

Compliance

[Garanties procédurales](#) 19 juin 2023

Quelle évolution de la responsabilité pénale des personnes physiques et morales étrangères à l'aune de la compétence universelle française ?

Peut-on poursuivre et juger - et comment ? - les crimes de génocide, crimes ou délits de guerre et crimes contre l'humanité commis en dehors du territoire de la République, sans qu'un lien de rattachement ne puisse être invoqué entre leurs auteurs ou victimes et la France ?

Telle était l'une des questions soumises à l'examen de la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière, saisie de deux affaires concernant des crimes de cette nature commis en Syrie. Dans chacune de ces espèces, les poursuites avaient été engagées sur le fondement de la compétence universelle de l'article 689-11 du code de procédure pénale. Introduit par la loi du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale (L. n°2010-930, 9 août 2010 : JO, 10 août, art. 8), l'article permet aux juridictions françaises de juger, sur le territoire national, des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes et délits de guerre commis hors de son sol par des ressortissants étrangers. Faisant figure d'exception parmi les fondements de compétence universelle, l'article 689-11 est rarement mis en œuvre tant son application est restrictive. Celle-ci requiert, en effet, la réunion de quatre conditions, également qualifiées de « verrous » :

- la résidence habituelle de l'auteur en France ;
- l'exigence que les poursuites soient exercées à la seule requête du procureur de la République antiterroriste ;
- la nécessité qu'aucune juridiction nationale ou internationale n'ait exigé la remise de l'auteur ou son extradition ;
- et l'obligation que l'État étranger soit partie au Statut de Rome (Convention portant statut de la Cour pénale internationale adoptée le 17 juillet 1998) ou, alternativement, incrimine les faits dans sa législation.

Cette condition de double incrimination a été supprimée s'agissant du crime de génocide, par une loi du 23 mars 2019 (Loi n° 2019-222, 23 mars 2019 : JO, 24 mars).

La première affaire, dite « Chaban », était relative à un réfugié syrien mis en examen du chef de complicité de crimes contre l'humanité entre 2011 et 2013 à l'encontre d'opposants au régime ([Cass. crim., 12 mai 2023, n° 22-80.057](#)). Par une décision remarquable du 24 novembre 2021 ([Cass. crim., 24 nov. 2021, n° 21-81.344](#)), la chambre criminelle de la Cour de cassation avait confirmé que l'exigence de double incrimination prévue par l'article 689-11 n'était pas satisfaite. Le pourvoi n'ayant pas été notifié à la Fédération internationale pour les droits humains (FIDH) en sa qualité de partie civile, celle-ci avait formé opposition contre l'arrêt de la chambre criminelle.

La seconde affaire portait sur un ressortissant syrien mis en examen lors d'un séjour d'études en France des chefs de crimes de guerre et actes de torture ([Cass. crim., 12 mai 2023, n° 22-82.468](#)). Arguant de l'incompétence des juridictions françaises, il faisait valoir qu'il ne résidait pas en France de manière habituelle et que les crimes de guerre n'étaient pas incriminés dans la législation syrienne. Il alléguait également qu'il ne pouvait être poursuivi en France pour des actes de torture, étant porte-parole d'un groupe rebelle et non agent de l'État syrien.

Compte tenu des exigences de l'article 689-11, les décisions de l'Assemblée plénière étaient attendues avec une vigilance toute particulière en ce qu'elles étaient susceptibles d'en verrouiller définitivement l'application. Telles étaient les appréhensions exprimées par les magistrats et organisations de protection des droits humains au lendemain de l'arrêt précité du 24 novembre 2021, dont elles redoutaient qu'il contraigne à l'abandon des procédures déjà engagées. Il était craint qu'il ferme ainsi la poursuite en France des crimes les plus graves, ce qui aurait constitué un recul sans précédent de notre droit. Près de 85 enquêtes et 79 informations judiciaires en cours poursuivies par le pôle crimes contre l'humanité, crimes et délits de guerre du tribunal judiciaire de Paris étaient susceptibles d'être remises en cause et confiées à d'autres États (v. la note établie par le Procureur général de Paris au 19 octobre 2022 à la demande du Procureur général près la Cour de cassation ; v. l'avis écrit de ce dernier concernant l'arrêt du 12 mai 2023, p. 18).

Mettant un terme à ces incertitudes, la Haute juridiction a consacré une interprétation souple des dispositions de l'article 689-11, par deux décisions du 12 mai 2023. Elle juge, en effet, que la condition de double incrimination est satisfaite dès lors que les faits sous-jacents des crimes contre l'humanité et crimes et délits de guerre sont réprimés dans la législation étrangère, indépendamment de l'élément contextuel propre à ces crimes. Elle précise, par ailleurs, la notion de résidence habituelle en droit pénal, dont elle considère désormais qu'elle peut être établie par un faisceau d'indices. Les décisions du 12 mai 2023 apportent ainsi des clarifications essentielles s'agissant de la possibilité de poursuivre sur le fondement de la compétence universelle des personnes physiques accusées de crimes contre l'humanité ou de crimes et délits de guerre.

La question est toute autre concernant la mise en cause des personnes morales, dont les spécificités n'ont pas toutes été envisagées par les mécanismes assurant la poursuite des crimes internationaux et tendent ainsi à faire obstacle à leurs condamnations. La multiplication des plaintes déposées par des organisations de la société civile à l'encontre de personnes morales participe toutefois à nourrir un contentieux naissant devant les autorités de poursuite françaises. Les évolutions constantes que connaît le droit international pénal, couplées au mouvement croissant de responsabilisation des entreprises, invitent ainsi à interroger si les entreprises étrangères pourraient à l'avenir être mises en cause devant les juridictions françaises, à la lumière des décisions ici commentées.

Outre les aspects ci-après développés, l'Assemblée plénière rappelle qu'il ne peut être exigé du ministère public qu'il vérifie si la Cour pénale internationale a décliné sa compétence lorsque l'État où les crimes ont eu lieu n'est pas un État partie au Statut de Rome. En effet, la Cour ne peut déclinier une compétence qu'elle ne possède pas.

L'Assemblée plénière apporte, par ailleurs, plusieurs précisions s'agissant de la fonction de l'auteur de tortures au sein de l'État étranger. Elle juge en effet que la compétence universelle pour juger des actes de torture prévue par l'article 689-2

du code de procédure pénale concerne uniquement les actes commis par les agents de la fonction publique et les personnes agissant à titre officiel. Ces dernières peuvent toutefois viser une personne agissant pour le compte d'une entité non gouvernementale, lorsque l'entité occupe un territoire et y exerce une autorité quasi gouvernementale.

Le refus d'une compétence universelle verrouillée

La caractérisation de la résidence habituelle satisfaite par la démonstration d'un faisceau d'indices

L'un des apports majeurs des décisions à l'étude concerne la définition de la notion de résidence habituelle de l'auteur du crime de génocide, crime de guerre ou crime contre l'humanité, sur laquelle la Haute juridiction ne s'était encore jamais prononcée. La difficulté de cette tâche tenait à la nature protéiforme et à la spécificité de cette notion.

Parmi les différents régimes de compétence universelle, la condition de la résidence habituelle de l'auteur en France figure exclusivement à l'article 689-11 du code de procédure pénale. Ce fondement ne peut être mobilisé que si la preuve de la résidence de l'intéressé est rapportée par le procureur de la République antiterroriste. Les autres fondements, tels que ceux relatifs aux actes de torture (article 689-2) ou à la corruption (article 689-8), requièrent seulement la « présence » du suspect en France au moment de l'enclenchement des poursuites (Cass. crim., 10 janvier 2007, 04-87.245). Cette condition est en outre satisfaite indépendamment de l'arrestation de l'auteur des faits poursuivis. C'est ainsi qu'Ely Ould Dah, capitaine mauritanien accusé du chef d'actes de torture, a été condamné par contumace par la Cour d'assises de Nîmes en 2005 à 10 ans de réclusion criminelle (cet arrêt de la Cour d'assises de Nîmes a fait l'objet d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a confirmé la compétence de la juridiction française (Cour européenne des droits de l'homme, 5^{ème} section, 17 mars 2009, n° 13113/03)). Il existe donc un déséquilibre flagrant entre le régime de l'article 689-11 et les autres fondements de compétence universelle, dont la condition de présence est établie par une jurisprudence constante et est aisément démontrable par les autorités de poursuite.

Ce déséquilibre a des conséquences pratiques regrettables. En effet, l'exécutant accusé d'actes de torture peut être poursuivi du fait de sa seule présence en France, alors même que son supérieur hiérarchique – responsable d'un plan génocidaire et de l'ensemble des actes – ne serait pas inquiété faute de résidence habituelle en France. Ce paradoxe est manifestement contraire à l'objectif du droit international pénal, lequel privilégie la poursuite des plus hauts responsables et leur réserve un régime plus sévère, sur le fondement de l'article 28 du Statut de Rome. Lors des débats parlementaires de la loi du 9 août 2010, plusieurs sénateurs s'étaient ainsi opposés aux amendements consacrant cette condition, en vain. Ceux-ci ont fait l'objet d'un vote par le Sénat, sans que l'Assemblée nationale ne daigne ensuite modifier le texte. Aux termes du rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, l'exigence de résidence habituelle était nécessaire pour garantir l'existence d'un véritable lien entre la France et la personne poursuivie, un simple passage sur le territoire n'étant pas suffisant (rapport de l'Assemblée nationale n°2517 du 19 mai 2010, fait au nom de la commission des lois par Monsieur Mariani, député). Le champ d'application de la loi pénale repose en effet sur le principe de souveraineté, lequel sous-tend le principe de territorialité prévu à l'article 113-2 du code pénal. Plusieurs auteurs de doctrine ont néanmoins analysé le maintien de cette condition comme visant à écarter purement et simplement la compétence universelle (v. notamment André Giudicelli, « Le critère de la résidence habituelle en droit pénal international », Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage (Daloz 2016), p. 372 ; v. également André Huet, Renée Koering-Joulin et Kevin Mariat, « Fascicule 30 : Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française - Infractions commises à l'étranger » J.-Cl. Procédure pénale, art. 689 à 693 (mai 2022). Ainsi qu'ils le rappellent, « il est peu probable que l'auteur d'un crime international établisse sa résidence en France sachant qu'elle le rendrait justiciable des tribunaux français ».

Il restait donc à définir la « résidence habituelle » telle qu'entendue dans le cadre de l'article 689-11 du code de procédure pénale. Cette notion est présente dans plusieurs branches juridiques, et ne connaît pas de définition uniformisée. A titre d'exemple, le droit international privé prend en compte la volonté d'un époux de s'établir dans un pays s'agissant des contentieux de divorce (Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 2022, n° 21-15.988), alors qu'il l'exclut s'agissant de la garde d'un enfant en matière de responsabilité parentale, en application du règlement européen du Conseil du 27 novembre 2003, dit « Bruxelles II bis ». La notion de résidence habituelle transparaît également dans les dispositions régissant la compétence des juridictions françaises pour juger des faits de « tourisme sexuel » et de terrorisme commis à l'étranger (c. pén., art. 113-13 et 227-27-1).

Dans sa décision du 12 mai 2023, la Cour de cassation indique que le lien de rattachement caractérisant la condition de résidence habituelle peut être établi au moyen d'un faisceau d'indices tels que la durée de la présence, les conditions de l'installation ou encore l'existence de liens familiaux, sociaux, matériels ou professionnels. En l'espèce, l'intéressé arguait que sa résidence principale était établie chez ses parents en Turquie. Les juges du fond avaient cependant considéré qu'il n'était pas exclu qu'il ait une résidence habituelle en France, où il demeurerait dans le cadre d'un séjour universitaire. Il disposait en effet d'une carte d'étudiant et d'une carte de bibliothèque, d'une carte téléphonique française ainsi que d'une carte de transports. Ces éléments étaient ainsi de nature à démontrer qu'il se comportait comme un résident effectif plutôt qu'un touriste. L'Assemblée plénière juge donc que la chambre de l'instruction a justifié sa décision eu égard à la stabilité du séjour de plus de 3 mois, la formation universitaire suivie et les liens sociaux et matériels tissés en France par le mis en examen.

Ce faisant, la Haute juridiction consacre une interprétation souple de la résidence habituelle de l'auteur, semblable à celle adoptée en droit européen. Elle s'oppose en revanche à déterminer avec précision les contours de la définition, laissant une marge d'appréciation plus étendue aux juges du fond.

L'exigence de double incrimination circonscrite aux faits sous-jacents des crimes internationaux

Une autre des contributions essentielles des arrêts du 12 mai 2023 porte sur l'interprétation de la condition de double incrimination exigée par l'article 689-11 du code de procédure pénale. Ainsi que le rappelle l'Assemblée plénière, cette condition est susceptible de recevoir deux interprétations différentes eu égard à la spécificité des crimes contre l'humanité

et des crimes et délits de guerre. En effet, leur caractérisation exige non seulement la réunion d'un élément moral et d'un élément matériel – le crime de droit commun, également qualifié de « fait sous-jacent » –, mais aussi la démonstration d'un élément contextuel. S'agissant des crimes contre l'humanité définis par les articles 212-1 à 213-3 du code pénal, cet élément contextuel prend la forme d'un « plan concerté » exécuté à l'encontre d'une population civile, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique. Les crimes et délits de guerre tels que réprimés par les articles 461-1 à 461-13 du même code doivent quant à eux avoir été commis lors d'un conflit armé et en relation avec ce conflit, en violation des lois et coutumes de la guerre ou des conventions internationales applicables aux conflits armés.

Une première interprétation consiste à exiger que l'élément contextuel soit incriminé dans la législation de l'État où les faits ont été commis. Telle était la solution retenue par la chambre criminelle dans son arrêt en date du 24 novembre 2021 et défendue par certains auteurs de la doctrine.

D'après ces auteurs, l'essence même des crimes internationaux repose sur leur élément contextuel et impose une parité exacte d'incrimination entre les deux législations afin que le principe de légalité des peines puisse être respecté (v. notamment Yves Mayaud, « Pas de crime contre l'humanité sans un plan concerté d'attaque généralisée ou systématique », RCS 2022 51, 15 avril 2022 ; Kevin Mariat, « La compétence universelle peut attendre », AJ pénal 2022, p. 80). La répression des crimes de droit commun dans la législation de l'État étranger serait en conséquence insuffisante pour permettre l'activation de la compétence extraterritoriale des juridictions françaises, les faits poursuivis n'étant pas incriminés dans leur ensemble.

Une seconde interprétation, bien moins rigide et invoquée par la FIDH, se fonde à l'inverse sur la possibilité d'invoquer l'article 689-11 lorsque les seuls faits sous-jacents sont punis dans la législation de l'État étranger. Il existerait en effet une incohérence à ne pouvoir poursuivre les auteurs de ces exactions que sur le fondement des crimes de droit commun, alors même que les auteurs de torture ou de terrorisme, crimes pour lesquels la compétence universelle ne requiert pas d'exigence de réciprocité, seraient punis plus sévèrement. C'est précisément cette lecture que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a entendu consacrer, à l'aune des débats parlementaires de la loi du 9 août 2010 ayant introduit l'article 689-11 dans le code de procédure pénale. Elle retient en effet que le législateur n'a pas envisagé de requérir une identité de qualification et d'incrimination (v. le rapport de l'Assemblée nationale n°2517 fait par Thierry Mariani, préc. ; avis fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, par Nicole Ameline, députée, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 juillet 2009, p. 53). La Cour se fonde également sur une analyse comparée de l'article 689-11 avec l'article 696-3 du code de procédure pénale en matière extraditionnelle. La condition de double incrimination y est exigée dans les mêmes termes, c'est-à-dire par la seule répression de « faits » dans la loi française. Or, en matière d'extradition, la chambre criminelle se satisfait d'une incrimination de ces « faits » dans les deux législations, sans requérir une qualification pénale identique. S'agissant de faits qualifiés de crimes contre l'humanité, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rappelle ainsi que la chambre criminelle se satisfait de l'existence d'infractions de droit commun dans la législation de droit commun, qu'il s'agisse du crime d'assassinat (Cass. crim., 12 juillet 2016, n°16-82.664) ou de la séquestration arbitraire aggravée (Cass. crim., 24 mai 2018, n°17-86.340). Cette interprétation littérale s'impose en conséquence à l'article 689-11 du code de procédure pénale.

Si la pertinence de cette comparaison a pu être questionnée au regard de la différence des deux mécanismes, il doit être rappelé que la compétence universelle, plus encore que l'extradition, justifie une interprétation souple de l'exigence de réciprocité. C'est en effet précisément dans les cas où l'entraide judiciaire internationale ne peut s'appliquer que la compétence universelle prend tout son sens et rend acceptable la remise en cause de la souveraineté d'un État. Faute pour l'État étranger d'être partie au Statut de Rome ou de poursuivre les crimes internationaux qu'il tolère, sinon encourage, la compétence universelle incarne le dernier bastion contre l'impunité de leurs auteurs. Cela est d'autant plus vrai s'agissant des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, que le Préambule du Statut de Rome définit comme « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » et considère qu'ils « menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde ». Tous trois tendent en effet à être considérés comme appartenant au *jus cogens*, norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et que les États acceptent et reconnaissent (v. s'agissant de la définition du *jus cogens*, l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 ; v. également les décisions de la Cour Internationale de Justice (CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda) (3 févr. 2006), para. 64 et 125 ; CIJ, Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)) (3 févr. 2012) para. 89, 92, 93, 95 et suivants). Leur répression s'impose ainsi quand bien même l'État étranger n'en incriminerait que les faits sous-jacents dans sa législation, le principe de légalité ne pouvant être valablement invoqué par les auteurs de ces crimes.

La gravité de ces crimes requerrait ainsi que l'Assemblée plénière adopte une solution différente de l'interprétation restrictive retenue par la chambre criminelle de l'article 689-11 du code de procédure pénale.

Par ses deux arrêts du 12 mai 2023, la Cour de cassation entérine le refus d'une compétence universelle verrouillée s'agissant des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes et délits de guerre. Tout en restituant une certaine cohérence aux engagements des autorités françaises dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, la Haute juridiction ranime les débats relatifs au maintien des conditions cumulatives de l'article 689-11. Leur suppression demeure en effet exigée par les militants des droits humains dont les tentatives répétées en ce sens étaient jusqu'alors demeurées vaines, leurs détracteurs tenants d'un *real politik* y voyant le risque d'une « instrumentalisation » de la France susceptible de nuire à ses relations diplomatiques (rapport de l'Assemblée nationale n°2517 fait par Thierry Mariani, préc.). Le 23 mai 2023, une nouvelle proposition de loi visant à élargir la compétence extraterritoriale des juridictions nationales françaises concernant les infractions visées par le Statut de la Cour pénale internationale a ainsi été enregistrée à l'Assemblée nationale. Elle fait sienne le communiqué conjoint des ministères des Affaires étrangères et de la Justice du 9 février 2022, par lesquels ils s'étaient déclarés « prêts » à faire évoluer la législation française. Soulignant que la France ne peut devenir « un refuge d'impunité pour les criminels internationaux », ni « affaiblir son rôle dans la justice pénale internationale [et] sa crédibilité dans le concert des nations », la proposition de loi tend à supprimer la condition de résidence habituelle et l'exigence de double incrimination. Celle-ci n'est au demeurant requise dans aucune législation similaire à la législation française (v. l'Avis précité concernant l'arrêt du 12 mai 2023 n° 22-80.057 du conseiller rapporteur

p. 37, citant une étude réalisée en juillet 2022 par le bureau du droit comparé du ministère de la justice portant sur 15 pays).

La poursuite incertaine des personnes morales étrangères sur le fondement de la compétence universelle

L'activité des entreprises sous surveillance

S'inscrivant à la suite de l'arrêt dit « Lafarge » de la chambre criminelle en date du 7 novembre 2021 (Cass. crim., 7 sept. 2021, n° 19-87.367, n° 19-87.376, n° 19-87.662 et n° 19-87.036), les deux décisions du 12 mai 2023 nourrissent une actualité jurisprudentielle soutenue en droit international pénal. Si le contexte actuel des crimes perpétrés en Ukraine n'y est pas étranger, les évolutions constantes que connaît cette matière depuis plusieurs années s'expliquent également par une volonté plus globale de renforcer la lutte contre l'impunité. Eu égard aux précisions apportées par les décisions commentées, il est ainsi permis de questionner si des personnes morales seraient susceptibles d'être attirées devant les juridictions françaises dans un futur proche, sur le fondement de la compétence universelle.

Bien que l'engagement de leur responsabilité demeure à ce jour plus difficile que celui des personnes physiques, les entreprises ne sont pas épargnées par l'élan insufflé par la communauté internationale en matière de répression des violations des droits humains. L'importance croissante accordée à l'impact de leur activité s'est traduite au cours des dernières décennies par un mouvement global de responsabilisation des entreprises, qui s'observe tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle régionale et internationale. D'abord initié par la création de codes de conduite au lendemain de l'effondrement de l'immeuble du Rana Plaza au Bangladesh en 2013, ce mouvement s'est rapidement cristallisé à travers la promulgation de normes contraignantes.

Au niveau national, de nombreuses lois ont ainsi été adoptées afin d'imposer aux entreprises un devoir de vigilance, notamment en France, aux Pays-Bas et en Allemagne. La loi française n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance de sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre incarne à cet égard une législation pionnière à caractère civil, renforçant la responsabilisation des entreprises. D'autres pays européens envisagent désormais d'adopter des législations similaires, parmi lesquels l'Autriche, le Danemark, la Finlande, le Luxembourg et la Suède. Cette dynamique se manifeste également au niveau régional par une proposition de directive sur le devoir de vigilance en matière de durabilité publiée par la Commission européenne le 23 février 2022 et s'inspirant du rapport d'initiative législative sur le devoir de vigilance adopté par le Parlement européen le 10 mars 2021. Le texte de la proposition de directive a été adopté le 1er juin 2023 par le Parlement et sera prochainement débattu au cours d'une réunion dite de « trilogue », c'est-à-dire entre les représentants de la Commission, du Parlement et le Conseil de l'Union européenne. Au niveau mondial enfin, une évolution similaire transparaît à travers la mise en place depuis 2014, par le Conseil des droits de l'homme, d'un groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises (Conseil des droits de l'Homme, « Résolution 26/9 sur l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme » A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014).

Les normes ainsi édictées ne permettent toutefois d'engager la responsabilité des entreprises que devant les juridictions civiles. Leur application est en outre sujette à caution au regard de la nouveauté du contentieux. En France, la mise en jeu de la responsabilité des entreprises se fonde ainsi essentiellement sur des cas de manquements à leurs obligations d'adopter et de mettre en œuvre un plan de vigilance, en application des dispositions des articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce. Seuls les mécanismes du droit pénal sont ainsi susceptibles d'être actionnés à l'encontre des personnes morales dont l'activité aurait été associée à la commission de crimes internationaux.

Les obstacles inhérents à la poursuite pénale des personnes morales sur le fondement de la compétence universelle

Le droit international pénal n'a pas été conçu pour permettre la mise en cause de personnes morales. S'il est vrai que le rôle joué par les entreprises a été mis en lumière à plusieurs reprises par les juridictions pénales internationales, celles-ci n'ont jamais été dotées de la compétence pour les poursuivre. Dès 1945, le Tribunal militaire de Nuremberg manifestait ainsi sa préférence pour la poursuite des personnes physiques, les crimes internationaux étant selon ses termes perpétrés par « des hommes et non des entités abstraites » (Tribunal militaire international (Nuremberg), procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, t XXII, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946, Nuremberg, 1949, p. 496.). La communauté internationale s'est fait l'écho de la même réticence dans le cadre de l'élaboration du Statut de la Cour pénale internationale, en refusant la proposition française d'y introduire la responsabilité des personnes morales (commission plénière, groupe de Travail sur les principes généraux du droit pénal, document de travail sur l'article 23, paragraphes 5 et 6, Doc off UN, 1998, Doc NU A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2 (1998)).

Ces difficultés expliquent sans doute la raison pour laquelle les juridictions répressives nationales se sont emparées de la lutte contre l'impunité des personnes morales. Le mouvement de responsabilisation des entreprises trouve en effet une résonance particulière devant ces juridictions, comme l'illustre la démultiplication des plaintes visant des sociétés de droit français. Par un arrêt remarqué du 7 septembre 2021 dans l'affaire dite « Lafarge », la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi établi un précédent jurisprudentiel en entérinant la possibilité de poursuivre une personne morale du chef de complicité de crimes contre l'humanité (Cass. crim. 7 sept. 2021, précité), sur le fondement de la compétence personnelle active (c. pén., art. 113-6). La mise en examen de l'entreprise LafargeHolcim a été confirmée le 18 mai 2022 par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris. Sur le même fondement, d'autres plaintes ont été également déposées en France à l'encontre d'un établissement bancaire, de groupes textiles ou encore d'entreprises d'ingénierie informatique. Une même tendance s'observe à l'étranger, qu'il s'agisse des juridictions britanniques ou encore canadiennes (Anicet Tayo Rodrigue, « La responsabilité des personnes morales dans le projet d'articles de la commission du droit international sur les crimes contre l'humanité », Revue Québécoise de droit international, vol. 33-2, 2020 123-154, pp. 134-135 ; v. notamment United Kingdom Supreme Court (UKSC), Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc v Lungowe and Or (19 avril 2019) 20 ; v. notamment Supreme Court of Canada (SCC), Nevsun Resources Ltd v Araya (28 févr. 2020) 5).

Quoi qu'inédite, la possibilité de poursuivre des personnes morales étrangères sur le fondement de l'article 689-11 doit ainsi être anticipée, sinon questionnée, à l'aune des nouveaux développements apportés par les décisions du 12 mai 2023. En refusant de retenir une interprétation stricte de la double incrimination verrouillant le recours à la compétence universelle à l'encontre de personnes physiques, la Cour de cassation facilite, en effet, la mise en cause des personnes morales établies en dehors du territoire français. Toutefois, le maintien de la condition de résidence habituelle interroge nécessairement la faisabilité de ces poursuites. De toute évidence pensée pour des personnes physiques, son application aux personnes morales est incertaine en l'état du droit et sujette à spéculations ; spéculations peu compatibles avec le principe d'interprétation stricte du droit pénal.

Les organisations de défense des droits humains militent pour que cette exigence soit satisfaite lorsqu'une entreprise exerce en France des activités économiques de manière habituelle, caractéristique d'un lien de rattachement justifiant la compétence universelle des autorités de poursuite. Tel serait notamment le cas si l'entreprise étrangère détient en France un établissement stable. La Cour de justice de l'Union européenne définit cette notion en matière fiscale comme tout établissement autre que le siège « qui se caractérise par un degré suffisant de permanence et une structure appropriée, en termes de moyens humains et techniques, lui permettant de recevoir et d'utiliser les services qui sont fournis pour les besoins propres de cet établissement » (CJUE, *Welmory*, aff. C-605/12, 16 oct. 2014). Les spécificités de l'établissement stable sont ainsi cohérentes avec le faisceau d'indices proposé par l'Assemblée plénière pour caractériser la résidence habituelle, tenant notamment à la durée de la présence ou à l'existence de liens matériels.

Tel pourrait également être le cas lorsque la société mère détient une part non négligeable du capital social de l'une de ses filiales françaises, dépourvue d'indépendance décisionnelle et d'autonomie juridique et financière. Pour mémoire, une personne morale peut en effet se voir imputer le comportement d'une filiale lorsque celle-ci applique pour l'essentiel ses instructions et ne peut ainsi déterminer de façon autonome son comportement sur le marché (CJCE, *Akzo Nobel NV c/ Commission*, aff. n° C-97/08, 10 sept. 2009). Consacré en droit de la concurrence, ce principe a été transposé en droit pénal dans l'affaire dite « Erika ». A cette occasion, la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la responsabilité de la société Total SA pour les faits de pollution involontaire commis par sa filiale établie au Panama, constatant que celle-ci « n'avait aucun effectif, pas de locaux au Panama où elle était immatriculée (...), pas d'autonomie ni juridique ni financière » (Cass. crim., 25 sept. 2012, n°10-82.938, Bull. crim. n°198). L'unité économique de facto des deux sociétés permet ainsi de faire abstraction de la personnalité morale de la succursale afin d'imputer artificiellement ses activités à sa société mère (v. Emmanuel Daoud et Céline Dodeberge, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : fiction ou réalité juridique ? », *AJ Pénal*, Janvier 2010). Partant, il pourrait être argué que la société mère étrangère exerce des activités de manière régulière en France et manifeste le souhait d'y demeurer établie par l'intermédiaire de sa filiale, satisfaisant ainsi l'exigence de résidence habituelle.

A l'heure actuelle, ces considérations ne sont toutefois qu'hypothétiques. Bien moins exigeante que la mise en œuvre de la compétence universelle, la compétence personnelle active n'a pas encore été invoquée afin de condamner une personne morale des chefs de complicité ou recel de crimes internationaux. Seules des mises en examen ont en effet été ordonnées par les magistrats instructeurs dans les affaires précitées, dont il conviendra d'attendre que les instructions prennent fin pour savoir si les entreprises seront renvoyées afin d'être jugées. La portée de la décision dite « Lafarge » doit en outre être tempérée au regard des conditions restrictives par lesquelles la complicité de crimes contre l'humanité a été pour le moment retenue. Le contentieux en cette matière n'étant qu'à ses balbutiements, il importe d'attendre de futures décisions de la Cour de cassation afin d'analyser plus précisément dans quelle mesure des entreprises étrangères pourraient être poursuivies devant les juridictions françaises du chef des crimes précités.

Drusilla Bret-Cunynghame-Robertson, élève avocate

Emmanuel Daoud, avocat associé et Justine Vinet, avocate, au sein du cabinet Vigo

Études concernées

► Responsabilité pénale

© Editions Législatives 2023 - Tout droit de reproduction réservé