

Droit pénal – droit international

La responsabilité pénale des entreprises transnationales
fiction ou réalité Juridique ?

Emmanuel DAOUD, Avocat associé, VIGO cabinet
d'avocats, France

Abstract¹

La problématique de la responsabilité pénale des entreprises transnationales (ETN) a amené les juristes à s'interroger sur les obligations qui pourraient être opposées à une ETN. Ces interrogations se justifient, d'abord, par l'absence d'instrument juridique à définir avec précision les concepts de groupe / société/ entreprise transnationale, ensuite, par l'incertitude qui entoure la définition de la responsabilité pénale des ETN qui découle notamment de la complexité du cadre juridique en la matière : entre les normes internationales, européennes, nationales et sociétales d'une part, et les textes contraignants (hard Law) et non contraignants (soft Law) d'autre part.

En effet, la superposition de ces législations est particulièrement importante pour les ETN, qui doivent respecter à la fois leurs propres engagements (responsabilité sociétale) mais également les engagements internationaux et les législations nationales de l'Etat du siège de la société mère et de chacune de ses filiales.

L'auteur de l'article situe dans son analyse la responsabilité pénale des ETN dans le contexte économique actuel, marqué par la mondialisation et la pression des marchés, qui ont fait naître des risques et des avantages, qui poussent les entreprises multinationales à jouer un rôle de premier plan qui est celui de la transparence, la lutte contre la corruption et le respect des normes sociétales et environnementales.

ملخص¹

تطرح إشكالية المسؤولية الجزائية للشركات عبر الوطنية عدة تساؤلات عند الباحثين ورجال القانون حول التزامات هذه المؤسسات في مواجهة الغير. وقد تجد هذه التساؤلات مبرراتها من جهة أولى في غياب آلية قانونية تعرف بدقة مفاهيم خاصة بهذه المؤسسات، مثل مجموعة / شركة / مؤسسة عابرة للحدود، ومن جهة ثانية في الغموض الذي يطبع تعريف المسؤولية الجزائية للشركات عبر الوطنية، وهو الغموض الذي يمكن إرجاعه إلى الإطار القانوني المعقد الناتج عن المعايير الدولية، الأوروبية، الوطنية وتلك التي التزمت بها الشركة بالإرادة المنفردة من جهة، ومن جهة أخرى، عن وجود نصوص قانونية إجبارية (ard Law)، وأخرى غير إجبارية (soft Law).

إن المستويات المتباينة لهذه القوانين تعتبر هامة بصفة خاصة للشركات عبر الوطنية التي يجب أن تحترم في نفس الوقت التزاماتها النابعة من إرادتها المنفردة وأيضاً الالتزامات الدولية والتشريعات الوطنية للدولة التي تختارها المؤسسة الأم وكذلك الدول التي تعمل فيها فروعها.

صاحب هذه المساهمة يريد من خلال تحليله للمسؤولية الجزائية للشركات العابرة للحدود، أن يحددها على ضوء الوضع الاقتصادي الحالي، الذي تميزه العولمة وضغوطات السوق العالمية، وهي عوامل ساعدت على بروز مخاطر وامتيازات تجبر هذه الشركات عبر الوطنية أن تلعب دوراً يجعلها في واجهة التحديات والمتمثل في اعتماد الشفافية في إستراتيجيتها الاقتصادية ومحاربة الفساد واحترام معايير الشركة والاحكام المنظمة للبيئة.

1- Abstract proposé par la rédaction de la Revue algérienne Droit et Justice.

L'actualité récente invite à s'intéresser aux contours de la responsabilité pénale des entreprises transnationales (ETN). L'ouverture d'une enquête à l'encontre de la société VINCI Construction, suite à une plainte déposée par l'association SHERPA pour travail forcé, réduction en servitude et recel au Qatar, illustre le risque réel pour les ETN de voir leur responsabilité engagée pour des actes commis par leurs filiales à l'étranger.¹ En 2011, une plainte pour complicité de torture et autres traitements inhumains ou dégradants a été déposée contre la société française AMESYS par la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) et la Ligue des droits de l'homme (LDH) en raison, selon les plaignantes, de la fourniture par la société précitée d'un système d'interception et de décryptage des communications au régime libyen, système utilisé par les services secrets pour surveiller et réprimer les opposants.²

Malgré l'existence de 82 000 sociétés transnationales en 2008,³ aucun instrument juridique n'a défini avec précision les concepts de groupe/société/entreprise transnationale/multinationale. La plupart des auteurs utilisent d'ailleurs indifféremment ces notions. Pour le Professeur Charles Leben, «[o]n appelle entreprise multinationale (EMN) ou société transna-

L'incertitude qui entoure la définition de la responsabilité pénale des ETN découle notamment de la complexité du cadre juridique en la matière

tionale (appellation la plus courante dans les publications des Nations Unies), un groupe multinational de sociétés, c'est-à-dire un ensemble de sociétés réparties dans des États différents et obéissant à une stratégie commune définie par une ou plusieurs sociétés mères ».⁴ L'Organisation internationale du travail (OIT) utilise pour sa part la notion d' «entreprise multinationale»,⁵ alors que la Commission des droits de l'homme de l'ONU emploie celle de «sociétés transnationales».⁶ Pour les développements à suivre, nous utiliserons la dénomination «entreprise transnationale».

L'incertitude qui entoure la définition de la responsabilité pénale des ETN découle notamment de la complexité du cadre juridique en la matière: entre les normes internationales, européennes, nationales et sociétales d'une part, et les textes contraignants (hard law) et non contraignants (soft law) d'autre part, le juriste est amené à s'interroger sur les obligations qui pourraient être opposées à une ETN.

Une ETN, en tant que groupe de sociétés, peut-elle être pénalement responsable ? L'ETN n'est assurément pas un sujet de droit pénal. Toutefois, dans certaines hypothèses, la réalité économique du groupe va être prise en compte par le juge, soit pour faire échapper la société mère à une

1- Sarei v. Rio Tinto, PLC, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, n° 02-56256EB-02-56390EB. Il s'agit en l'espèce d'une action en responsabilité civile.

2- Libye : la FIDH porte plainte contre la société Amesys pour « complicité d'actes de torture », Le Point, le 19 oct. 2011; Plainte contre Amesys, Le Nouvel Observateur, le 19 oct. 2011.

3- World Investment Report 2009, Transnational Corporations, Agricultural Production and Development, UNCTAD/PRESS/PR/2009/051.

4- C. Leben, Entreprises multinationales et droit international économique, RSC 2005. 777.

5- Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales de l'Organisation internationale du travail, OIT, 2006.

6- Normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme, Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 2003.

condamnation pénale (par exemple, l'abus de biens sociaux commis au préjudice d'une filiale mais dans l'intérêt du groupe peut ne pas être sanctionné),¹ soit pour sauvegarder les intérêts des tiers (par exemple en droit français, l'article L. 512-17 du code de l'environnement permet de mettre à la charge de la société mère le passif environnemental de la filiale en liquidation judiciaire²).³

En partant de ce constat, on se demande s'il est envisageable de rechercher la responsabilité pénale de la société mère pour les faits commis par la filiale. D'un point de vue pratique d'abord, les requérants peuvent préférer engager la responsabilité de la société mère, plus solvable en principe que sa filiale. D'un point de vue éthique ensuite, il a été avancé qu'il ne serait pas acceptable que la société mère puisse bénéficier des avantages de la filiale, sans avoir à en répondre.

En cas de violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire notamment, les victimes voudront certainement voir sanctionner pénalement la société mère, en vue d'optimiser l'impact médiatique des poursuites engagées.

C'est dans cette perspective de responsabilisation des acteurs économiques que s'inscrit la proposition de loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, adoptée le 30 mars 2015 par l'Assemblée nationale. La proposition de loi envisage ainsi de créer une obligation pour les sociétés de plus de cinq mille salariés d'identifier et de prévenir les risques d'atteintes aux droits de l'homme, les risques de dommages corporels et environnementaux et les risques sanitaires, résultant des activités de la

société, des sociétés qu'elle contrôle, et de ses sous-traitants ou fournisseurs, en établissant un plan de vigilance. La responsabilité de la société ne pourra toutefois être engagée que sur le plan civil.

L'appréhension de la responsabilité pénale des personnes morales composant l'ETN et plus particulièrement de la société mère pour les faits de sa filiale, commande en premier lieu d'analyser l'existence même d'un régime de responsabilité pénale pour les personnes morales, puis de s'interroger sur l'imputation des faits d'une des entreprises de l'ETN à la société mère.

1. Des sources de responsabilité pénale protéiformes

Les ETN peuvent se voir opposer des législations de nature (*hard law/soft law*) et d'origine (internationale, européenne, nationale et sociétale) différentes. La superposition de ces législations est particulièrement importante pour les ETN, qui devront respecter à la fois leurs propres engagements (responsabilité sociétale des entreprises), mais également les engagements internationaux et les législations nationales de l'Etat du siège de la société mère et de chacune de ses filiales. Pour autant, tous ses engagements n'ont pas la même valeur juridique.

1.1 La *soft law*, source de responsabilité pénale ?

Un grand nombre des développements sur la responsabilité des ETN est consacré à la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Pour la Commission européenne, la RSE est un «concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales,

1- Crim. 4 févr. 1985, Bull. crim. n° 54.

2- C. env., art. L. 512-17.

3- V. Pironon, Groupes multinationaux-Filiales et succursales, J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 165-70.

et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire». ¹ Il s'agit pour les entreprises d'aller volontairement au-delà de leurs obligations juridiques et de respecter des normes par nature non contraignantes.

Les motivations des entreprises dans le cadre de la RSE ne sont pas seulement éthiques. Comme l'a expliqué la Commission européenne, «se préoccuper de la responsabilité sociale des entreprises est dans l'intérêt des entreprises elles-mêmes» ; «[u]ne telle démarche peut leur être profitable sur le plan de la gestion des risques, de la réduction des coûts, de l'accès au capital, des relations avec la clientèle, de la gestion des ressources humaines et de la capacité d'innovation». ²

Ainsi, selon les propos de Ban Ki-Moon lors du sommet de Davos de 2010, «au début, cet engagement [le Pacte mondial] avait comme force motrice la moralité à laquelle s'est ajouté désormais la conviction que principes et profits sont les deux côtés d'une même pièce». C'est cette conviction qui explique l'engouement des ETN à développer l'autorégulation (charte éthique, code de conduite, etc.) et des États à multiplier les instruments de soft law approfondissant la responsabilité des entreprises. Par leur objet même, ces textes ne sont pas en principe contraignants.

Il est pourtant nécessaire d'analyser précisément ces normes, car elles peuvent pousser les États à adopter des régimes

de responsabilité plus répressifs à l'égard des ETN et ainsi mettre en cause indirectement la responsabilité pénale d'une ETN.

Parmi ces normes non contraignantes, le Pacte mondial des Nations Unies est, selon le secrétaire général des Nations Unies Ban Ki-Moon, «l'initiative la plus importante et la plus ambitieuse du genre». En effet, en 2015, le pacte regroupe plus de 12.000 entreprises de 145 pays différents, et à l'horizon 2020, les estimations envisagent près de 20.000 adhérents. Le but de ce pacte est de réunir les entreprises, les Nations Unies, les dirigeants syndicaux et la société civile autour de dix principes dans les domaines des droits de l'homme, du droit du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Les entreprises s'engagent à intégrer le Pacte mondial et ses principes à leur stratégie et à leurs activités. Elles s'engagent également à transmettre annuellement une communication qui doit notamment comprendre une description détaillée des actions mises en place sur les différents principes et les résultats chiffrés, obtenus ou attendus. Le Pacte prévoit qu'en cas de défaut de communication, une entreprise pourra être «délistée» : l'absence de force contraignante n'empêche pas que les violations du Pacte aient des conséquences. Ainsi, depuis le lancement du Pacte en 2000, 1 300 entreprises ont été radiées. Or une telle radiation peut avoir un impact

considérable sur la réputation de l'entreprise.

Au niveau européen, la Commission européenne a pour sa part vivement encouragé les États à

Le but de ce pacte est de réunir les entreprises, les Nations Unies, les dirigeants syndicaux et la société civile autour de dix principes dans les domaines des droits de l'homme, du droit du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption.

1- Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM (2001) 366.

2- Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, 25 oct. 2011, COM (2011) 681 final.

transposer dans leur droit interne les principes des Nations unies, et a explicitement demandé «que des règles de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et de chaîne d'approvisionnement soient établies au niveau de l'Union, [...] notamment, dans des secteurs susceptibles d'avoir une forte incidence, positive ou négative, sur les droits de l'homme».¹

Dans la même perspective, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a renforcé en 2011 ses principes directeurs à l'intention des multinationales.² Il s'agit d'un ensemble de recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales afin de favoriser une conduite raisonnable dans les domaines des droits de l'homme, de l'environnement, ou de la lutte contre la corruption.

Enfin, les travaux de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) montrent que la dynamique de la responsabilité sociétale est bien réelle. La norme ISO 26000 analyse ainsi la RSE par le prisme de la performance. D'après l'ISO, «[l]es performances d'une organisation vis-à-vis de la société dans laquelle elle opère et vis-à-vis de son impact sur l'environnement sont devenues une composante critique de la mesure de ses performances globales et de sa capacité à continuer de manière efficace». ISO 26000 a pour but d'encourager les entreprises à aller au-delà de la loi en mettant en place des lignes directrices et ainsi améliorer la compréhension commune par les entreprises de

la RSE. Tout comme le Pacte mondial, ISO 26000 contient des lignes directrices et non des exigences. Elle ne se prête donc pas à la certification, contrairement à d'autres normes très connues de l'ISO.

A l'origine du succès de la RSE, il y a notamment la sensibilité des consommateurs à des comportements plus éthiques de la part des entreprises. Le respect par les entreprises de normes environnementales et sociales devient un élément central dans le choix du consommateur. Il est donc nécessaire que les allégations de respect des normes de soft law soient sincères et fiables, sans quoi les consommateurs seraient victimes de pratiques commerciales trompeuses et les autres entreprises de concurrence déloyale.

A cet égard, en France, le Conseil national de la consommation a rendu en 2010 un premier avis relatif à la clarification d'allégations environnementales, dans lequel il dresse un tableau des conditions d'emploi de certaines allégations environnementales, tels que les termes «développement durable», «bio», «biodégradable».³ Un second avis a été rendu en 2012 sur d'autres allégations environnementales, telles que les formules globalisantes «vert», «écologique» ou «respectueux de l'environnement».⁴

Cette même préoccupation a conduit l'organisation de consommateurs allemande Verbraucherzentrale Hamburg, à déposer

1- Avis de la commission des affaires étrangères rendu le 5 décembre 2012, cité dans *Le devoir de vigilance des sociétés mères : du droit souple au droit dur*, Dalloz étudiants, 2 mars 2015.

2- Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 25 mai 2011. URL : <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/48004355.pdf>.

3- Premier avis du Conseil national de la consommation relatif à la clarification d'allégations environnementales, 20 octobre 2011. URL : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cnc/avis/2010/060710_1eravis_allégations_environnementales.pdf.

4- Second avis du Conseil national de la consommation relatif à la clarification d'allégations environnementales, 31 août 2012. URL: http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cnc/avis/2010/151210avis_allégations_environnementales.pdf.

plainte pour publicité mensongère contre la société Lidl. L'entreprise allemande avait en effet publié des brochures faisant état de son appartenance au Business Social Compliance Initiative (BSCI), alors qu'il est apparu que certains de ses fournisseurs au Bangladesh imposaient des conditions de travail inhumaines à ses salariés. La société Lidl a finalement accepté de retirer ses documents promotionnels.

En France, une telle action pourrait être menée sur le plan pénal. En effet, des allégations mensongères et l'utilisation trompeuse de normes de soft law à des fins publicitaires est de nature à entraîner la responsabilité pénale des entreprises sur le fondement des articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation, relatifs au délit de pratique commerciale trompeuse. Les normes de soft law acquièrent ainsi une force contraignante nouvelle : si l'entreprise veut bénéficier de l'avantage commercial de la RSE, elle doit en «payer le prix» social et environnemental.

Parallèlement aux textes de RSE, les ETN adoptent de plus en plus de codes de conduite ou de chartes éthiques, pratiques d'autorégulations non contraignantes en principe. La même question se pose quant à la naissance d'une responsabilité pénale ayant pour sources ces instruments volontaires.

Ainsi, dans l'affaire dite Erika, la cour d'appel de Paris a adopté une solution qu'on peut

qualifier de progressiste.¹ Il n'existait pas au moment des faits d'obligations de «droit dur» pour la société Total de procéder directement à un contrôle technique des navires. Pourtant, la cour d'appel a caractérisé une faute pénale, en se fondant d'un engagement volontaire de Total. La charte éthique prévoyait en effet que la société s'engageait à des inspections régulières de ses navires. Or, pour la cour d'appel, Total n'avait pas respecté cet engagement qui aurait permis, s'il avait été respecté, d'éviter l'incident et donc la pollution.

Pour certains auteurs,² la transformation de la charte éthique en source de responsabilité pénale s'explique par l'adage *Tu patere legem quam ipse fecisti*, soit «subis les conséquences de ta propre loi». Il y a là encore les prémises d'un élargissement de la responsabilité pénale des ETN par le jeu de leurs engagements volontaires auxquels il faut ajouter l'extension des normes pénales contraignantes s'appliquant aux ETN.

1.2 La multiplication des normes pénales contraignantes

En France, depuis 1994, les personnes morales sont pénalement responsables pour les infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants.³ Avant la loi Perben II⁴ qui a introduit le régime de

Ainsi, dans l'affaire dite Erika, la cour d'appel de Paris [...] a caractérisé une faute pénale, en se fondant d'un engagement volontaire de Total.

1- Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278, D. 2010. 967, obs. S. Lavric ; ibid. 1008, entretien L. Neyret ; ibid. 1804, chron. V. Rebeyrol ; ibid. 2238, chron. L. Neyret ; ibid. 2468, obs. F. G. Trébulle ; Rev. sociétés 2010. 524, note J.-H. Robert ; RSC 2010. 873, obs. J.-H. Robert ; RTD com. 2010. 622, obs. P. Delebecque ; ibid. 623, obs. P. Delebecque.

2- L. Neyret, De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire Erika, Environnement, n° 11, nov. 2010, étude 29.

3- C. pén., art. 121-2.

4- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

responsabilité pénale générale, la poursuite d'une personne morale n'était possible que pour des infractions limitativement énumérées par le code pénal. Dorénavant, la responsabilité pénale des personnes morales est étendue à l'ensemble des crimes, délits et contraventions prévus par la loi, renforçant ainsi la répression.

Le droit international en revanche, ne connaît pas un tel principe de responsabilité pénale générale des personnes morales. Malgré une réflexion sur la possible compétence de la Cour pénale internationale (CPI) à l'égard des personnes morales, le Statut de Rome ne prévoit que la seule responsabilité pénale des personnes physiques.¹

Cependant, de nombreux engagements internationaux édictent des normes qui intéressent tout particulièrement les ETN, notamment en matière de corruption, et qui prévoient l'obligation pour les Etats de mettre en place un régime de responsabilité des personnes morales, fût-il pénal, civil ou administratif, en cas de non-respect de ces normes.

Dans la mesure où la France a adopté un régime de responsabilité pénale générale des

personnes morales, ces instruments internationaux qui édictent des normes intéressant les ETN vont étendre indirectement la responsabilité pénale des ETN françaises à de nouvelles infractions.

C'est principalement dans le domaine du droit pénal économique que s'est développé un cadre juridique contraignant pour les ETN et plus particulièrement en matière de lutte contre la corruption, qualifiée «d'observatoire des processus d'internationalisation du droit pénal».²

À l'origine de ce mouvement, on trouve une initiative américaine avec le «Foreign Corrupt Practices Act» (FCPA) du 19 décembre 1977, première législation nationale à incriminer la corruption au niveau international.³ Il convient de garder en mémoire que la dynamique américaine avait à l'origine pour objet de mettre un terme à la pratique anticoncurrentielle que constitue la corruption.

Le mouvement a ensuite pris un élan décisif vers la fin des années 1990 avec l'adoption de cinq conventions en matière de corruption, par l'Union européenne,⁴ le Conseil de l'Europe,⁵ l'OCDE,⁶ l'Organisation des Etats américain.⁷ En 2003, les Nations Unies

C'est principalement dans le domaine du droit pénal économique que s'est développé un cadre juridique contraignant pour les ETN et plus particulièrement en matière de lutte contre la corruption,

1- Art. 25-1 du Statut de Rome « La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut ». Cela n'exclut pas en revanche la mise en cause des dirigeants d'entreprises devant la Cour ou tout autre tribunal pénal international, principe admis dès Nuremberg (par ex., US Military Tribunal Nuremberg, *The United States of America vs. Alfred Krupp*, et al, 31 juill. 1948, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX).

2- J. Tricot, *La corruption internationale*, RSC 2005. 753.

3- A. Nieto Martín, « Américanisation ou européanisation du droit pénal économique? », RSC 2006. 767.

4- Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne.

5- Convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 et son protocole additionnel du 15 mai 2003.

6- Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE du 17 décembre 1997.

7- Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996.

a également adoptée une convention contre la corruption,¹ et l'Union européenne a adopté une décision-cadre visant plus spécifiquement la corruption privée.²

Si tous ces textes prévoient la responsabilité des personnes morales pour des faits de corruption, aucun n'impose a priori une responsabilité de nature pénale pour les personnes morales. Ce sont les législations nationales qui en décident.

La France a pour sa part introduit ces engagements internationaux en droit interne en adoptant deux lois en 2005³ et en 2007.⁴ Aujourd'hui, le code pénal distingue trois formes de corruption: la corruption dans le secteur public,⁵ la corruption dans le secteur Privé⁶ et la corruption internationale,⁷ c'est-à-dire la corruption active et passive auprès des agents publics étrangers. L'incrimination de corruption internationale intéresse donc tout particulièrement les entreprises ayant des activités transnationales.

En application de l'article 435-15 du code pénal, une entreprise française se rendant

coupable d'actes de corruption active auprès d'agents publics étrangers encourt jusqu'à 750.000 € d'amende. Elle pourra sans difficulté être attrait devant les juridictions françaises pour des faits de corruption à l'étranger par le jeu des articles 113-2⁸ et 113-6⁹ du code pénal.

En outre, les sociétés mères doivent intégrer dans leur stratégie les autres législations étrangères en matière de corruption qui peuvent également avoir des effets extraterritori-

aux. C'est le cas notamment du « FTPA » qui vise les sociétés étrangères ayant leur principale activité aux Etats-Unis, mais également du «UK Bribery Act» du 8 avril 2010, considéré comme le texte le plus répressif dans le domaine, dans la mesure où il s'applique à toute entreprise ayant une activité en Grande-Bretagne.

A titre d'exemple, la société française ALSTOM a été condamnée en décembre 2014 par la justice américaine à verser une amende d'un montant de 772,29 millions de dollars, pour corruption de responsables gouvernementaux, dans des pays tels que l'Indonésie ou l'Arabie saoudite sur le fondement du «Foreign

L'incrimination de corruption internationale intéresse donc tout particulièrement les entreprises ayant des activités transnationales.

1- Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (convention de Mérida).

2- Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, du 22 juillet 2003, relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

3- Loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice.

4- Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

5- C. pén., art. 432-11 et 433-1.

6- C. pén., art. 445-1 à 445-4.

7- C. pén., art. 435-1 à 435-4.

8- Aux termes de l'article 113-2 du code pénal, «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»

9- Aux termes de l'article 113-6, «La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République».

Corrupt Practices Act», suite à une procédure de plaidé-coupable.

Par conséquent, il est important pour toute ETN de s'assurer qu'elle a pris les mesures nécessaires pour ne pas violer une loi étrangère plus répressive que la loi applicable dans la juridiction de la société mère. Il est en outre conseillé aux ETN qui ont des relations commerciales avec la Grande-Bretagne de prendre toutes les précautions imposées non seulement par la loi nationale mais aussi par la loi britannique (par exemple la désignation d'un interlocuteur chargé de la lutte anticorruption au sein de l'entreprise).¹

Une approche similaire a été adoptée dans la lutte contre le blanchiment. Le blanchiment a d'abord été appréhendé par des sources internationales.² Une des impulsions majeures à la lutte contre le blanchi-

ment a ensuite été celle du Groupe d'Action Financière (GAFI) qui a élaboré dès 1990 quarante recommandations. Ces recommandations, révisées en 1996, en 2003 puis en 2004, n'ont pas une force contraignante et, si elles recherchent en priorité la responsabilité pé-

nale, admettent une simple responsabilité civile ou administrative des personnes morales pour atteindre leurs objectifs.³ En tant que membre du GAFI, l'Union européenne a ensuite mis en place un dispositif légal pour atteindre l'objectif des recommandations et plusieurs directives ont ainsi été adoptées.⁴

Aucun de ces instruments n'impose la répression pénale des actes de blanchiment par les personnes morales. La France a pour sa part fait le choix, dans son incrimination du blanchiment, de viser expressément l'hypothèse dans laquelle il est commis par des personnes morales.⁵

la société française ALSTOM a été condamnée en décembre 2014 par la justice américaine à verser une amende d'un montant de 772,29 millions de dollars, pour corruption de responsables gouvernementaux, dans des pays tels que l'Indonésie ou l'Arabie saoudite sur le fondement du «Foreign Corrupt Practices Act»,

Par ailleurs, nous avons conclu dans un précédent article que la notion de développement durable n'était pas cantonnée à la seule bonne volonté des entreprises mais au

contraire que «la prise en compte des principes de développement durable s'impose à tous sous peine, dans certaines situations qui tendront très certainement à se généraliser, de sanctions pénales».⁶

1- E. Daoud et M. Doublet, Lutte contre la corruption : le Royaume-Uni plus rigoureux que la France, Le Cercle Les Echos, 18 mars 2010. Les entreprises françaises devront réussir à respecter des exigences parfois contradictoires : illustration avec le whistleblowing, Soc. 8 déc. 2009, n° 08-17.191, Bull. civ. V, n° 276 ; Soc. 8 déc. 2009, n° 08-17.191, D. 2010. 548, obs. L. Perrin, note I. Desbarats ; ibid. 672, obs. O. Leclerc, E. Peskine, J. Porta, L. Camaji, A. Fabre, I. Odoul Asorey, T. Pasquier et G. Borenfreund ; Rev. sociétés 2010. 483, étude F. Barrière ; RDT 2010. 171, obs. R. de Quenaudon.

2- Convention de Vienne des Nations Unies du 20 déc. 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ; Convention de Palerme des Nations Unies du 15 nov. 2000 contre la criminalité transnationale organisée (art. 10) ; Les quarante recommandations du GAFI d'oct. 2003 (recommandation 2 b) ; Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 oct. 2003.

3- Recommandation n° 2 b) « La responsabilité pénale, et si ce n'est pas possible, la responsabilité civile ou administrative devrait s'appliquer aux personnes morales ».

4- Dir. Cons. n° 91/308 CEE du 10 juin 1991, Dir. Cons. n° 2001/97 CE du 4 déc. 2001, Dir. Cons. n° 2005/60 CE du 26 oct. 2005.

5- C. pén., art. 324-1 et suivants.

6- J. Mongin et E. Daoud, Le droit pénal demeure-t-il étranger à la notion de « développement durable » ? Rien n'est moins sûr !, AJ pénal 2009. 402.

La directive européenne relative à la protection de l'environnement par le droit pénal du 19 novembre 2008 est un exemple topique de la pénalisation du droit de l'environnement. Il est vrai que les articles 6 et 7 de la directive n'imposent pas la responsabilité pénale des personnes morales. Cependant, l'exigence par le texte européen de «sanctions effectives, proportionnées et dissuasives» à l'encontre des personnes morales peut à terme inciter les Etats à introduire dans leurs législations nationales la responsabilité pénale des sociétés pour des infractions environnementales.

La France, disposant d'un arsenal juridique assez développé en droit de l'environnement, n'a pas eu besoin de prendre de mesures de transposition de la directive. Le législateur français n'a néanmoins pas hésité dans d'autres circonstances à introduire de nouvelles infractions pénales pour assurer le respect du droit de l'Union européenne en matière de développement durable. A titre d'exemple, le règlement «Reach»¹ a conduit la France à introduire l'article L. 521-21 du code de l'environnement qui permet d'engager la responsabilité des personnes morales pour une liste d'actes ou d'omissions concernant les substances chimiques. Par application de ce texte, une entreprise qui aurait, par exemple, omis de fournir au destinataire d'une substance une fiche de données de sécurité pourrait être condamnée à une amende pénale de 100 000 €.

En outre, certaines infractions prévues par le code pénal français, sans être propres au droit de

l'environnement, peuvent servir de fondement à des poursuites à l'encontre de personnes morales. C'est le cas du délit de mise en danger de la vie d'autrui,² mais également de l'ensemble des atteintes à l'intégrité de la personne pouvant être occasionnées par les dommages environnementaux, telles que les infractions d'homicides³ et de blessures involontaires.⁴

Ainsi, dans l'arrêt AZF,⁵ la cour d'appel de Toulouse a infirmé la décision du tribunal correctionnel⁶ et reconnu la responsabilité pénale de la société exploitante et de son dirigeant pour les infractions d'homicides et blessures involontaires, en se fondant notamment sur les anomalies relevées dans la gestion des déchets industriels spéciaux au sein de l'entreprise et leur lien de causalité avec la survenance de l'explosion du bâtiment concerné. Le droit du développement durable et de l'environnement, sous l'impulsion internationale, devient ainsi une source exponentielle de responsabilité pénale des ETN françaises.

Les ETN sont donc soumises à une responsabilité pénale de plus en plus étendue. Toutefois, pour que la société mère d'une ETN soit pénalement responsable, il ne suffit pas qu'elle ait violé une règle nationale ou internationale

Le droit du développement durable et de l'environnement, sous l'impulsion internationale, devient ainsi une source exponentielle de responsabilité pénale des ETN françaises.

1- Règlement européen 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (Reach) du 18 sept. 2006.

2- C. pén. art. 223-1.

3- C. pén. art. 221-6.

4- C. pén. art. 222-19 et 222-20.

5- CA Toulouse, 24 sept. 2012, n° 2012/642.

6- T. corr. Toulouse, 19 nov. 2009, MP c/ SA Grande Paroisse et a.

de nature pénale, encore faut-il que ce fait puisse lui être imputé.

2. L'imputabilité de la responsabilité pénale à la société mère

L'absence de personnalité juridique en tant que tel du groupe de sociétés ne permet pas de rechercher en France sa responsabilité pénale directe. Cependant les plaignants peuvent mettre en jeu la responsabilité de la société mère et/ou de la filiale. Une société mère française peut-elle alors être tenue pour pénalement responsable des faits commis à l'étranger par sa filiale implantée dans un pays tiers ?

Deux hypothèses sont envisageables. La première consisterait à étendre au droit pénal un raisonnement développé en droit de la concurrence, domaine par nature quasi pénal : le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère lorsque la filiale n'a aucune autonomie et ne fait qu'appliquer les instructions de la société mère. La deuxième est celle d'une responsabilité solidaire entre filiale et société mère, la première en tant qu'auteur matériel et la seconde en tant que complice active.

2.1 La responsabilité de la société mère pour des faits commis par sa filiale

Aux termes de l'article 121-1 du code pénal français, «Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait». Il s'agit du principe de responsabilité personnelle qui s'oppose à la condamnation d'une personne physique ou morale qui n'aurait pas participé à la commission de l'infraction. Dans d'autres domaines, l'autonomie patrimoniale des personnes morales

composant un groupe de sociétés a pourtant connu des limitations importantes.

A titre d'exemple, l'avant-projet Catala de réforme du droit français des contrats envisageait que reconnaisse la responsabilité de «celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation directe avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires».

Une telle solution trouve déjà une application en droit de la concurrence. La Cour de justice de l'Union européenne, a admis que «le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère».¹ La réalité économique l'emporte ici sur le droit : société mère et filiale forment une unité économique, les faits commis par la filiale peuvent, par conséquent, être imputés à la société mère avec laquelle elle ne fait qu'un. C'est la position qu'a suivie l'Autorité de la concurrence française. Elle a ainsi jugé, un peu plus tôt cette année, que «même lorsqu'elle fait application des seules dispositions de droit interne, [elle] est fondée, dans un cas comme celui de l'espèce, où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un

1- CJCE 10 sept. 2009, aff. n° C-97/08, Akzo Nobel NV c/Commission, § 58 (RSC 2010. 244, obs. L. Idot ; RTD com. 2010. 144, obs. C. Champaud et D. Danet ; RTD eur. 2010. 647, chron. J.-B. Blaise et L. Idot) reprenant une jurisprudence constante notamment Europemballage et Continental Can Commission, 21 févr. 1973, n° 6 72, Rec. p. 215, p. 15 ; GACJCE, t. 2, 4 e éd., 1997, n° 28.

comportement infractionnel, à présumer l'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, et à la tenir solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale». Cette présomption, poursuit l'Autorité, peut être combattue si la société mère peut démontrer que la filiale se comporte de façon autonome sur le marché.¹

Suivant le même raisonnement, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a, dans un arrêt du 3 février 2015 rendu en matière de responsabilité contractuelle, condamné une société mère à répondre de la dette de sa filiale, l'immixtion de la société mère ayant été de nature à créer une apparence propre à faire croire à la société créancière qu'elle se substituait à sa filiale.²

Un tel raisonnement peut-il être transposé en droit pénal ? Ce souhait a clairement été épris lors du Grenelle de l'environnement de 2007.

Depuis, en France, le code de l'environnement contient à l'article L. 512-17 une disposition permettant de mettre à la charge de la société mère le passif environnemental de la filiale en liquidation judiciaire. Cependant, la mise en œuvre de la responsabilité de la société mère passe par une faute de celle-ci qui aurait contribué à une insuffisance d'actif de la filiale.

Le raisonnement adopté par la cour d'appel de Toulouse dans l'arrêt Erika se rapproche au plus près du raisonnement admis en droit de la concurrence. La juridiction

d'appel a écarté la responsabilité pénale de la filiale au profit de celle de la société mère après avoir constaté, selon elle, que dans les faits, c'était la société mère qui exerçait un pouvoir de contrôle sur la marche de l'Erika, et non la filiale établie au Panama, pourtant seule partie contractante au contrat avec la société de location du navire. Pour fonder sa décision, la cour d'appel constate que la filiale «n'avait aucun effectif, pas de locaux au Panama où elle était immatriculée [...], pas d'autonomie ni juridique ni financière». L'approche est donc similaire à celle suivie en droit de la concurrence. La cour d'appel relève plusieurs éléments concrets à ce titre comme le devoir du capitaine d'informer Total sur les opérations de chargement et de déchargement de la cargaison, l'obligation du capitaine de contacter Total en cas d'incident ou d'accident par le biais d'une ligne directe ou encore l'interdiction faite au capitaine d'accepter d'ordre d'autre personne sans l'accord de Total.

À la lumière de cet arrêt, la responsabilité pénale de la société mère pour sa filiale étrangère n'est plus une fiction en France. Parallèlement, la société mère peut également être tenue pénalement responsable pour

des faits qu'elle aurait commis solidairement avec sa filiale étrangère.

2.2 La responsabilité de la société mère en tant que complice de la filiale

Rien ne fait obstacle en droit français à la reconnaissance de la responsabilité pénale de la société mère pour avoir été complice des actes

À la lumière de cet arrêt, la responsabilité pénale de la société mère pour sa filiale étrangère n'est plus une fiction en France.

1- Aut. conc., décis. n° 11-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques, 26 janv. 2011.

2- Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 Février 2015, N° 13-24.895, 101.

illicites de sa filiale étrangère. Cette hypothèse est même expressément envisagée à l'article 113-5 du code pénal.¹ Aux termes de cet article, la loi pénale française est applicable à celui qui s'est rendu sur le territoire de la République coupable comme complice d'un crime ou délit commis à l'étranger si le crime ou délit est puni à la fois par la loi française et la loi étrangère, et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère.

On rappellera à ce titre que c'est sur le fondement de cet article qu'une plainte avec constitution de partie civile avait été déposée en France par des villageois camerounais à l'encontre des dirigeants de la société SFID, société de droit camerounais et de sa société mère, la société française Rougier.

La chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris avait toutefois confirmé l'ordonnance d'irrecevabilité de la plainte, considérant que les plaignants n'avaient pas apporté la preuve du crime ou délit dont la société mère française s'était prétendument rendue complice. La juridiction s'était ainsi écartée de l'argument des plaignants selon lequel, en raison de la corruption, la filiale camerounaise bénéficiait d'une impunité de fait. Si ce rejet a pu être critiqué comme entérinant l'impunité dont peuvent bénéficier les multinationales dans certains États,² il conduit surtout à constater que, pour le moment, à notre connaissance, aucune action sur ce fondement n'a prospéré, faute de preuve rapportée par les plaignants.

Conclusion

La responsabilité pénale des sociétés membres d'une ETN est aujourd'hui loin d'être une fiction. Que ce soit par le «durcissement» de la soft law ou la multiplication des textes contraignants au niveau européen et national, la société mère doit faire face à un risque pénal grandissant. Est-ce une évolution si surprenante ? Le contexte économique justifie certainement de telles avancées du droit pénal.

Comme le relève l'OIT dans sa Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, la mondialisation fait naître des risques et des avantages, et les ETN y jouent un rôle de premier plan. Face

à la pression des marchés, l'OIT considère que les ETN «peuvent renforcer leur propre sécurité en contribuant au bien-être social et politique des populations dans tous les pays où elles opèrent». La reconnaissance d'une responsabilité pénale ne doit pas être vue comme un fardeau mais plutôt comme la garante d'un cercle vertueux.

Comme le soulevait M. Paul Polman, président-directeur général de la société Unilever, lors du sommet de Davos de 2010, le consommateur se veut plus responsable et souhaite agir de manière citoyenne. Les entreprises doivent donc «coller» à ces attentes. Ainsi, l'ETN respectueuse des normes sera plus

1- Aux termes de l'article 113-5 du code pénal, « 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 ».

2- Communiqué de presse du 19 févr. 2004, Les Amis de la Terre.

compétitive vis-à-vis de consommateurs vigilants, et aura un avantage concurrentiel notamment en Europe.¹ En outre, une ETN transparente, luttant contre la corruption, rassure les investisseurs. La responsabilité pénale vient ainsi protéger les ETN qui ont fait le choix de respecter des normes sociétales et environnementales. Elle protège en outre contre la concurrence déloyale d'ETN délinquantes.

Réalité juridique, la responsabilité pénale doit être vue par les ETN comme un outil de protection de la concurrence et d'un marché loyal dans lequel, les entreprises citoyennes comme les « citoyens - salariés - consommateurs » ont tout à gagner.

1- En effet, la Commission européenne a fixé pour objectif que 50 % de l'ensemble des marchés publics passés dans l'Union européenne satisfasse à des critères environnementaux convenus et a publié récemment un guide des marchés publics socialement responsables; *Buying social : a guide to taking account of social considerations in public procurement*, Commission européenne, 2011 ; COM (2011) 681 final.