

La responsabilité pénale des entreprises transnationales : fiction ou réalité juridique ?



Emmanuel DAUD

Avocat du Cabinet Vigo



Céline GODEBERGE

Avocat du Cabinet Vigo

L'actualité récente invite à s'intéresser aux contours de la responsabilité pénale des entreprises transnationales (ETN). L'ouverture d'une enquête préliminaire, suite à la plainte déposée par l'Association SHERPA pour travail forcé, réduction en servitude et recel au Qatar contre la société VINCI Construction, illustre le risque réel pour les ETN de voir leur responsabilité engagée pour des actes commis par leurs filiales à l'étranger.

Pour le professeur Charles Leben, une entreprise multinationale ou une société transnationale est 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 par plusieurs sociétés mères¹.

Une ETN, en tant que groupe de sociétés, peut-elle être pénalement responsable ? Si l'ETN n'est assurément pas un sujet de droit pénal, 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 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 sanctionné²), soit pour sauvegarder les intérêts des tiers (par exemple, l'art. L. 512-17 C. envir. permet de mettre à la charge de la société mère le passif environnemental de la filiale en liquidation judiciaire³)⁴.

Peut-on rechercher la responsabilité pénale de la société mère pour les faits commis par sa filiale ? D'un point de vue pratique, 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 ne serait pas acceptable que la société mère puisse bénéficier des avantages de sa filiale, sans avoir à en répondre, tant sur le plan juridique que médiatique.

C'est dans cette perspective 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. Il est envisagé de créer, pour les sociétés comprenant,

filiales incluses, plus de cinq mille salariés lorsque leur siège social est en France, et plus de dix mille lorsqu'il se situe à l'étranger, une obligation d'identifier et de prévenir les risques d'atteinte 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 (1), puis de s'interroger sur l'imputation des faits d'une des entreprises de l'ETN à la société mère (2).

1. Des sources de responsabilité pénale protéiformes

La superposition de législations de nature et d'origine différentes est complexe pour les ETN, qui devront respecter à la fois leurs propres engagements (RSE) mais également les engagements internationaux et les législations nationales de l'État 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), un « concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales, et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes sur une base volontaire »⁵. Il s'agit pour elles d'aller volontairement au-delà de leurs obligations juridiques, pour des motivations éthiques, mais pas seulement.

En effet, se préoccuper de la RSE va dans l'intérêt des entreprises elles-mêmes et leur sera nécessairement profitable « sur le plan de la gestion des risques, de la

¹ C. Leben, *Entreprises multinationales et droit international économique*, RSC 2005, 777.

² Crim. 4 févr. 1985, Bull. crim. n° 54.

³ C. envir., art. L. 512-17.

⁴ V. Pironon, *Groupes multinationaux, Filiales et succursales*, J-Cl. Sociétés Traité, fasc. 165-70.

⁵ Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM (2001) 366.

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 »⁶.

Cela explique l'engouement des ETN à développer l'autorégulation (charte éthique, code de conduite) et des États à multiplier les instruments de *soft law* qui, par leur objet même, ne sont en principe pas contraignants.

Parmi ces normes non contraignantes, une initiative importante : le Pacte mondial des Nations unies, qui édicte dix principes dans les domaines des droits de l'homme, du droit du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption, et regroupe plus de 12 000 entreprises de 145 pays différents. En cas de non-respect de certaines obligations du Pacte, une entreprise peut être délistée. Depuis le lancement du Pacte en 2000, 1 300 entreprises l'ont ainsi été. L'absence de force contraignante n'empêche donc pas que les violations du Pacte aient des conséquences, notamment sur la réputation de l'entreprise.

Au niveau européen, la Commission européenne a pour sa part vivement encouragé les États à transposer dans leur droit interne les principes des Nations unies⁷. Dans la même perspective, l'OCDE a renforcé en 2011 ses principes directeurs à l'intention des multinationales⁸. Enfin, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) a créé la norme ISO 26000, qui 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.

À 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. Il est donc nécessaire que les allégations de respect des normes de *soft law* soient sincères et fiables. Des allégations mensongères et l'utilisation trompeuse de normes de *soft law* à des fins publicitaires sont 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, des pratiques d'autorégulation non contraignantes. En principe seulement car, dans l'affaire *Erika*, alors qu'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, la cour d'appel a caractérisé une faute pénale, en se fondant sur un engagement volontaire de Total. La charte éthique prévoyait en effet que la société s'engageait à des inspections régulières de ses navires. 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.

Il faut encore ajouter à ces prémices d'un élargissement de la responsabilité pénale des ETN par le jeu de leurs engagements volontaires l'extension des normes pénales contraignantes s'appliquant aux ETN.

1.2. La multiplication des normes pénales contraignantes

Le droit international ne connaît pas, à la différence du droit français, de principe de responsabilité pénale générale des personnes morales. 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 États 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.

La France a pour sa part introduit ces engagements internationaux dans le code pénal, qui distingue aujourd'hui trois formes de corruption : la corruption dans le secteur public⁹, celle dans le secteur privé¹⁰ et la corruption internationale¹¹, 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. La responsabilité d'une entreprise française pour des faits de corruption commis à l'étranger pourra sans difficulté être recherchée devant les juridictions françaises par le jeu des articles 113-2 et 113-6 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 extraterritoriaux. C'est le cas notamment du « FTPA », qui vise les sociétés étrangères ayant leur principale activité aux États-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.

À 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 Corrupt Practices Act* », suite à une procédure de plaider coupable.

En conséquence, 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 celle applicable dans la juridiction de la société mère. Il est, en outre, conseillé aux ETN ayant 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 anti-corruption au sein de l'entreprise)¹².

6 *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.*
7 *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 étudiant, 2 mars 2015.*
8 *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 25 mai 2011. URL : www.oecd.org/fr/daf/inw/mne/48004355.pdf*

9 *C. pén., art. 432-11 et 433-1.*
10 *C. pén., art. 445-1 à 445-4.*
11 *C. pén., art. 435-1 à 435-4.*
12 *E. Daoud et M. Doublet, Lutte contre la corruption : le Royaume-Uni plus rigoureux que la France, Le Cercle, Les Échos, 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.*

Une approche similaire a été adoptée dans la lutte contre le blanchiment, d'abord appréhendée par des sources internationales¹³, puis à travers quarante recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) et trois directives de l'Union européenne¹⁴. Si aucun de ces instruments n'impose la répression pénale des actes de blanchiment par les personnes morales, la France a pour sa part choisi, dans son incrimination du blanchiment, de viser expressément l'hypothèse dans laquelle il est commis par des personnes morales¹⁵.

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 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. Une société mère française peut-elle néanmoins 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.

2.1. La responsabilité civile de la société mère pour des faits commis par sa filiale est-elle transposable en droit pénal ?

L'article 121-1 du code pénal prévoit le principe de responsabilité personnelle s'opposant 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 connaît d'importantes limitations.

En matière de concurrence, la Cour de justice de l'Union européenne admet que le comportement d'une filiale puisse 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 »¹⁶. 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 également la position qu'a suivie l'Autorité de la concurrence¹⁷.

En matière d'environnement, 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 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.

Un tel raisonnement peut-il être transposé en droit pénal ? Dans l'arrêt *Erika*, le raisonnement de la cour d'appel de Toulouse 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 ».

À la lumière de cet arrêt, la responsabilité pénale de la société mère pour sa filiale étrangère n'est plus une fiction. 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 illicites de sa filiale étrangère. Cette hypothèse est même expressément envisagée à l'article 113-5 du code pénal¹⁸.

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, de droit camerounais, et de sa société mère, 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 du délit dont la société mère française s'était prétendument rendue complice. Si ce rejet a pu être critiqué comme entérinant l'impunité dont peuvent bénéficier les multinationales dans certains États¹⁹, 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ C. pén., art. 324-1s..

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Aux termes de l'art. 113-5 C. pén. : « 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 ».

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