

AJ Pénal

ACTUALITÉ JURIDIQUE PÉNAL

Dossier



LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MULTINATIONALES

- 29 La neutralité tu respecteras (mais ce sera difficile)
Sur la nouvelle « déclaration d'ouverture »
du président de la cour d'assises
Christian Guéry
- 32 Comprendre sans se méprendre
La motivation des arrêts d'assises
Dominique Schaffhauser
- 35 Vers une interprétation légitime
de l'article 121-2 alinéa 1^{er}
Bernard Bouloc

DALLOZ



LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MULTINATIONALES

Application dans l'espace de la loi pénale
et entreprises multinationales

par Cristina Mauro12

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

par Emmanuel Daoud
et Annaëlle André.....15

La responsabilité pénale
des transnationales — L'action de la FIDH
par Antoine Bernard et Elin Wrzoncki..20

De Forrest Gump à Scapin

La gestion du risque pénal par les
directions juridiques des multinationales
par Alain Gauvin.....23

Du tribunal pénal au tribunal de l'opinion,
apprendre à gérer la communication
de crise

par Nicolas Bouvier
et Anne-Elvire Kormann-Esmel26

La société civile est en demande croissante de prise en compte des impacts environnementaux et sociaux des activités des entreprises, ainsi, la question de la responsabilité pénale des multinationales ou entreprises transnationales (TNE) se pose de plus en plus régulièrement.

Plusieurs axes sont abordés dans ce dossier après la présentation des règles d'application de la loi pénale dans l'espace. Est-il réellement possible de poursuivre les multinationales pénalement? Selon quelles modalités? Les multinationales ayant leur siège en France sont-elles exposées? L'absence de textes internationaux contraignants ne facilite pas les actions des individus et les ONG ont alors un rôle à jouer. Quoi qu'il en soit la montée en puissance de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) incite les directeurs juridiques de ces entreprises à travailler sur la prévention de ce risque et les agences de communication à aiguïser leur stratégie.

vités, même partielles, au Royaume-Uni dès lors qu'elle n'a pas mis en œuvre les mesures nécessaires pour que ces actes ne soient pas commis par l'un de ses représentants, personnes physiques ou morales. En admettant que la responsabilité pénale des per-

sonnes morales puisse être un instrument efficace à propos des multinationales, il serait opportun que le législateur français s'inspire des solutions anglaises pour introduire une conception renouvelée de la responsabilité pénale personnelle des personnes morales et des critères de compétence spécifiques aux personnes morales.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES FRANÇAISES : FICTION OU RÉALITÉ JURIDIQUE ?

par Emmanuel Daoud

Avocat associé, VIGO cabinet d'avocats

avec la collaboration d'Annaëlle André

Juriste stagiaire

L'actualité récente invite à s'intéresser aux contours de la responsabilité pénale des entreprises transnationales (ETN). La réouverture de la procédure contre Rio Tinto pour des faits de génocide et crimes de guerre en Papouasie Nouvelle-Guinée illustre le risque réel pour les ETN de voir leur responsabilité engagée pour des actes commis par leurs filiales à l'étranger¹. Très récemment, 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 opposants².

Malgré l'existence de 82 000 sociétés transnationales à la fin de l'année 2008³, aucun instrument juridique n'a défini avec précision les concepts de groupe/société/entreprise(s) transnationale(s)/multinationale(s). La plupart des auteurs utilisent indifféremment ces notions. Ainsi, selon le professeur Leben, « [o]n appelle entreprise multinationale (EMN) ou société transnationale [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 la notion d'« entreprise multinationale » [« déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales de l'Organisation internationale du travail »] alors que la Commission des droits de l'homme emploie celle de « sociétés transnationales » [« normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme »]. Nous utiliserons la dénomination « entreprise transnationale » pour les développements à suivre.

L'incertitude qui entoure la définition de la responsabilité pénale des ETN découle de la complexité du cadre juridique en la matière : entre normes internationales, communautaires, nationales et internes d'une part, *hard law* et *soft law* d'autre part, le juriste doit s'interroger sur les obligations qui pourraient être opposées à une ETN française.

Une ETN, en tant que groupe de sociétés, peut-elle être pénalement responsable ? La réponse est claire : l'ETN n'est pas un sujet de droit pénal (interne ou international). Il faut cependant nuancer cette affirmation. 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 (ainsi l'abus de biens sociaux commis au détriment d'une filiale mais dans l'intérêt du groupe peut ne pas être sanctionné⁵), soit pour sauvegarder les intérêts des tiers (par exemple, 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 judiciaire⁶)⁷. En partant de ce constat, est-il envisageable de viser la responsabilité pénale de la société mère ? 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. Ainsi lors du discours de clôture du Grenelle de l'environnement le 25 octobre 2007, le président de la République a déclaré : « Il n'est pas admissible qu'une société mère ne

(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) Crim. 4 févr. 1985, *Bull. crim.* n° 54.

(6) C. envir., art. L. 512-17.

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

soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe d'une responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée ». Aussi, dans les cas de responsabilité pénale pour violation des droits de l'homme ou du droit humanitaire, les victimes voudront certainement voir sanctionner la société mère dans le souci d'optimiser l'impact médiatique des poursuites pénales engagées.

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.

■ Des sources de responsabilité pénale protéiformes

Les ETN françaises peuvent se voir opposer des législations de nature (*hard law/soft law*) et d'origine (interne, internationale, communautaire et nationale) différentes. La superposition de ces législations est particulièrement forte pour les ETN. En effet, celles-ci devront respecter les propres engagements du groupe (responsabilité sociétale des entreprises), 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.

La *soft law*, source de responsabilité pénale ?

Un grand nombre des développements sur la responsabilité des ETN sont consacrés à la responsabilité sociale des entreprises (RSE). La RSE est définie par la Commission européenne comme un concept selon lequel les entreprises décident de leur propre initiative de contribuer à améliorer la société et rendre plus propre l'environnement⁸. Il s'agit pour les entreprises d'aller volontairement au-delà de leurs obligations juridiques.

Les motivations des entreprises dans ce cadre ne sont pas purement éthiques. Comme l'a développé récemment 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 »⁹. 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 pertinent d'analyser ces normes plus en profondeur car elles peuvent pousser les États à adopter des régimes de responsabilité plus répressifs à l'égard des ETN et indirectement entraîner par conséquent 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, « l'initiative la plus importante et la plus ambitieuse du genre ». Les estimations pour 2020 tablent sur un chiffre de 20 000 entreprises adhérentes. 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, 1 300 entreprises ont été radiées. Or une telle radiation peut avoir un impact considérable sur la réputation de l'entreprise.

La dynamique de la responsabilité sociétale est encore bien réelle, comme en témoigne l'aboutissement des travaux sur la norme ISO 26000. Cette norme analyse la RSE par le prisme de la performance. D'après l'Organisation internationale de normalisation, « [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 ne contient pas d'exigences et ne fait pas l'objet pour le moment d'une certification.

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. Le respect par les entreprises de normes environnementales et sociales devient un élément central dans le choix du consommateur éclairé par le travail critique des ONG et associations à cet égard. 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. Récemment, le Conseil national de la consommation a rendu un premier avis relatif à la clarification d'allégations environnementales le 5 août 2010 dans lequel il dresse un tableau des conditions d'emploi de certaines allégations environnementales. C'est cette même préoccupation qui a conduit à ce qu'en Allemagne, l'entreprise Lidl soit contrainte de retirer de ses brochures son appartenance au Business Social Compliance Initiative (BSCI), certains de ses fournisseurs au Bangladesh imposant des conditions de travail inhumaines à ses salariés. En France, une telle action pourrait être menée sur le plan pénal. En effet, l'utilisation trom-

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

(9) 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.

peuse à des fins publicitaires de normes de *soft law* peut très certainement entraîner la responsabilité pénale des entreprises sur le fondement des articles L. 121-1 et L. 121-6 du code de la consommation¹⁰. 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. La cour d'appel de Paris a, dans l'affaire *Erika*, adopté une solution progressiste¹¹. En effet, il n'existait pas au moment des faits d'obligations de « droit dur » pour Total SA de procéder directement à un contrôle technique des navires. Toutefois, la cour caractérise la faute pénale sur le fondement d'un engagement volontaire de Total. Ce dernier prévoyait que Total s'engageait à des inspections régulières de ses navires. Or, Total n'aurait pas respecté cet engagement qui aurait permis, s'il avait été respecté, d'éviter l'incident et donc la pollution. Pour certains auteurs¹², la transformation de la charte éthique en source de responsabilité pénale s'explique par l'adage *Tu patere legem quam ipse fecisti* (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.

La multiplication des normes pénales contraignantes

Les personnes morales sont pénalement responsables en France depuis 1994 pour les infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants¹³. La loi Perben II¹⁴ a mis en place un système de responsabilité générale, renforçant ainsi l'efficacité des poursuites : contrairement au régime de spécialité qui autorisait la poursuite d'une personne morale seulement pour des infractions limi-

tativement énumérées par le code pénal, le système français a dorénavant étendu la responsabilité pénale des personnes morales à l'ensemble des crimes, délits et contraventions visés par la loi. Le droit international en revanche, ne connaît pas un principe de responsabilité pénale générale des personnes morales. Ainsi, malgré une réflexion lors des négociations 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 physiques¹⁵.

Cependant, de nombreuses infractions pénales qui intéressent particulièrement les ETN trouvent leur origine dans des engagements internationaux. Ces textes n'engagent pas les États à mettre en place une répression pénale pour les personnes morales, mais seulement à prévoir un régime de responsabilité, fût-il pénal, civil ou administratif. Mais en France, où un principe général de responsabilité pénale a été adopté, ces instruments internationaux vont étendre 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 dans la lutte contre la corruption. Juliette Tricot a ainsi pu qualifier la lutte contre la corruption d'« observatoire des processus d'internationalisation du droit pénal »¹⁶. Ce mouvement a pris un élan décisif vers la fin des années 1990 avec l'adoption de quatre conventions en matière de corruption : la convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996, la 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, la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de l'OCDE du 17 décembre 1997 et la convention pénale contre la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 et son protocole additionnel du 15 mai 2003 auxquelles il faut ajouter la convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption (« convention de Mérida »). À l'origine de ce mouvement, on trouve une initiative américaine avec notamment le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) du 19 décembre 1977, première législation nationale à incriminer la corruption au niveau international¹⁷. À cet égard, il faut garder en mémoire que la dynamique américaine de lutte contre la corruption avait pour objet de mettre un terme à cette pratique anticoncurrentielle. C'est donc la protection du libre jeu du marché qui a motivé ce mouvement de responsabilisation pénale des sociétés ! Le cadre juridique imposé dans différents forums (OCDE, Conseil de l'Europe, Union européenne, etc.) a ensuite été articulé dans les systèmes juridiques nationaux.

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 vont en décider. La France a pris acte de ses engagements internationaux en adoptant les lois n° 2005-750 du 4 juillet 2005 et n° 2007-1598 du 13 novembre 2007. Le code pénal distingue trois formes de corruption : la corruption dans le secteur public¹⁸, la corruption dans le secteur privé¹⁹ et la corruption internationale²⁰. Cette dernière incrimine les faits de

L'utilisation trompeuse à des fins publicitaires de normes de *soft law* peut très certainement entraîner la responsabilité pénale des entreprises sur le fondement des articles L. 121-1 et L. 121-6 du code de la consommation. 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.

(10) L'article L. 121-1 prévoit l'infraction de pratique commerciale trompeuse et l'article L. 121-6 la responsabilité pénale des personnes morales pour cette infraction.

(11) Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.

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

(13) C. pén., art. 121-2.

(14) Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

(15) 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).

(16) J. Tricot, *La corruption internationale*, RSC 2005. 753.

(17) A. Nieto Martin, *Américanisation ou européanisation du droit pénal économique ?*, RSC 2006. 767.

(18) C. pén., art. 432-11 et 433-1.

(19) C. pén., art. 445-1 à 445-4.

(20) C. pén., art. 435-1 à 435-4.

corruption active et passive auprès des agents publics étrangers et intéresse donc 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 euros 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 113-2²¹ et 113-6²² du code pénal. Allant plus loin dans les mécanismes de lutte contre la corruption, l'article 706-1-3 du code de procédure pénale prévoit l'applicabilité aux faits de corruption internationale des mesures de surveillance et d'infiltration, d'écoutes téléphoniques en phase d'enquête, de sonorisation et fixation d'images de certains lieux et véhicules et la possibilité de mettre en place des mesures conservatoires²³.

En outre, les sociétés mères françaises doivent intégrer dans leur stratégie les autres législations étrangères en matière de corruption qui peuvent également avoir des effets extra-territoriaux. C'est le cas dernièrement du *UK Bribery Act* du 8 avril 2010, texte le plus répressif dans le domaine, qui s'applique aux entreprises françaises ayant des activités en Grande-Bretagne. Il est par conséquent important pour toute ETN française 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 conseillé aux ETN qui ont des relations commerciales avec la Grande-Bretagne de prendre toutes les précautions imposées non seulement par la loi française mais aussi par la loi britannique (par exemple la désignation d'un interlocuteur chargé de la lutte anticorruption au sein de l'entreprise)²⁴. Une approche similaire a été adoptée dans la lutte contre le blanchiment. Le blanchiment a d'abord été appréhendé par des sources internationales²⁵. Une des impulsions majeures à la lutte contre le blanchiment a été celle du groupe d'action financière (GAFI) qui a élaboré dès 1990 quarante recommandations. Ces recommandations, révisées en 1996 puis en 2003, n'ont pas une force contraignante et, si elles recherchent en priorité la responsabilité pénale, elles admettent une simple responsabilité civile ou administrative des personnes morales pour atteindre leurs objectifs²⁶. 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 adoptées²⁷. Aucune n'impose la répression pénale des actes de blanchiment par les personnes morales mais le code pénal français incrimine le blanchiment²⁸, notamment lorsqu'il est commis par des personnes morales, hypothèse expressément visée à l'article 324-9. Deux comportements sont réprimés : « le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect » d'une part, « le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit » d'autre part. L'ETN se rendant coupable de tels faits encourt une amende de 1 875 000 euros et d'autres sanctions pénales lourdes prévues à l'article 131-39 du code pénal. La France a donc fait le choix d'un système répressif particulièrement lourd pour intégrer ses engagements communautaires.

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 »²⁹. La directive 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 communautaire de « sanctions

effectives, proportionnées et dissuasives » à l'encontre des personnes morales peut à terme inciter les États 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. Mais le législateur français n'a pas hésité dans d'autres circonstances à introduire de nouvelles infractions pénales pour assurer le respect du droit communautaire du développement durable. À titre d'exemple, le règlement « Reach »³⁰ 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 euros. Le droit du développement durable et de l'environnement, sous l'impulsion internationale, est bien une source exponentielle de responsabilité pénale des ETN françaises.

Les ETN françaises sont ainsi soumises à une responsabilité pénale de plus en plus étendue. Mais 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.

■ 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

(21) « 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 ».

(22) « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République ».

(23) Sur le cadre juridique de la lutte contre la corruption, P.-P. BOUTRON-MARMION, Les risques liés à la corruption, RLDA 2011, n° 64.

(24) E. DAUD 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.

(25) 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.

(26) 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 ».

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

(28) C. pén., art. 324-1.

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

(30) 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.

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 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.

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

Traditionnellement, le principe de responsabilité personnelle s'oppose à la condamnation d'une personne physique ou morale qui n'aurait pas participé à la commission de l'infraction. Aux termes de l'article 121-1 du code pénal, « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Pourtant dans d'autres domaines, l'autonomie patrimoniale des personnes morales composant un groupe de sociétés a connu des limitations importantes. L'avant-projet Catala par exemple, envisageait qu'« est responsable 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 ».

Cette solution trouve déjà une application en droit de la concurrence. La Cour de justice des Communautés européennes, devenue 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 »³¹. 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 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 marché³².

Un tel raisonnement peut-il être transposé en droit pénal ? Ce souhait a clairement été exprimé lors du Grenelle de l'environnement de 2007. Depuis, 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 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 son jugement, la cour 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.

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 pénal³³. 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 le 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 ce fondement 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,

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 pénal.

(31) CJCE 10 sept. 2009, aff. n° C-97/08, *Akzo Nobel NV c/ Commission*, § 58 [...] 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.

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

(33) « 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 ».

société de droit camerounais et de sa société mère, la société française Rougier. Mais la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris confirma 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 écarte par là même 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 États³⁴, 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.

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 communautaire et national, la société mère doit faire face à un risque pénal grandissant. Est-ce une évolution si surprenante ? Le contexte économique justifie de telles avancées du droit pénal. Comme le relève l'Organisation internationale du travail dans son *Guide de la 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 d'Unilever lors du sommet de Davos de 2010, le consommateur se veut plus responsable et souhaite agir de manière citoyenne. Les entreprises doivent « coller » à ces attentes. Ainsi l'ETN respectueuse des normes sera plus compétitive vis-à-vis de consommateurs vigilants et aura un avantage concurrentiel (par exemple en Europe³⁵). En outre, une ETN transparente, luttant contre la corruption rassure les investisseurs. La responsabilité pénale vient protéger les ETN qui ont fait le choix de respecter des normes sociétales et environnementales. Elle garantit 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.

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

(35) En effet, la Commission 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.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES TRANSNATIONALES L'ACTION DE LA FIDH

par Antoine Bernard

Directeur général de la FIDH

Elin Wrzoncki

Responsable du bureau mondialisation et droits de l'homme de la FIDH

Parmi les entreprises transnationales (ci-après ETN) les plus réputées, la plupart ont été à un moment ou à un autre dénoncées publiquement pour leur implication directe ou indirecte dans des violations des droits humains – voire des crimes internationaux –, des atteintes à l'environnement ou pour s'être rendues coupables d'actes de corruption. Celles qui sont appelées à répondre de leurs actes devant des juridictions nationales sont de plus en plus nombreuses¹. Coca-Cola, Shell, IBM, Nestlé, Chiquita, Nike, Yahoo ou Total, autant de fleurons de l'économie mondialisée qui ont été mis sur la sellette pour leurs agissements dans les pays du Sud.

Ces affaires révèlent à la fois l'ampleur des atteintes aux droits de l'homme par les entreprises multinationales mais également l'attention grandissante qui est portée à leurs agissements. Avec la mondialisation économique et financière, les entreprises, devenues multinationales aux ramifications complexes, ont acquis une puissance inédite, leurs impacts sur la société se trouvant ainsi décuplés. Vecteurs de développement économique et social bien sûr, elles sont

aussi *de facto* des acteurs politiques, d'autant plus qu'il leur revient souvent d'assurer les fonctions traditionnelles des États qui les ont privatisées. En outre, les agissements néfastes de transnationales sont rendus possibles par un contexte permissif² où d'un côté, les ETN ne sont généralement pas considérées comme un sujet du droit international, et de l'autre, les entités qui la composent (filiales) ou la servent (four-

(1) V. « Legal accountability portal » sur le site www.business-humanrights.org.

(2) « Ces lacunes en matière de gouvernance laissent s'installer un contexte permissif où des abus sont commis par toutes sortes d'entreprises, sans qu'elles soient dûment sanctionnées et sans possibilité de réparation appropriée ». Protéger, respecter et réparer : un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme, Rapport du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 avr. 2008, § 3.