



Droit des affaires

Regard sur le transfert transfrontalier
du siège des sociétés : une avancée

*Par Catherine CATHIARD, Didier PORACCHIA
et Thomas BIERMEYER*

Sort des créances déclarées en cas de résolution
d'un plan

Par Jean-Luc VALLENS

L'indication du TEG sur les copies informatiques
des décomptes

Par Jamel DJOUDI

Précisions sur les conditions d'appréciation
d'une pratique commerciale déloyale au sens
de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005

Par Adrien BASCOULERGUE

Mandat extérieur à l'entreprise et bénéfice
du statut protecteur contre le licenciement

Par Isabelle CORNESSE

ÉTUDES

La médiation dans le domaine de la consommation

Par Jean-Pierre PIZZIO

Succursales étrangères et *pools* bancaires à l'épreuve
de l'information annuelle des cautions

Par Alex BEBE EPALE

DOSSIER SPÉCIAL

À la recherche d'une présomption de responsabilité
des sociétés mères en droit français

*Par Christine CARPENTIER, Julien CHEVAL, Emmanuel DAOUD, Julie FERRARI,
César GHRÉNASSIA, Clarisse LE CORRE et Caroline RONIN*

Collection
LAMY
DROIT DES
AFFAIRES

Par César
GHRÉNASSIA
Avocat à la Cour
VIGO Cabinet d'avocats
Ancien secrétaire
de la Conférence



La charte et le territoire – libres propos au sujet de la responsabilité des entreprises transnationales dans la protection des droits fondamentaux

Le présent article est principalement consacré à la responsabilité pénale des entreprises transnationales. En raison de l'émergence d'une conscience universelle en matière de droits de l'homme et corrélativement de l'extension d'un risque pénal extraterritorial, les entreprises transnationales ont, en effet, développé des codes de bonnes pratiques et des chartes éthiques qui contribuent dès aujourd'hui et, aux yeux des auteurs, contribueront plus encore demain, à en faire des acteurs majeurs de promotion des droits fondamentaux. Cette tendance vertueuse s'inscrit ainsi dans un courant de pensée libérale et un projet historique particulier qu'il convient, sans doute, de rappeler.

1. En 1795, Emmanuel Kant publie « *Vers la paix perpétuelle* ». Le texte ne développe pas le projet d'un futur armistice « *car s'abstenir d'hostilités ce n'est pas encore s'assurer la paix* ». Il entend établir les fondations juridiques de cet ordre profitable qui doit être « *institué* » aux termes de trois « *articles définitifs* » en faveur d'une « *constitution républicaine* », d'un « *fédéralisme d'États libres* » et d'un « *droit cosmopolitique* » (Kant E., *Vers la paix perpétuelle*, GF Flammarion, p. 73, également traduit par À la paix perpétuelle).

2. Ce dernier article apparaît comme le plus mystérieux. À la différence des deux premiers, il ne concerne pas directement l'organisation d'une communauté, communauté d'hommes libres, sujets de droits et citoyens égaux au sein d'un État dans le cadre du premier article, communauté d'États convenant des conditions de leur indépendance et de leur prospérité dans le deuxième. Ce dernier article entend organiser les conditions de « *l'hospitalité universelle* », c'est-à-dire du droit pour un « *étranger* » de « *ne pas être traité en ennemi* » (Kant E., préc., p. 93-94 ; cf. également, Frydman B., *L'hospitalité*

judiciaire, séminaire Justice et cosmopolitisme, 21 mai 2007, Centre Perelman de Philosophie du Droit ; Giesen K.-G., *Le devoir de solidarité transnationale : Kant versus Derrida*, Colloque SEI Les solidarités transnationales, 21/22 oct. 2003).

3. Il serait inexact d'assimiler ce principe d'hospitalité universelle au droit d'asile dans la mesure où Kant ne réduit pas l'illustration de son propos aux seules situations où le persécuté chercherait refuge à l'abri de son persécuteur. Les sociétés commerciales, les peuples sans administration étatique, les individus, sont les acteurs de ce droit cosmopolitique qui s'impose au-delà des frontières à un double titre : d'un point de vue positif, il préfigure l'espace d'un commerce international favorisant la libre circulation des biens et des hommes, d'un point de vue négatif, il apparaît comme une clause de sauvegarde générale contre toute atteinte au sentiment de la justice.

4. En effet, « *la communauté (plus ou moins étroite) formée par les peuples de la terre ayant globalement gagné du terrain, on est arrivé au point où toute atteinte au droit en un seul lieu de la terre est ressentie en tous* » (Kant E., préc., p. 96-97 : « *Aussi bien l'idée d'un droit cosmopolitique n'est pas un mode de représentation fantaisiste et extravagante du droit, mais c'est un complément du code non écrit, aussi bien du droit civique que du droit des gens en vue du droit public des hommes en général et ainsi de la paix perpétuelle dont on ne peut se flatter de se rapprocher continuellement qu'à cette seule condition* »).

5. De ce point de vue, le texte apparaît d'une singulière actualité. D'abord, et à l'évidence, en ce qu'il anticipe un ordre globalisé, une relative unité de valeurs, de structures, de biens, d'informations accessibles sur l'ensemble de la planète. Ce que F. Fukuyama a appelé le « *sylogisme démocratique* », c'est-à-dire la triple idée que les démocraties ne se font pas la guerre entre elles, qu'il y a corrélation entre degré de développement ou niveau de vie et démocratie et entre ouverture à l'économie internationale et développement (Hassner P., *La violence et la paix. De la bombe atomique au nettoyage ethnique*, Points essais,

p. 343) s'inscrit dans cette perspective libérale au sens politique et économique du terme.

6. Et cependant, ce texte est peut-être également d'actualité en ce qu'il rappelle que si l'instauration de structures démocratiques dans l'ordre interne et la mise en place de mécanismes de coopération dans l'ordre international apparaissent nécessaires, ils ne suffisent pas à assurer la paix. Bien entendu, il existe d'autres critères pertinents d'analyse des relations internationales et d'autres grilles de lecture des crises et des violences contemporaines. Du reste, la criminalité organisée et le terrorisme empruntent à la modernité sa plasticité d'organisation et sa vitesse d'adaptation. Mais sans méconnaître ces facteurs, le « *droit cosmopolitique* » n'invite-t-il pas à s'intéresser à ce qui, dans l'orthodoxie libérale ou démocratique, demeure inachevé, insatisfaisant ou impuissant à expliquer les paradoxes de notre temps ?

7. Dans ce cadre, et aux yeux du juriste, l'activité des entreprises transnationales (ci-après ETN ; Daoud E. et André A., *La responsabilité pénale des transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ?*, AJ Pénal 2012, p. 15 : « *Malgré l'existence de 82 000 sociétés transnationales à la fin de l'année 2008, aucun instrument juridique n'a défini avec précision les concepts de groupe / société / entreprise(s) transnationale(s). La plupart des auteurs utilisent indifféremment ces notions* ») témoigne de ce paradoxe. Du point de vue économique et politique, leur développement révèle un niveau remarquable de coopération diplomatique, notamment à travers l'organisation mondiale du commerce. Du point de vue juridique, la recherche d'une maximisation des profits a pu encourager les ETN à faire des règles de droit un usage exclusivement opportuniste : *lobbying*, optimisation fiscale, *dumping social*, « *forum shopping* », etc.

8. À cet égard, il convient de rappeler que l'organisation des sociétés en groupe permet un partage des profits dégagés sans imposer une participation des sociétés mères aux dettes de leurs

filiales de telle sorte qu'on a pu définir le groupe comme « une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés. » (Hannoun C., *Le droit et les groupes de sociétés*, 1991, LGDJ, Bibl. droit privé, T. 216, n° 193 ; cf. Grimonprez B., *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, *Rev. sociétés* 2010, p. 715 ; et l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations : « est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, 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 » [article 1360]). Par ailleurs, si la responsabilité pénale des personnes morales est intégrée à certains codes nationaux (en France, C. pén., art. 121-2 ; cf. également Delage P.-J., *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Dr. pén.*, janv. 2005, étude 2 ; FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme. Un guide pratique sur les recours existants*, p. 283 et s.), les principes de personnalité des poursuites et des sanctions, d'une part, et de légalité des crimes et délits, d'autre part, s'opposent à l'émergence d'une responsabilité pénale du fait d'autrui et en particulier de la société mère ou de ses dirigeants, à raison de l'activité de sa filiale.

9. Dans ces conditions, il apparaît particulièrement délicat d'appréhender de manière systématique la responsabilité des ETN. La diversité de celles-ci, le large spectre de leurs domaines d'intervention, les particularités législatives ou administratives des territoires qui les accueillent invitent en effet à la prudence dans l'analyse. À tout le moins peut-on rappeler qu'en tant qu'organisation transnationale, l'ETN bénéficie du droit cosmopolitique. Les nations contrôlent la liberté des échanges sans pouvoir contrôler l'activité de ceux qui animent ces échanges. L'ETN apparaît donc, en premier lieu, comme bénéficiaire de l'hospitalité universelle. Et cependant, l'exercice de cette liberté d'entreprendre assure moins la pacification des échanges, la promotion des valeurs universelles dont cette liberté n'est ainsi qu'une expression, qu'elle entraîne la déstabilisation des territoires d'accueil et l'oppression des peuples qui y résident. L'ETN apparaît donc, en second lieu, non plus comme la victime mais comme l'auteur potentiel d'une violation du droit cosmopolitique. En effet, « parmi les ETN les plus réputées, la plupart ont été à un moment ou 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 » (Bernard A. et Wrzoncki E., *La responsabilité pénale des transnationales – L'action de la FIDH*, *AJ Pénal* 2012, p. 20).

10. C'est pourquoi la question de la responsabilité des ETN nous semble inviter à dépasser les divisions traditionnelles du droit. Dès lors que les réalités sont plastiques, l'activité protéiforme et les rapports privés, des règles autonomes se développent. De fait, les difficultés de mise en jeu de la responsabilité des ETN notamment pour les violations les plus graves des droits de l'individu résultent de ce que la coopération entre États demeure imparfaite et que le principe de souveraineté et l'absence de constitution républicaine et / ou démocratique dans certains États d'accueil constituent autant d'obstacles de fait et d'apories en droit. Ne faut-il donc pas envisager de favoriser l'intervention, l'initiative et l'engagement des acteurs non étatiques : ETN, organisations non-gouvernementales (ci-après, ONG), plaignants, experts ?

11. Dans cette perspective, il apparaît que si la protection des droits de l'homme contre certaines activités des ETN ne peut qu'être judiciaire (I), la promotion de ces droits ne peut être que citoyenne (II).

I. – LA PROTECTION JUDICIAIRE DES DROITS DE L'HOMME : L'APPRÉHENSION TERRITORIALE DE L'ACTIVITÉ DES ETN

12. L'hypothèse de travail est celle d'une ETN dont le siège social de la société mère est situé en France, ou dans l'Union européenne, et qui serait suspectée de se rendre coupable, dans le cadre de ses investissements, de violations de droits fondamentaux dans un État tiers. Dans cette hypothèse, les juridictions françaises seraient susceptibles d'appréhender cette situation à raison soit des critères de compétence traditionnels, c'est-à-dire la nationalité de la victime ou de l'auteur (A) soit de critères de compétence exceptionnels parce qu'extraterritoriaux (B).

A. – Dimension politique de l'appréhension territoriale de l'activité des ETN

13. Une ETN s'engage généralement à l'étranger, par l'intermédiaire d'une

filiale dominée, par définition, financièrement par la maison mère qui détient la majorité voire la quasi-totalité de son capital (cf. not. C. com., art. L. 233-1). Dans ce cadre, la filiale, généralement domiciliée hors de France et / ou de l'Union européenne, est privée du pouvoir de décision qui demeure, *de facto*, au sein de la société mère. Les principes rappelés *supra* de personnalité des poursuites et des sanctions, de légalité des crimes et des délits et d'interprétation stricte de la loi pénale font généralement obstacle à ce que la société mère soit retenue, en tant que personne morale, comme auteur de l'infraction commise à l'étranger (FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme. Un guide pratique sur les recours existants*, p. 280 et s.).

14. La mise en cause de la responsabilité pénale de la société mère pour avoir été complice des actes illicites de sa filiale étrangère demeure cependant envisageable (Daoud E. et André A., *La responsabilité pénale des transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ?*, *AJ Pénal* 2012, p. 19 ; FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme. Un guide pratique sur les recours existants*, p. 280 et s. : « La complicité avec les faits perpétrés à l'étranger par une filiale constitue un des modes de participation qui pourrait être imputé à la société mère dès l'instant où « l'aide indispensable ou accessoire pour commettre l'infraction émane de la société mère et se situe dans le cadre de la réalisation de son objet ou de la défense de ses intérêts ou que ces actes sont posés pour son compte » citant Vandermeersch D.). Aux termes de l'article 113-5 du Code pénal, il est en effet indiqué : « 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 ».

15. Conformément à ce texte, une plainte avec constitution de partie civile a été déposée le 22 mars 2002 entre les mains du doyen des juges d'instructions du Tribunal de grande instance de Paris visant la société de droit français Rougier, au titre de la complicité, et sa filiale camerounaise SFID, à titre d'auteur, des chefs de destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaire (Sherpa, *Note didactique : comprendre les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises transnationales*, p. 5 ; FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'homme. Un guide pratique sur les recours existants*, p. 295-297). Cette initiative n'a cependant

pas prospéré, la chambre de l'instruction ayant confirmé l'ordonnance d'irrecevabilité de la plainte dont s'agit, faute, d'une part, d'engagement des poursuites par une requête du ministère public conforme aux dispositions de l'article 113-8 du Code pénal, et d'autre part, d'une décision définitive du délit principal par une juridiction camerounaise.

16. Or, les plaignants faisaient précisément valoir devant les juridictions françaises l'obstacle insurmontable que constituait pour eux la corruption du système judiciaire camerounais (de fait, l'ouverture d'une information judiciaire a précisément vocation à permettre la découverte d'éléments susceptibles d'infirmer ou de confirmer les allégations des plaignants de telle sorte que l'irrecevabilité apparaît, en l'espèce, particulièrement cruelle pour les plaignants. À titre d'exemple : Cass. crim., 30 janv. 2001, n° 00-80.656, Bull. crim., n° 25, D. 2001, I.R., p. 1437 : « le juge ne peut refuser d'informer en se déclarant incompétent territorialement sans avoir vérifié cette compétence par une information préalable ». Ou encore, Cass. crim. 3 févr. 1970, n° 69-91.579, Bull. crim., n° 46 : « ne peut motiver une ordonnance de refus d'informer un élément de pur fait qu'il appartient à l'information de faire apparaître ou vérifier ». Cette décision illustre le caractère insatisfaisant de la protection des droits fondamentaux par le système traditionnel de compétence. En effet, faire dépendre la poursuite de la maison mère en France de celle de ses complices à l'étranger revient d'abord à méconnaître, pour ne pas dire s'aveugler, sur l'état du système judiciaire où est implantée la filiale (absence de moyens, corruption). Le système n'apporte pas plus de réponse à l'hypothèse, qui n'est pas d'école, où l'ETN serait complice d'une violation des droits fondamentaux dont les auteurs principaux seraient les représentants officiels de l'État dans lequel la filiale est implantée (FIDH, Entreprises et violations des droits de l'homme. Un guide pratique sur les recours existants, p. 297).

17. Pareil reproche vaut dans l'hypothèse où la responsabilité pénale de la société française serait mise en cause à raison d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger (C. pén., art. 113-6) ainsi d'ailleurs que dans celle où la société française se prétendrait victime (C. pén., art. 113-7) et ce, en cas de délit, en raison de l'interprétation restrictive de l'article 113-8 du Code pénal (Brach Thiel D., La victime d'une infraction extraterritoriale, Rev. sc. crim. 2011, p. 819). Par ailleurs, la jurisprudence restreignant la notion de victime à celle de victime directe de l'infraction contribue également à préserver la filiale et à plus forte raison

la société mère de toute poursuite (Brach Thiel D., préc.).

18. Cet aperçu du système traditionnel de compétence en droit français permet d'appréhender la dimension politique de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des ETN. Force est de constater qu'aux difficultés de fait s'ajoutent des « verrous procéduraux » tendant notamment à l'initiative d'un parquet que ni la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 5^e sect., 10 juill. 2008, aff. 3394/03, et CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, aff. 3394/03, Medvedyev c/ France, AJDA 2010, p. 648, D. 2010, p. 1386, obs. Lavric S., note Renucci J.-F., D. 2010, p. 952, entretien Spinosi P., D. 2010, p. 970, point de vue Rebut D., D. 2010, p. 1380, note Hennion-Jacquet P. ; et CEDH, 23 nov. 2010, aff. 37104/06, Moulin c/ France, JCP G 2011, n° 4, 94, Sudre F., Procédures 2011, n° 1, p. 26, note Chavent-Leclère A.-S., D. 2010, p. 2776, obs. Lavric S.), ni la Cour de cassation (Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674, Bull. crim., n° 207, D. 2011, p. 338, note Pradel J. : « C'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère

**Le Statut de Rome
n'a pas entendu prévoir
une responsabilité
pénale des personnes
morales au sens
où l'entend le Code
pénal français.**

public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante », ne considèrent comme une « autorité judiciaire » (CEDH, 10 juill. 2008 et 29 mars 2010, Medvedyev c/ France, préc. : « le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public »). Du reste, l'extension récente de la compétence française aux actes qualifiés de terrorisme commis hors du territoire de la République par un Français ou par « une personne titulaire d'un titre de séjour l'autorisant à résider sur le territoire français » (C. pén., art. 113-13 nouveau, rédaction adoptée par le Sénat le 16 octobre 2012 après engagement de la procédure accélérée) témoigne également du poids des considérations politiques en la matière (à cet égard, il convient de relever que la poursuite pour des faits de terrorisme commis à titre principal à l'étranger ne se heurte à aucune difficulté pratique, la jurisprudence rattachant de manière large les faits dont s'agit au territoire de la République. En d'autres termes, il suffit de pouvoir rattacher un seul fait

constitutif de l'infraction au territoire de la République pour que les juridictions françaises se reconnaissent compétentes, ce qui est aisé compte tenu du caractère très large des situations prévues et réprimées par le titre II du livre IV du Code pénal. Du reste, les condamnations pour des faits d'acheminement de combattants en zone pakistano-afghane, notamment, n'ont pas manqué ces dernières années. C'est que cette seule activité est, en soi, suspecte). Elle témoigne surtout de l'émergence d'une conscience internationale tendant à la protection des individus et des démocraties contre les atteintes les plus graves dès lors que le Code de procédure pénale prévoyait des cas de compétence extraterritoriale en matière de terrorisme.

B. – Dimension cosmopolitique de l'appréhension de l'activité des ETN

19. Cette conscience de ce qu'une atteinte au droit en un seul lieu de la terre est ressentie en tous se manifeste avec l'émergence d'une compétence extraterritoriale des juridictions françaises en particulier en matière de crimes contre l'humanité, d'une part, et de crimes de tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants d'autre part.

20. En matière de crimes contre l'humanité, la Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale (ci-après CPI) en date du 17 juillet 1998 a été intégrée par une loi n° 2000-282 du 30 mars 2000 après révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 (Verges E., Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, Rev. sc. crim. 2011, p. 896 ; Ascensio H., Une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal, JCP G 2010, n° 37, 910). Le Statut de Rome n'a pas entendu prévoir une responsabilité pénale des personnes morales au sens où l'entend le Code pénal français. De son côté, le Gouvernement n'a pas souhaité créer une véritable compétence universelle (Réponse du gouvernement publiée au JO, 27 oct. 2009, p. 10166 ; cf. également Brach Thiel D. préc. L'auteur parle, de manière polémique, de correctionnalisation du crime contre l'humanité dans la mesure où « l'incrimination de crime contre l'humanité est lestée de conditions traditionnellement réservées aux délits ») et, de facto, le système adopté exige la réunion de plusieurs conditions : résidence habituelle des suspects sur le territoire français, double incrimination, monopole des poursuites au ministère public et non saisine préalable de la CPI (C. pr. pén., art. 689-11 : « Peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour

pénale internationale en application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998, si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont elle a la nationalité est partie à la convention précitée. La poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. À cette fin, le ministère public s'assure auprès de la Cour pénale internationale qu'elle décline expressément sa compétence et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre État n'a demandé son extradition »).

21. Ces restrictions n'existent pas en matière de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En effet, au visa des articles 689, 689-1 et 689-2 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation a affirmé dans un considérant de principe que « selon le premier de ces textes, les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises, soit lorsque, conformément aux dispositions du livre 1^{er} du Code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction » (Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 07-88.330, Bull. crim., n° 22).

22. En d'autres termes, dès lors que les actes commis à l'étranger sont susceptibles d'être poursuivis et réprimés sur le fondement de la Convention contre la torture des Nations unies du 10 décembre 1984, l'article 689-2 du Code de procédure pénale donne compétence aux juridictions françaises indépendamment de la nationalité de la personne poursuivie, ou de sa qualité d'auteur ou de complice, sur le seul fondement de sa présence sur le territoire national.

23. À cet égard, il importe de souligner que la chambre criminelle a précisé que la nationalité française de l'auteur ou du complice n'emportait pas l'application des règles relatives à la compétence personnelle active prévues au livre premier du Code pénal dès lors que les faits dénoncés étaient susceptibles de s'inscrire, totalement ou pour partie, dans le cadre fixé par la Convention contre la torture des Nations unies (Cass. crim., 21 janv. 2009, préc., RD pén. crim. n° 4, avr. 2009, étude 7, Beauvallet O. : « Attendu que, pour écarter la compétence de la juridic-

tion française au regard des ressortissants français et étrangers présumés complices d'actes de torture, les juges prononcent par les motifs reproduits aux moyens ; mais attendu qu'en se déterminant ainsi, en excluant la compétence de la juridiction française sur le fondement des règles fixées par le livre 1^{er} du Code pénal alors qu'ayant constaté que les faits étaient susceptibles de revêtir la qualification d'actes de torture au sens de l'article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, seules les dispositions de l'article 689-2 du Code de procédure pénale, qui donnent compétence aux juridictions françaises pour poursuivre et juger, si elle se trouve en France, toute personne, auteur ou complice, française ou étrangère, qui s'est rendue coupable, hors du territoire de la République, de faits entrant dans le champ d'application de ladite Convention, étaient applicables, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé »).

24. En l'espèce, le complice est assimilé à l'auteur. Or, aux termes de l'article 222-6-1 du Code pénal, et conformément au cadre fixé à l'article premier, alinéa 2, de la Convention contre la torture des Nations unies, les personnes morales peuvent être jugées responsables des crimes de complicité de torture, et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette extension ouvre un champ d'investigation nouveau aux défenseurs des droits fondamentaux afin de contrôler l'activité des ETN à l'étranger.

25. En effet, les juridictions pénales internationales ont dégagé certains critères relatifs à la complicité par aide et assistance. Concernant l'*actus reus*, ou élément matériel, il a pu être jugé que la fourniture d'informations qui conduisent à la commission de crimes peut engager la responsabilité au titre de la complicité de la personne qui les a délivrées. Non seulement un acte positif mais également une omission ou le fait de ne pas avoir agi, peuvent s'apparenter à l'assistance requise pour pouvoir qualifier un comportement de complicité par aide et assistance à condition que cette omission ait eu un effet décisif sur le crime (TPIY, Blaskic, Chambre d'appel, 29 juill. 2004, § 47. Et la doctrine ajoute qu'une « omission peut engager cette forme de responsabilité si une personne ne fait rien alors qu'elle a le pouvoir de prévenir, de mettre un terme ou de limiter un crime » [Complicité des entreprises et responsabilité juridique], Rapport de la commission internationale de juristes, Vol. 2, Droit pénal et crimes internationaux, 2008]). Et concernant la *mens rea*, c'est-à-dire l'élément intentionnel, il a été jugé qu'il n'est pas nécessaire que le complice partage l'intention, encore moins le mobile de l'auteur

principal, mais simplement qu'il ait connaissance de celle-ci (TPIY, Blaskic, Chambre d'appel, 29 juill. 2004, § 50, citant Furundzija : « il n'est pas nécessaire que le complice connaisse le crime précis qui est projeté et qui est effectivement commis. S'il sait qu'un des crimes sera vraisemblablement commis et que l'un d'eux l'a été effectivement, il a eu l'intention de [le] faciliter et il est coupable de complicité »).

26. C'est dans ce cadre que la Fédération internationale des droits de l'homme (ci-après FIDH) et la Ligue des Droits de l'homme (ci-après LDH) ont déposé plainte entre les mains du doyen des juges d'instruction du Tribunal de grande instance de Paris du chef de complicité de crimes de tortures 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 de M. Kadhafi, système utilisé par les services secrets pour surveiller et réprimer les opposants. Au printemps 2012, le magistrat saisi de cette plainte a rendu, sur réquisitoire non conforme du parquet, une ordonnance disant y avoir lieu à ouverture d'information (cf. notamment : Le Point, « Libye : la FIDH porte plainte contre la société Amesys pour « complicité d'actes de torture », 19 octobre 2011 ; Nouvel Observateur, « Plainte contre Amesys », 19 octobre 2011 ; La Provence : « Affaire libyenne : Amesys se retrouve face à la justice à Aix », 23 mai 2012.) Dans cette perspective, la FIDH et la LDH ont également dénoncé au Procureur de la République de Paris la participation d'entreprises françaises aux opérations de répression du régime syrien de M. El-Assad (cf. notamment : Le Figaro, « Une société française accusée d'aider la répression syrienne », 25 juillet 2012).

27. Ce dernier exemple témoigne du progrès de la conscience universelle qui impose de plus en plus de percer le voile social des ETN et de faire tomber les frontières juridiques nationales. C'est que « la justice gagne son statut moral et social spécifique en raison de son caractère de vertu négative, fondée sur le ressentiment que provoque son absence » (Haakonsen K., L'art du législateur. La jurisprudence naturelle de David Hume et d'Adam Smith, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1998, p. 140 ; cité par Frydman B., L'hospitalité judiciaire, séminaire Justice et cosmopolitisme, 21 mai 2007, Centre Perelman de Philosophie du Droit). Dans ce contexte, force est de constater que la première garantie d'un droit cosmopolitique réside dans le libre accès du plaignant à un juge indépendant et que ce droit trouve, en France et à l'étranger, un écho de plus en plus important (Frydman B., préc.).

II. – LA PROMOTION CITOYENNE
DES DROITS DE L'HOMME :
LA DIFFUSION EXTRATERRITORIALE
DES VALEURS DES ETN

28. Si la responsabilité pénale des ETN en France recouvre encore des hypothèses exceptionnelles, il n'en demeure pas moins que les risques potentiels d'une mise en cause sont considérables. Il importe de rappeler que la poursuite d'une personne morale n'est pas exclusive de celle de ses dirigeants et que la juridiction peut ordonner la dissolution de la société reconnue coupable d'actes répréhensibles. Dans ce cadre, une approche internationale et comparée invite à considérer que le risque de mise en cause de la responsabilité des ETN est susceptible de s'étendre de manière considérable (A). Dans ce contexte, il n'est plus seulement conforme aux valeurs des ETN mais également à leur intérêt de se prémunir contre ces risques en adoptant des chartes conformes aux standards internationaux (B).

A. – L'extension du risque
de réputation des ETN

29. En premier lieu, il importe de rappeler que les États, conscients des menaces nouvelles et transfrontières que font peser la criminalité organisée et le terrorisme sur la sécurité de leur peuple, voire pour certains d'entre eux sur leur souveraineté, ont conclu un certain nombre de conventions internationales tendant à assurer une coopération internationale renforcée. C'est notamment le cas en matière de terrorisme, de blanchiment ou encore de corruption. Or, ces dispositifs innovent en ce qu'ils mettent généralement à la charge d'opérateurs économiques des obligations de vigilance ou de dénonciation (cf. not. Loi *Sarbanes-Oxley*, qui s'applique à toute société cotée en bourse aux États-Unis et prévoit la responsabilité pénale de toutes les personnes impliquées dans la déclaration de comptes frauduleux, y compris les juristes et les auditeurs externes aux sociétés concernées ; Norberg N., *Entreprises multinationales et lois extraterritoriales : l'interaction entre le droit américain et le droit international*, Rev. sc. crim. 2005, p. 739).

30. À cet égard, la nouvelle loi britannique anti-corruption (UKBA) entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011 n'a pu qu'attirer l'attention des directions juridiques des ETN en raison de sa large portée extraterritoriale. Ainsi, aux termes de ce texte, « toute personne morale française ayant une activité, même partielle, au Royaume-Uni, peut engager sa responsabilité, si l'une des

“personnes associées” est responsable d'actes ou de tentatives de corruption entrepris dans le but d'obtenir un marché ou un avantage commercial pour la personne morale ». Or, s'il convient de rester prudent en attendant que se dégage une jurisprudence, les premiers commentateurs de ce texte considèrent qu'il « importe peu que les personnes incriminées n'ait aucun lien caractérisé avec le Royaume-Uni » et relèvent que « la notion de “personne associée” désigne toute personne “effectuant des services pour le compte ou au nom” de l'entité par exemple un salarié, un agent ou une filiale » (Dardy D. et Das O., 3 questions : La nouvelle loi britannique anti-corruption (UKBA), JCP E 2011, 481 : « les sanctions prévues par l'UKBA comprennent des amendes non plafonnées dans certains cas et des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix ans »).

31. En deuxième lieu, le droit cosmopolitique signifie la disparition

Si la responsabilité pénale des ETN en France recouvre encore des hypothèses exceptionnelles, il n'en demeure pas moins que les risques potentiels d'une mise en cause sont considérables.

de zones de non-droit. Force est de constater, à cet égard, que les cours suprêmes tendent à faire émerger un cadre soucieux d'assurer une application du droit étendu. C'est en ce sens que l'arrêt de la Cour de cassation, dans l'affaire *Erika*, a pu être interprété qui approuve la cour d'appel d'avoir retenu sa compétence et confirme, par ailleurs, les condamnations prononcées notamment en réparation du préjudice écologique caractérisant « une faute de témérité » à la charge de Total (Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, P+B+R+I, Dalloz Actualité, 4 oct. 2012, Naufrage de l'Erika : condamnations confirmées et responsabilité civile de l'affréteur Total engagée, Gallmeister I. et Lavric S.). Le fait que l'indemnisation des victimes de la marée noire par Total ait été réalisée avant l'arrêt de la Cour de cassation apparaît significatif de cette nouvelle compréhension des risques.

32. En dernier lieu, la compétence universelle trouve un écho en matière civile aux États-Unis : sur le fondement de l'*Alien Tort Claims Act* (ci-après

ATCA) des actions en réparation peuvent être intentées devant les tribunaux fédéraux par des victimes de nationalité étrangère (non américaines) pour des violations du droit international commises à leur encontre, sur le territoire d'un État tiers, par des étrangers (ATCA 28 USC § 1350 reproduit in G.K. McDonald et O. Swaak-Goldman. Cf. Moulrier I., *Observations sur l'ATCA et ses implications internationales*, Annuaire fr. dr. int., vol. 49, 2003, p. 129-164).

33. Ce texte, dont l'origine remonte à 1789, a connu une seconde naissance, à compter de 1980, avec l'affaire *Filartiga* (*Filartiga vs Pena Irala*, 630 F.2nd 876 (2nd Circ 1980), ILR, vol. 77, p. 1980, p. 169-184) en s'appliquant non seulement à des actes de torture (les États-Unis sont partie à la Convention de New York et une loi spécifique a été promulguée : *Torture Victim Protection Act*), mais également à des disparitions forcées ou encore à du travail forcé et concerne tous les acteurs privés (*non state actors*), particuliers agissant à titre personnel ou encore sociétés commerciales (« *No logical reason exists for allowing private individuals and corporations to escape liability for universally condemned violations of international law merely because they were not acting under color of law* », *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424 (DNJ 1999), p. 445, cité par Moulrier I., préc.). Ainsi, le 25 mars 1997, la juridiction américaine a considéré dans l'affaire *Doe vs Unocal Corp.* que si une violation du droit international requerrait certes une action étatique, une entreprise pouvait néanmoins voir sa responsabilité engagée pour violation du droit international en tant que complice du gouvernement de l'État hôte (*Doe vs Unocal Corp.* 963 F. Supp. 880 (CD Cal 1997), p. 891-892).

34. Conformément à la doctrine des *minimum contacts*, la compétence des juridictions américaines requiert que soient identifiés des contacts permanents et répétés entre le défendeur et le for, ce qui dans le cas des personnes morales suppose l'immatriculation dans un État, « la possession d'un établissement secondaire agissant au nom de cette société et situé sur le territoire américain ou encore l'activité sur le territoire américain d'activités continues et répétées (doing business) » (Moulrier I., préc.).

35. À l'occasion d'une affaire pendante devant la Cour Suprême des États-Unis, la question de l'application de l'ATCA en l'absence d'autre rattachement de compétence que la présence, et plus précisément l'asile accordé aux demandeurs, originaires de la Région Ogoni au Nigéria, sera tranchée. La requête

expose que les sociétés du groupe Shell – Royal Dutch Petroleum Company et Shell Transport and Trading Company PLC, respectivement immatriculées aux Pays-Bas et au Royaume-Uni –, par le truchement d'une filiale de droit nigérian, ont été les complices du gouvernement du Nigéria dans la commission de diverses violations de droits de l'homme (Muir Watt H., Irrecevabilité aux États-Unis d'une action de groupe contre une multinationale accusée de crime contre l'humanité, Rev. crit. DIP 2011, p. 761 ; Cour d'appel fédérale des États-Unis (2^e circuit), 17 sept. 2010).

36. Quelle que soit la décision de la Cour Suprême dans cette affaire, la jurisprudence américaine prise sur le fondement de l'ATCA appelle deux commentaires. En premier lieu, il y a lieu de relever que la menace d'une mise en cause de leur responsabilité a incité les ETN concernées à conclure des accords d'indemnisation extrajudiciaire. Ce fut le cas notamment de la filiale américaine de Total-Fina-Elf (Norberg N., préc.) dans le cadre d'une transaction privée, ou dans l'affaire *Benisti et a. c/ Banque Paribas et a.* en exécution d'un accord intergouvernemental encadrant l'indemnisation des victimes ou des ayant droits juifs spoliés pendant la seconde guerre mondiale (Moulier L., préc.).

37. En second lieu, l'ATCA apparaît inspirée de ce « droit cosmopolitique » considérant comme un impératif catégorique que soit organisé pour toute victime d'une atteinte grave aux droits de l'homme un accès effectif au juge (cf. procès-verbal de l'audience *Kiobel vs Shell/Royal Dutch* devant la Cour Suprême des États-Unis, 1^{er} oct. 2012 : « *For purposes of civil liability, the torturer has become, like the pirate and slave trader before him, an enemy of all mankind* » (Justice Kagan citant Filartiga)). Et cette vision correspond aux clauses de sauvegarde des chartes fondamentales, Déclaration universelle des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Convention européenne des droits de l'homme qui toutes rappellent qu'aucune disposition ne peut être interprétée comme impliquant pour un groupement un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés (Decaux E., La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme, Rev. sc. crim. 2005, p. 789).

B. – La gestion du risque de réputation des ETN

38. La conception universaliste américaine, le renforcement des coopé-

rations internationales dans certains secteurs, notamment financiers et l'indépendance croissante du pouvoir judiciaire combinée à l'activisme des associations internationales représentent autant de facteurs incitant les ETN à prendre l'initiative d'une promotion des droits de l'homme. À ces facteurs, il faut ajouter le développement des réseaux sociaux qui assurent un maillage continu et extrêmement serré en matière d'information, l'activité syndicale, la participation salariale, les mécanismes d'alerte interne (cf. notamment : Daoud E., Ferrari J., Dinh B., Gambette C., Gérer le risque pénal en entreprise, Lamy axe droit, 2011, n^{os} 39 et s.) ainsi que la prise en compte du préjudice de réputation. Autant de facteurs ayant contribué à l'émergence d'une conscience citoyenne des ETN d'une part, et à la mise en œuvre d'une stratégie concurrentielle des ETN d'autre part, fondée sur les « *best practices* ».

**La menace
d'une mise en cause
de leur responsabilité
a incité les ETN
concernées
à conclure des accords
d'indemnisation
extrajudiciaire.**

39. La sous-commission des droits de l'homme ne fait-elle pas des ETN des acteurs de promotion des droits et libertés en retenant : « *dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, y compris les droits et intérêts des peuples autochtones et des autres groupes vulnérables, et de veiller à leur réalisation* » (Decaux E., préc.) ? La Commission européenne, dans sa nouvelle communication sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) d'octobre 2011, retient que les engagements volontaires des ETN en la matière doivent être complétés par des dispositions réglementaires (Bernard A. et Wrzoncki E., préc. ; Daoud E. et Ferrari J., La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique, JCP S 2012, 1391).

40. C'est que la réputation de l'ETN apparaît désormais comme une com-

posante majeure de la valeur de l'entreprise. Elle a, en effet, un impact sur toutes ses relations économiques, elle atteint ses collaborateurs, les partenaires sociaux et financiers, les clients, les « *prospects* » (Daoud E., Ferrari J., Dinh B., Gambette C., préc.). C'est donc une valeur fragile constamment appréciée par une société civile qui exerce sa vigilance par l'intermédiaire d'association de défense des droits de l'homme dont le réseau est international et des médias dont la diffusion est mondiale et ininterrompue. Ainsi, selon la formule de W. Buffet : « *il faut vingt ans pour construire une réputation et cinq minutes pour la détruire. Quand on pense de la sorte, on fait les choses différemment* ».

41. C'est sans doute la raison pour laquelle une tendance forte s'est dessinée au sein des entreprises afin que celles-ci prennent l'initiative de codes de conduite et de chartes éthiques. Dès 2005, le MEDEF et le ministère des Affaires étrangères ont organisé un colloque au titre éloquent : « *Les droits de l'homme, facteur de performance pour les entreprises à l'international* » (Decaux E., préc. ; cf. également JCP G 2011, n^o 4, 69, Nul n'est censé ignorer la *compliance* ?). Le développement de ces standards de comportement permet de diffuser les valeurs de l'ETN y compris dans les États d'accueil où le droit interne serait laxiste. En matière de corruption, l'adoption de ces normes permet sinon d'écarter à tout le moins de réduire très significativement les risques d'atteinte liée à la réputation au titre des législations anglo-saxonnes à portée extraterritoriale (voir *supra*, pt. 30 UKBA ; Beal S., Marguerite M., Torchon J.-Y., Verdun F., Les risques juridiques liés à la mise en place d'une démarche éthique dans l'entreprise, Cah. dr. entr. 2012, Fasc. 4, p. 9).

42. La diffusion de codes et chartes éthiques participent de l'élaboration d'un standard de qualité et, par voie de conséquence, de confiance représentant un véritable avantage concurrentiel ou à tout le moins un désavantage dirimant pour les entreprises qui se refusent à se doter de tels codes. De fait, les grands groupes, en France et à l'étranger, qu'ils soient cotés en bourse ou non, intègrent cet outil de prévention et de gestion du risque pénal. À titre d'illustration, Carrefour a conclu un partenariat avec la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, cette

dernière étant chargée d'accompagner Carrefour « dans l'élaboration d'une démarche visant au respect des normes internationales en matière de droits de l'Homme, notamment de droits du travail chez ses fournisseurs et leurs sous-traitants » (Daoud E., Ferrari J., Dinh B., Gambette C., préc., n°193).

43. Comment les législations nationales et surtout les juridictions nationales se comporteront si ces codes continuent de se diffuser à la manière d'une charte commune applicable sur tous les territoires sans considération

de frontière ? Comment les ETN pourront-elles échapper à leur responsabilité si une coutume internationale se dégage leur imposant de respecter leur « charte », c'est-à-dire de subir les conséquences de leur propre loi, dans des domaines aussi divers que le droit du travail ou de l'environnement ? (Daoud E. et André A., préc. : « pour certains auteurs, 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)* » citant Neyret L., De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire *Erika*, Env. n° 11, nov. 2010, étude 29, p. 11) ?

44. Le projet d'une paix perpétuelle n'est pas « une représentation extravagante et fantaisiste du droit » mais l'attention portée par le juge, le défenseur des droits de l'homme, le journaliste, l'entrepreneur, le salarié, le consommateur, en un mot le citoyen, non pas seulement aux structures étatiques ou aux relations diplomatiques mais également au mouvement de chaque homme vers son prochain. De ce point de vue, le principe de « l'hospitalité universelle » ne devrait apparaître comme un rêve qu'à ceux qui manquent d'une volonté ferme et du sentiment de la communauté. ♦