le reportage de *op. cit.*, TISSIER, 2019.

nombreux chantiers du bâtiment et des travaux publics, etc. Le lien contractuel qui unit un salarié marocain à une entreprise française ou à sa filiale est une preuve de la participation de cette entreprise à son transfert en territoire occupé. Le contrat de travail devient la raison de la présence du salarié. Il n'est pas forcément venu au Sahara Occidental pour signer ce contrat de travail spécifiquement (sa venue a tout de même été encouragée par le gouvernement marocain). Mais grâce à ce contrat il va pouvoir y rester. De plus, il est probable que les politiques de recrutement salarial des entreprises françaises aient participé à rendre la région attractive et encouragé directement la venue de candidats marocains pour souscrire à des contrats de travail. De nombreux travailleurs marocains sont salariés d'entreprises françaises au Sahara Occidental ou souhaitent l'être et s'y installeraient en conséquence.

Si d'autres formes de participation peuvent s'envisager, elles s'apparentent souvent plus à une complicité qu'à une participation directe au crime de colonisation par peuplement. Pour « participer » à un crime de droit international humanitaire, il faut soit perpétrer directement ce crime (par une action ou une omission intentionnelle), soit le planifier, soit en donner l'ordre, soit l'élaborer intellectuellement en partageant avec d'autres personnes un dessein criminel commun. *Via* le recrutement de salariés marocains au Sahara Occidental, tout en ayant conscience que le Maroc est une puissance occupante et le Sahara Occidental un territoire occupé, les entreprises françaises perpétreraient directement le crime de colonisation par peuplement. De plus, la création de centaines voire de milliers⁴³¹ d'emplois ne se décide pas seule. Les entreprises françaises doivent composer avec les pouvoirs publics locaux : réunions avec les conseils municipaux, les ministères du tourisme ou de l'économie, etc. Ces créations d'emplois et donc cette participation au transfert de Marocains au Sahara Occidental, seraient donc planifiées.

En plus du recrutement de salariés marocains par les entreprises françaises, celles-ci pourraient être complices des autorités marocaines. On parle paradoxalement d'un « transfert par la puissance occupante » auquel des tiers à la puissance occupante pourraient « participer ». Ce paradoxe rendrait « incertaine »⁴³² l'attribution de la qualité d'auteurs directes aux entreprises françaises. Réfléchir à partir du mode de commission qu'est la complicité permet de s'abstenir de qualifier le rôle de la puissance occupante lorsqu'on assimile les entreprises françaises à des auteurs directes.

431 Le nombre exact n'est pas connu mais s'il s'avérerait très élevé, le nombre de Marocains « transférés » serait suffisant pour rentrer dans le champ d'application de l'article 461-26 du Code pénal qui ne s'applique pas aux situations où un nombre négligeable de civils sont transférés.

432 *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 86, citant COTTIER Michael, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, éd. Otto Triffterer, 2nd éd., p. 368. Si cela est « incertain », nous pensons que ce n'est pas impossible.

Paragraphe B – *La complicité des entreprises françaises à la participation au transfert*

La notion de « participation » diffère de celle de « complicité ». Mais on frôle le pléonasme et les deux notions sont proches, ce qui explique que les activités économiques des entreprises françaises au Sahara Occidental s'apparentent davantage à des actes de complicité. Selon l'article 121-7 du Code pénal, le complice est celui qui sciemment par aide ou assistance⁴³³ facilite la préparation ou la consommation d'un crime ou un délit. Cette « aide ou assistance » renvoie bien souvent indifféremment à la caractérisation de la « participation » ou de la « complicité »⁴³⁴. Le juge doit constater que le crime a été objectivement commis matériellement, il n'est pas nécessaire que le crime soit subjectivement punissable ou effectivement puni : l'auteur principal du crime peut demeurer impuni⁴³⁵. L'acte de complicité doit être antérieur ou concomitant à l'infraction principale. C'est le cas ici puisque le crime de colonisation par peuplement est un crime continu (ou permanent). Au niveau de l'élément moral (démontré par le caractère notoire de l'occupation), le complice n'a pas besoin de partager l'intention de l'auteur principal⁴³⁶. Il faut seulement une conscience de son aide ou assistance, en connaissance du fait infractionnel de l'auteur principal : nous l'avons démontré en première partie.

Concernant l'infraction principale qui doit être objectivement commise, les responsables militaires, politiques et économiques marocains⁴³⁷ participent au transfert d'une partie de la population civile du Maroc au Sahara Occidental. Selon le projet de loi portant création du Code pénal international allemand, si le transfert direct « typique » est l'installation de sa propre population dans la zone occupée, le transfert indirect peut comprendre des incitations financières ou autres pour s'installer dans la zone occupée⁴³⁸. Le gouvernement marocain incite clairement les colons marocains à s'installer au Sahara Occidental grâce à tout un panel de mesures : subventions

433 Par la « fourniture de moyens » par exemple. Il y a donc de nombreuses possibilités envisageables.

434 *Op. cit.*, SMITH, 2011, p. 29. Voir aussi la jurisprudence « Charles Taylor » qui aborde la notion en matière de crimes de droit international humanitaire : SMITH Jeffrey, "A helping hand : The aiding and abetting of international crimes after Charles Taylor", *American Society of International Law*, Juillet 2012. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) a poursuivi pénalement l'ex-président Charles Taylor, entre autres, pour l'appui fourni aux rebelles de Sierra Leone sous forme d'armes et d'autres équipements militaires entre novembre 1996 et janvier 2002.

435 Il n'y a aucunement besoin de se prononcer sur l'engagement de la responsabilité pénale des responsables politiques, militaires et économiques marocains pour crime de colonisation par peuplement. Et le complice encourt les mêmes peines qu'encourt théoriquement l'auteur principal : « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction au sens de l'article 121-7 » [article 121-6 du Code pénal].

436 Cass. crim., 23 janvier 1997, *Maurice Papon*.

437 Derrière le terme de « puissance occupante » ce sont les personnes ayant des prérogatives étatiques (de puissance publique) qui sont essentiellement visées. *Op. cit.*, POISSONNIER et DAVID, 2019, § 84.

438 Deutscher Bundestag, « *Gesetzesentwurf der Bundesregierung : Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* », *Drucksache* 14/8524, 13 mars 2002. A propos du crime de colonisation par peuplement.

des denrées alimentaires de base et dons de terrains immobiliers, aides à la construction individuelle, exonérations de taxe pour les entreprises, appels à projet financièrement aidés par l'État marocain, etc⁴³⁹. Les travailleurs salariés marocains travaillant au Sahara Occidental gagnent jusqu'à 95% de plus qu'au Maroc⁴⁴⁰. L'organisation du transfert de 350 000 civils marocains au Sahara Occidental est prouvée par l'évènement de la *Marche Verte* en 1975, même si les 350 000 civils ne se sont pas tous installés ensuite dans le territoire occupé. Plus de 200 000 marocains ont été transférés vers le Sahara Occidental occupé depuis quarante-cinq ans. Ces colons représentaient 74 % de la population en 2004 (3 personnes sur 4)⁴⁴¹. De plus, afin de maintenir constant le flux de civils marocains, le Maroc a mené une politique clientéliste de grande ampleur envers les notables⁴⁴² et les jeunes sahraouis⁴⁴³ locaux pour imposer son autorité.

Concernant la complicité, les formes que peuvent revêtir l'aide ou l'assistance sont variées⁴⁴⁴. Nous n'en citerons que quelques exemples. La mise en place d'une liaison aérienne Paris-*Dâkhla* par *Transavia* offre la possibilité à de nombreux Marocains de se rendre au Sahara Occidental⁴⁴⁵. Le désenclavement de ce territoire peut les pousser à s'y installer durablement. Ce désenclavement s'opère également par la construction de nombreuses infrastructures telles qu'une usine de désalinisation (*Engie, Veolia, AFD*) ou une université (*Engie*). Le développement du réseau de télécommunications au Sahara Occidental rend également attrayant ce territoire pour les Marocains et participent à leur venue (*Orange*). Le recrutement de salariés marocains, s'il ne caractérise pas suffisamment la « participation », caractérise indéniablement la complicité à cette « participation » au transfert. Le développement du secteur touristique par les entreprises françaises (*UCPA*) attire non seulement des milliers de touristes marocains chaque année au Sahara

439 *Op. cit.*, LECLERCQ (pour les APSO), 2019.

440 *Op. cit.*, Annexe n°1, Infographie de Loïc Ferrière pour ACAT France, 2017. Citant le Département d'État des États-Unis.

441 *Ibid.*, citant MUNDY J., « Les colons marocains au Sahara occidental ».

442 BROUKSY Omar, « La jeunesse sahraouie révolutionne le discours politique marocain », *Orient XXI*, 23 avril 2015, se citant lui-même : BROUKSY Omar, « Mohammed VI derrière les maques. Le fils de notre ami. », *Nouveau Monde*, Paris, 2014, p. 104. Surnommés les « Seigneurs du désert », ces notables bénéficient de licences d'exploitation de pêche, de carrière de sable, de divers agréments dans le domaine des transports ou de postes élevés dans l'administration marocaine.

443 Le 2 octobre 1988, 1900 jeunes sahraouis sont embauchés dans les administrations et entreprises publiques marocaines : *op. cit.*, MOHSEN-FINAN, (chronologie), 2015.

444 Financement de constructions immobilières publiques et privées, construction, fourniture d'équipements militaires ou de sécurité (le droit administratif sera alors le droit référent), investissements en tout genre, achat ou vente de produits ou de services et « commerce » de façon générale.

445 Les « services aériens » mentionnés dans l'accord CE-Maroc de 2006 s'entendent comme « le transport par aéronef de passagers, de bagages, de marchandises et de courrier, séparément ou conjointement, proposé au public à titre onéreux, et comprenant, pour lever toute ambiguïté, les services aériens réguliers et non réguliers (charters), ainsi que les services de transport tout cargo » (Accord CE-Maroc, article 1^{er}, §3). Cité dans *op. cit.*, POISSONNIER, 2019 (RFADAS), p. 6.

Occidental, mais rompt aussi l'isolement du territoire, le rendant plus attractif⁴⁴⁶ pour une installation définitive : « C'est bien aussi pour les locaux parce que avant c'était un avion par semaine ou alors il fallait partir en bus [depuis le Maroc], ça faisait presque 48 heures de route. », explique Monsieur Rachid Roussafi.⁴⁴⁷ De façon plus large, les financements et assurances de projets immobiliers au Sahara Occidental⁴⁴⁸, le paiement au Maroc d'une licence de pêche pour être autorisé à exploiter les ressources halieutiques des eaux sahraouies, la production de biens et de services ou leur importation, ou tout autre investissement au Sahara Occidental approuvé par le Maroc légitime sur le plan international l'occupation du territoire. Cela participe à banaliser la situation et encourage indirectement l'installation de colons marocains. Les relations économiques que certaines entreprises privées françaises nouent avec un territoire occupé apparaissent comme une complicité à la participation, au maintien et à l'extension du processus de colonisation⁴⁴⁹. Ces relations contribuent à le pérenniser économiquement puisque le crime de colonisation par peuplement n'est possible que si des activités économiques durables sont conduites dans le territoire occupé.

Pour terminer, l'article 113-5 du Code pénal énonce : « La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère. » C'est la qualité de complice des entreprises françaises qui devient alors incertaine : le crime de colonisation par peuplement n'est pas réprimé par la loi pénale marocaine (le Maroc n'étant partie au Statut de Rome il ne l'a pas transposé en droit interne). Ce crime n'a donc logiquement jamais été déclaré constitué par un tribunal marocain. Mais le Maroc est partie à la CGIV depuis 1956, qui réprime ce crime, ainsi qu'au PA I depuis 2011 qui en fait une infraction grave aux Conventions de Genève et à la Déclaration du Caire des Droits de l'Homme en islam du 5 août 1990. Cette dernière l'aborde indirectement : cela pourrait-il fonder le caractère criminel au Maroc du crime de colonisation par peuplement ? La « loi étrangère » à examiner n'est pas forcément celle du Maroc puisque cet État n'a aucune souveraineté sur le Sahara Occidental, lieu de l'infraction. Mais quelle loi consulter ? La

446 *Op. cit.*, TISSIER, 2019, (reportage). Au-delà des 2000 emplois créés, en 2018 il y eu 120 000 visiteurs à *Dâkhla* et plus de 14 complexes touristiques se sont créés en quelques années seulement.

447 Propos de Rachid Roussafi dans *op. cit.*, TISSIER, 2019, (reportage). Monsieur Roussafi est le directeur d'un complexe hôtelier marocain à *Dâkhla* spécialisé dans les séjours sportifs. Ancien représentant marocain aux Jeux Olympiques de Sydney en 2000 dans l'épreuve de voile, il est considéré comme étant à l'origine du développement touristique de *Dâkhla*.

448 Par exemple encore le financement de la modernisation des ports du Sahara Occidental. Cela fait partie de la série d'éléments mentionnés par l'avocat général de la CJUE (arrêt du 27 février 2018) dans ses conclusions au §§ 66 à 75. Cité dans *op. cit.*, DUBUISSON et POISSONNIER, 2018.

449 *Op. cit.*, DAVID, 2012, p. 131.

loi sahraouie ? Le droit international ? La loi espagnole ? De même pour le tribunal qui doit avoir constaté l'infraction par une décision définitive : de quel tribunal parle-t-on ? La situation d'occupation semble malmener l'article 113-5 du Code pénal dont la dernière partie n'aurait plus lieu d'être⁴⁵⁰. Nous ne nous attarderons pas sur ce point, puisqu'il semble être possible de passer outre ces deux conditions.

Grâce au rajout textuel du législateur français de l'expression « le fait de participer à » à l'article 8, 2), b), viii) du Statut de Rome, le champ infractionnel est étendu. Une entreprise française pourrait être auteure du crime en y « participant » comme nous l'avons montré ci-dessus dans le cadre de la complicité. Il suffirait de démontrer que le transfert auquel participe l'entreprise est effectivement un transfert « par la puissance occupante ». Le rajout de l'expression « le fait de participer à » permet de rendre effectif un article qui, sans quoi, n'aurait aucun sens en France : seule la « puissance occupante » serait pénalement responsable (ou bien ses agents ayant des prérogatives de puissance publique) et les tiers aidant le crime ne seraient pas inquiétés.

Section 2 – Vers une responsabilité directe des entreprises transnationales françaises ?

Des actes matériels fondant le crime de colonisation par peuplement existent. Il se peut que certaines entreprises transnationales (ETN) françaises en soient les auteures. Comment lier l'acte à l'ETN française alors que ses ramifications compliquent le processus d'imputation et que les règles liées à sa qualité de personne morale nécessiteraient d'analyser ce lien de façon indirecte ? Nous verrons que si l'appréhension des ETN par le droit pose des problèmes, ceux-ci sont surmontables et la responsabilité pénale des entreprises devient de plus en plus directe.

Paragraphe A – L'appréhension difficile des ETN par le droit pénal français

450 La décision condamnant un complice en France pour un crime commis à l'étranger et qui méconnaît ces deux conditions (double-incrimination et constatation de l'infraction par une décision d'un tribunal étranger) n'est pas fondée : Crim. 10 février 1999, n°97-84.894. Avec davantage de temps, une analyse plus poussée aurait pu être réalisée, et les lois sahraouie ou espagnole analysées.

Avec la mondialisation économique et financière, les entreprises nationales sont devenues multinationales voire transnationales⁴⁵¹. Leur puissance a « décuplé »⁴⁵² les impacts sur la société. Ces « ETN » sont des groupes de sociétés⁴⁵³. « Le groupe de sociétés n'ayant pas une personnalité juridique propre au niveau national, les [ETN] ne sont qu'un ensemble de personnes juridiques indépendantes établies dans des États différents et soumises à des lois différentes et ne font pas aujourd'hui l'objet d'une réglementation nationale ou internationale qui les envisage de façon unitaire »⁴⁵⁴. Le nouveau code pénal de 1994⁴⁵⁵ n'a pas retenu la proposition de l'avant-projet de 1978 qui consacrait la responsabilité pénale des groupements ayant une activité de nature commerciale, industrielle ou financière⁴⁵⁶. Mais un problème se pose quand une filiale commet une infraction dont le produit bénéficie à sa société-mère. Cette dernière, au nom du principe de la responsabilité pénale personnelle, ne pourrait pas être punie⁴⁵⁷ : l'autonomie de la personnalité morale est consacrée. D'autres domaines juridiques reconnaissent cependant l'existence en droit du groupe de sociétés.

En premier lieu vient le **droit fiscal**. D'abord, le régime « mère-fille » permet de ne payer qu'une « Quote-Part de Frais et Charge » de 5 % des dividendes de la fille (filiale) ou « sous-fille » (sous-filiale)⁴⁵⁸. Il existe également le régime dit de « l'intégration fiscale »⁴⁵⁹. Enfin, les notions de « quartier général » et de « centre de logistique » utilisées en droit fiscal prouvent une reconnaissance du groupe de sociétés par le droit français⁴⁶⁰.

451 L'adjectif « transnational » diffère de « multinational » : les entreprises n'ont pas plusieurs nationalités, elles restent attachées à un pays d'origine mais utilisent les différents droits nationaux pour optimiser leurs bénéfices et passent en quelques sortes « à travers » les frontières.

452 BERNARD Antoine et WRZONCKI Elin, "La responsabilité pénale des transnationales - L'action de la FIDH", *AJ Pénal* 2012, p. 20.

453 Selon la Cour de cassation qui souscrit indirectement à cette définition, le groupe de sociétés peut être défini comme « un ensemble économique cohérent, c'est-à-dire un ensemble animé d'un intérêt commun, gouverné par une stratégie commune ou tendant à un objectif de dispersion ou de partage des risques » : Cass. crim., 16 janvier 2013, n°11-88.852.

454 *Op. cit.*, MAURO, 2012, p. 12.

455 Le « nouveau code pénal » (on l'appelle ainsi au début) résulte de diverses lois promulguées le 22 juillet 1992 mais elles sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 1994.

456 *Op. cit.*, MAURO, 2012, p. 12.

457 Ni le groupe dans son ensemble. Et cette compartimentation des risques juridiques est justement l'attrait du modèle juridique du processus de « filialisation » et de groupement sociétaire. La chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu que n'ayant pas de personnalité morale, un « groupe » ne saurait faire l'objet d'une condamnation pénale : Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-21.701.

458 Sans ce régime avantageux pour la société-mère, elle devrait payer deux fois l'impôt sur les sociétés (33,33%) entre la fille et la sous-fille, puis de la fille à la mère pour faire remonter les dividendes.

459 Si un groupe a un déficit, il peut le reporter en avant (bénéfice année suivante) ou en arrière (année passée). Et ce déficit peut être transféré à une autre entité faisant partie du groupe, qui fait des bénéfices : par exemple, une société A transfère son déficit au bilan comptable d'une société B bénéficiaire qui réduit comptablement son bénéfice et diminue son assiette de taxation à l'impôt sur les sociétés.

460 Le quartier général équivaut au siège social en France, c'est l'entité appartenant à un groupe de sociétés et ayant fonction de direction, de coordination ou de contrôle de ce groupe. Le centre de logistique est une entité similaire mais regroupant également les fonctions administratives et économiques du groupe de sociétés.

En **droit de l'arbitrage** également, la notion de groupe de sociétés est parfois admise. Le débat est vif entre la théorie de l'équité et la théorie de l'apparence. La théorie de « l'apparence » ou théorie de la « réalité », répond au souci de « lever le voile social » ou « *piercing the corporate veil* ». On veut rechercher les « vraies parties » aux contrats et savoir qui prend réellement les décisions. La théorie de l'équité répond au souci de respecter le formalisme du contrat de société et la volonté des parties : cette théorie n'est pas toujours retenue par les tribunaux arbitraux⁴⁶¹.

Le **droit de la concurrence** s'est saisi de la notion de groupe de sociétés. En effet, avant d'être juridique, la notion de groupe de sociétés est économique et pose problème en matière de régulation du marché. En France, c'est le « grand » droit de la concurrence⁴⁶², le droit de l'Union européenne, qui s'applique pour ce qui est de l'activité des groupes de sociétés. A titre d'exemple, l'arrêt de la CJCE de 1972 « ICI »⁴⁶³ initie la prise en compte du groupe de sociétés. Le principe est que « lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société-mère », la responsabilité de la société-mère peut être retenue. La société-mère doit être en mesure d'exercer une influence déterminante de manière effective. La réalité économique l'emporte sur le droit : on parle alors d' « unité économique » du groupe. Le 10 septembre 2009 la CJCE affirme aussi que la détention par une société-mère d'une de ses filiales à 100 % permet d'établir une présomption d'influence déterminante et ainsi d'engager la responsabilité de la société-mère pour les actes de sa filiale.⁴⁶⁴ C'est également la même voie qu'a suivi l'*Autorité de la concurrence* française.⁴⁶⁵

Enfin, en **droit environnemental**, le groupe de sociétés est clairement pris en compte. L'article L. 512-17 du Code de l'environnement dispose que le passif environnemental (les atteintes

⁴⁶¹ On peut noter l'affaire *Dow Chemical* de 1983, où la Cour d'appel de Paris décida l'extension de la clause compromissoire à la société-mère même si la filiale l'avait signée seule [CA Paris, 1ère chambre, 21 octobre 1983, *Société Isover-Saint Gobain c. Sociétés Dow Chemical France et autres*]. L'affaire *Dallah* contre le Gouvernement du Pakistan a également fait couler beaucoup d'encre [CA Paris, 17 février 2011]. *Dallah*, une société saoudienne, avait signé un contrat de BTP avec un *trust* pakistanais, pour la construction de logements à la Mecque pour des pèlerins pakistanais. Le *trust* était entièrement géré par le gouvernement du Pakistan, sans être le gouvernement lui-même. Le *trust* mit fin unilatéralement à l'accord et *Dallah* chercha à se faire dédommager. Les juridictions française et anglaise furent saisies : le juge français décida de rechercher les « vraies parties » au contrat et affirma que le gouvernement du Pakistan était une de ces parties, donc redevable envers *Dallah*. La *Supreme Court* décida au contraire de respecter le formalisme contractuel. Si cette affaire ne faisait pas intervenir une ETN avec une société-mère et sa filiale, mais un *trust* et une personne morale de droit public le contrôlant, elle reste intéressante pour comprendre que le formalisme contractuel peut parfois être brisé. Une société-mère ne peut donc pas se cacher en permanence derrière ses filiales.

⁴⁶² Le « petit » droit de la concurrence étant le droit de la concurrence français, interne.

⁴⁶³ Arrêt CJCE du 14 juillet 1972, *J. R. Geigy AG contre Commission des Communautés européennes*, Affaire n° C-52/69. Le « groupe » n'est pas reconnu comme une entité responsable en elle-même, mais la société qui contrôle ce groupe devient responsable.

⁴⁶⁴ CJCE, 10 septembre 2009, aff. C 97/08 P, *Akzo Nobel NV c. Commission*.

⁴⁶⁵ DAOUD Emmanuel, Céline GODEBERGE, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : fiction ou réalité juridique ? », 2015, p. 44, citant la décision n° 11-D-02 de l'Autorité de la concurrence relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques du 26 janvier 2011.

à l'environnement) de la filiale peut être mis à la charge de la société-mère, si la société-mère a commis une faute contribuant à une insuffisance d'actif de la filiale.

En **droit pénal**, « en s'attachant aux seules entités juridiquement personnalisées, le code de 1994 risque peut-être de manquer une bonne partie de ses objectifs dans la mesure où les entités effectivement dotées du pouvoir de décision ne sont pas toujours dans la pratique contemporaine des affaires les sociétés habillées par la personnalité juridique ». ⁴⁶⁶ Mais la personnalité juridique ne serait pas une création de la loi et appartiendrait en principe à tout groupement « pourvu d'une possibilité d'expression pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés ». ⁴⁶⁷

Il n'est pas exclu que les différentes sociétés composant le groupe ne soient pas chacune déclarées responsables pénalement ⁴⁶⁸. Pour les entreprises participant au crime de colonisation par peuplement au Sahara Occidental, on peut envisager la mise en cause de la société-mère française ou des filiales françaises, à défaut de poursuivre le groupement. La mise en cause se fera directement avec la notion de contrôle, ou indirectement avec la notion de complicité que nous avons étudiée. En pratique, c'est souvent une société-mère française qui contrôle une filiale de droit étranger (marocain dans notre étude). A titre d'exemple, dans une décision de justice ⁴⁶⁹ concernant la société *Elf-Gabon*, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme la responsabilité pénale en France de la société-mère pour les actes de sa filiale ayant son siège social à l'étranger. En effet, le capital de la filiale était détenu majoritairement par la société-mère *in casu*. La filiale possédait un établissement en France immatriculé au registre du commerce. Son président résidait à Paris et les décisions frauduleuses avaient été prises en France. La Cour déduit donc que la filiale était totalement contrôlée par la société-mère et que de surcroît son siège réel était situé en France. Une autre affaire emblématique en terme de responsabilité pénale des ETN est l'affaire de la marée noire causée en 1999 par *l'Erika* dont l'entreprise *Total* avait la charge. La Cour de cassation en 2012 ⁴⁷⁰ entérine une décision confirmant la responsabilité pénale de *Total SA* alors que c'était sa filiale *Total Transport Corporation* qui était partie au contrat commercial. La filiale n'avait ni indépendance décisionnelle, ni autonomie juridique et financière. Toujours concernant *Total*, l'affaire « Pétrole contre nourriture » nous éclaire également sur ce point ⁴⁷¹. En 2018, la chambre

⁴⁶⁶ DANTI-JUAN Michel, « La responsabilité pénale des sociétés », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n°1, avril 2002, p. 94, citant ROBERT J. H., *Droit pénal général*, Thémis, PUF, 4ème édition, 1999, p. 364.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Op. cit.*, MAURO, 2012, p. 12.

⁴⁶⁹ Cass. crim., 31 janvier 2007, n° 02-85089 et n°05-82671.

⁴⁷⁰ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82938.

⁴⁷¹ Cette affaire est née à la suite du programme « Pétrole contre nourriture » de l'ONU qui visait à satisfaire les besoins humanitaires du peuple irakien après la guerre du Koweït. C'était un assouplissement des mesures d'embargo décrétées contre l'Irak. L'Irak était autorisé à vendre une quantité de son pétrole seulement dans le but de nourrir son

criminelle de la Cour de cassation⁴⁷² approuve la condamnation par la cour d'appel de la société *Total* du chef de corruption active d'agents publics étrangers alors que les faits avaient été matériellement commis par l'une de ses filiales. La société *TIL* était une filiale détenue à 100 % par Total sans autonomie financière et décisionnelle. Elle s'apparentait ainsi à « un simple véhicule juridique »⁴⁷³. La Cour de cassation aurait ainsi utilisé le raisonnement de la solution issue d'une affaire d'abus de bien sociaux de 2007⁴⁷⁴.

Un problème se pose néanmoins lorsqu'une filiale n'est pas détenue à 100 % par la société-mère : c'est le cas de nombreuses filiales marocaines de société-mères françaises. Malgré la « vocation naturelle »⁴⁷⁵ qu'a la responsabilité pénale à remonter vers la société-mère, il faut alors rechercher une responsabilité par co-action : la filiale et la société-mère sont toutes les deux co-auteurs de l'infraction, lorsque l'une préconise la réalisation de l'infraction (la participation au crime de colonisation par peuplement par exemple) et l'autre l'exécute matériellement⁴⁷⁶.

En définitive, si la responsabilité pénale du groupe n'est pas établie en droit français, « la longueur d'avance que l'économie a toujours eu sur le droit rend nécessaire l'adaptation des règles qui encadrent l'activité des entreprises »⁴⁷⁷. Un traité sur la responsabilité juridique des ETN est en discussion à l'ONU depuis de nombreuses années⁴⁷⁸ et le 29 avril 2020 le commissaire européen à la justice Monsieur Didier Reynders a annoncé s'engager en faveur d'une législation européenne prenant en compte la chaîne de valeur des ETN, c'est à dire notamment leur processus de filialisation⁴⁷⁹. Il est de toute façon possible d'engager la responsabilité pénale de la société-mère française en tant qu'auteur ou co-auteur. De nombreuses règles spécifiques existent pour engager la responsabilité pénale d'une telle entreprise.

peuple. De nombreux pots de vin ont en fait été versés par le gouvernement irakien à des entreprises étrangères, dont *Total*, dans le but de contourner ces restrictions et d'augmenter la vente de pétrole sans nourrir le peuple irakien en contrepartie.

472 Cass. crim., 14 mars 2018, n°16-82117.

473 TAP Jean-Brice, « Affaire "pétrole contre nourriture" ou l'étanchéité des personnes morales, note sous Cass. crim. 14 mars 2018 », *Dr. Sociétés*, 2019, n° 3, p. 14-15 ou JCP éd. E, n° 46, p. 18-20.

474 *Ibid.*, citant Cass. crim, 31 janvier 2007, n°02-85.089 et n°05-82.671. Si la décision de commettre l'abus de bien social est prise par la société-mère l'infraction peut lui être imputée alors même qu'elle a été commise matériellement par la filiale.

475 REBUT Didier, « "Pétrole contre nourriture" : responsabilité pénale d'une société mère pour des faits commis par sa filiale », *Bulletin Joly Sociétés*, 2018, n° 7, p. 408-412.

476 *Op. cit.*, LELIEUR, [à paraître], p. 7.

477 AKORRI Safya, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : de l'influence du droit international sur le droit national », *AJ pénal* 2018, p. 556 et suivantes.

478 Voir le Groupe de travail onusien sur la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales. Ce groupe peine à concrétiser sa raison d'être.

479 REYNDERS Didier, "We need an EU initiative on supply chain due diligence. Mandatory, cross-sectoral and with possible sanctions. A regulation without sanctions is not a regulation.", *Twitter*, 29 avril 2020.

Paragraphe B – D'une responsabilité indirecte vers une responsabilité directe des entreprises

La responsabilité pénale d'une société-mère française pour participation (ou complicité de participation) au crime de transfert de civils marocains par le Maroc vers le Sahara Occidental occupé, semblerait devoir être engagée selon le principe de la **responsabilité indirecte** des personnes morales : une responsabilité dérivée ou « par ricochet ». L'article 121-2 du Code pénal indique que pour engager la responsabilité pénale de la personne morale, il faut qu'un de ses organes ou représentants ait commis une faute pour le compte de celle-ci. L'organe ou le représentant en question peut être une personne physique ou morale. Comme déjà dit, cet article 121-2 est applicable aux crimes de guerre tel que le crime de colonisation par peuplement⁴⁸⁰. Ce n'est pas une responsabilité du fait d'autrui. L'organe ou le représentant n'a pas à être déclaré responsable pénalement (même s'il peut l'être) pour que la personne morale le soit. Le fait de l'organe ou du représentant étant « par incarnation »⁴⁸¹ le fait de la personne morale, la responsabilité de cette dernière est donc une « responsabilité du fait personnel par représentation »⁴⁸². Il s'agirait donc d'attribuer l'infraction de crime de colonisation par peuplement à un organe ou représentant d'une ETN française impliquée au Sahara Occidental. Nous avons montré que les éléments constitutifs étaient réunis⁴⁸³. Il faudrait déterminer qui dans ces ETN françaises a donné l'ordre par exemple de recruter des salariés marocains : le président-directeur général, le gérant, le gérant de fait, le délégataire de pouvoir (un directeur des ressources humaines par exemple), le conseil d'administration, le directoire ... ?

Les pouvoirs étant largement dilués dans les ETN et les responsabilités tellement partagées que tout le monde semble être « déresponsabilisé ». Une « lancinante question »⁴⁸⁴ a émergé : doit-on nécessairement identifier spécifiquement l'organe ou le représentant auteur de l'infraction que l'on doit imputer à l'ETN ? La position initiale de la chambre criminelle est la suivante : la cassation est encourue lorsque les juges du fond ne font aucune référence aux organes ou représentants et imputent directement l'infraction à la personne morale⁴⁸⁵. Mais la « référence » aux organes et représentants ne nécessite plus l'identification de ceux-ci : une **présomption de faute**

480 Article 462-5 et 462-6 du Code pénal. La complicité de crime de guerre par les personnes morale est prévue par les articles 213-4-1, alinéa 2, 461-5 et 461-26 du Code pénal.

481 SAINT-PAU Jean-Christophe, « L'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation ? », dans *La cohérence des châtements. Essai de Philosophie pénale et de criminologie*, Dalloz, vol. 10, 2012, p. 41, § 11.

482 *Ibid.*

483 Élément légal, élément moral et élément matériel (conditions préalables et acte matériel).

484 SAINT-PAU Jean-Christophe, « L'imputation fonctionnelle d'une infraction d'abstention non intentionnelle à une personne morale », *Commentaire de Cass. Crim.*, 31 octobre 2017, n°16-83.683, *Recueil Dalloz* 2018, p. 658.

485 Cass. crim., 16 novembre 2016, n° 14-86.980.

des organes ou représentants peut-être retenue⁴⁸⁶. Il n'est pas nécessaire d'identifier formellement l'organe ou le représentant à l'origine de la faute, à partir du moment où celle-ci n'a pu être commise que par eux. Dans l'affaire « Pétrole contre nourriture », la chambre criminelle est « indifférente »⁴⁸⁷ à l'absence d'identification de la personne physique qui aurait agi en qualité d'organe pour le compte de *Total*. La décision d'acquiescer du pétrole irakien avait été « nécessairement » prise à un niveau élevé de hiérarchie étant donné le contexte géopolitique et les risques juridiques. L'infraction n'avait donc pu être commise que par un organe de *Total*. Le raisonnement de la chambre criminelle dans l'affaire « Pétrole contre nourriture » pourrait s'appliquer aux activités économiques des entreprises françaises au Sahara Occidental et plus spécifiquement à leur participation au crime de colonisation par peuplement. La présomption dégagée par la Cour de cassation ne heurte pas le principe de la présomption d'innocence tel que garanti par l'article 6 § 1 de la CEDH⁴⁸⁸. Ce n'est qu'une présomption de fait, réfragable, et l'acte matériel de l'infraction doit toujours être démontré par le Ministère public⁴⁸⁹.

Le droit pénal français semble basculer progressivement vers un modèle de **responsabilité directe** de la personne morale : une responsabilité sans représentation ou « anthropomorphique » qui assimile la personne morale à une personne physique. Cette responsabilité directe est déjà effective dans plusieurs pays. En Australie par exemple, des entreprises peuvent être responsables pénalement et être coupables d'infractions pour carence à leur obligation « de créer et maintenir en vigueur une culture de société qui exige le respect de la disposition concernée ».⁴⁹⁰ En Suisse, une société peut être tenue pour responsable pénalement indépendamment de la responsabilité pénale de ses employés « si l'on peut reprocher à la société de ne pas avoir pris toutes les mesures raisonnables et nécessaires au niveau de l'organisation pour prévenir cette violation ».⁴⁹¹ Enfin, le *Bribery Act* britannique de 2010 permet d'engager directement la responsabilité pénale d'une

486 *A contrario* auparavant : Cass. crim., 11 avril 2012, n° 10-86974 ; Cass. crim., 22 janvier 2013, n° 12-80022 ; Cass. crim., 1^{er} avril 2014, n° 12-86501 ; Cass. crim., 19 avril 2017, n° 16-81095. Mais la jurisprudence n'était pas constante, puisque en 2008 la chambre criminelle avait validé une telle présomption de commission de l'infraction par les organes ou représentants d'une société commerciale : Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80261. Il est important de noter également que la position de la Cour de cassation ne semble pas être tranchée et que des solutions inverses seront sûrement retenues.

487 *Op. cit.*, REBUT, 2018.

488 *Op. cit.*, SAINT-PAU, 2012, § 24.

489 *Ibid.*

490 STEWART James G. , « Crimes de guerre des sociétés : Poursuivre en justice le pillage des ressources naturelles », 2011, paragraphe 137 p. 93, citant la section 12.3 (2) (d) de la Loi du *Commonwealth* portant Code Pénal australien de 1995.

491 *Ibid.*, paragraphe 137 p. 93, citant l'article 102 (2) du Code pénal suisse.

personne morale pour des faits de corruption, sans s'intéresser à la faute de ses organes ou représentants^{492 493}.

En France, la loi Fauchon du 10 juillet 2000 qui amorce le basculement du modèle de responsabilité indirecte vers un modèle de responsabilité directe des personnes morales en matière pénale⁴⁹⁴. En dissociant personnes physiques et personnes morales en matière d'intensité de la faute commise pour engager la responsabilité pénale, la responsabilité pénale de la personne morale s'est de plus en plus autonomisée⁴⁹⁵. L'aspect organisationnel de l'entreprise doit davantage être pris en compte par le droit pénal. Il serait bienvenu que la notion de « faute diffuse »⁴⁹⁶ s'inscrive dans les textes pour que les phénomènes d'anonymisation et de dilution des responsabilités à l'œuvre dans les stratégies économiques et juridiques des ETN ne se traduisent pas par une impunité généralisée. La criminalité des ETN est parfois « fonctionnelle »⁴⁹⁷. C'est la structure entrepreneuriale qui peut être criminogène⁴⁹⁸. C'est elle que le droit pénal doit mieux appréhender. Pas forcément les individus qui composent cette structure.

Malgré l'appréhension difficile de la notion d'ETN par le droit pénal français, l'acte matériel de la participation au crime de colonisation par peuplement peut être imputé aux entreprises françaises (et aux sociétés-mères plus particulièrement) au titre de certaines de leur activités économiques au Sahara Occidental⁴⁹⁹. L'imputation et la lutte contre l'impunité seraient facilitées si d'un système aujourd'hui mixte, le système pénal français devenait un système consacrant la responsabilité directe des personnes morales.

492 *Op. cit.*, MAURO, 2012, p. 12.

493 La Belgique, la Roumanie et les Pays-Bas ont aussi adopté un modèle de responsabilité pénale directe de la personne morale.

494 *Op. cit.*, SAINT-PAU, 2012, § 9.

495 *Ibid.*, citant Cass. crim., 24 octobre 2000 par exemple : en cas de faute simple d'une personne physique, sa responsabilité pénale n'est pas engageable mais celle de la personne morale dont elle est le représentant peut l'être. Ce qui est au cœur de la loi Fauchon, ce sont les notions de responsabilité pénale et d'imputation : une infraction peut être commise matériellement par une personne physique, si c'est une faute d'imprudence simple elle ne lui est pas imputable ; elle l'est en revanche à la personne morale.

496 *Ibid.*, § 12.

497 *Op. cit.*, SAINT-PAU, 2018.

498 SUTHERLAND Edwin, *White Collar Crime. The Uncut Version*, Yale University Press, 1983 (publié en 1949 initialement mais censuré).

499 S'il est seulement « probable » que leur responsabilité soit engagée pour leurs activités économiques en général, il paraît certain qu'elles puissent l'être notamment au titre du recrutement de salariés Marocains.

Conclusion

L'occupation du Sahara Occidental par le Maroc est légitimée grâce aux investissements étrangers qui développent ainsi ses prétendues « provinces du Sud »⁵⁰⁰. Parmi ces investissements et activités économiques figurent ceux des entreprises transnationales françaises, présentes au Sahara Occidental. Certaines de leurs activités semblent s'apparenter à une participation au transfert, direct ou indirect et par une puissance occupante, d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe. C'est un crime de guerre selon l'article 461-26 du Code pénal et la responsabilité pénale des entreprises françaises pourrait vraisemblablement être engagée.

« Des postures géopolitiques l'ont emporté sur la légalité internationale »⁵⁰¹ et française. Certes, les entreprises se sentent peut être prises au piège dans une « affaire à nulle autre pareille »⁵⁰². Mais outre la sanction pénale nécessaire pour réguler leurs activités au Sahara Occidental, c'est leur stratégie de développement économique qu'il s'agit de repenser.

Comment peuvent-elles, puisqu'elles n'ont certainement pas l'intention de s'y abstenir, commercer dans un territoire occupé comme le Sahara Occidental ? Peuvent-elles négocier des doubles contrats commerciaux à la fois avec le Maroc et le Front Polisario pour exploiter les ressources naturelles du territoire avec des salariés marocains ? Peuvent-elles directement contracter avec le Front Polisario sans passer par la case marocaine ? Pour ce qui est de l'exploitation des ressources naturelles, c'est en tout cas possible pour la partie du Sahara Occidental contrôlée par le Front Polisario comme le prouvent les accords commerciaux passés avec l'entreprise australienne *Hanno Resources*⁵⁰³. Mais qu'en est-il pour le reste ?

500 *Op. cit.*, SMITH, 2011, p. 2. « Morocco's occupation is given the veneer of legitimacy through foreign trade and the purported development of its so-called southern provinces. »

501 *Op. cit.*, ZOUBIR, 2018, p. 124.

502 *Op. cit.*, FLORY, 1975, p. 275. L'auteur souligne l'expression de la partie algérienne à la procédure de la Cour Internationale de Justice en 1975.

503 Hanno Resources, « *Exploration in the Tiris Iron Ore Province - Mauritanides 2014 - Session 5* », Rapport de présentation de l'activité économique de l'entreprise. Ce rapport a été présenté lors d'une conférence au Sénat français en décembre 2019.

Bibliographie

I – Ouvrages généraux (dictionnaires, encyclopédies, manuels)

- DESPORTES Frédéric et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16ème édition, *Economica*, Corpus, 2009, 1248 pages.
- JEANNE Nicolas, Élise LETOUZET et Pierre-Jérôme DELAGE, *Cours de droit pénal*, 2ème édition, Éditions *IEJ Jean Domat (Paris 1)*, Collection CRFPA, 2020, 621 pages.
- KOLB Patrick et Laurence LETURMY, *Droit pénal général*, *Gualino*, 2019, 254 pages.
- KOLB Patrick et Laurence LETURMY, *Cours de droit pénal général*, *Gualino*, 2019, 406 pages.
- PIN Xavier, *Droit pénal général*, *Dalloz*, 11ème édition, 2019, 592 pages.

II – Ouvrages spécialisés (monographies, thèses, mémoires)

- BOULAY Sébastien, Francesco CORREALE (dir.), *Sahara Occidental. Conflit oublié, population en mouvement*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, coll. « Civilisations étrangères », 2018.
- CHAPEAUX Vincent (dir.), *Sahara occidental. Quels recours juridictionnels pour les peuples sous domination étrangère ? / Western Sahara. Which legal remedies for peoples under foreign domination ?*, Bruxelles, *Bruylant*, 2010.
- DAVENTURE Sandrine, « Les limites de l'application du droit sur les ressources naturelles : le cas des territoires palestiniens et du sahara occidental », Mémoire réalisé à l'Université du Québec à Montréal, avril 2006.
- HADJ CHERIF Hamza, « Le droit de souveraineté permanente sur les ressources naturelles dans les territoires occupés et les territoires non autonomes », Thèse en droit, Université de Bordeaux, Soutenue le 7 novembre 2018, [En ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02067716> – Consulté le 18 mai 2020].

- KLAMBERG Mark (éditeur), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruxelles, 30 avril 2017, [En ligne : <https://www.legal-tools.org/doc/aa0e2b/pdf/> - Consulté le 2 avril 2020].
- SUTHERLAND Edwin, *White Collar Crime. The Uncut Version*, Yale University Press, 1983 (publié en 1949 initialement mais censuré).

III – Travaux doctrinaux

Sur le Sahara Occidental

- DUBUISSON François et Ghislain POISSONNIER, « Pêche illégale des navires de l'UE dans les eaux du Sahara occidental, rendue « invisible » par la magie d'un arrêt du juge européen », *Revue Énergie-Environnement-Infrastructures* n°7, Commentaire n° 40 de CJUE, 27 févr. 2018, aff. C-266/16, Juillet 2018.
- DUBUISSON François et Ghislain POISSONNIER, « Le droit du peuple sahraoui à la souveraineté sur ses ressources agricoles et halieutiques en question », Commentaire n° 35 de Trib. UE, 19 juill. 2018, aff. T-180/14, *Revue de Droit rural* n°471, Mars 2019.
- FLORY Maurice, « L'avis de la Cour internationale de Justice sur le Sahara occidental », *Annuaire français de droit international*, Volume 21, 1975, pages 253 à 277, [En ligne : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1975_num_21_1_2330 – Consulté le 25 mars 2020].
- POISSONNIER Ghislain, « Le Tribunal de l'Union européenne rappelle que l'exploitation des ressources naturelles du Sahara occidental doit profiter à la population de ce territoire », Commentaire n° 31 de Trib. UE, 10 décembre 2015, aff. T-512-12, Front Polisario c. Conseil de l'UE, *Revue Énergie-Environnement-Infrastructures* n°4, Avril 2016.
- POISSONNIER Ghislain, « L'accord de services aériens euro-méditerranéen et le Sahara Occidental », Commentaire de l'ordonnance du tribunal de l'UE du 30 novembre 2018, aff. T-275-18, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, Volume 289, n°1-2019 p. 5 à 8.
- RUCZ Claude, « Un référendum au Sahara occidental ? », *Annuaire français de droit international*, Volume 40, 1994, pages 243 à 259, [En ligne : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1994_num_40_1_3191 - Consulté le 15 mai 2020].

- SAUL Ben, « The Status of Western Sahara as Occupied Territory under International Humanitarian Law and the Exploitation of Natural Resources », *Sydney Law School (Legal Studies Research Paper)*, n°15-81, Septembre 2015,

[En ligne : <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14781158.2015.1075969> – Consulté le 3 mai 2020].

- SMITH Jeffrey, « The plundering of the Sahara: Corporate criminal and civil liability for the taking of natural resources from Western Sahara », *ASIL Review*, 2011 (article présenté devant le 4ème Comité de l'AGNU à New York en octobre 2011), [En ligne : <http://arso.org/PlunderingoftheaharaSmith.pdf> – Consulté le 5 mai 2020].

- VELLAS Pierre, « La diplomatie marocaine dans l'affaire du Sahara occidental », *Politique étrangère*, 1978, 43-4, pages 417 à 428,

[En ligne : https://www.persee.fr/doc/polit_0032-342x_1978_num_43_4_1616 - Consulté le 3 juin 2020].

- WRANGE Pal, « Self-Determination, Occupation and the Authority to Exploit Natural Resources : Trajectories from Four European Judgments on Western Sahara », *Israel Law Review*, 52(1), 2019,

[En ligne : <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/selfdetermination-occupation-and-the-authority-to-exploit-natural-resources-trajectories-from-four-european-judgments-on-western-sahara/25DB600AF2F5E86B30EFFB88F57CF69F> – Consulté le 16 mai 2020].

Sur la responsabilité pénale des personnes morales

- AKORRI Safya, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : de l'influence du droit international sur le droit national », *AJ pénal* 2018, p. 556 et suivantes.

- BERNARD Antoine et WRZONCKI Elin, « La responsabilité pénale des transnationales - L'action de la FIDH », *AJ Pénal* 2012, p. 20.

- DANTI-JUAN Michel, « La responsabilité pénale des sociétés », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, N°1, avril 2002, p. 91-100.

- DAOUD Emmanuel, Annaëlle ANDRE, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ? », *AJ Pénale*, N°1, Janvier 2012, DALLOZ, p.15-20.

- DAOUD Emmanuel, Céline GODEBERGE, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : fiction ou réalité juridique ? », *Le Mag'Omnidroit*, 2015, p. 42-44, [En ligne] : <http://www.vigo-avocats.com/wp-content/uploads/2016/04/Responsabilit%C3%A9-p%C3%A9nale-des-ETN-Omnimag.pdf> (14/02/2019).
- GAUVIN Alain, « De Forest Gump à Scapin, la gestion du risque pénal par les directions juridiques des multinationales », *Actualité juridique Pénal* n°1, Janvier 2012, p. 23.
- LELIEUR Juliette, « L'extraterritorialité pénale française appliquée aux sociétés commerciales », *Mélanges Storck*, [à paraître].
- MAURO Cristina, « Application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales », *AJ pénal* 2012, p. 12.
- REBUT Didier, « "Pétrole contre nourriture" : responsabilité pénale d'une société mère pour des faits commis par sa filiale », *Bulletin Joly Sociétés*, 2018, n° 7, p. 408-412.
- SAINT-PAU Jean-Christophe, « L'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation ? », dans *La cohérence des châtiments. Essai de Philosophie pénale et de criminologie*, Dalloz, vol. 10, 2012, p. 41.
- SAINT-PAU Jean-Christophe, « L'imputation fonctionnelle d'une infraction d'abstention non intentionnelle à une personne morale », *Commentaire de Cass. Crim.*, 31 octobre 2017, n°16-83.683, *Recueil Dalloz* 2018, p. 658.
- TAP Jean-Brice, « Affaire "pétrole contre nourriture" ou l'étanchéité des personnes morales, note sous Cass. crim. 14 mars 2018 », *Dr. Sociétés*, 2019, n° 3, p. 14-15 ou *JCP éd. E*, n° 46, p. 18-20.

Autres thèmes

- APTEL Cécile, « Justice pénale internationale : entre raison d'État et Etat de droit », *Revue internationale et stratégique*, 2007/3 (n°67), p. 71 à 80, [En ligne : <https://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2007-3-page-71.htm> - Consulté le 2 juin 2020].
- BERNARD Elsa, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009-3, t. XXIII, Volume 3, pages 353 à 385.

- CONDORELLI Luigi et Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Quelques remarques à propos de l'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances », dans *Études et essais en l'honneur de Jean Pictet*, Genève, 1984, CICR, p. 17 à 35, [En ligne : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:15023> – Consulté le 7 mai 2020].
- Conseil Constitutionnel, « L'indépendance de l'autorité judiciaire », Article, [En ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/l-independance-de-l-autorite-judiciaire> - Consulté le 1er juin 2020]
- CROS Estelle, « La formation des magistrats en juridiction pénale internationale : une nécessité », *Institut des Hautes Études sur la Justice*, 24 mai 2018, [En ligne : <https://ihej.org/programmes/justice-penale-internationale/la-formation-des-magistrats-en-juridiction-penale-internationale-une-necessite/> - Consulté le 2 juin 2020].
- CUMYN Michelle et Mélanie SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013-2, Volume n° 71, pages 1 à 42.
- DAVID Eric, « La responsabilité des entreprises privées qui aident Israël à violer le droit international », *Revue Belge de Droit International*, 2012-1, Éditions Bruylant, Bruxelles, pages 123 à 146.
- DE BRABANDERE Eric et Larissa VAN DEN HERIK, « Les obligations des États tiers et des acteurs non étatiques relatives au commerce des produits en provenance du territoire palestinien occupé », *RBDI*, 2012-1, pages 147-176.
- FLORY Maurice, « La notion de territoire arabe et son application au problème du Sahara », *Annuaire français de droit international*, Volume 3, 1957, pages 73 à 91, [En ligne : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1957_num_3_1_1308 - Consulté le 15 mai 2020]
- JEANGENE VILMER Jean-Baptiste, « La compétence universelle à l'épreuve des crises diplomatiques », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2016/4 (n°4), p. 701 à 724, [En ligne : <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2016-4-page-701.htm#> - Consulté le 2 juin 2020].
- LANFRANCHI Marie-Pierre, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de sécurité » *Annuaire français de droit international*, volume 43, 1997, p. 31 à 57, [En ligne : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1997_num_43_1_3433 – 06/02/2020].

- PALOMBINO Fulvio, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice devant le juge interne », *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005. pp. 121-139, [En ligne : https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2005_num_51_1_3876 – 25 avril 2020].
- POISSONNIER Ghislain et Eric DAVID, « Les colonies israéliennes en Cisjordanie, un crime de guerre ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, n°16, 2019, [En ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/7353> – consulté le 29 septembre 2019].
- SMITH Jeffrey, « A helping hand : The aiding and abetting of international crimes after Charles Taylor », *American Society of International Law*, Juillet 2012.
- VITE Sylvain, « L'applicabilité du droit international de l'occupation militaire aux activités des organisations internationales », *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, mars 2004, vol. 86, n°853 , [En ligne : <https://ruig-gian.org/ressources/auer-Vite.pdf> – Consulté le 27 mai 2020].
- VITE Sylvain, « Typology of armed conflicts in international humanitarian law : legal concepts and actual situations », *International Review of the Red Cross*, Volume 91, n° 873, mars 2009, pages 69 à 94 [En ligne : <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc-873-vite.pdf> - Consulté le 27 mai 2020].

IV - Rapports

- Association Française d'Amitié et de Solidarité avec les Peuples d'Afrique (AFASPA) et autres, *Rapport d'observations de la défense sur le procès de Gdeim Izik devant la Cour d'appel de Rabat*, 15 juin 2017, Paris , [En ligne : https://www.afaspa.com/IMG/pdf/RAPPORT_DEFENSE_GDEIM_IZIK_15_JUIN_2017_TL.sec.pdf – Consulté le 7 juin 2020].
- BREHAM Joseph et Laurence GREIG, « Les transferts d'armes de la France dans le cadre du conflit au Yémen, à compter d'avril 2015 jusqu'à la période actuelle », ANCILE Avocats (AARPI), Paris, 92 pages, 16 mars 2018, [En ligne : https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2Fb2bf59b9-cd8e-471f-a689-e8e84f151b17_etude+juridique_cabinet+ancile_transfert+d%27armes+de+la+france+dans+le+cadre+du+conflit+au+y%C3%A9men.pdf – 22/12/2019].
- Centre d'Études et de Documentation Franco-Sahraoui Ahmed Baba MISKE, *List of Companies Collaborating with the Moroccan Occupant in Western Sahara*, 31 décembre 2019, [En ligne :

https://www.facebook.com/CentreMISKE/posts/2725572040865379?_tn=-R - Consulté le 26 mai 2020 - Document PDF en notre possession transmis par le Centre Ahmed Baba MISKE].

- CIMADE, « Coopération UE-Afrique sur les migrations - Chronique d'un chantage - Décryptage des instruments financiers et politiques de l'Union Européenne », Rapport d'observation, décembre 2017, [En ligne :

https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2017/12/Cimade_Cooperation_UE_Afrique.pdf - Consulté le 5 juin 2020].

- Deutscher Bundestag, « Sachstand - Völkerrechtliche Aspekte des Westsaharakonflikts » [Etat des lieux - Aspects de droit international du conflit du Sahara Occidental], Wissenschaftliche Dienste [Services scientifiques], WD 2 - 3000 - 025-19, 18 mars 2019, [En ligne : <https://www.bundestag.de/resource/blob/645852/ff419d961659efdf894230ee8c07c8a2/WD-2-025-19-pdf-data.pdf> - Consulté le 15 mai 2020].

- Direction générale des politiques externes (Parlement européen), « Occupation/annexion d'un territoire : Respect du droit humanitaire international et des droits de l'homme et politique cohérente de l'Union européenne dans ce domaine, Juin 2015, PE 534.995, [En ligne : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534995/EXPO_STU\(2015\)534995_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534995/EXPO_STU(2015)534995_FR.pdf) – 06/02/2020].

- *Hanno Resources*, « *Exploration in the Tiris Iron Ore Province - Mauritanides 2014 - Session 5* », Rapport de présentation de l'activité économique de l'entreprise (présenté au Sénat en novembre 2019), [En ligne :

http://www.petrole.gov.mr/IMG/pdf/dr_marriot_hanno_resources_session_5_iron_ore.pdf - Consulté le 26 mai 2020].

- Observatoire du Tourisme – Maroc, « Tableaux de bord nationaux 2019, Statistiques sur le tourisme au Maroc pour le mois de décembre 2019 », 2019, [En ligne : <http://www.observatoiredu tourisme.ma/tableaux-de-bord-nationaux/> - Consulté le 29 mai 2020].

- STEWART James G. , « Crimes de guerre des sociétés : Poursuivre en justice le pillage des ressources naturelles », *Open Society Institute*, New York, 2011, [En ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171829 – 11 juillet 2019].

- WSRW, « *Étiquette et responsabilité* », Rapport, Bruxelles-Stockholm, 18 juin 2012, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a216x2326> – Consulté le 26 mai 2020].

- WSRW, « Injustice totale : Total SA au Sahara Occidental occupé », [En ligne : <https://www.wsrw.org/a230x2652> – Consulté le 19 juillet 2020].
- WSRW, *Stock-exchange registered companies in occupied Western Sahara*, Liste à jour du 1er mai 2020, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a106x4348> - Consulté le 26 mai 2020].

V – Articles et communiqués de presse

- ALAMI Ziad, « 16 octobre 1975 : Quand Hassan II met son peuple en ordre de marche pour récupérer le Sahara marocain », 15 octobre 2016, *Le360*, [En ligne : <https://fr.le360.ma/politique/video-16-octobre-1975-quand-hassan-ii-met-son-peuple-en-ordre-de-marche-pour-recuperer-le-sahara-91459> - Consulté le 3 juin 2020].
- Al-Haq, « The Case Against Riwal : Corporate Complicity in International Crimes », 16 octobre 2010, [En ligne : <http://www.alhaq.org/advocacy/targets/accountability/71-riwal/307-the-case-against-riwal-corporate-complicity-in-international-crimes> - Consulté le 4 juin 2020].
- APSO, « La Coordination d’Agriculteurs et d’éleveurs (COAG) dénonce la société française Azura qui vend au sein de l’Union Européenne des tomates du Sahara », 16 janvier 2011, [En ligne : <http://apsoinfo.blogspot.com/2011/01/coag-denonce-que-la-cie-francaise-azura.html> - Consulté le 9 juin 2020].
- BELKAID Akram, « Pourquoi l’Algérie défend le statu quo au Sahara occidental », *Orient XXI*, 23 avril 2015, [En ligne : <https://orientxxi.info/magazine/pourquoi-l-algerie-defend-le-statu-quo-au-sahara-occidental,0884> – 23 mars 2020].
- BROUSKY Omar, « Maroc. Hassan II, « pote » et despote », *Orient XXI*, 22 juillet 2019, [En ligne : <https://orientxxi.info/magazine/maroc-hassan-ii-pote-et-despote,3201> – Consulté le 5 juin 2020].
- CEMBRERO Ignacio, « Difficile équilibre de la politique espagnole au Sahara occidental », *Orient XXI*, 23 avril 2015, [En ligne : <https://orientxxi.info/magazine/difficile-equilibre-de-la-politique-espagnole-au-sahara-occidental,0878> – 23 mars 2020].
- *Confédération paysanne*, « Plainte contre Idyl », Communiqué de presse, 19 décembre 2019, [En ligne : <https://viacampesina.org/fr/accord-ue-maroc-la-conf-lance-une-procedure-pour-denoncer-les-produits-sahraouis-illegalement-importes/> – Consulté le 26 mai 2020].

- CRÉTOIS Jules et Jihâd GILLON , « Regain de tension entre le Maroc et l'Algérie après l'ouverture de consulats africains au Sahara occidental », *JeuneAfrique*, 21 février 2020, [En ligne : <https://www.jeuneafrique.com/899929/politique/regain-de-tensions-entre-le-maroc-et-lalgerie-apres-louverture-de-consulats-africains-au-sahara-occidental/> - Consulté le 7 juin 2020].
- DU GUERNY Stanislas, « Les sardines Connétable ouvrent une deuxième usine au Maroc », *Les Échos*, 12 septembre 2018, [En ligne : <https://www.lesechos.fr/pme-regions/actualite-pme/les-sardines-connetable-ouvrent-une-deuxieme-usine-au-maroc-138801> - Consulté le 10 juin 2020].
- EL AZZOUZI Rachida, Yann PHILIPPIN et Antton ROUGET, « Des navires français contrôlent les eaux du Sahara occidental », *Mediapart*, 18 septembre 2019, [En ligne : <https://www.mediapart.fr/journal/international/180919/des-navires-francais-controlent-les-eaux-du-sahara-occidental?onglet=full> – Consulté le 30 mai 2020].
- Finances News Hebdo, Entretien avec Najib Akesbi : « La vraie réponse consisterait à s'appuyer sur la décision de la Cour pour revoir l'ensemble des accords reliant l'UE et le Maroc », 18 décembre 2015, [En ligne : <https://sahara-question.com/fr/opinions/entretien-%C2%AB-vraie-r%C3%A9ponse-consisterait-s%E2%80%99appuyer-sur-d%C3%A9cision-cour-pour-revoir-l%E2%80%99ensemble> - Consulté le 26 mai 2020].
- LEGEAY Hélène, « Le Sahara Occidental, tombeau du droit international », *Courrier de l'ACAT*, n°343, p. 12 et 13, 11 mai 2017, [En ligne : <https://www.acatfrance.fr/public/c343-p12-13.pdf> - Consulté le 26 mai 2020].
- *Libération*, « L'huile de poisson, arme juridiques des Sahraouis », 16 septembre 2016, [En ligne : https://www.liberation.fr/planete/2016/09/16/l-huile-de-poisson-arme-juridique-des-sahraouis_1498405 - Consulté le 9 juin 2020].
- GALLOIS Stéphane, « Une conserverie bretonne accusée de "participation à un crime de colonisation" au Sahara occidental » , 21 septembre 2018, [En ligne : <https://www.ouest-france.fr/monde/afrique/une-conserverie-bretonne-accusee-de-participation-un-crime-de-colonisation-au-sahara-occidental-5978786> - Consulté le 8 juin 2020].
- MOHSEN-FINAN Khadija, « Le conflit du Sahara en marge des dynamiques régionales », *Orient XXI*, 23 avril 2015, [En ligne : <https://orientxxi.info/magazine/le-conflit-du-sahara-en-marge-des-dynamiques-regionales,0879> – Consulté le 23 mars 2020].
- MOHSEN-FINAN Khadija, « Chronologie – Conflit du Sahara Occidental, de la guérilla au gel durable », *Orient XXI*, 23 avril 2015,

[En ligne : <https://orientxxi.info/documents/chronologies/conflit-du-sahara-occidental-de-la-guerilla-au-gel-durable,0882> – 23 mars 2020].

- NOVOSSELOFF Alexandra, « Au Sahara, les Nations unies entre activisme et lassitude », *Orient XXI*, 23 avril 2015, [En ligne : <https://orientxxi.info/magazine/au-sahara-les-nations-unies-entre-activisme-et-lassitude,0877> – Consulté le 23 mars 2020].

- RIES Frédérique, *Question écrite posée le 2 avril 2020 à la Commission Européenne par la députée européenne Frédérique Ries (Belgique)*, [En ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-002030_EN.html – Consulté le 29 mai 2020].

- VERMEREN Pierre, « Engagement de la France sur le Sahara », *Orient XXI*, 23 avril 2015, [En ligne : <https://orientxxi.info/magazine/engagement-de-la-france-sur-le-sahara,0869> – 23 mars 2020].

- WSRW, « Hans Corell : "European Commission misinterprets my opinion" », 22 décembre 2010, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a159x1746> - Consulté le 6 juin 2020].

- WSRW, « Les barons de la tomate au Sahara Occidental occupé », 25 juin 2012, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a216x2333> - Consulté le 9 juin 2020].

- WSRW, « Polisario goes after leading French banks », 23 octobre 2018, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a105x4283> - Consulté le 10 juin 2020].

- WSRW, « Démission de la rapporteure PE pour l'accord commercial sur le Sahara », 10 décembre 2018, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a251x4366> - Consulté le 4 juin 2020].

- WSRW, « Plainte du Polisario contre une compagnie française de produits de la mer », 19 septembre 2018, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a111x4274> - Consulté le 9 juin 2020].

- WSRW, « States urge Spain to respect Saharawi rights in Human Rights Council », 22 janvier 2020, [En ligne : <https://www.wsrw.org/a105x4615> - Consulté le 6 juin 2020].

VI – Divers

Vidéographie

- ARTE, « Le conflit du sahara », Documentaire, *Les Mercredis de l'Histoire*, Date de diffusion non-connue, publié par ZoomNews sur Youtube le 17 avril 2018, [En ligne : Partie 1 -

<https://www.youtube.com/watch?v=Fqk06u3o3qc> - ; Partie 2 - <https://www.youtube.com/watch?v=6FNpebtv7ys> – Consulté le 29 mai 2020].

- ARTE, « FrencArms #4 – Le Sahara Occidental en quête d’indépendance », 18 septembre 2019, [En ligne : <https://www.youtube.com/watch?v=zhWuAfMnswE>].

- LONGORIA Alvaro, *Enfants de nuages – La dernière colonie*, [*Hijos de las nubes*], 2014, Documentaire espagnol avec Javier BARDEM, Carlos BARDEM, Elena ANAYA, 1h20.

- SEILLAN Hubert, « Gestion de la Covid-19 au Maroc », 21 mai 2020, [En ligne : https://www.youtube.com/watch?v=22R3quj_9lg - Consulté le 26 mai 2020].

- TISSIER Manuel (et autres), « Maroc : Dakhla, nouvelle pépite du tourisme », Reportage diffusé sur *France 2*, 9 septembre 2019,

[En ligne : https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/economie-africaine/maroc-dakhla-nouvelle-pepite-du-tourisme_3609719.html - Consulté le 29 mai 2020].

- Université Picardie Jules Verne (direction scientifique : Marjorie Beulay), « Le Sahara occidental – Actualités d’une question ancienne », *Colloque pluridisciplinaire international*, 27 et 28 mai 2019 au Logis du Roy – Amiens, Actes pas encore publiés, [Vidéos en ligne : <http://ouiso.recherche.parisdescartes.fr/fr/2020/04/28/les-videos-du-colloque-damiens-2019-en-acces-libre/> - Consulté le 21 mai 2020].

Sitographie

- *Central Intelligence Agency*, « The World Factbook - Africa - Western Sahara », Dernière mise à jour du 16 mars 2020, [En ligne : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/wi.html> – Consulté le 28 mai 2020].

- Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales du CNRS, Onglet « Lexicographie », [En ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/> – Consulté le 30 mai 2020].

- Médecins Sans Frontières, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, [En ligne : <https://dictionnaire-droit-humanitaire.org/content/index/> - Consulté le 26 mai 2020].

- Mission des Nations Unies pour un Référendum au Sahara Occidental (MINURSO), [<https://minurso.unmissions.org/> - Consulté le 29 mai 2020].

- Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *France Diplomatie - Conseils aux Voyageurs*, [En ligne : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/conseils-aux-voyageurs/conseils-par-pays-destination/> - Consulté le 14 juin 2020].
- Observatoire Universitaire International du Sahara Occidental (OUIISO), Université Paris-Descartes, [En ligne : <http://ouiso.recherche.parisdescartes.fr/fr/accueil/> - Consulté le 12 juin 2020].
- *Western Sahara Resource Watch (WSRW)*, [En ligne : <https://www.wsrw.org/> - Consulté le 30 mai 2020].

Annexe

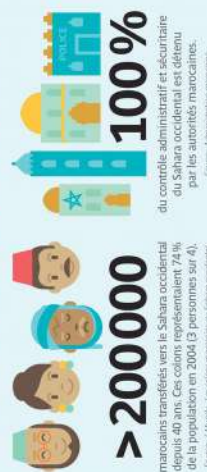
Annexe n° 1 : ACAT, « Sahara Occidental - La dernière colonie d'Afrique », Infographie de Loïc Ferrière pour ACAT France, 3 février 2017, [En ligne : <https://www.acatfrance.fr/actualite/la-derniere-colonie-d-afrique> - Consulté le 13 juin 2020].

SAHARA OCCIDENTAL

LA DERNIÈRE COLONIE D'AFRIQUE

Le Sahara occidental est considéré par les Nations unies comme un territoire non autonome, occupé par le Maroc. Une occupation illégale qui dure depuis plus de 40 ans. Loïn de jour de son droit à l'autodétermination appelé chaque année par les Nations Unies, le peuple sahraoui subit quotidiennement des violations graves de ses libertés fondamentales et du droit international humanitaire.

UN TERRITOIRE COLONISÉ PAR LE MAROC DEPUIS 1975



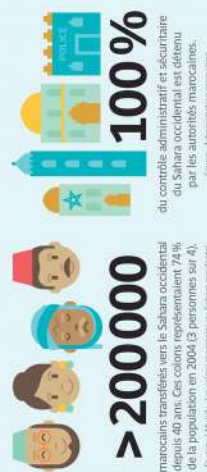
UNE ÉCONOMIE D'EXPLOITATION AU SERVICE DE L'OCCUPANT



ATEINTES AUX LIBERTÉS D'EXPRESSION



TORTURE ET ABSENCE DE JUSTICE



DES DÉCENNIES DE LUTTE POUR L'AUTODÉTERMINATION



29 AVRIL 1991

La Mission des Nations unies pour l'Organisation d'un Référendum au Sahara Occidental (MINURSO) est créée pour maintenir le cessez-le-feu et organiser un référendum d'autodétermination.

8 NOV. 2010

Démantèlement du camp de concentration de Gdeim Izik par les forces de sécurité marocaines. Onze militaires marocains de Maracana non considérés comme sahraouis. Le Maroc se retire du processus en 2003.

29 AVRIL 1991

Publication de la liste des électeurs par la MINURSO. Elle exclut des élections de milliers de Maracana non considérés comme sahraouis. Le Maroc se retire du processus en 2003.

8 NOV. 2010

Démantèlement du camp de concentration de Gdeim Izik par les forces de sécurité marocaines. Onze militaires marocains de Maracana non considérés comme sahraouis. Le Maroc se retire du processus en 2003.

LE MUR DE SÉPARATION LE PLUS LONG DU MONDE !

En comparaison, voici la longueur d'autres murs de séparation bien connus dans le monde :

- États-Unis/Mexique : 1 200 km
- Israël/Cisjordanie : 700 km
- Chypre : 180 km

UN TERRAIN DES PLUS MINÉS AU MONDE

- Entre 200 000 et 10 millions de mines et bombes à sous-munitions ont été disséminées de part et d'autre du mur avant le cessez-le-feu en 1991.
- Selon le Maroc, entre 1975 et 2015, les mines et autres engins explosifs ont fait 843 morts et 1 771 blessés.

Source: Landmine and Cluster Munition Monitor

Annexe n° 1 : Carte du Sahara Occidental

ACAT, Sahara Occidental - La dernière colonie d'Afrique. Infographie de Loïc Ferrand pour ACAT France. [En ligne] <http://www.acatfrance.fr/public/la-derniere-colonie-du-sahara> Consulté le 13 juin 2020.



LÉGENDES

- LAAYOUNE** Capitale du Sahara occidental. Emplacement du camp de concentration sahraoui de Gdeim Izik, créé et démantelé à l'automne 2010.
 - Six camps gérés par le Front Polisario, abritant entre 125 000 et 1 65 000 réfugiés sahraouis.
 - Mines de phosphates, plus grande source de revenu du Maroc sur le Sahara occidental.
 - Convoyeur de 95 km achevant le phosphate des mines à Atlantique. C'est le plus long convoyeur au monde.
 - Mur de séparation, divisant le Sahara occidental entre une partie Ouest sous occupation marocaine et une partie Est contrôlée par le Front Polisario.
 - Point de passage.
 - Base militaire marocaine.
 - Mines et autres restes explosifs de guerre déposés sur le cercle de façon aléatoire, le Maroc refusant de révéler leur emplacement en violation occupée.
 - Parc éolien de Foum el Oued (50 MW) construit par Siemens et l'entreprise marocaine Nareva.
 - Futurs parcs éoliens de Boujbour (100 MW) et Tikhad (300 MW) contrôlés par consortium d'entreprises Siemens (allemande)/Enel (italienne)/Nareva (marocaine).
- Source: Réseau Sahara Resource Watch, Observatoire d'Etat des Droits de l'Homme, Human Rights Watch, MINURSO



ACAT France
LACAT, ONG chrétienne des droits de l'homme, intervient dans 40 pays. Rejoignez-nous !
www.acatfrance.fr @ACAT_France

Table des matières

Remerciements.....	3
Notes préliminaires.....	4
Sommaire.....	5
Liste des abréviations.....	6
Introduction.....	8
Définitions et contextualisation.....	9
« Sahara Occidental ».....	9
« Entreprises françaises ».....	13
« Activités économiques ».....	14
Domaine disciplinaire.....	16
Approche méthodologique.....	17
Présentation de l'élément légal du crime.....	18
Problématique.....	24
Première partie : La qualification de la situation géopolitique du Sahara Occidental : un juge pénal « diplomate » ?.....	27
Chapitre premier – Un imbroglio lexical qui contourne un terme tabou : "occupation".....	29
Section 1 – Des décisions internationales équivoques.....	30
Paragraphe A – La Cour Internationale de Justice piégée.....	31
Paragraphe B – Un territoire « administré de facto » et « disputé » ?.....	35
Section 2 – De rares décisions administratives au soutien de la diplomatie française.....	40
Paragraphe A – Une diplomatie française pro-marocaine.....	40
Paragraphe B – Les décisions juridictionnelles françaises.....	43
Chapitre second – Le constat d'une occupation notoire issue d'un conflit armé international.....	45
Section 1 – Un constat juridique clair.....	46
Paragraphe A – Un territoire non-autonome, annexé et occupé.....	46
Paragraphe B – Un nécessaire conflit armé international ?.....	51
Section 2 - L'élément moral du crime constitué par la publicité de l'occupation.....	57
Paragraphe A – L'élément moral du crime de colonisation par peuplement.....	57
Paragraphe B – Le caractère notoire de l'occupation comme preuve du crime.....	58
Seconde partie : Le défi de l'imputation du crime aux entreprises françaises....	61
Chapitre premier – Un défi procédural.....	62
Section 1 – L'application de la loi pénale dans le temps.....	62
Paragraphe A – La non-rétroactivité de l'article 461-26 du Code pénal.....	63
Paragraphe B – Le crime de colonisation par peuplement : une infraction d'habitude, continue ou permanente ?.....	64
Section 2 – La compétence extraterritoriale des juridictions françaises.....	66
Paragraphe A – La compétence extraterritoriale classique.....	66
Paragraphe B – Une compétence territoriale « élastique ».....	70
Chapitre second – Les entreprises françaises et leur participation au transfert.....	72
Section 1 – Activité économique et transfert des Marocains au Sahara Occidental.....	74
Paragraphe A – La participation des entreprises françaises au transfert.....	75

Paragraphe B – <i>La complicité des entreprises françaises à la participation au transfert</i>	77
Section 2 – <i>Vers une responsabilité directe des entreprises transnationales françaises ?</i>	80
Paragraphe A – <i>L’appréhension difficile des ETN par le droit pénal français</i>	80
Paragraphe B – <i>D’une responsabilité indirecte vers une responsabilité directe des entreprises</i>	85
Conclusion.....	88
Bibliographie.....	89
Annexe.....	101