



Risque pénal des entreprises françaises pour violation des droits humains à l'étranger

Groupe de travail présidé par **Nicole Belloubet**,
Ancienne ministre de l'Éducation nationale et ancienne garde
des Sceaux, présidente du Club des juristes

Rapporteur : **Didier Rebut**,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

Rapporteur associé : **Hugo Pascal**,
Doctorant, Université Paris-Panthéon-Assas

Décembre 2024



LE CLUB DES JURISTES
COMMISSION RISQUE PÉNAL DES ENTREPRISES
FRANÇAISES POUR VIOLATION DES DROITS
HUMAINS À L'ÉTRANGER
Décembre 2024

Risque pénal des entreprises françaises pour violation des droits humains à l'étranger

Groupe de travail présidé par Nicole Belloubet,
Ancienne ministre de l'Éducation nationale
et ancienne garde des Sceaux, présidente du Club des juristes
Rapporteur : Didier Rebut,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris
Rapporteur associé : Hugo Pascal,
Doctorant, Université Paris-Panthéon-Assas



4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél.: 01 53 63 40 04
www.leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR

SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
La multiplication des poursuites visant des entreprises pour violation des droits humains à l'étranger	7
La France comme laboratoire ?	8
Une nouvelle relation dialectique entre droit pénal et droits humains	9
Une organisation des pouvoirs modifiée : entreprises, société civile et juges	10

PARTIE 1

LES ENTREPRISES AU CENTRE DU JEU	12
1.1 De attentes exigeantes vis-à-vis des entreprises	13
1.2 Un risque géopolitique croissant	17
1.3 Des cadres juridiques hétérogènes	22
1.4 Vers une meilleure définition des chaînes de responsabilité ?	33

PARTIE 2

LA MONTÉE EN PUISSANCE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE	36
2.1 Des moyens d'action pluriels	38
2.2 Une place particulière de la société civile en France	41
2.3 Une exigence : établir des garanties minimales face à l'effectivité des pouvoirs des acteurs civiques	49

PARTIE 3

UNE NOUVELLE PLACE POUR LE JUGE	59
3.1 La responsabilité pénale des personnes morales : une carence du droit pénal international	60
3.2 De nouveaux défis pour le juge national	66

LISTE DES PROPOSITIONS	76
-------------------------------	-----------

ANNEXES	79
----------------	-----------

ANNEXE 1

Liste des poursuites pénales visant des entreprises françaises pour violation des droits humains à l'étranger (sources ouvertes)	80
--	----

ANNEXE 2

Liste des membres de la commission	84
------------------------------------	----

ANNEXE 3

Liste des personnes auditionnées	85
----------------------------------	----



LE CLUB DES JURISTES
COMMISSION RISQUE PÉNAL DES ENTREPRISES
FRANÇAISES POUR VIOLATION DES DROITS
HUMAINS À L'ÉTRANGER
Décembre 2024

INTRODUCTION

LA MULTIPLICATION DES POURSUITES VISANT DES ENTREPRISES POUR VIOLATION DES DROITS HUMAINS À L'ÉTRANGER

En décembre 2018, deux anciens dirigeants d'une usine locale Ford Motor étaient condamnés pénalement à la suite de l'enlèvement et de la torture de 24 employés de l'entreprise pendant la dictature argentine, de 1976 à 1983, « *de manière coordonnée avec l'armée*¹ ». Le 6 décembre 2021, des réfugiés rohingyas aux États-Unis introduisaient une action de groupe contre Facebook, accusant le réseau social d'avoir « *contribué de manière significative au développement et à la diffusion généralisée des discours de haine anti-Rohingya, de la désinformation et de l'incitation à la violence*² ». Ils soutenaient en particulier que Facebook avait conçu son système et les algorithmes sous-jacents de manière à « *les encourager et les former à publier des discours de haine, de la désinformation et des théories du complot de plus en plus extrêmes et scandaleux attaquant des groupes particuliers*³ ». Un autre GAFAM, Google, est poursuivi devant la Cour suprême américaine par la famille de Nohemi Gonzalez, une victime des attentats de Paris en novembre 2015, qui accuse l'entreprise, le propriétaire de YouTube, d'avoir participé à la diffusion de vidéos de propagande de l'État islamique *via* son algorithme de recommandation, par la mise en avant des contenus susceptibles d'inciter à la radicalisation⁴. Enfin, depuis le 5 septembre, les deux principaux dirigeants de la société suédoise Lundin Petroleum comparaissent devant le tribunal de Stockholm, accusés d'avoir aidé et encouragé des crimes de guerre commis au Soudan entre 1997 et 2003, nourrissant les guerres du pétrole au sud du pays⁵.

Ces exemples, choisis parmi de nombreux autres⁶, témoignent à eux seuls d'un mouvement global – et relativement nouveau, au moins dans son ampleur – visant à responsabiliser les entreprises quant aux effets potentiels de leurs activités, spécialement dans le cadre de situations géopolitiques troublées et tout spécialement – sans pour autant s'y limiter – de conflits armés.

1. « Argentina : two ex-Ford executives convicted in torture case », The Guardian, 11 décembre 2018.

2. J. Doe v. Meta Platforms Inc., class action complaint, 6 décembre 2021. Voir en particulier sur ces questions : S. R. Singh, « Move fast and break societies : the weaponization of social media and options for accountability under international criminal law », Cambridge International Law Journal, Vol. 8 N°. 2 (2019), pp. 331-342.

3. *Ibid.*

4. V. Ndior, « L'affaire Gonzalez v. Google : la Cour suprême face aux recommandations YouTube », *Blog du Club des juristes*, 13 mars 2023.

5. H.A. Meyer, « Swedish Prosecution of Corporate Complicity in Sudanese War Crimes », *N.Y.U. Journal of International Law & Politics*, 7 avril 2022 ; « A Stockholm, un procès d'exception pour « complicité de crimes de guerre », *Le Monde*, 5 septembre 2023.

6. Il est proposé en annexe une liste énumérative de contentieux analogues, établie à partir de sources publiques.

LA FRANCE COMME LABORATOIRE ?

Ce nouveau type de contentieux semble connaître deux particularités en France : les procédures visent particulièrement les entreprises elles-mêmes et pas seulement leurs dirigeants et elles ont largement investi le champ pénal. Les poursuites pénales visant des personnes morales pour violation de droits humains à l'étranger⁷ ne sont pas l'apanage des tribunaux français : le conflit syrien en a donné des exemples récents. Le 7 février 2019, le tribunal d'Anvers condamnait trois entreprises flamandes (AAE Chemie Trading, Anex Customs et Danmar logistics) pour avoir expédié 168 tonnes d'isopropanol – servant notamment à synthétiser le gaz sarin – vers la Syrie entre 2014 et 2016 sans avoir obtenu les licences d'exportation rendues nécessaires par un règlement européen de 2012⁸. Dans une affaire aux éléments de fait assez proches, le 14 décembre 2021, un tribunal danois condamnait la société de transport maritime Dan Bunkering et sa société mère, Bunker Holdings, à près de 4 millions de dollars d'amende⁹. La société a été reconnue coupable d'avoir vendu, entre 2015 et 2017, 172 000 tonnes de kérósène destinées à être utilisées en Syrie par l'intermédiaire de sociétés russes, en violation des sanctions édictées par l'Union européenne.

Néanmoins, un contexte historique, sociologique et juridique que nous détaillerons ci-après semble avoir fait de la France un laboratoire dans le cadre des poursuites pénales visant des entreprises pour des faits de violations alléguées de droits humains dans le cadre de leurs activités à l'étranger.

Au premier semestre 2024, 13 procédures pénales (3 enquêtes préliminaires et 10 informations judiciaires) ont été ouvertes en France contre des entreprises pour complicité de crimes contre l'humanité, complicité de génocide, complicité de crimes de guerre, ou encore complicité d'assassinats ou de tentatives d'assassinats, complicité d'actes de torture ou autres peines ou traitement inhumains ou dégradants, complicité de disparition forcée, commis sous forme de financement de groupes ou de régimes criminels, d'acheminement d'armes, ou d'exportation de biens à double usage ayant servi à la commission d'exactions contre des populations civiles et visant des personnes morales ou des dirigeants de personnes morales. Ces affaires concernent diverses zones géographiques comme la Syrie, le Rwanda, la République centrafricaine, le Soudan ou encore l'Égypte.

7. Nous utilisons ici la notion de « droits humains » par référence notamment aux principes des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme (2011) et aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (2011).

8. « Belgian exporters found guilty of sending chemicals to Syria », *Politico*, 7 février 2019.

9. « Danish fuel trader convicted over exports to war-torn Syria », *Reuters*, 14 décembre 2021.

La presse a contribué à donner beaucoup de visibilité à ces procédures : dans un article du 3 juin 2022, *les Échos* s'interrogeaient, par exemple, sur les « Entreprises et crimes de guerre » comme « nouveau champ de bataille des juges¹⁰ ». Au-delà de l'affaire Lafarge – très singulière par la gravité des faits exposés et dont la solution reste encore suspendue à des décisions à venir de la Cour de cassation et des juridictions d'instruction – ce sont plusieurs grandes entreprises françaises qui ont été mises en cause à la faveur notamment de conflits armés qui ont particulièrement marqué l'opinion publique¹¹.

Nous pensons ici, par exemple, aux plaintes qui ont aussi été déposées à la suite de l'invasion russe en Ukraine, à l'image de celle déposée le 13 octobre dernier par Darwin Climax Coalition et Razom We Stand pour « complicité de crimes de guerre » visant le groupe TotalEnergies, depuis classée sans suite par le parquet de Paris pour qui l'infraction était insuffisamment caractérisée, à la plainte déposée par trois ONG pour « complicité de crimes de guerre » contre Dassault, Thalès et MBDA France pour la vente d'armes à l'Arabie saoudite et aux Émirats arabes unis, qui auraient servi contre des civils au Yémen ou encore à la plainte déposée par The Sentry pour complicité de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre après un rapport accusant une filiale du groupe Castel d'avoir soutenu financièrement des rebelles en Centrafrique. De source ouverte, une enquête a été ouverte fin juin 2022.

L'ensemble de ces plaintes est aujourd'hui centralisé auprès du Parquet national antiterroriste (PNAT), créé par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹². Ce parquet, placé sous l'autorité du Procureur de la République antiterroriste, a compétence pour enquêter et poursuivre les faits susceptibles d'être constitutifs de crimes de droit international ainsi que les infractions qui leur sont connexes.

UNE NOUVELLE RELATION DIALECTIQUE ENTRE DROIT PÉNAL ET DROITS HUMAINS

Plusieurs personnes auditionnées dans le cadre des présents travaux identifient, à travers le phénomène décrit, la marque d'une « inévitable révolution juridique ». Il convient à tout le moins de relever un changement profond dans la relation qu'entretiennent droit pénal et droits humains. Comme ont pu le rappeler des auteurs belges¹³, historiquement, les droits humains ont principalement servi de « bouclier » contre les excès potentiels du droit pénal, traditionnellement conçu comme pouvant porter des atteintes majeures aux libertés individuelles et, à ce titre, comme répondant à un principe de subsidiarité vis-à-vis d'autres

10. V. de Senneville, « Entreprises et crimes de guerre : nouveau champ de bataille des juges ? », *Les Échos*, 3 juin 2022.

11. Nous dressons une liste énumérative de ces contentieux en annexe I sur la base de sources ouvertes.

12. Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

13. Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. van Droogenbroeck, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, F.U.S.L., 2007.

branches du droit. De cette conception est née une série d'exigences d'ordre procédural (en assurant un ensemble de garanties liées au droit de chacun à un procès équitable), normatif (en affirmant un principe général de légalité des délits et des peines comme en excluant ou restreignant toute forme d'incrimination portant atteinte aux droits humains) ou relatives à la sanction à travers l'interdiction de toute forme de peine inhumaine ou dégradante incompatible avec le respect fondamental de la dignité humaine.

Cette fonction « humanisante » contre les excès potentiels du droit pénal n'a pas disparu et transparaît encore en jurisprudence, que l'on pense aux décisions rendues par le juge national (y compris constitutionnel) comme par les juges européens. Dans le prolongement des travaux précités, on peut néanmoins observer qu'elle est aujourd'hui concurrencée par une fonction inverse qui transforme cette fois les droits humains en « épée de la répression », contribuant au déploiement et à la légitimation du droit pénal, ainsi qu'à une inévitable « pénalisation des droits fondamentaux¹⁴ ». Il est difficile de ne pas en voir une illustration dans les contentieux précités.

UNE ORGANISATION DES POUVOIRS MODIFIÉE : ENTREPRISES, SOCIÉTÉ CIVILE ET JUGES

Le mouvement rapidement dépeint dessine les traits d'une possible « refondation des pouvoirs¹⁵ » venant parfois concurrencer la trilogie classique des pouvoirs étatiques établie par Montesquieu. Il est en effet devenu assez commun d'observer que la mondialisation s'est réalisée plus vite que les moyens de la gérer. L'absence d'organe international à compétence générale en matière de droits humains ou de protection de l'environnement apparaît de plus en plus en décalage avec une économie globalisée dans laquelle la sphère d'intervention des États reste essentiellement délimitée par leur souveraineté. Il se dessine en réponse de nouveaux rapports de pouvoirs que l'on entrevoit entre acteurs économiques (les entreprises et les entreprises transnationales (ETN) et acteurs civiques (organisations non gouvernementales) d'une part et d'autre part à travers une montée en puissance des juges. L'entreprise évolue dans un monde sans frontière et des attentes différentes, qui se traduisent parfois par de nouvelles formes de responsabilité, y compris juridique, et en particulier pénale, pèsent désormais sur elle.

Parfois en retrait, l'État n'est pas pour autant absent de ces évolutions : à titre d'exemple, le législateur français a adopté des dispositifs parmi les plus exigeants dans le monde en matière de respect par les acteurs économiques des droits humains et de l'environnement, notamment à travers l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017.

14. *Ibid.*

15. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, III, Seuil, 2007.

Mais ce dernier dispositif participe du mouvement décrit : il met à la charge des entreprises la mise en place d'un ensemble de processus destinés à « prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement résultant de ses activités », mais aussi de l'activité des sociétés qu'elle contrôle ou de l'activité des sous-traitants ou fournisseurs¹⁶. Un contentieux civil se développe aujourd'hui à l'initiative d'acteurs de la société civile sur la base des nouvelles obligations nées de ce devoir dont l'étendue doit encore être précisée par le juge.

* *

Le rapport établi par la commission n'entend pas rendre compte d'une situation figée dont les contours seraient déjà parfaitement délimités. La multiplication des poursuites pénales visant des entreprises françaises pour violation de droits humains à l'étranger constitue un phénomène réel dont l'étendue ne pourra être connue que dans le futur, et dont les contours juridiques seront amenés à être précisés par la jurisprudence. Ce qu'on peut néanmoins dès aujourd'hui clairement identifier, c'est la recherche d'un équilibre entre une meilleure prévention des atteintes graves aux droits humains au sein des groupes de sociétés, la nécessaire poursuite des infractions concernées par la violation des droits humains et l'encadrement des actions diligentées par la société civile et les ONGs. Le rapport entend ainsi avant toute chose, sur la base des auditions plurielles réalisées par la commission, mettre en avant un certain nombre de propositions répondant aux attentes comme aux difficultés partagées par l'ensemble des protagonistes concernés par le respect des droits humains dans tout type de situations, y compris celles résultant de la poursuite d'une activité économique à l'étranger. C'est autour de ces protagonistes – les entreprises, la société civile et le juge – que s'articule le présent rapport.

16. L'article 1^{er} de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre prévoit un ensemble de « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

PARTIE 1

LES ENTREPRISES AU CENTRE DU JEU

De nouvelles attentes se matérialisent vis-à-vis des entreprises, invitées à jouer un rôle essentiel dans le respect des droits humains dans le cadre de leurs activités (1.1). Ce rôle apparaît d'autant plus sensible qu'il s'inscrit dans un contexte géopolitique difficile, marqué par la multiplication des zones de conflits au sein desquelles les entreprises françaises sont susceptibles d'intervenir (au premier rang desquels le Moyen-Orient, l'Afrique et aujourd'hui même l'Europe s'agissant du conflit russo-ukrainien) (1.2). Dans le même temps, les contours de la responsabilité pénale des entreprises continuent d'être précisés, révélant d'importantes disparités entre le régime juridique français et ceux de ses voisins (1.3). Au sein de cet ensemble se dégage une priorité : celle d'une meilleure définition des chaînes de responsabilité pour faire correspondre au mieux solution juridique et réalité économique attachée à ce nouveau type d'organisation (1.4).

1.1 Des attentes exigeantes vis-à-vis des entreprises

En 2008, la commission internationale de juristes publiait un rapport relatif aux poursuites pénales visant des entreprises pour complicité de crimes internationaux¹⁷. Pour expliquer l'augmentation des demandes de mise en cause pénale visant des entreprises pour crimes internationaux, les auteurs relevaient avant toute chose la place centrale prise par les entreprises dans nos sociétés du fait d'un contexte de mondialisation et d'interdépendances économiques croissantes : « *Du fait des relations complexes que les entreprises entretiennent aussi bien avec des individus qu'avec des populations locales ou encore les gouvernements, les activités commerciales peuvent avoir, et ont effectivement, un impact incommensurable sur les êtres humains. Certaines entreprises exercent maintenant une influence politique considérable et jouissent d'un pouvoir économique plus important que celui de certains États*¹⁸ ».

À ce titre, les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme recommandent aux États d'établir un cadre juridique pour garantir le respect et la protection de certains droits humains tout au long de la chaîne d'approvisionnement internationale, notamment « *en offrant un recours aux victimes présumées de la criminalité des entreprises*¹⁹ ». Ils insistent également sur le rôle central des entreprises dans l'économie mondiale, en particulier lorsque les États partagent de plus en plus les responsabilités d'ordre gouvernemental avec des acteurs privés (i.e., la fourniture de biens et services publics), et dans des contextes particuliers où l'autorité des États est fragilisée, à l'image des zones de guerre. Ce contexte fait naître de nouveaux risques pour les entreprises,

17. Rapport de la commission internationale de juristes, *Complicité des entreprises et Responsabilité juridique*, 2008.

18. *Ibid*, p. 14.

19. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf

potentiellement sources de responsabilité juridique, y compris pénale. Dans son guide interprétatif sur la responsabilité des entreprises afin de respecter les droits de l'homme, l'ONU précisait que « *les actions des entreprises commerciales, tout comme les actions des acteurs privés, peuvent influer sur la jouissance des droits de l'homme, de façon positive ou négative. Les entreprises peuvent influer sur les droits de l'homme de leurs employés, de leurs clients, des travailleurs de leurs chaînes logistiques ou des collectivités qui gravitent autour de leurs activités. En effet, l'expérience montre que les entreprises peuvent porter atteinte aux droits de l'homme et le font effectivement là où elles n'accordent pas suffisamment d'attention à ce risque et à la façon de le réduire*²⁰ ».

Les termes du débat sont connus : la non-superposition croissante entre des marchés désormais déterritorialisés et des États régulateurs dont la sphère de souveraineté est restée pour l'essentiel circonscrite aux frontières de leur territoire national, a remis en cause la capacité des derniers à répondre seuls – et par leurs voies d'actions traditionnelles – à des défis globaux qu'une nouvelle organisation du monde, post-hégélienne, a rendus aussi essentiels que complexes dans leur traitement²¹. Dans ce contexte, le dépassement de l'injonction friedmanienne faisant de la performance financière l'unique horizon de l'entreprise²² et son investissement dans des domaines qui étaient classiquement réservés aux États sont, déjà hier²³ et de plus en plus aujourd'hui, envisagés comme des conditions nécessaires à leur acceptabilité (*social license to operate*²⁴). Les entreprises sont invitées à ôter les œillères de leur spécialisation pour davantage prendre en compte l'environnement physique, politique et social dans lequel elles s'insèrent et à embrasser des « buts monumentaux²⁵ » auxquels elles se trouvent désormais pleinement associées, à l'image de la protection de l'environnement et du respect des droits humains.

Cette attente n'est pas uniquement celle des pouvoirs publics : elle est d'abord celle d'une société civile devenue le premier promoteur d'une « éthique de la mondialisation » en agrégeant les inquiétudes portées sur les relations de travail, les droits humains ou l'environnement²⁶. Elle est également celle de parties prenantes investies dans ces questions. L'activisme social et environnemental a pris de plus en plus de place au sein de l'activisme actionnarial. Les objectifs de développement durable (ODD) et les questions non strictement financières sont pris en compte de manière croissante par les fonds dans leur stratégie d'investissement

20. ONU, Guide interprétatif « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme », 2011.

21. P. L. Périn et H. Pascal, « La RSE : une mutation des relations entre entreprises et États », *RJSP*, octobre 2020.

22. Cette affirmation ne faisait que reprendre la vision néoclassique aux termes de laquelle l'entreprise ne constitue nullement une organisation mais doit être réduite au producteur, propriétaire des moyens de production qui poursuit logiquement un objectif de maximisation du profit.

23. Voir, par exemple, Howard R. Bowen, *Social Responsibility of the Businessman*, Harper, 1953.

24. A. Sermués, « Why Corporations Can No Longer Avoid Politics », *Time Magazine*, 21 novembre 2019.

25. M.-A. Frison-Roche (dir), *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, coll. « Régulations & Compliance », *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, 2022, 520 p.

26. OCDE, *Responsabilité des entreprises, Initiatives privées et objectifs publics*, p. 35.

si bien qu'au total, 36 % des actifs sous gestion dans le monde font aujourd'hui l'objet d'investissements dits durables²⁷. Les entreprises interrogées insistent aussi sur les attentes fortes de leurs salariés sur ces sujets et sur les difficultés que pourrait rencontrer une entreprise qui n'aurait pas assez intégré ces enjeux pour recruter et fidéliser les talents et les compétences clés nécessaires à son développement.

En pratique, et en raison de leur ubiquité, les entreprises significatives ont été invitées, par la voie de leurs sociétés mères, à établir des politiques et des procédures opérationnelles capables d'intégrer le respect des droits humains tout au long de leur chaîne de valeur et à « *utiliser tout l'effet de levier dont elles disposent par rapport à leurs filiales, sous-traitants et aux autres acteurs de leur réseau de relations commerciales*²⁸ ». *De facto*, à la faveur de différents dispositifs d'autorégulation ou d'origine légale, la logique de mise en conformité s'est inversée en passant d'une vérification *a posteriori* des obligations à un contrôle *a priori* s'accompagnant d'un plan et d'un ensemble de mesures destinées à en assurer la mise en œuvre. Les dispositifs de compliance n'ont cessé de se renforcer dans les entreprises depuis 2016, investissant des champs toujours plus larges (corruption, blanchiment d'argent, sanctions, mais aussi droits humains et environnement). Le devoir de vigilance se réfère, dans son exposé des motifs, aux principes des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme et aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales afin de mieux dessiner les contours des droits humains visés. Les principes des Nations unies, conformément au cadre de référence « Protéger, respecter et réparer », définissent le rôle dévolu aux entreprises : celles-ci doivent respecter et mettre en œuvre, dans toutes leurs activités, les principaux droits humains reconnus par la Charte internationale des droits de l'homme.

Les nouveaux risques décrits dans ce rapport appellent, selon la même logique, à un renforcement des instruments dits de compliance visant à favoriser la détection et le traitement des risques d'atteintes aux droits humains en s'inspirant des mécanismes de prévention prévus par la loi relative au devoir de vigilance et, avant elle, par la loi Sapin II. Il s'articule autour de l'identification, la hiérarchisation et l'atténuation des risques, en premier lieu au moyen d'outils adaptés de cartographie et d'analyse.

Cette prévention ne saurait être pleinement utile sans l'accompagner (i) d'un système efficace de contrôle de l'effectivité des mesures, à travers la mise en œuvre de systèmes d'alertes ouverts et agiles d'une part et de programmes d'audits d'autre part, mais aussi (ii) de gouvernance et (iii) de sensibilisation et de pédagogie.

27. Global Sustainable Investment Alliance Trends, Report 2020. L'investissement durable est défini dans cette étude comme celui qui « prend en compte les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans la sélection et la gestion des portefeuilles ».

28. J. Ruggie, « Entreprises et droits de l'homme : vers un programme européen d'action commun », *Revue européenne du droit*, septembre 2020.

La transversalité du sujet implique l'élaboration d'un *système de gouvernance* composé de représentants de diverses directions stratégiques de l'entreprise (de la conformité, des achats, de l'engagement, juridique, etc.), capable de recenser les risques et leurs remèdes et de concentrer l'information pour dégager des pratiques universellement applicables. Un tel comité pourrait également détenir comme prérogatives de superviser la rédaction des normes internes, contraignantes, parmi lesquelles une politique consacrée à la préservation des droits humains, et de veiller à la cohérence entre les divers documents et déclarations de référence.

Pour être pleinement efficace, la prévention des risques d'atteintes aux droits humains ne saurait se concevoir sans comprendre, cumulativement, des programmes de sensibilisation et d'acculturation aux enjeux liés aux risques afférents ainsi qu'aux normes et aux engagements de l'entreprise. Cette indispensable pédagogie interne à l'entreprise doit être couplée avec la création d'instances de dialogue ouvertes à l'ensemble des parties prenantes externes à l'entreprise. Ce dialogue est également nécessaire au niveau sectoriel afin de permettre aux entreprises de dégager des pratiques de place.

Il est également recommandé de poursuivre les interactions et les efforts de formation auprès des magistrats pour permettre des échanges éclairés sur la réalité pratique de la mise en œuvre des nombreuses exigences normatives qui s'imposent à l'entreprise et à ses dirigeants.

PROPOSITION 1

Renforcer les instruments de compliance à l'intérieur des entreprises pour favoriser la détection et la prise en compte d'éventuels risques d'atteinte aux droits humains : outils spécifiques de cartographie de risques, d'alerte, de contrôle, de formalisation de politiques dédiées en matière de protection des droits humains.

1.2 Un risque géopolitique croissant

Les entreprises interrogées semblent avoir profondément intégré au titre de leurs risques un facteur géopolitique, se matérialisant notamment par la dégradation de leurs conditions d'opération liée à une menace de fragilisation d'un État ou de ses autorités légitimes, à la survenance d'un conflit à l'intérieur d'un pays ou entre des pays au sein desquels elles exercent une activité. La « géopolitique » ou « l'évolution du monde » figure ainsi parmi les facteurs de risques identifiés par les entreprises qui, s'ils se matérialisaient, pourraient avoir un effet significativement défavorable sur leur activité, leur situation financière, leur réputation, leur soutenabilité ou leur cours en Bourse.

À titre d'exemple, le document d'enregistrement universel de TotalEnergies mentionne qu'une part importante des activités de l'entreprise est « *située dans des zones géographiques ou pays stratégiques susceptibles d'être confrontés à une instabilité politique, géopolitique, sociale et/ou économique. Certains de ces pays ou zones ont connu, au cours des dernières années, à des degrés divers, de telles situations d'instabilité. Qu'elles apparaissent de manière isolée ou de façon combinée, ces situations sont susceptibles de perturber les activités économiques et commerciales de TotalEnergies dans les pays ou zones géographiques concernés*²⁹ ».

La banque BNP Paribas reconnaît, quant à elle, dans des termes plus généraux que « *du fait du périmètre géographique de ses activités* », le groupe est « *exposé au risque-pays et à l'évolution des contextes politiques, macroéconomiques ou financiers d'une région ou d'un pays*³⁰ ».

Enfin, pour le groupe du secteur de la grande distribution Carrefour, l'évolution de la « situation économique, politique et sociale des pays » figure parmi les 14 principaux risques retenus dans la cartographie des risques proposée par l'entreprise dans son dernier document d'enregistrement universel³¹. Ce risque, à la probabilité nette qualifiée d'« élevée », est signalé comme un risque dont la réalisation pourrait entraîner un impact réputationnel « élevé » ainsi qu'un impact financier « fort ».

29. Document d'enregistrement universel 2021, TotalEnergies, p. 125.

30. Document d'enregistrement universel 2021, BNP Paribas, p. 317.

31. Document d'enregistrement universel 2022, Carrefour, p. 279.

Catégorie	Risque	Évol. vs. 2021	Impact Financier	Impact Réputation	Probabilité Nette	
Environnement économique, politique et social	Environnement inflationniste ☘	↗	★★★	★★	★★★	
	Situation économique, politique et sociale des pays	~	★★★	★★	★★	
	Pression concurrentielle	↘	★★	★	★★★	
Gouvernance, lois et réglementations	Réglementation applicable à la grande distribution	↗	★★★	★★★	★	
	Pression et instabilité de la réglementation fiscale et sociale	~	★★	★★	★	
Opérations	Adéquation du modèle commercial (Retail)	~	★★	★★	★★★	
	Image Carrefour	↘	★	★★★	★★	
	Disponibilité des produits en magasin ou en ligne ☘	↗	★★	★★	★★★	
	Adéquation du modèle commercial (Services Financiers)	↗	★★	★★	★★	
	Sécurisation du développement de l'e-commerce	↗	★	★★	★★	
	Sous-performance des SI et cybercriminalité	~	★★	★★	★	
	Attraction et rétention des talents Δ	~	★	★	★★★	
	Qualité, conformité et sécurité des produits Δ	~	★	★	★★	
	Chaîne d'approvisionnement responsable Δ ☘	~	★	★★	★	
↗ Augmentation			~ Stable		↘ Baisse	
Modéré ★		Élevé ★★		Fort ★★★		

► Cartographie des risques, document d'enregistrement universel 2022, Carrefour, p. 279.

Ce risque géopolitique se renforce à la faveur d'une fragmentation du monde de plus en plus visible mais aussi, comme nous venons de l'évoquer, par la nouvelle place qu'occupent les entreprises, parfois malgré elles, comme objets, voire comme sujets de la politique internationale.

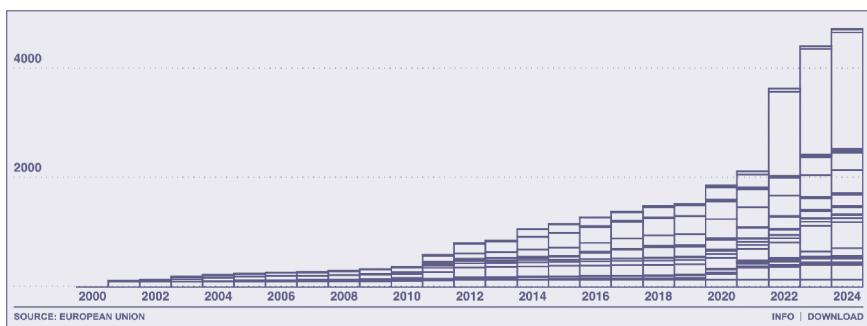
À ce titre, la guerre qui ravage l'Ukraine depuis plus de neuf ans, et en particulier depuis l'agression du 24 février 2022, constitue l'un des derniers exemples du rôle central qu'occupent les acteurs économiques dans nos sociétés et parfois dans le cadre d'un conflit ou d'un contexte (géo)politique troublé.

Ce rôle central se traduit en particulier par les politiques de sanctions économiques, ces dernières s'étant imposées comme l'instrument privilégié de la politique étrangère européenne³². Elles impactent directement la vie des entreprises occidentales, parfois jusqu'au retrait

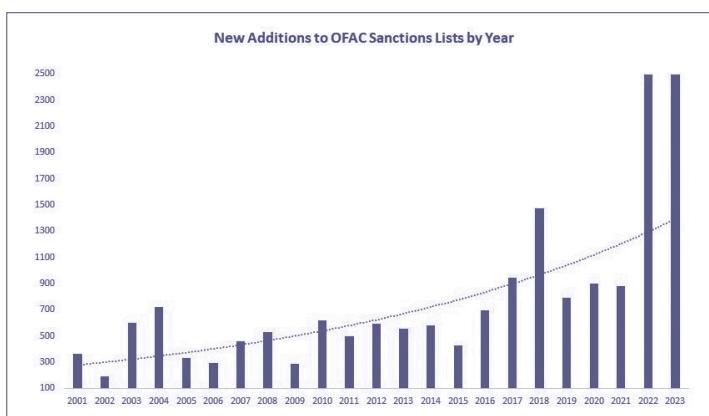
32. Voir l'étude réalisée par R. Bloj, « Les sanctions, instrument privilégié de la politique étrangère européenne », Policy Paper, Question d'Europe, 31 mai 2021, n° 598. Pour une approche historique, voir l'ouvrage de N. Mulder, *The Economic Weapon. The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*, Yale University Press, 2022.

de certains pays, comme en ont témoigné les contextes iranien, russe ou myanmarais. Pas moins de 14 « paquets » de sanctions ont été adoptés depuis février 2022 en réponse à l'invasion russe en Ukraine, ces sanctions venant s'ajouter à celles adoptées en 2014 à la suite de l'annexion de la Crimée, chaque paquet amplifiant les précédentes mesures, non seulement en allongeant la liste des personnes et entités sanctionnées, mais aussi en ciblant de nouvelles activités, en mettant en œuvre de nouveaux types de restrictions et en étendant leur champ d'application.

Les sanctions comprennent aussi bien des interdictions de travailler ou de commercer avec certaines personnes et entités russes que des restrictions en matière d'investissements, de financements, d'exportations et de réexportations de certains biens vers la Russie.



► Union européenne : évolution du nombre de régimes de sanctions (préexistantes et nouvelles)
 Source : EU Sanctions tracker : <https://data.europa.eu/apps/eusancionstracker/>



► États-Unis : évolution des annonces annuelles de sanctions par l'OFAC (Office of Foreign Assets Control)

Source : Gibson Dunn, 2023 Year-End Sanctions and Export Controls Update

Au-delà des régimes de sanctions, les activités d'une entreprise, et parfois même sa seule présence dans un pays donné, ont pu faire l'objet de discussions nourries sur la possibilité juridique – et même éthique ou morale – de conserver une activité économique dans un pays en crise, sans d'ailleurs que le respect d'un cadre strictement juridique ou réglementaire soit aujourd'hui perçu par tous comme suffisant pour « fixer les bornes de l'autorisé et de l'interdit ».

La situation est d'autant plus problématique que les entreprises interrogées insistent sur le caractère parfois difficilement prévisible de la survenance comme de l'ampleur d'incidents liés à l'instabilité politique, géopolitique, économique, sanitaire ou sociale dans certaines zones géographiques ou pays stratégiques. Pour faire face à cette difficulté, de grandes entreprises transnationales se sont dotées de comités chargés en interne d'identifier ou d'analyser de manière prospective la possibilité qu'un tel événement se produise et le cas échéant les conséquences de toute nature qui en résulteraient pour l'entreprise en question. Cela se traduit soit par la création d'un organe *ad hoc* cumulativement avec les unités locales et opérationnelles, soit par l'organisation d'une remontée efficace de l'information directement auprès de ces dernières.

Les pouvoirs publics doivent davantage accompagner les entreprises pour faire face à ces nouveaux risques. Au-delà de la célébration des investissements, la diplomatie économique devrait appuyer les entreprises sur la durée, en déployant des services nouveaux, notamment pour résoudre les difficultés qu'elles sont susceptibles de rencontrer à l'étranger.

L'appréciation fine du risque-pays, notamment au regard de la solidité de l'État de droit et des violations des droits humains, s'avère essentielle, tant il est vrai qu'au concept de biens à double usage répond celui de pays à double visage.

Un exemple vertueux peut être trouvé en Allemagne : un plan d'action national Économie et droits de l'homme, adopté par le gouvernement fédéral le 21 décembre 2016, est venu créer une responsabilité (« *Sorgfaltspflicht* », l'équivalent du *duty of care* en anglais) des entreprises allemandes pour le respect des droits de l'homme en Allemagne et à l'étranger sur la base des Principes directeurs des Nations unies promulgués en 2011. Parallèlement à ses nouvelles obligations, le gouvernement fédéral allemand a entendu donner un cadre clair et fiable pour les entreprises. Les ambassades allemandes sont associées à l'obligation d'information et de conseil auprès des entreprises allemandes actives à l'étranger en construisant des réseaux d'information et de conseil sur place (Chambre de commerce allemande AHK, GTAI Germany Trade and Invest, la GIZ Société allemande pour la coopération et le développement, équivalent de l'AFD française, la KfW Agence de crédit pour la reconstruction, équivalent de OSEO, notamment car elle finance certains prospects export).

Ces structures pilotées par les ambassades peuvent offrir aux entreprises allemandes :

- (i) des conseils et informations sur le Plan d'action national (PAN), la situation des droits humains dans le pays et la législation locale applicable ;
- (ii) des offres de formations et d'informations sur place au sujet du PAN et les Principes directeurs des Nations unies ;
- (iii) des explications sur des programmes de soutien ;
- (iv) l'organisation d'événements sur le PAN et les Principes directeurs des Nations unies à l'étranger ;
- (v) la création de plateformes de dialogue entre entreprises allemandes (« peer learning ») ;
- (vi) l'organisation de contacts, par exemple avec des ONG, associations, syndicats, autorités locales.

Le ministère des Affaires étrangères allemand a également créé une *taskforce* interservices qui travaille étroitement avec les postes diplomatiques pour aider à la mise en œuvre de cette stratégie.

Le gouvernement français pourrait s'inspirer de telles initiatives pour mieux informer et accompagner les entreprises françaises dans le cadre de ses missions de diplomatie économique.

PROPOSITION 2

Pour faire face à un risque géopolitique croissant, la commission recommande, dans le cadre d'une extension des missions de la diplomatie économique, de :

- 1. Renforcer et partager l'analyse en amont des vulnérabilités spécifiques (pays cibles/thématiques) de nos entreprises dans le contexte des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises :**
 - (i) du développement d'une *taskforce* dédiée avec MINEFI, MEAE, DGSE, DGSI, CNDA ;
 - (ii) d'une liaison régulière à renforcer avec les comités chargés de la diplomatie économique dans les ambassades.
- 2. Renforcer et partager la veille active sur les menaces particulières dans les pays étrangers d'intérêt pour nos entreprises (incluant les risques liés aux violations des droits humains et analyse connexe du contexte concurrentiel), notamment à travers :**
 - (i) des sessions spécifiques par pays cible de la *taskforce* avec apports MEAE, DGSE ;
 - (ii) d'une liaison régulière avec les comités chargés de la diplomatie économique dans les ambassades.

3. Au niveau européen, demander au Centre de Situation du SEAE d'examiner (échanges entre services de renseignement) une fois par an les menaces principales pouvant peser sur les entreprises multinationales européennes pour leurs activités à l'étranger, y compris pour violation des droits humains (pays d'attention particulière/thématiques/domaines d'activité des entreprises particulièrement menacés).
4. Alerter en temps réel les entreprises informées sur les circonstances susceptibles d'impacter leur activité.

1.3 Des cadres juridiques hétérogènes

La responsabilité pénale des personnes morales reste aujourd'hui essentiellement définie par le droit national de chaque État. À cet égard, le champ et le régime de la responsabilité pénale des entreprises en droit interne font de la France un pays dans lequel l'engagement de la responsabilité pénale d'une entreprise est une possibilité réelle démontrée à l'occasion de récents contentieux (1.3.1). Ce cadre juridique français contraste avec ceux de certains de nos voisins ou partenaires économiques où les mécanismes de responsabilité pénale des entreprises sont parfois moins ambitieux ou même inexistant (1.3.2).

1.3.1 Champ et régime de la responsabilité pénale des entreprises en droit français

Comme a pu l'énoncer avant nous Mme Juliette Lelieur dans un rapport récent, au moins « *à première vue, le droit pénal français semble favorable à la poursuite des entreprises pour des violations internationales des droits de l'homme*³³ ».

Le Code pénal de 1810 avait été conçu exclusivement pour « *des personnes humaines faites de chair et d'esprit, dotées d'un sexe, capables d'une action physique sur autrui ou sur le monde extérieur, sujettes aux faiblesses de l'enfance, de la vieillesse et de la maladie et pourvues de conscience*³⁴ ». Le Code pénal de 1992, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, rompt avec ce principe et prévoit la responsabilité pénale des personnes morales. L'article 121-2 du Code pénal (ci-après « CP ») dispose que « *les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants* ». Toutes les personnes morales de droit privé ayant la personnalité morale sont visées par le texte qu'elles aient pour but

33. J. Lelieur, « French Report on Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law » in *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law : Jurisdictional Issues* (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 juin 2018), dir. S. Gless et S. Broniszewska-Emdin.

34. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., Éditions Cujas, 1997, n° 637.

la recherche de profits ou non (sociétés civiles ou commerciales, regroupement d'intérêt économique, associations, fondations, syndicats ou partis politiques) de même que les personnes morales de droit public (les établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements) ne sont responsables que pour les infractions commises dans l'exercice des activités susceptibles de faire l'objet de délégation de service public). Depuis l'abandon du principe de spécialité par la loi du 9 mars 2004³⁵, cette responsabilité couvre presque toutes les infractions pénales³⁶, y compris celles prévues ailleurs que dans le Code pénal, que l'on pense notamment au Code du travail, au Code de l'environnement ou au Code de la consommation.

À cette reconnaissance générale d'un principe de responsabilité pénale des personnes morales s'ajoute l'étendue de la compétence (et de la pluralité possible des compétences pénales) reconnue aux juridictions pénales françaises en matière de crimes internationaux³⁷. La compétence pénale des juridictions pénales françaises pour connaître de la violation des droits humains commise à l'étranger par les entreprises multinationales françaises est, par hypothèse, susceptible d'être fondée sur la compétence personnelle active de la loi pénale française (i), mais aussi sur sa compétence territoriale (ii).

i) Sur la compétence personnelle active de la loi pénale française

A priori, la violation des droits humains à l'étranger par une entreprise multinationale française relève de la compétence personnelle de la loi pénale française prévue par l'article 113-6 du Code pénal suivant lequel : « *la loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ».

Cet article prévoit les conditions de la compétence de la loi pénale française aux faits commis à l'étranger par un Français. Cette compétence de la loi pénale française entraîne celle des juridictions pénales françaises en application du principe dit de solidarité des compétences législatives et judiciaires. Ce principe signifie que la loi pénale est appliquée par les juridictions pénales de l'État dont elle émane de la même façon que les juridictions pénales d'un État n'appliquent que les lois pénales de celui-ci. Ce principe découle de la nature de droit public des lois pénales, qui les rattache aux institutions publiques de l'État en cause.

Certes, les termes de l'article 113-6 du Code pénal ne semblent viser que les personnes physiques de sorte qu'on pourrait s'interroger sur

35. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

36. Sont exclus les crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication régi par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

37. Voir D. Rebut, *Droit pénal international*, 4^e édition, Dalloz, 2022.

l'application de la compétence personnelle active aux personnes morales. Mais un arrêt du 9 novembre 2004 a été interprété comme ayant admis cette application aux personnes morales³⁸. On peut aussi considérer que la question de l'application de la compétence personnelle active aux personnes morales a été tranchée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « loi Sapin 2 » et par l'ordonnance n° 2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal. Celles-ci prévoient des cas de compétence personnelle active qui sont assurément applicables aux personnes morales. Ces cas apparaissent comme une mise en œuvre particulière de la compétence personnelle active prévue par l'article 113-2 du Code pénal. Aussi ne fait-il pas de doute que l'article 113-6 du Code pénal est applicable aux personnes morales immatriculées en France³⁹.

Cette compétence emporte l'application de la loi pénale française aux violations de droits fondamentaux à l'étranger par des entreprises multinationales françaises, dès lors qu'elles correspondent à des crimes et des délits définis par la loi pénale française. C'est par rapport à la loi pénale française que ces violations doivent être qualifiées, puisque leur poursuite intervient, par hypothèse, devant les juridictions pénales françaises.

Compte tenu des dispositions de l'article 113-6 du Code pénal, il apparaît donc que la loi pénale française est compétente dès lors que la violation des droits humains à l'étranger constitue un crime en droit pénal français. Cela est le cas évidemment pour le génocide, les autres crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le crime de disparition forcée et le crime de torture.

L'application de la loi pénale française aux violations constitutives de délits est subordonnée à une condition de double incrimination qui requiert que cette violation soit aussi incriminée par la loi pénale de l'État où cette violation a été commise. Cette compétence n'a pas à s'appliquer à un délit qui n'est pas puni par la loi pénale étrangère territoriale parce que ce délit n'a pas gravement porté atteinte à l'ordre public de l'État en cause. Dans cette hypothèse, il incombe au ministère public de rapporter la preuve de cette double incrimination.

Cette condition de double incrimination s'applique aux violations de droits humains constitutives de délit en France comme la discrimination⁴⁰, les délits de guerre⁴¹ et les délits environnementaux parmi lesquels la pollution⁴². Ces délits entrent dans la compétence de la loi pénale française à la condition que les faits soient punis par la loi de l'État où ils ont été commis.

38. Cass. Crim., 9 nov. 2004, n° 04-81.742, Bull. crim., n° 274.

39. D. Rebut, *Droit pénal international*, 4^e édition, Dalloz, 2022, n° 149.

40. Art. 225-1 du Code pénal.

41. Livre quatrième bis du Code pénal.

42. Voir, par exemple, l'art. L. 432-2 du Code de l'environnement.

Il existe des délits pour lesquels la condition de double incrimination est écartée. C'est le cas pour plusieurs infractions en matière de défense nationale⁴³ (délits en matière d'armes chimiques, délit relatif aux mines antipersonnel⁴⁴) ou pour les délits de traite des êtres humains⁴⁵. Ces dérogations sont destinées à empêcher que la répression des faits en cause ne puisse être empêchée par leur absence d'incrimination par le droit étranger. Elles doivent être expressément prévues par l'incrimination en cause.

L'une des conséquences de la poursuite en application de la compétence personnelle active est la mise en œuvre sans limite du principe *Ne bis in idem*. L'article 113-9 du Code pénal dispose ainsi que : « *Dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite.* »

Il en découle que la compétence personnelle active est empêchée du seul fait qu'un jugement a été rendu à l'étranger pour les mêmes faits. C'est une différence avec la compétence territoriale qui ne donne pas pareille portée au principe *Ne bis idem*, sauf dans des cas exceptionnels.

ii) *Sur la compétence territoriale de la loi pénale française*

La compétence territoriale n'est *a priori* pas applicable à la violation des droits humains à l'étranger par des entreprises multinationales françaises, puisqu'elle suppose un fait commis sur le territoire français⁴⁶. Cette violation à l'étranger n'est cependant pas exclusive de l'application de la compétence territoriale.

La compétence territoriale peut s'appliquer, d'une part, quand un fait commis en France peut être considéré comme participant matériellement à la violation commise à l'étranger. L'article 113-2, alinéa 2, du Code pénal dispose que « *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* ». Il en découle qu'une infraction entre dans le champ de la compétence territoriale lorsqu'un fait, qui lui est intégré matériellement, a été commis en France. La jurisprudence applique cette disposition d'une façon extensive et localise une infraction en France dès qu'un fait ayant participé à sa commission y a été commis, sans qu'il importe que ce fait corresponde à un élément constitutif *stricto sensu* de l'infraction en cause. Cela peut être, par exemple, la prise de décision d'un fait commis à l'étranger ou la survenance en France de ses conséquences. En tout état de cause, la constatation en France d'un fait prenant place dans le schéma de commission d'une infraction commise à l'étranger est susceptible de localiser cette infraction en France.

43. Art. L. 2342-81 du Code de la défense.

44. Art. L. 2343-2 du Code de la défense.

45. Art. 225-4-8 du Code pénal.

46. Voir l'art. 113-2, al. 1^{er} du Code pénal.

La compétence territoriale s'applique encore, d'autre part, quand un fait commis en France est indivisible d'une infraction commise à l'étranger. La chambre criminelle considère ainsi que « *la juridiction française est compétente pour connaître des faits commis à l'étranger [...] dès lors que ces faits apparaissent comme formant un tout indivisible avec des infractions réalisées en France*⁴⁷ ». La question se pose de la définition de ce lien d'indivisibilité qui a pour effet d'appliquer la compétence territoriale à une infraction intervenue à l'étranger. La chambre criminelle l'a entendu comme un « *rappart mutuel de dépendance* » et un rattachement « *par un lien tellement intime que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres, l'ensemble formant un tout indivisible*⁴⁸ ».

Cette jurisprudence peut fonder l'application de la compétence territoriale à un fait commis à l'étranger à la double condition (i) qu'il soit lié matériellement à une infraction commise en France et (ii) que ce fait constitue en lui-même une infraction. La violation de droits humains à l'étranger pourrait ainsi être considérée comme ayant été commise en France, dès lors qu'une infraction commise en France serait considérée comme étant indivisible avec elle.

La compétence territoriale de la loi pénale française peut enfin intervenir en application de l'article 113-5 du Code pénal quand les faits en cause relèvent de la complicité et qu'ils ont été commis en France. C'est l'hypothèse de la complicité en France d'une infraction commise à l'étranger, laquelle fait précisément l'objet de l'article 113-5.

*

Ces conditions remplies, une entreprise peut être reconnue pénalement responsable comme auteur (i) ou comme complice (ii) d'une infraction.

(i) Responsabilité pénale comme auteur

En tant qu'auteur, les personnes morales de droit français sont susceptibles d'être poursuivies en application de la loi pénale française (i) pour les infractions commises en France pour leur compte par leur organe ou représentant (CP, art. 113-2 ; compétence territoriale) et (ii) pour les crimes commis à l'étranger pour leur compte par leur organe ou représentant et pour les délit commis à l'étranger pour leur compte par leur organe ou représentant quand ces délit sont aussi incriminés par la législation du pays en cause (CP, art. 113-6 ; compétence personnelle active).

Appliquées aux entreprises multinationales de droit français, ces solutions ont pour conséquence qu'elles sont responsables pénalement comme auteur : (i) des infractions commises pour leur compte en France par leur organe ou représentant ; (ii) des crimes commis pour leur compte

47. Cass. Crim. 23 avr. 1981, n° 79-90.346 et 79-90.489.

48. Cass. Crim. 31 mai 2016, n° 15-85.920.

à l'étranger par leur organe ou représentant et des délits commis pour leur compte à l'étranger par leur organe ou représentant quand ce délit est aussi puni par la législation de l'État où il a été commis.

A priori, la responsabilité pénale pour violation des droits humains à l'étranger devrait être localisée à l'étranger et ne pas relever de l'article 113-2 du CP pour la responsabilité pénale comme auteur. Mais il faut rappeler que l'article 113-2, alinéa 2, du CP prévoit qu'une infraction est localisée en France quand un de ses faits constitutifs y est commis. Cette disposition est mise en œuvre d'une façon extensive par la jurisprudence qui considère qu'une infraction est considérée comme commise en France dès lors qu'une de ses composantes, même non substantielle, y est intervenue. Aussi est-il possible qu'une atteinte aux droits humains commise à l'étranger soit localisée en France parce qu'une de ses composantes y serait intervenue (v. ci-dessus).

(ii) Responsabilité pénale comme complice

La responsabilité pénale d'une entreprise multinationale de droit français pour violation des droits humains à l'étranger est susceptible d'être engagée comme complice quand cette violation est le fait d'auteurs qui n'en sont pas des organes ou des représentants ou d'une filiale susceptible d'être qualifiée de « véhicule juridique ». Dans cette hypothèse, l'entreprise multinationale de droit français est susceptible d'être considérée comme complice de cette violation pour des faits commis par ses organes ou représentants ayant apporté aide et assistance aux auteurs de la violation ou pour des faits commis par sa filiale ayant apporté aide et assistance à ces auteurs. Ce deuxième cas est celui de l'affaire Lafarge, analysée ci-après, où la société mère est mise en examen en tant que complice pour des faits commis par sa filiale. La Cour de cassation a ainsi expressément énoncé que le financement de Daech était le fait de la société mère « via des filiales ». Le motif réduit l'intervention de la filiale à une simple représentation de la société mère qui justifie de lui imputer le fait en cause comme complice.

Dans cette hypothèse, la responsabilité pénale de l'entreprise multinationale de droit français relève de l'article 113-5 du CP dont les termes sont les suivants :

« 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.

Elle est également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus au Livre II. »

Il en ressort qu'un acte de complicité en France d'une infraction commise à l'étranger est punissable aux conditions suivantes : (i) la commission à l'étranger d'un crime ou d'un délit quand ces crimes et délits sont aussi punis par la législation étrangère et ont été constatés par une décision définitive de la juridiction étrangère ; (ii) la commission à l'étranger d'un crime prévu par le Livre II du CP sans qu'il importe qu'il ne soit pas puni par la législation étrangère et n'ait pas été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère.

Les crimes prévus par le Livre II du CP intègrent le génocide, les crimes contre l'humanité, le crime de torture et celui de disparition forcée. Les actes de complicité de ces crimes peuvent donc être poursuivis en France sans condition de double incrimination et de constatation définitive par une juridiction étrangère. En revanche, la complicité de crimes de guerre ne peut être poursuivie qu'à ces conditions puisqu'ils sont prévus par le Livre IV du CP.

Il en résulte que l'entreprise française poursuivie comme complice d'un crime commis à l'étranger est subordonnée à la condition de double incrimination de ce crime et à une condition de constatation définitive par une juridiction étrangère pour les crimes autres que ceux définis au Livre II du CP. On peut penser que la condition de double incrimination fera l'objet d'une interprétation souple la limitant à une incrimination des faits à un titre quelconque sur le modèle de l'interprétation de la condition de la double incrimination prévue par l'article 689-11 du CPP⁴⁹. Il n'empêche que la compétence pour la complicité de crimes autres que ceux du Livre II du CP – ce qui est le cas des crimes de guerre – se heurte à un obstacle très fort dans la condition de constatation définitive par une juridiction étrangère.

*

Les contours de l'engagement de la responsabilité pénale continuent d'être précisés par la jurisprudence, et particulièrement par la chambre criminelle de la Cour de cassation comme l'illustre aujourd'hui l'affaire Lafarge en Syrie. Dans cette affaire singulièrement grave, le cimentier, qui avait fait construire une cimenterie dans le nord de la Syrie, était accusé par deux ONG (Sherpa et l'ECCHR) d'avoir, via sa filiale locale, versé plusieurs millions de dollars à l'organisation de l'État islamique pour faciliter le franchissement de checkpoints par ses employés, mais aussi d'avoir acheté des matières premières provenant de carrières contrôlées par le groupe terroriste et enfin d'avoir vendu du ciment à des distributeurs en lien avec les djihadistes. Le 28 juin 2018, Lafarge est devenue la première entreprise mise en examen des chefs, notamment, de complicité de crimes contre l'humanité, financement d'entreprise terroriste, mise en danger de la vie d'autrui, sur réquisitions conformes du ministère public.

⁴⁹ Cass. Ass. plén., 12 mai 2023, n° 22-80.057 et 22-82.468.

Par quatre arrêts du 7 septembre 2021, la chambre criminelle de la Cour de cassation est revenue sur l'annulation, par les juges de la Cour d'appel de Paris, de la mise en examen de Lafarge. Inscrivant son analyse dans la continuité de l'approche qui avait été la sienne en matière de complicité de crimes contre l'humanité lors de l'affaire Papon⁵⁰, la chambre criminelle énonce qu'aux termes de l'article 121-7 CP, il n'est ni exigé « que le complice de crime contre l'humanité appartienne à l'organisation, le cas échéant, coupable de ce crime, ni qu'il adhère à la conception ou à l'exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, ni encore qu'il approuve la commission des crimes de droit commun constitutifs du crime contre l'humanité ». Elle poursuit en indiquant qu'il suffit pour être reconnu comme complice que la personne « ait connaissance de ce que les auteurs principaux commettent ou vont commettre un tel crime contre l'humanité et que par son aide ou assistance, il en facilite la préparation ou la consommation » pour enfin affirmer que « le versement en connaissance de cause d'une somme de plusieurs millions de dollars à une organisation dont l'objet n'est que criminel suffit à caractériser la complicité par aide et assistance ». Cette dernière affirmation est particulièrement importante : sont suffisants le caractère volontaire de l'acte de participation et la conscience du complice de concourir à l'infraction principale, sans qu'il soit requis que le complice partage l'intention de l'auteur principal (et sans que la poursuite commerciale d'une activité ne soit exonératoire de responsabilité pénale).

La solution de la Cour de cassation s'inscrit dans la lettre des dispositions des articles 212-1 et 121-7 du CP. Celles-ci se satisfont de la seule connaissance de la commission de crimes contre l'humanité et de la conscience que les actes complices en facilitent la préparation ou la consommation sans requérir d'adhésion à l'idéologie inspirant le plan concerté.

S'agissant de cette même affaire, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 16 janvier 2024, que la société Lafarge ne pouvait pas être mise en cause pour complicité de délit de mise en danger de la vie d'autrui commis à l'étranger au motif que ce délit sanctionne la seule violation de lois et de règlements de droit français et alors que les salariés de Lafarge en Syrie avaient des contrats de travail relevant du droit syrien (Crim., 16 janv. 2024, n° 23-82-942).

50. Cass. Crim. 23 janvier 1997. Ce précédent a été expressément cité par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 septembre 2021.

1.3.2 Éléments de droit comparé

Le concept de responsabilité pénale des entreprises est accepté depuis longtemps dans les pays de *common law* et s'est étendu plus récemment à plusieurs autres systèmes nationaux de droit pénal tels les Pays-Bas, l'Espagne ou la France, comme nous venons de l'exposer. Les poursuites pénales à l'encontre de personnes morales restent néanmoins « un sujet controversé⁵¹ » et on peut constater de fortes divergences entre les solutions choisies parmi nos plus voisins européens.

ALLEMAGNE

À titre d'exemple, le Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*) – comme le Code pénal suédois, par exemple – ne connaît pas de régime de responsabilité pénale des personnes morales. Les personnes morales ne peuvent faire l'objet que de sanctions de nature administrative, prononcées sur le fondement de l'article 30 de la loi relative aux infractions au règlement (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG*). En application de cette disposition, la responsabilité d'une personne morale ne peut être engagée qu'en cas d'infraction pénale ou réglementaire commise par une personne physique dont la relation avec la personne morale en question doit correspondre à l'une de celles définies aux points 1 à 5 de l'art. 30, paragraphe 1^{er} OWiG⁵² et ayant eu pour conséquence une violation des obligations imposées à la personne morale ou son enrichissement.

Les sanctions prononcées se décomposent ainsi généralement en deux parties : une partie répressive (*Ahndungsteil*), venant sanctionner le comportement illicite, dont le maximum est fixé par la loi, et une partie extinctive (*Abschöpfungsanteil*), visant à épurer l'avantage économique qu'a permis de réaliser la commission de l'infraction, dont le montant varie en fonction du profit retiré ou espéré de la commission des faits. Le montant de la partie répressive varie selon le type de fait commis par l'organe de la personne morale (art. 30, paragraphe 2, OWiG) : en cas d'infraction pénale intentionnelle, le maximum est de 10 millions d'euros ; en cas d'infraction pénale non intentionnelle, le maximum est de 5 millions d'euros.

51. S. Gless et S. Wood, *General report on prosecuting corporations for violations of international criminal law : jurisdictional issues*, in *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law : Jurisdictional Issues* (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 juin 2018), dir. S. Gless et S. Broniszewska-Emdin.

52. La responsabilité de la personne morale peut être engagée à raison des agissements :

- 1) d'un des organes habilités à représenter une personne morale ou d'un membre d'un tel organe ;
- 2) du président du comité exécutif d'une association non dotée de la capacité juridique ou d'un membre d'un tel comité exécutif ;
- 3) d'un associé habilité à représenter une société de personnes dotée de la capacité juridique ;
- 4) d'un fondé de pouvoir ou d'un mandataire commercial exerçant des fonctions dirigeantes au sein d'une personne morale ou d'un groupement de personnes visé aux points 2 et 3 précédents ;
- 5) de toute autre personne qui, pour le compte d'une entreprise ou d'un établissement ou d'un groupement de personnes visé aux points 2 et 3, agit de manière responsable, ce qui inclut la surveillance de la conduite de l'entreprise et l'exercice de missions de contrôle à un poste de direction.

En pratique, nous comprenons que le système allemand de justice pénale reste axé sur l'auteur individuel de l'infraction (c'est-à-dire la personne physique), et les poursuites contre des personnes morales sont peu nombreuses. En outre, comme le soulève un auteur, « *le cadre réglementaire évoque une faute moins grave et permet une plus grande souplesse dans le traitement des affaires que le droit des procédures pénales. Pour ces raisons, il n'y a pas de discussion approfondie sur la responsabilité pénale des entreprises pour les violations du droit pénal international en Allemagne*⁵³ ». Il ajoute qu'en conséquence, en Allemagne, « *il existe seulement quelques affaires en lien avec la responsabilité de personnes morales pour violation de droits humains. Les enquêtes se concentrent sur la responsabilité pénale individuelle et n'ont pas abouti à des jugements définitifs* » avant de conclure qu'elles n'ont pas mené jusqu'à présent à l'imposition d'une amende. Rappelons à ce titre qu'en Allemagne, le principe de la poursuite obligatoire ou principe de la légalité des poursuites s'applique aux affaires pénales, mais pas aux affaires administratives.

Si des propositions ont émané de certains *länder* en faveur d'un vrai régime de responsabilité pénale des personnes morales, à l'image de la proposition du land de la Rhénanie du Nord-Westphalie pour l'adoption d'un code visant à établir la responsabilité pénale des personnes morales, nous comprenons que le gouvernement fédéral allemand s'est concentré sur un mécanisme civil en introduisant à son tour dans son droit un mécanisme comparable au devoir de vigilance français⁵⁴.

ITALIE

L'Italie a introduit un principe de responsabilité pénale des personnes morales pour des crimes commis dans leur intérêt ou à leur profit par des représentants en 2001⁵⁵. Cette responsabilité pénale des personnes morales ne tient pas, comme en France, à l'ensemble des infractions pénales, mais à un nombre défini d'infractions, d'abord limité à une série d'infractions intentionnelles à l'encontre de l'administration publique ou de l'Union européenne. Si cette liste d'infractions a été plusieurs fois élargie par le législateur italien, on ne retrouve toujours pas dans le champ de cette responsabilité pénale des personnes morales les crimes internationaux tels que nous les connaissons (les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité). La responsabilité pénale des personnes morales dans ce domaine ne s'en trouvera pas pour autant impossible, mais elle sera toujours déclenchée par le biais d'autres dispositions, de nature plus générale ou indirecte.

53. M. Böse, « German report on prosecuting corporations for violations of international criminal law », in *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law : Jurisdictional Issues* (International Colloquium Section 4, Basel, 21-23 juin 2018), dir. S. Gless et S. Broniszewska-Emdin.

54. <https://www.noelleenoir-avocats.com/blog/media/La-loi-sur-le-devoir-de-diligence-raisonnable-adoptee-par-le-Parlement-allemand>.

55. D. lgs. n. 231/2001.

Sous le gouvernement Draghi, un projet de code des crimes internationaux a vu le jour, pour répondre à la nécessaire adaptation de l'ordre juridique italien au statut de Rome. Fallait-il s'en tenir au statut de Rome ou faire un pas de plus vers l'entièvre responsabilité des personnes morales par un élargissement des infractions sur la base desquelles la législation italienne actuelle prévoit déjà une responsabilité (en y incluant donc les crimes internationaux). La réponse de la commission, mais aussi la réponse de l'ancien gouvernement à cet égard a été positive. Ce projet qui a été remis à l'ancienne ministre de la Justice en mai 2022 n'est plus à l'ordre du jour sous l'actuel gouvernement italien.

*

Cette situation peut apparaître particulièrement dommageable alors même que les efforts des Européens pour assurer un meilleur contrôle par les entreprises des violations des droits humains et des risques environnementaux se matérialisent dans plusieurs textes européens en voie d'adoption. On pense ici en particulier à la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (ou CSDD, *Corporate Sustainability Due Diligence*), adoptée après plusieurs rebondissements et controverses, le 24 avril 2024, visant à assurer un meilleur contrôle par les entreprises des violations des droits humains et des risques environnementaux ou, dans un autre domaine, à l'extension de la liste des eurocrimes.

La faiblesse ou l'absence de régime de la responsabilité pénale des entreprises dans un droit national ne conduit pas nécessairement à une impunité, puisque la responsabilité pénale d'un dirigeant peut être recherchée tout comme la responsabilité civile d'une entreprise. On peut regretter néanmoins – ne serait-ce qu'au niveau européen – de telles différences de régime de responsabilité pénale au regard des exigences aujourd'hui imposées à l'égard des entreprises françaises.

Les efforts doivent être poursuivis au service d'un cadre harmonisé de respect par les entreprises des droits humains à l'étranger et d'une concurrence loyale entre les entreprises européennes (exigence d'un *level playing field*). Les notions de souveraineté et de compétitivité concernent aussi bien la protection des intérêts nationaux que celle des intérêts européens, dans le respect des droits humains des différentes parties prenantes. Elles supposent donc une harmonisation des approches et des pratiques au sein de l'Union européenne afin d'éviter « le forum shopping » et de partager l'objectif fondamental de conciliation de la protection impérative des droits humains et de la protection des entreprises européennes contre les manœuvres prédatrices.

PROPOSITION 3

Encourager le développement d'un cadre européen et international commun relatif au respect des droits humains par les entreprises et poursuivre l'effort de convergence des politiques pénales dans ce domaine en Europe.

1.4 Vers une meilleure définition des chaînes de responsabilité ?

Les grandes entreprises déploient aujourd'hui une stratégie globale, fondée sur une chaîne d'interdépendances et conçue à une échelle supranationale au sein de laquelle elles évoluent sous la forme de groupes de sociétés. Cette dimension holistique se retrouve dans la mise en œuvre de processus destinés au respect des droits humains : de leur initiative propre ou en systématisant à l'échelle de leur activité des obligations régionales, les entreprises construisent des dispositifs de régulation indépendants des frontières étatiques. Le droit français ne semble pas avoir encore pris la parfaite mesure de la réalité pratique et économique propre à ce nouveau type d'organisation. En droit français, le groupe de sociétés ne revêt pas, en tant qu'entité, la personnalité morale. L'indépendance entre les sociétés d'un même groupe demeure le principe et la juridicité du groupe de société demeure contestée.

Plusieurs personnes auditionnées ont soulevé des difficultés liées à l'absence de parallélisme entre cette nouvelle réalité économique et organisationnelle et à la non prise en compte des groupes de sociétés par le droit. En particulier, dans le cadre de la recherche de la responsabilité pénale d'une personne morale, la condition exposée plus haut tenant à une commission de l'infraction par « les organes ou représentants » de la personne morale peut être source de difficultés, notamment dans les dossiers mettant en cause des groupes de sociétés qui n'ont donc pas de personnalité juridique propre et qui peuvent développer une stratégie commerciale globale sans responsabilité pénale associée. Cette situation témoigne donc d'un décalage entre la réalité économique et la réalité juridique et impose d'envisager la responsabilité pénale au niveau de chaque entité du groupe. Le fait de ne pouvoir poursuivre que les infractions commises par « les organes ou représentants » des personnes morales, se révèle également inadapté lorsque l'infraction a été commise par un salarié ou même un intermédiaire qui ne dispose pas d'une délégation de pouvoir ou d'un mandat officiel, alors même que la société en a retiré un profit ou qu'elle a négligé de prendre des mesures de vigilance appropriées. Enfin, rares sont les procédures qui ne traduisent pas la difficulté d'articuler la responsabilité des personnes physiques et celle de la personne morale ainsi que la mise en cause d'une filiale ou d'un intermédiaire et celle de la société mère.

Aujourd’hui, cependant, le principe d’indépendance des personnes morales s’affaiblit au fur et à mesure que se développe en jurisprudence une certaine juridicité des groupes de sociétés au moyen de la requalification des liens réels existants entre les entités qui les constituent⁵⁶. Des exemples peuvent être trouvés en droit de la concurrence où l’on a pu faire peser les conséquences du comportement de la filiale sur la société mère en matière d’entente ou d’abus de position de dominante, à partir du moment où l’on parvient à prouver que la seconde contrôle la première⁵⁷ : le juge est ainsi venu confirmer la condamnation d’une société mère au paiement d’une amende solidairement avec sa filiale, bien que la première n’ait pas directement participé aux ententes incriminées. Le fait, pour la société mère, de détenir 100 % du capital d’une filiale créait, à lui seul, une présomption simple que la première exerçait une influence déterminante sur la politique commerciale et la stratégie de la seconde. En droit du travail, le juge a aussi apprécié la validité et les conséquences d’une mesure de licenciement économique à l’échelle d’un groupe de sociétés⁵⁸.

Des développements sont également intervenus en droit pénal qui ne s’arrête plus à la différence formelle des personnalités morales, mais s’attache à la réalité matérielle des relations de pouvoirs dans un groupe de sociétés, ce qui est précisément en mesure de faire remonter la responsabilité pénale de la filiale à la société mère. Dans l’affaire « Pétrole contre nourriture⁵⁹ », l’entreprise Total était poursuivie du chef de corruption d’agents publics étrangers pour avoir payé des suppléments de prix exigés par le gouvernement irakien dans le cadre de l’assouplissement de l’embargo international sur le pétrole irakien en permettant à l’Irak d’en vendre pour acheter en échange de la nourriture, des médicaments et des services. Cependant, le pétrole et les surcharges avaient été payés par des filiales et non par l’entreprise Total elle-même, si bien que Total en concluait que cela faisait obstacle à sa condamnation comme auteur du délit de corruption d’agents publics étrangers. Il convenait donc de vérifier que sa responsabilité pénale en cette qualité était bien fondée sur des faits matériels de corruption qui lui étaient imputables. La Cour de cassation a rejeté ce moyen, en faisant valoir que la cour d’appel avait relevé que la société ayant réalisé les opérations était « un simple véhicule juridique » utilisé par les dirigeants de Total pour la mise en œuvre des décisions financières. La mention de ce motif permet en effet de justifier l’imputation du délit de corruption à Total, puisque sa filiale en aurait été une émanation à défaut d’avoir eu une autonomie financière et décisionnelle, ce qui conduisait à la confondre, en quelque sorte, avec ou dans Total.

Selon un raisonnement analogue, dans une autre affaire de corruption d’agents publics étrangers, la chambre criminelle de la Cour de

56. Voir ici notamment J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2022, p. 141 et suivantes.

57. CJCE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV et autres contre commission des Communautés européennes*.

58. Cass. Soc. 31 mars 2021, n° 19260-54.

59. Cass. Crim., 14 mars 2018.

cassation a retenu la responsabilité pénale d'une société mère du fait de l'intervention de salariés représentants de fait de la société mère en raison de l'organisation transversale propre au groupe et des missions qui leur étaient confiées : l'*« organisation matricielle, bien que dénuée de personnalité juridique, impliquait des liens hiérarchiques à l'intérieur des business groups et des zones géographiques, de sorte que se superposait, pour chaque agent, une double hiérarchie, d'une part de droit, au sein de la filiale qui le salariait et d'autre part, de fait au sein de l'organisation matricielle et transversale, dont relevait la procédure de recrutement des consultants et que cette double hiérarchie liait, de fait, à la société pour le compte de laquelle ils agissaient les acteurs impliqués dans le process*⁶⁰ [...] ».

Ce principe d'indépendance des personnes morales s'atténue également à mesure du développement des mécanismes de justice négociée et en particulier du recours accru à la convention judiciaire d'intérêt public (plus de 20 CJIP ont été conclues et validées depuis l'adoption de la loi Sapin 2). D'essence consensuelle, la CJIP neutralise en grande partie les exigences probatoires et d'imputation matérielle de la responsabilité des personnes morales, dès lors que ces dernières acceptent d'endosser les conséquences financières des faits commis en leur sein (par leurs salariés, leurs filiales) ou même dans l'environnement de leur organisation (mandataires, intermédiaires, consultants et même sous-traitants). Le recours accru à la convention judiciaire d'intérêt public pourrait ainsi apparaître comme une forme de réponse à un régime de responsabilité pénale des personnes morales parfois trop restrictif.

L'assouplissement des conditions pour engager la responsabilité de la personne morale, demande formulée depuis plusieurs années par les acteurs de la société civile et recommandée par différents travaux parlementaires⁶¹ au regard des difficultés particulières posées par les groupes de sociétés, semble donc d'ores et déjà en partie une réalité jurisprudentielle et pratique. Dans le prolongement de ce mouvement, il convient de préciser les critères de responsabilité pénale au sein des groupes de sociétés.

PROPOSITION 4

Sur le modèle des recommandations de l'OCDE, une réflexion pourrait s'ouvrir pour mieux définir les critères de responsabilité pénale au sein des groupes de sociétés.

60. Cass. Crim., 16 juin 2021.

61. Voir not. le rapport d'information sur l'évaluation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et de la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, présenté par Mme Sandrine Mazetier et M. Jean-Luc Warsmann pour la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république de l'Assemblée nationale le 8 février 2017.

PARTIE 2

LA MONTÉE EN PUISSANCE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Dans un ouvrage récent, Philippe Aghion décrivait les constitutions des États comme des « contrats incomplets » : le rôle de la société civile est de donner corps aux contrepouvoirs traditionnels, de faire passer le contrôle de l'exécutif du notional à l'effectif et ainsi de s'assurer que ces instruments vont être effectivement mis en place ou activés quels que soient les nouveaux contextes⁶². Parallèlement, Bowles et Carlin⁶³ ont pu montrer que la société civile a souvent constitué le nécessaire complément au couple « États-marchés », par exemple pour endiguer l'épidémie de Covid-19.

Parmi les acteurs de la société civile, les ONG⁶⁴ occupent tout particulièrement une place croissante et s'internationalisent à mesure que leurs réseaux (entre elles et parfois en partenariat avec les États ou même avec les acteurs économiques) s'organisent à une échelle régionale, voire globale. Cette présence place l'ordre international sous le signe de la complexité et fait peser sur les acteurs économiques de nouvelles contraintes, en ce que les ONG contribuent notamment à la recherche d'une cohérence entre commerce mondial, environnement et droits humains, et revendiquent, au nom de la défense d'un intérêt général mondial, une stratégie d'« auto-légitimation » ou d'« auto-institution » qui se substituerait à celle d'« auto-limitation⁶⁵ ».

L'ensemble des entreprises auditionnées s'accorde pour conférer une dimension vertueuse à l'action de la société civile : en sensibilisant les entreprises sur les risques que pourrait engendrer leur activité, les ONG contribuent à la nécessaire prise en compte de l'environnement physique, politique et social dans lequel ces entreprises s'insèrent, leur font adopter de meilleurs standards de comportements et permettent aux organes de gouvernance d'accorder une plus grande attention aux enjeux de durabilité. Un acteur auditionné nous confie en ce sens que « *même les ONG les plus irritantes ont une vertu, elles nous poussent à faire mieux* ». Par ce rapport, la commission entend réaffirmer le rôle essentiel des ONG/associations dans le mouvement de responsabilisation des acteurs économiques, y compris au moyen d'action en justice dans les conditions prévues par la loi. Elles ont indiscutablement contribué, par leur action, à une véritable prise de conscience de certaines atteintes aux droits humains entendus au sens large et ont inspiré l'adoption de textes, y compris en droit interne, qui sont vecteurs de progrès.

Les acteurs de la société civile disposent de moyens d'action pluriels (2.1) qui se matérialisent de manière particulière en France du fait d'un contexte historique et sociologique qui connaît de solides traductions

62. P. Aghion, C. Antonin et S. Bunel, *Le pouvoir de la destruction créatrice*, Odile Jacob, 2020.

63. S. Bowles et W. Carlin, « The coming battle for the COVID-19 narrative », *Voxeu*, 10 avril 2020.

64. La doctrine présente généralement les ONG comme des personnes morales de droit privé à but non lucratif créées par des acteurs privés et relevant du droit interne. Les termes « ONG » et « association » seront ici utilisés dans un sens général car en droit français, la catégorie juridique « ONG » se confond avec celle des associations.

65. G. Haarcher, « La société civile et le concept d'autolimitation », in B. Frydman (dir.), *La Société civile et ses droits*, Bruylant, 2003, pp. 147-160.

juridiques (2.2). Leur montée en puissance conduit à imaginer des outils à même de renforcer leur légitimité tout en garantissant leur action (2.3).

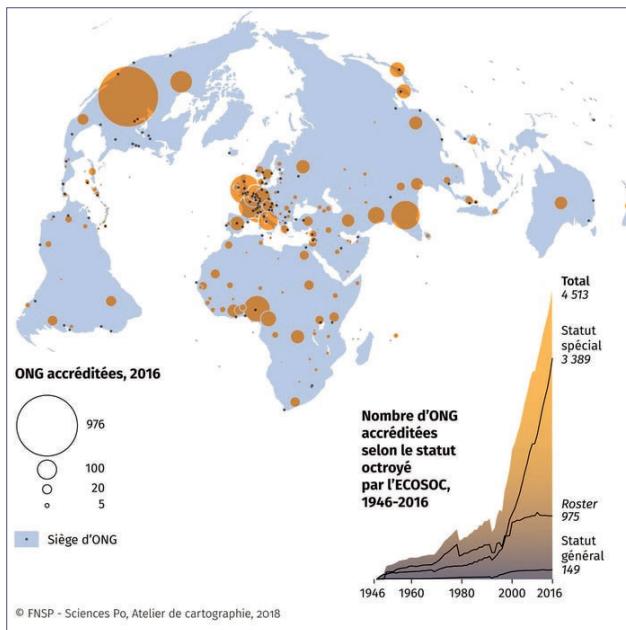
2.1 Des moyens d'action pluriels

Les personnes auditionnées insistent sur le fait que le secteur associatif ne doit pas être envisagé comme un ensemble homogène, mais au contraire comme un ensemble constitué d'entités de nature très diverse qui se sont multipliées ces cinquante dernières années. On dénombrait une cinquantaine d'organisations non gouvernementales au sortir de la Seconde Guerre mondiale, elles seraient aujourd'hui plus de 38 000 dont 2 000 accréditées au Conseil économique et social des Nations unies (Ecosoc).

Expression de mouvements le plus souvent transnationaux, l'action des acteurs associatifs couvre quantité de spécialités différentes (aide au développement, lutte contre la pauvreté et la malnutrition, lutte contre le réchauffement climatique, protection de l'enfance, protection des droits humains, accompagnement des personnes handicapées). On relève aussi de grandes entités dont l'action couvre plusieurs domaines et le terme identifie aussi bien une association environnementale locale qu'une structure transnationale regroupant des milliers de bénévoles et gérant des dizaines, voire des centaines de millions d'euros dans le cadre de ses activités. À titre d'exemple, Oxfam, créée à Oxford en 1942 pour lutter contre la pauvreté et les inégalités, emploie plus de 10 000 personnes dans 19 pays et dispose de revenus dépassant le milliard d'euros⁶⁶. Présente à travers différents programmes dans 73 pays pour apporter « une assistance médicale aux populations menacées », Médecins Sans Frontière disposait en 2021 d'un revenu de 1,936 milliard d'euros⁶⁷. Greenpeace, dont le siège se trouve aux Pays-Bas, emploie près de 6 000 salariés et déclarait en 2020 un revenu de 410 millions d'euros.

66. Nous reprenons ces données des travaux réalisés par le média suisse de thedotgood (anciennement appelé NGO Advisor) qui produit chaque année une étude statistique de référence sur ces sujets : <https://thedotgood.net/ranking/world-200-sgos/>

67. <https://www.msf.org/international-activity-report-2019/2019-figures>.



À côté de ces très grandes structures aux moyens humains et financiers significatifs, le plus souvent organisées en réseaux, coexistent de nombreux acteurs dont les moyens humains et financiers sont souvent beaucoup plus modestes.

Ces entités de nature très diverses partagent au moins en partie une palette d'outils communs. En matière de respect des droits humains, elles assument un rôle politique (i) de plus en plus souvent complété par un rôle juridique (ii).

i) un rôle politique

Le rôle politique des associations prend en premier lieu la forme de plaidoyers et de campagnes de sensibilisation. La participation des associations à l'élaboration de normes internationales ou nationales peut être mise en évidence au moyen de nombreux exemples. Parmi les plus connus figure sans doute le rôle déterminant d'Amnesty International dans l'élaboration de la Convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1984 et ratifiée par 173 États aujourd'hui. Un autre exemple peut être fourni par les 800 ONG présentes à l'ouverture de la conférence de Rome et leurs nombreux délégués, ou encore dans le rôle prépondérant des ONG, regroupées au sein de la Campagne internationale pour l'interdiction des mines antipersonnel (ICBL) au cœur des négociations qui ont mené à la Convention d'Ottawa sur l'interdiction de l'emploi, du

stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction. La FIDH, que nous avons interrogée, milite « pour la création d'un cadre contraignant pour prévenir et sanctionner les atteintes aux droits humains résultant de l'activité des entreprises ». Elle se déclare également « très impliquée » dans la négociation du traité des Nations unies relatif aux entreprises et aux droits humains ainsi que sur la question du projet de directive européenne relative au devoir de vigilance.

Ce rôle politique prend aussi la forme de dénonciations ou d'alertes, en particulier au moyen de la publication de rapports et d'enquêtes. On peut ici s'attarder à nouveau sur l'exemple de la FIDH qui a conçu une « méthodologie d'évaluation d'impact à base communautaire⁶⁸ ». Les rapports qu'elle produit sont publics et seraient souvent précédés d'un dialogue avec l'entreprise ou sont envoyés au préalable à l'entreprise pour prendre en compte ses observations.

Nous retenons des auditions réalisées que les actions médiatiques ou de lobbying des ONG/associations sont d'une influence croissante sur les choix politiques internes, européens ou internationaux. Les personnes interrogées insistent sur le rôle joué par les médias traditionnels et les réseaux sociaux pour assurer la visibilité des ONG/associations et de leurs travaux, à l'image des dénonciations qu'elles publient dans leurs rapports ou d'actions coup de poing qu'elles conduisent comme cela fut le cas lors de la campagne contre l'interdiction des mines antipersonnel symbolisée par les pyramides de chaussures dressées dans plusieurs villes pour mener à l'adoption de la Convention d'Ottawa précitée.

ii) un rôle juridique

Parallèlement à ce rôle politique traditionnel, les associations interviennent de plus en plus dans les procès⁶⁹. Les associations s'imposent désormais comme des acteurs incontournables pour la mise en mouvement de l'action publique en matière de lutte contre les violations de droits humains à l'étranger et la société civile française se tourne de plus en plus naturellement vers le droit afin de rechercher la responsabilité pénale des personnes morales, parallèlement à celle de leurs dirigeants.

Comme l'a écrit l'une des personnes auditionnées, les associations semblent aujourd'hui avoir réussi leur « nécessaire aggiornamento⁷⁰ » en matière de compétences et de moyens, ce qui participe de leur visibilité comme de leur impact. La période récente en témoigne si l'on songe au fait que les récentes procédures pénales introduites à l'encontre d'entreprises pour des crimes de droit international l'ont été à l'initiative d'acteurs de la société civile au moyen de plaintes avec constitution de partie civile.

68. <https://www.fidh.org/fr/themes/entreprises-droits-humains-et-environnement/>

69. I. Sourmy, « L'accès des ONG aux juridictions internationales », thèse, université de Limoges, 30 sept. 2005.

70. W. Bourdon, *Face aux crimes du marché*, La Découverte, 2010.

Nous faisions référence plus haut aux investigations dont fait l'objet BNP Paribas depuis 2017 concernant le génocide rwandais : la banque française est accusée de complicité de génocide et de crime contre l'humanité par Sherpa, le Collectif des parties civiles pour le Rwanda et Ibuka France pour avoir financé en 1994 l'achat de 80 tonnes d'armes au profit de la milice hutue⁷¹. De source ouverte, le PNAT a pris un réquisitoire introductif contre X des seuls chefs de complicité de génocide et complicité de crimes de l'humanité, à l'exclusion de la complicité des crimes de guerre, faits pour lesquels le PNAT a souligné son incompétence dès lors que les crimes de guerre ont été introduits en droit français en 2010. Par ailleurs, une enquête préliminaire a été ouverte en juin 2022 des chefs de complicité de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, à la suite de la publication, en août 2021, du rapport de l'ONG The Sentry sur les activités du groupe français Castel en Centrafrique. Plusieurs plaintes ont aussi été déposées à la suite de l'invasion russe en Ukraine à l'image de celle déposée le 13 octobre dernier par Darwin Climax Coalition et Razom We Stand pour « complicité de crimes de guerre » visant le groupe TotalEnergies, depuis classée sans suite par le parquet de Paris pour qui l'infraction était insuffisamment caractérisée. On peut enfin penser à la mise en examen de la société Vinci Grands Projets, filiale du groupe Vinci, du fait des conditions de recrutement, de rémunération, de travail et d'hébergement des employés sur les chantiers de la Coupe du monde de football au Qatar à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile de l'association Sherpa⁷².

Cette action des associations au titre de l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales est révélatrice de leur capacité à engager l'action publique en déposant plainte avec constitution de partie civile, à produire de la documentation et des rapports publics justifiant parfois l'ouverture d'enquêtes préliminaires et à collecter des preuves en des zones parfois très éloignées qu'il s'agisse du recueil de témoignages ou de l'identification de victimes.

2.2 Une place particulière de la société civile en France

Cette montée en puissance de la société civile s'entend d'une manière particulière en France : l'adoption de la loi de 1901 a été le fruit de débats ayant duré plusieurs dizaines d'années et ayant abouti à pas moins de 33 projets, propositions et rapports. Surtout, elle marque l'aboutissement de la grande œuvre législative libérale de la III^e République, dans le prolongement de l'abrogation de la loi Le Chapelier et consacre une liberté que Tocqueville considérait comme la première des libertés : « *Dans les pays démocratiques, la science*

71. Procédure ouverte à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par les associations Sherpa, Le Collectif pour les parties civiles pour le Rwanda, et IBUKA.

72. Cette information judiciaire est ouverte des chefs de réduction en servitude, rétribution inexistant ou insuffisante de plusieurs personnes vulnérables ou dépendantes, et soumission par personne morale de plusieurs personnes vulnérables ou dépendantes à des conditions d'hébergement indignes.

de l'association est la science mère ; le progrès de toutes les autres dépend des progrès de celle-là⁷³. »

Cette particularité se ressent également dans la place qu'accorde la procédure pénale française aux associations, laquelle est, elle aussi, le fruit d'un long contexte historique : la protection de la petite enfance, sujet technique et mal connu du parquet qui s'oriente peut-être plus naturellement vers d'autres thèmes, va faire naître, en ce domaine puis en d'autres, le souhait d'un « ministère public de substitution ». Le droit français propose ainsi un droit d'action des ONG/associations particulièrement étendu qui a permis, par le passé, des progrès importants dans la défense des droits humains.

Des habilitations légales sont données à des associations dans des domaines spécifiquement désignés (lutte contre le racisme ou les discriminations, lutte contre les violences sexuelles et le harcèlement sexuel, défense et protection des animaux, lutte contre l'exclusion et la pauvreté, par exemple) à raison d'infractions déterminées (ex. : « discrimination » pour les associations de lutte contre le racisme ou « pollution » pour les associations de lutte contre l'environnement, etc.) et sous réserve d'une condition générale d'ancienneté (l'association doit être déclarée depuis au moins 5 ans à la date des faits pour lesquels elle se constitue partie civile). Pour les associations bénéficiant d'une telle habilitation légale, contrairement aux conditions habituelles de l'action civile, la loi n'impose pas de démontrer un préjudice direct ou indirect causé par l'infraction poursuivie à l'intérêt dont l'association a la charge.

Cette règle s'applique en matière de lutte contre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre, de lutte contre les actes de terrorisme, ou encore, depuis une loi du 5 août 2013, de lutte contre la traite des êtres humains, l'esclavage ou le proxénétisme. Les associations intervenant dans ces domaines peuvent bénéficier d'une habilitation leur permettant de se voir investies d'un véritable droit de mise en mouvement de l'action publique, parallèle à celui du ministère public.

Rappelons que cette possibilité de se porter partie civile n'existe pas en Angleterre ou aux États-Unis ni devant la Cour pénale internationale : la victime n'est pas considérée comme une partie au procès et reste cantonnée au statut de témoin au cours de la procédure pénale. En Allemagne, la constitution de partie civile ne se conçoit que par voie accessoire ou d'intervention : la victime vient appuyer ou soutenir l'action publique déclenchée par le ministère public, mais ne peut la déclencher elle-même.

73. Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Tome 2, Partie II : « Influence de la démocratie sur les sentiments des Américains », Chapitre V : « De l'usage que les Américains font de l'association dans la vie civile », 1840.

Nous détaillons ci-après les conditions de mises en cause des entreprises multinationales françaises pour violation des droits humains à l'étranger. Il convient à cet égard de distinguer selon que cette mise en cause intervient en application de la compétence personnelle active, passive ou territoriale. Il convient aussi d'examiner la question d'une mise en cause en application de la compétence universelle, laquelle est susceptible de se poser.

(i) La mise en cause en application de la compétence personnelle active

Nous avons vu plus haut que la compétence pénale des juridictions pénales françaises pour connaître de la violation des droits humains commise à l'étranger par les entreprises multinationales françaises est, par hypothèse, susceptible d'être fondée sur la compétence personnelle active de la loi pénale française. À cet égard, la poursuite en application de la compétence personnelle active est soumise à des conditions spéciales prévues par l'article 113-8 du Code pénal selon lequel : « *Dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis.* »

Il en découle des conditions à la poursuite des délits commis à l'étranger par une personne de nationalité française ou par une personne morale française. La première condition porte sur la plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle des autorités étrangères. Une poursuite en France est donc irrecevable en l'absence de cette condition, ce qui prive le ministère public du pouvoir d'engager lui-même les poursuites. La seconde condition requiert une requête du ministère public, ce qui conduit à subordonner les poursuites à une décision en ce sens du ministère public. Il s'ensuit que les victimes ne peuvent pas mettre en mouvement l'action publique par une plainte avec constitution de partie civile ou par une citation directe.

Ces conditions sont néanmoins seulement applicables aux délits. Elles ne valent pas pour les crimes pour lesquels le régime de droit commun s'applique. Ceux-ci peuvent donc être poursuivis sur le fondement d'une plainte avec constitution de partie civile des victimes ou sur réquisitoire introductif du parquet sans plainte préalable de la victime ou dénonciation officielle des autorités étrangères.

La question est de déterminer la qualité de victime, puisque celle-ci confère le droit de mettre en mouvement l'action publique pour crimes commis à l'étranger par une personne morale de droit français. Elle s'entend apparemment conformément au droit commun dans ce domaine, lequel est exprimé par l'article 2 du Code de procédure pénale :

« *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.* »

La victime habilitée à exercer l'action civile et, partant, à mettre en mouvement l'action publique par ce biais est la personne ayant personnellement été victime de l'infraction. Il convient néanmoins de savoir que la jurisprudence admet que des victimes par ricochet se constituent partie civile et mettent en mouvement l'action publique.

Par rapport à ces exigences, les ONG/associations n'ont pas *a priori* le droit de se constituer partie civile du chef d'une infraction puisqu'elles n'ont pas subi personnellement le dommage causé par celle-ci. Cette solution connaît cependant deux exceptions.

La première exception concerne le cas où la loi a habilité l'association en cause à se constituer partie civile du chef d'une infraction ou d'infractions portant atteinte aux intérêts ou valeurs qu'elles défendent. Dans cette hypothèse, les associations habilitées sont recevables à se constituer partie civile et à mettre en mouvement l'action publique pour les infractions concernées. Il convient cependant que cette habilitation ne soit pas conditionnée à une mise en mouvement de l'action publique par le ministère public ou la partie lésée comme cela peut être le cas. Par exemple, les associations de victimes de terrorisme ne peuvent exercer les droits de la partie civile qu'à cette condition. Il en découle qu'elles ne peuvent pas mettre en mouvement l'action publique.

Concernant les crimes de droit international, la loi a habilité les associations à exercer les droits de la partie civile en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Cette habilitation est prévue par l'article 2-4 du CPP. Elle est soumise à la condition que l'association en cause soit régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans et qu'elle se propose, par ses statuts, de combattre les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre ou de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés. S'il a été conçu pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis pendant la Seconde Guerre mondiale, cet article est applicable aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre commis actuellement. Les associations dont les statuts portent sur le combat contre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, sont donc habilitées à se constituer partie civile du chef de ces crimes. Ce droit concerne la mise en mouvement de l'action publique par la plainte avec constitution de partie civile et la constitution de partie civile par voie d'intervention, c'est-à-dire l'intervention en qualité de partie civile dans une instance pénale en cours. En revanche, une association de défense du droit humanitaire ou des droits humains n'a pas *a priori* le droit de mettre en mouvement l'action publique ou de se constituer partie civile par voie d'intervention relativement à des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre parce qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de l'habilitation prévue par l'article 2-4 du CPP.

La seconde exception est jurisprudentielle. Elle concerne le cas où une infraction est considérée comme causant un préjudice direct et personnel à une association du fait qu'elle porte atteinte à un intérêt que cette association a pour objet de défendre et qu'elle défend

effectivement au moyen d'actions, de dépenses et/ou de campagnes. C'est cette jurisprudence qui a conduit la Cour de cassation à déclarer recevable la plainte avec constitution de partie civile d'associations de lutte contre la corruption à une époque où elles n'étaient pas habilitées pour cela⁷⁴. *A priori*, cette jurisprudence ne concerne pas les associations combattant les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, lesquelles font l'objet d'une habilitation légale explicite par l'article 2-4 du CPP (v. ci-dessus).

S'agissant des associations de protection de l'environnement, celles-ci sont habilitées à se constituer partie civile par l'article L. 142-2 du Code de l'environnement. Cet article leur donne *a priori* le droit de se constituer partie civile et de déclencher l'action publique pour des atteintes à l'environnement sans qu'il importe qu'elles soient commises à l'étranger.

En conclusion, l'habilitation prévue par l'article 2-4 du CPP autorisant les associations qui combattent les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre à exercer les droits reconnus à la partie civile leur donne le droit de mettre en mouvement l'action publique relativement à ces crimes en déposant une plainte avec constitution de partie civile. Ce droit est applicable aux crimes commis à l'étranger par une personne morale comme une entreprise. Il s'ensuit qu'une entreprise française peut faire l'objet d'une plainte avec constitution de partie civile déposée par une association habilitée pour des faits commis à l'étranger. Cette plainte a pour effet de mettre en mouvement l'action publique à son encontre en débouchant sur l'ouverture d'une information judiciaire après un réquisitoire introductif.

(ii) *La mise en cause en application de la compétence personnelle passive*

Une mise en cause en application de la compétence personnelle passive est envisageable dans le cas où les faits commis à l'étranger par un Français ou une société de droit français ont causé des atteintes à des victimes françaises. Dans cette hypothèse, la compétence applicable est la compétence personnelle passive, laquelle l'emporte sur la compétence personnelle active. L'article 113-7 du Code pénal prévoit en effet qu'il est applicable aux crimes et délits commis à l'étranger par un Français ou un étranger « lorsque la victime est de nationalité française au moment des faits ». Il s'ensuit que cette compétence s'applique en cas de crimes commis à l'étranger par une société de droit français et dès lors que des Français en ont été victimes.

Il convient de préciser que la notion de victime au sens de l'article 113-7 du Code pénal a fait l'objet d'une définition stricte par la Cour de cassation qui l'a entendue comme correspondant à la victime directe de

74. Cass. Crim., 9 novembre 2010, n° 09-88.272.

l'infraction commise à l'étranger⁷⁵. Cela a conduit la Cour de cassation à refuser de qualifier de victime l'épouse d'une personne assassinée alors même que celle-ci serait recevable à se constituer partie civile dans une information judiciaire portant sur cet assassinat. Ce refus a été expressément justifié par le fait que la compétence personnelle passive requiert que l'infraction susceptible d'en relever ait eu une personne française comme victime directe.

Il en découle qu'une mise en cause d'une entreprise de droit français en application de l'article 113-7 du Code pénal ne peut intervenir qu'à la condition que les faits qui lui seraient reprochés aient causé des atteintes directes à des victimes françaises. Une association ne peut pas prétendre à la qualité de victime l'autorisant à faire poursuivre une entreprise de droit français pour des crimes commis à l'étranger, alors même qu'elle serait habilitée à exercer les droits de la partie civile en application de l'article 2-4 du CPP.

À l'instar de la compétence personnelle active, la compétence personnelle passive est soumise à la condition de requête du ministère public et d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle des autorités de l'État pour les délits.

(iii) *La mise en cause en application de la compétence territoriale*

La poursuite en application de la compétence territoriale intervient en application des seules conditions prévues par l'article 2 CPP.

Le parquet peut poursuivre l'infraction en cause sans aucune restriction. Il a donc le pouvoir de faire poursuivre toutes les violations de droits humains à l'étranger dont il considère qu'elles doivent être aussi localisées en France où qu'elles sont indivisibles d'une infraction commise en France.

Une victime peut se constituer partie civile dès lors qu'elle a subi un préjudice direct et personnel dans les conditions du droit commun. Il n'y a donc pas lieu de distinguer, entre les crimes et les délits, les victimes pouvant se constituer partie civile et mettre en mouvement l'action publique pour ces deux catégories d'infractions.

La qualité de victime est déterminée selon les critères exposés ci-dessus, ce qui exclut *a priori* les ONG/associations qui ne sont pas habilitées. Mais il convient, là encore, de réserver le cas où une association de lutte contre l'impunité ou de défense des droits fondamentaux serait considérée comme étant victime d'un crime de droit international et le cas des associations de protection de l'environnement.

75. Cass. Crim., 31 janv. 2001, n° 00-82.984.

(iv) *La mise en cause en application de la compétence universelle*

La compétence est dite universelle quand elle n'est pas liée à un élément substantiel de rattachement à la loi pénale française. Dans cette hypothèse, les juridictions pénales françaises sont compétentes alors même que l'infraction en cause a été commise à l'étranger par un auteur étranger contre des victimes de nationalité étrangère. La compétence universelle pour les crimes internationaux est prévue par l'article 689-11 du Code de procédure pénale qui a été modifié récemment par la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027. Celle-ci a supprimé la condition de double incrimination pour la compétence universelle pour les crimes contre l'humanité et les crimes et délits de guerre et a défini la condition de résidence habituelle en France qui subordonne la mise en œuvre de cette compétence. Cette mise en œuvre est aussi subordonnée à la condition d'une requête du ministère public, ce qui ne permet pas aux victimes de faire engager l'action publique par une plainte avec constitution de partie civile. Ces conditions sont prévues pour empêcher des poursuites infondées, voire à des fins strictement politiques, ce qui est à craindre s'agissant de crimes dont la commission est souvent imputée à des responsables politiques étrangers.

A priori, la compétence universelle ne devrait pas concerner les entreprises françaises, lesquelles relèvent de la compétence personnelle active pour les crimes qu'elles commettent à l'étranger. Pareillement, la compétence universelle ne devrait pas être applicable aux actes de complicité commis en France d'un crime de droit international commis à l'étranger, puisque cette compétence est territoriale et fait l'objet de l'article 113-5 du Code pénal (v. ci-dessus). Il semble cependant que cette compétence ait été visée pour mettre en cause des sociétés de droit français au titre de la complicité en France de crimes de droit international commis à l'étranger par des étrangers. Dans cette hypothèse, la compétence universelle est utilisée en substitution de la compétence territoriale définie par l'article 113-5 du CP aux fins, à l'évidence, de neutraliser la condition de constatation définitive par une juridiction étrangère prévue par cet article, comme nous l'avons vu plus haut. Cette condition est en effet en mesure d'entraver la compétence française quand le crime principal commis à l'étranger n'est pas prévu par le Livre II du CP, ce qui est le cas des crimes de guerre. Le recours à la compétence universelle – notamment celle prévue par l'article 689-11 du CPP pour le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre – permet d'évincer cette condition en mettant en cause une entreprise de droit français pour une complicité en France de crimes de guerre sans se heurter à cette condition de constatation définitive. Il permet aussi, semble-t-il, d'éviter le débat sur l'application dans le temps de la suppression dans la condition de constatation définitive pour les crimes du Livre II du CP fait de la loi n° 2020-1936 du 30 juillet 2020. En effet, cette suppression en 2020 n'est assurément pas rétroactive du fait de sa nature plus sévère, de sorte que les faits de complicité en France commis avant cette date sont soumis à cette

condition alors même que l'infraction principale est un crime prévu par le Livre II du CP.

On peut cependant s'interroger, sinon douter de la validité d'une application de la compétence universelle prévue par l'article 689-11 du CPP à un acte de complicité en France d'un crime de droit international commis à l'étranger. Car cette application méconnaît, d'une part, la compétence territoriale de l'article 113-5 du CP qui est l'article ayant vocation à s'appliquer à cette complicité de manière exclusive compte tenu de son caractère spécial. D'autre part, la compétence universelle suppose, par hypothèse, des faits entièrement commis à l'étranger, ce qui n'est pas le cas à l'évidence pour une complicité en France.

Il y a aussi l'hypothèse de la complicité à l'étranger qui n'entre ni dans le champ d'application de l'article 113-6 du CP ni dans le champ d'application de l'article 113-5 du CP. L'article 113-6 du CP ne concerne que les seuls auteurs d'infractions commises à l'étranger. La complicité d'une personne physique ou morale française à l'étranger ne peut, dès lors, être poursuivie au titre de l'article 113-6 du CP qu'au seul cas où l'infraction principale commise à l'étranger est elle-même le fait d'une personne physique ou morale française. L'article 113-5 du CP, quant à lui, ne s'applique expressément qu'aux actes de complicité commis en France. La répression d'une entreprise française pour un acte de complicité à l'étranger d'un crime de droit international commis à l'étranger ne peut intervenir ni en application de l'article 113-6 ni en application de l'article 113-5.

Dans cette hypothèse, c'est en effet la compétence universelle prévue par l'article 689-11 du CPP qui pourrait seule fonder des poursuites dès lors que celle-ci serait considérée comme étant aussi applicable au complice. On peut cependant s'interroger sur cette application pour les personnes morales par rapport à la condition de résidence habituelle prévue par cette compétence, laquelle ne semble pas concevable pour une personne morale. Aussi peut-on douter qu'une entreprise française puisse être mise en cause en France pour une complicité à l'étranger d'un crime international commis à l'étranger. L'hypothèse apparaît cependant peu probable en pratique compte tenu de la souplesse de la mise en œuvre de la compétence territoriale, laquelle permet de rattacher aisément au territoire français un acte commis à l'étranger. L'immatriculation en France d'une entreprise devrait bien souvent suffire à rattacher territorialement ses actions commises à l'étranger en faisant valoir, par exemple, qu'elles ont été pour partie décidées ou validées à partir du territoire français.

*

L'action en justice des ONG/associations habilitées ne se fait pas sans limites. La première de ces limites réside dans le domaine visé par leur habilitation : leur action ne peut juridiquement aller au-delà de ce qui est visé par leur habilitation.

À l'occasion de l'un de ses arrêts rendus le 7 septembre 2021 dans l'affaire Lafarge⁷⁶, la chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs fait une interprétation stricte du droit d'agir des associations. Elle a considéré que l'association Sherpa ne pouvait pas se constituer partie civile pour les faits de complicité de crimes contre l'humanité reprochés à la société Lafarge, dans la mesure où son objet statutaire, la lutte contre les crimes économiques, ne correspondait pas aux termes de l'article 2-4 du Code de procédure pénale autorisant une association à exercer les droits reconnus à la partie civile du chef de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité⁷⁷.

2.3 Une exigence : établir des garanties minimales face à l'effectivité des pouvoirs des acteurs civiques

Dans son ouvrage *La refondation des pouvoirs*⁷⁸, Mireille Delmas-Marty avait pu insister sur les nécessaires critères de représentativité, d'indépendance et légitimité qui devaient accompagner la montée en puissance des acteurs civiques. Si elles paraissent nimbées d'une respectabilité qui tient à la noblesse de leurs objectifs, au professionnalisme de leurs investigations, à l'engagement de leurs membres sur des terrains souvent difficiles, il n'en demeure pas moins que le statut d'ONG/associations ne suffit pas en lui-même à conférer à ces organisations les garanties de rigueur et d'impartialité qu'appelle l'effectivité grandissante de leur pouvoir. L'assurance d'un fonctionnement démocratique de leur organisation interne, d'une certaine antériorité et de leur transparence financière, sont autant d'éléments qui peuvent renforcer aux yeux de l'opinion publique la légitimité de leur revendication à contribuer à l'amélioration de la gouvernance mondiale. Une défiance nuirait à leur capacité d'action comme à la légitimité qui doit nécessairement accompagner le développement des acteurs civiques.

À cet égard, il convient de souligner les importants dispositifs mis en place sur une base volontaire par les ONG/associations, que l'on pense par exemple à la publication des rapports d'activité et de financements ou à la transparence concernant leurs organes de gouvernance. Allant plus loin, un rapport de la Cour des comptes européenne publié en 2018 et intitulé « *Mise en œuvre des fonds de l'UE par des ONGs : des efforts supplémentaires sont nécessaires pour plus de transparence*⁷⁹ » tente de traiter cette question en démontrant que liberté d'association et transparence sont compatibles. Après avoir rappelé que la transparence

76. Cass. Crim. 7 septembre 2021, n° 19-87.031.

77. Il en est autrement de l'ECCHR qui s'est donné pour mission de « *promouvoir durablement le droit international humanitaire* », ce qui, selon la chambre criminelle, inclut les crimes de guerre, et lui donne le droit d'exercer les droits reconnus à la partie civile du chef de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

78. M. Delmas-Marty, *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit (III)*, Le Seuil, 2009.

79. https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_35/SR_NGO_FUNDING_FR.pdf.

est l'un des principes budgétaires énoncés dans le règlement financier applicable au budget de l'UE, la Cour des comptes demande à la commission européenne de « *communiquer de manière appropriée et en temps utile les informations qu'elle détient sur les destinataires des fonds européens, y compris les ONG* ». La Cour signale les carences du contrôle de l'utilisation des fonds européens par la commission européenne et par les Nations unies auxquelles la commission a délégué cette tâche, plus particulièrement s'agissant des « *réseaux d'ONGs internationales* ». Noëlle Lenoir fait ainsi observer qu'« *en adressant des mises en demeure à certains groupes français et en les attaquant en justice, les ONGs demandent toujours plus de transparence à ces acteurs économiques... Face à la demande croissante de transparence de la part des entreprises françaises, et bientôt européennes si une directive sur le devoir de « diligence » est adoptée, le manque de transparence des associations, notamment les ONGs internationales et leurs branches françaises, qui réclament toujours plus d'informations au titre du plan de vigilance, apparaît plus nettement... Eu égard aux pouvoirs qu'ont de jure ou de facto entreprises et ONGs, véritables acteurs globaux, il est indispensable que celles-ci soient soumises à des obligations de transparence semblables, non pas seulement sur le plan national, mais au niveau de l'Union européenne* »⁸⁰.

Ce constat posé, il ne s'agit bien entendu pas ici de faire indûment obstacle aux actions civiles des ONG/associations, lesquelles remplissent, par hypothèse, une mission d'intérêt général : les informations émanant des médias ou communiquées par le PNAT font d'ailleurs état du rôle déterminant joué par les ONG/associations concernant la mise en cause des entreprises pour crime de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, lesquelles agissent tantôt conjointement à des actions civiles de personnes se présentant comme victimes, tantôt isolément, c'est-à-dire sans action civile simultanée de personnes se présentant comme victimes directes de ces crimes. Il convient néanmoins de s'assurer d'un minimum de bien-fondé de ces actions dans la mesure où la mise en cause d'entreprises pour des qualifications de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre peut être particulièrement infamante et, à ce titre, susceptible d'avoir en elle-même des conséquences commerciales, économiques et financières particulièrement graves. L'infamie résultant d'accusations d'avoir participé à un crime de droit international a un effet immédiat sur la réputation de l'entreprise en cause qui peut se répercuter sur son activité et sa valorisation financière et, partant, la déstabiliser et l'affaiblir.

Aussi s'agit-il de se prémunir contre des actions insuffisamment fondées ou précipitées, voire abusives ou politiques. Ces garanties sont d'autant plus nécessaires que la procédure pénale française donne aisément le droit aux personnes pouvant prétendre à la qualité de

80. N. Lenoir, A. Maklakova et S. Rudatsikira, « *La transparence, une exigence de conformité qui s'impose aux entreprises et aux ONG comme acteurs globaux* », *Le monde du droit*, 25 février 2021.

victime d'une infraction de les faire poursuivre devant les juridictions pénales, ce qui la distingue de la quasi-totalité des autres procédures de pays comparables. Il convient de rappeler que l'article 1^{er} du Code de procédure pénale prévoit que « *(l'action publique) peut être mise en mouvement par la partie lésée dans les conditions déterminées par le présent code* ».

C'est l'affirmation d'un véritable droit de poursuite reconnu à la victime, laquelle a le pouvoir de saisir la juridiction pénale des faits dont elle considère avoir été l'objet. Certes, ce droit de poursuite est soumis à des conditions comme l'exprime l'article 1^{er} du CPP. Il n'empêche que le droit français permet à une personne qui se considère comme victime d'une infraction de faire engager des poursuites contre l'auteur, ce qui est une véritable prérogative de puissance publique et une spécificité de la procédure pénale qui ne se retrouve pas dans les États proches. Comme nous l'avons rappelé plus haut, en Allemagne, par exemple, la victime ne peut pas déclencher les poursuites, mais seulement se joindre à des poursuites engagées par le ministère public. Dans les pays de tradition de *common law* comme le Royaume-Uni et les États-Unis, les victimes ne sont pas même parties au procès pénal où leur qualité est seulement celle de témoin.

Il n'est pas question évidemment de contester ce droit de poursuite accordé aux victimes par le droit français, lequel trouve son origine dans notre histoire juridique et se justifie par le principe de l'opportunité des poursuites du ministère public dont il est traditionnellement reconnu comme la contrepartie. Mais il est impératif que son exercice soit pleinement respectueux des conditions qui lui sont applicables. Cela est d'autant plus nécessaire quand ce droit est donné à des ONG/ associations qui, par hypothèse, ne sont pas les victimes directes des infractions dont elles se plaignent. Dans le domaine des crimes de droit international, nous avons vu que le droit des associations de se constituer parties civiles est prévu par l'article 2-4, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale.

Les conditions de mise en œuvre de ce droit sont très peu exigeantes, puisqu'elles se limitent à requérir une déclaration depuis au moins cinq ans et des statuts se proposant de combattre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ou la défense des intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés. Ces termes montrent que la disposition a été rédigée pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis pendant la Seconde Guerre mondiale, ce qui est attesté par la création de cet article par la loi n° 84-466 du 10 juin 1983 dans le contexte des poursuites contre Klaus Barbie. La limitation de l'article aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre confirme son lien avec les crimes nazis, lesquels ont relevé de ces seules qualifications devant les juridictions françaises. La catégorie des crimes de droit international comprend d'autres qualifications, lesquelles n'ont pas été visées par l'article 2-4 parce que celui-ci avait pour objet de s'appliquer aux seuls crimes nazis.

Nonobstant ce rattachement à la Seconde Guerre mondiale, l'article 2-4 a été appliqué par la Cour de cassation aux crimes contre l'humanité commis après cette date. L'arrêt n° 19-87.031 du 7 septembre 2021 rendu dans l'affaire Lafarge a ainsi appliqué cet article à l'association European Center for Constitutional and Human Rights pour des crimes contre l'humanité commis en Syrie. Cet arrêt a en effet considéré que cette association était recevable à se constituer partie civile du chef de complicité de crimes contre l'humanité en application de l'article 2-4 du CPP au motif qu'« *elle s'est donné pour mission de promouvoir le droit international humanitaire, ce qui implique qu'elle entend combattre les crimes de guerre* » (n° 50). Il s'ensuit que le droit des associations d'exercer les droits de la partie civile pour crimes contre l'humanité ou crimes de guerre est présentement régi par cet article 2-4 dont les conditions sont très larges. Cette amplitude pouvait se justifier pour les associations intervenant dans les poursuites contre Klaus Barbie. Elle est, en revanche, inadaptée pour des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre commis en dehors de ce contexte, car elle confère un pouvoir exorbitant de poursuites alors que celui-ci doit être entouré de conditions qui garantissent contre ses excès et/ou sa précipitation.

Il convient donc de préconiser la modification de l'article 2-4 du CPP pour lui ajouter des conditions qui encadrent mieux le droit des ONG/associations d'agir devant les juridictions pénales pour crimes de l'humanité et crimes de guerre. Cet encadrement doit être assuré sur le modèle de celui qui est prévu dans d'autres domaines, ce qui atteste de son absence de caractère exceptionnel. C'est au contraire l'absence ou l'insuffisance des conditions prévues par l'article 2-4 qui est exceptionnelle au regard de celles usuuellement fixées dans les autres articles habilitant des associations à exercer les droits de la partie civile. La modification de l'article 2-4 permettrait aussi son actualisation par rapport à la catégorie des crimes de droit international, laquelle ne se limite pas aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre.

Mais cette modification ne doit cependant concerner que l'exercice des droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Il n'y a en effet aucune raison de le modifier pour les associations de défense des intérêts moraux et de l'honneur de la Résistance et des déportés même si l'écoulement du temps rend peu probable que ces associations puissent être amenées dans le futur à agir devant les juridictions pénales relativement à des crimes contre l'humanité et/ou à des crimes de guerre commis pendant la Seconde Guerre mondiale. Aussi s'agirait-il de créer un nouvel article numéroté 2-4-1 qui suivrait l'article 2-4, lequel serait limité aux associations de défense des intérêts moraux et de l'honneur de la Résistance et des déportés.

S'agissant du champ d'application du nouvel article 2-4-1, celui-ci devrait intégrer expressément le crime de génocide même si ce crime pourrait sans doute entrer dans le champ d'application de l'actuel article 2-4 du fait qu'il est défini dans un titre du Code pénal intitulé « *Des crimes contre l'humanité* ». Cette intégration aurait le mérite de

ne prêter à aucune discussion sur l'application de l'article 2-4-1 au crime de génocide. Cet article 2-4-1 devrait aussi intégrer le crime de torture et le crime de disparition forcée, puisque ceux-ci participent de la catégorie des crimes de droit international. Aussi devraient-ils figurer parmi les crimes que les associations sont habilitées à poursuivre. Il conviendrait néanmoins de limiter l'application au crime de torture à la définition retenue par la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984 pour éviter que cet article s'applique à des tortures entre particuliers qui n'ont pas la nature d'un crime de droit international.

S'agissant de la détermination des associations qui feraient l'objet d'une habilitation à exercer les droits de la partie civile, il convient de substituer l'expression « crimes de droit international » ou « crimes internationaux » aux termes de « crimes contre l'humanité » et de « crimes de guerre » utilisés par l'article 2-4. Il est possible d'envisager d'ajouter une formule sur la promotion ou la défense du droit international humanitaire et du droit international pénal sur le modèle des statuts de l'association ayant agi dans l'affaire Lafarge (v. ci-dessus).

S'agissant de la détermination des infractions, il conviendrait d'identifier les crimes entrant dans le champ d'application de l'habilitation en dressant une liste. Cette liste devrait correspondre aux crimes de droit international habituellement classés dans cette catégorie : le crime de génocide, les autres crimes contre l'humanité, le crime de disparition forcée, la torture et les crimes et délits de guerre. Comme cela a été dit, la torture devrait être identifiée par une référence à la convention du 10 décembre 1984 pour limiter l'application de l'habilitation aux seuls cas qui entrent dans son champ d'application.

La détermination des infractions nécessiterait aussi de renvoyer aux articles du Code pénal incriminant les crimes concernés sur le modèle utilisé dans la majorité des articles 2-1 et suivants du CPP. Il convient d'ajouter expressément qu'elle intègre la complicité de ces crimes pour éviter les discussions sur cette question alors que les crimes de droit international connaissent généralement un cas de complicité qui leur est propre sous la forme de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique. Cette responsabilité pénale est expressément qualifiée de cas assimilé à la complicité, ce qui pourrait faire s'interroger sur son intégration dans une habilitation qui se contente de viser les crimes de droit international. La mention explicite de la complicité dans l'habilitation aurait aussi pour avantage de justifier l'exclusion du recel et du blanchiment de son champ d'application. Ces qualifications ne doivent en effet pas en relever puisqu'elles ont une nature qui les écarte résolument des crimes de droit international. Aussi serait-il injustifié que des associations prétendent intervenir devant les juridictions pénales pour recel ou blanchiment de crimes de droit international au titre de l'habilitation pour agir du chef de crime de droit international.

S'agissant des conditions d'attribution de l'habilitation, il convient de conserver la condition de déclaration depuis au moins cinq ans qui

vise à éviter les actions engagées par des associations créées pour la circonstance. Cette condition est, de surcroît, très fréquente.

L'article 2-23 du CPP prévoit ainsi que :

« Toute association agréée déclarée depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile, se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions suivantes :

1° Les infractions traduisant un manquement au devoir de probité, réprimées aux articles 432-10 à 432-15 du Code pénal ;

2° Les infractions de corruption et trafic d'influence, réprimées aux articles 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-1 à 435-10 et 445-2-1 du même code ;

3° Les infractions de recel ou de blanchiment, réprimées aux articles 321-1, 321-2, 324-1 et 324-2 dudit code, du produit, des revenus ou des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° et 2° du présent article ;

4° Les infractions réprimées aux articles L. 106 à L. 109 du Code électoral. ».

De manière analogue, l'article 2-24 du CPP énonce que « toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date et des faits et ayant pour objet statutaire la défense ou l'assistance des étudiants et élèves d'établissements d'enseignement victimes de bizutage peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues à la section 3 bis du chapitre V du titre II du Livre II du Code pénal ».

Cette condition est cependant insuffisante pour s'assurer de la légitimité des associations à exercer les droits reconnus à la partie civile pour les crimes de droit international. Aussi faut-il ajouter une condition d'agrément sur le modèle de l'agrément prévu par l'article 2-23 pour l'habilitation des associations dans le domaine de la corruption. Ce choix de subordonner le droit d'agir des associations de lutte contre la corruption à un agrément a été prévu, selon les mots de la directrice des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice, « pour limiter le risque de plaintes infondées par des associations dont l'unique objet serait de déstabiliser des élus ou des agents publics⁸¹ ». L'étude d'impact avait pareillement justifié la condition d'agrément par le souci « d'éviter toute plainte avec constitution de partie civile qui pourrait se révéler abusive⁸² ».

Il convient de relever que cette condition d'agrément est prévue dans trois autres cas : pour les associations de défense de la langue française⁸³, pour les associations de défense des victimes d'accident collectif⁸⁴ et

81. Rapport AN 14e lég., n° 1130 et 1131 par Y. Galut, p. 60.

82. Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière
Étude d'impact, p. 9.

83. Art. 2-14 du CPP.

84. Art. 2-15 du CPP.

les associations ayant pour but l'étude et la protection du patrimoine archéologique⁸⁵. Aussi n'est-elle ni exceptionnelle ni inédite. Elle se justifie particulièrement pour les crimes de droit international dont la dimension fréquemment politique expose à des plaintes susceptibles d'être abusives et qui sont, de surcroît, en mesure de porter une atteinte infondée aux relations internationales. Il apparaît donc nécessaire de prévoir une condition d'agrément pour les associations habilitées à exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les crimes de droit international à l'instar de l'agrément prévu pour la corruption et les autres manquements au devoir de probité.

Il convient de relever que les textes qui ne prévoient pas d'agrément le compensent par d'autres garanties comme la mise en mouvement préalable de l'action publique par le ministère public ou la victime. Ces garanties ne sont pas davantage prévues par l'article 2-4, ce qui confirme l'inadaptation de son régime aux crimes de droit international.

Pour rappel, les conditions de l'agrément requis au titre de l'article 2-23 pour les associations de lutte contre la corruption sont déterminées par l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 du 12 mars 2014 suivant lequel :

« L'agrément prévu à l'article 2-23 du Code de procédure pénale peut être accordé à une association se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption lorsqu'elle remplit les conditions suivantes :

1° Cinq années d'existence à compter de sa déclaration ;

2° Pendant ces années d'existence, une activité effective et publique en vue de lutter contre la corruption et les atteintes à la probité publique, appréciée notamment en fonction de l'utilisation majoritaire de ses ressources pour l'exercice de cette activité, de la réalisation et de la diffusion de publications, de l'organisation de manifestations et la tenue de réunions d'information dans ces domaines ;

3° Un nombre suffisant de membres, cotisant soit individuellement, soit par l'intermédiaire d'associations fédérées ;

4° Le caractère désintéressé et indépendant de ses activités, apprécié notamment eu égard à la provenance de ses ressources ;

5° Un fonctionnement régulier et conforme à ses statuts, présentant des garanties permettant l'information de ses membres et leur participation effective à sa gestion. »

Ces conditions sont transposables à un agrément des associations de lutte contre les crimes de droit international. Il conviendrait d'ajouter une condition de transparence financière consistant dans l'identification des sources de financement des associations. Cette condition est nécessaire dans le domaine des crimes de droit international compte tenu de leur fréquente dimension politique. Elle permettrait de garantir contre des actions conduites par des associations alimentées par des personnes agissant elles-mêmes à des fins politiques. Aussi

85. Art. 2-21 du CPP.

conviendrait-il de lier formellement l'octroi de l'agrément à l'identification et la justification de l'origine des ressources financières de l'association en cause. Les documents nécessaires à cette identification devraient être listés dans l'arrêté pris pour déterminer la composition du dossier d'agrément comme cela est le cas pour l'agrément des associations de lutte comme la corruption.

Il convient ainsi de prévoir une déclaration des liens d'intérêts des dirigeants de l'association avec des entreprises de droit étranger ou des groupements politiques étrangers ou des personnalités politiques étrangères, dès lors qu'une action visant une entreprise de droit français pour des faits commis à l'étranger a presque mécaniquement des conséquences commerciales et sur les relations internationales. Aussi s'agit-il de s'assurer que cette action est dépourvue de considérations commerciales et politiques.

En revanche, si elle a été envisagée, la condition de la souscription d'une assurance couvrant les conséquences financières d'une éventuelle procédure abusive doit être écartée parce qu'elle serait difficile à saisir. On peut en effet craindre que les sociétés d'assurance ne soient pas enclines à mettre en place une telle assurance compte tenu du petit nombre de souscripteurs potentiels. Les associations pourraient donc se trouver dans l'impossibilité de remplir la condition d'assurance, laquelle ne manquerait pas d'être interprétée comme une volonté d'empêcher l'action des associations.

La question s'est aussi posée de prévoir une condition de subsidiarité de la constitution de partie civile des associations, comme cela est souvent le cas. Cette condition consiste à requérir une mise en mouvement préalable de l'action publique par le ministère public ou par la partie lésée. Elle a pour objet de garantir contre les plaintes abusives (v. ci-dessus). La condition est prévue, par exemple, par l'article 2-22 CPP pour les associations exerçant les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne la lutte contre l'esclavage, la traite des êtres humains, le proxénétisme et l'action sociale en faveur des prostituées. Elle est aussi prévue pour d'autres infractions⁸⁶. Il convient de relever que la lutte contre l'esclavage et la traite des êtres humains – qui font l'objet de l'article 2-22 – sont des infractions définies par le droit international à l'instar du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Aussi y aurait-il une cohérence à appliquer cette condition à ces crimes.

Il convient cependant d'observer que cette condition est alternative de celle relative à un agrément, de sorte que leur prévision conjointe serait une spécificité pour les associations agissant dans le domaine des crimes de droit international. Cela ne manquerait pas d'être dénoncé comme l'expression d'une position politique visant à empêcher les ONG/associations d'agir en matière de crimes de droit international. On peut, en outre, s'interroger sur l'efficacité de cette condition dans ce

86. Voir les articles 2-15 et 2-16 du CPP.

domaine compte tenu du très grand nombre de victimes et, partant, du très grand nombre de personnes pouvant prétendre à la qualité de partie et étant, à ce titre, en position pour mettre en mouvement l'action publique. Il s'ensuit que la condition ne devrait guère protéger contre des actions abusives étant donné qu'elle sera généralement satisfaite ou, à tout le moins, aisée à satisfaire. Il apparaît donc préférable d'écartier cette condition pour se concentrer sur celle d'un agrément.

Au regard des analyses ci-dessus, il pourrait être envisagé de modifier l'article 2-4 CPP en le limitant aux seules associations de défense des intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés et en ajoutant un article 2-4-1 portant sur les associations de lutte contre les crimes de droit international. Ces articles pourraient être les suivants :

« Art. 2-4 Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans qui se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

Toute fondation reconnue d'utilité publique peut exercer les droits reconnus à la partie civile dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves que l'association mentionnée au présent article. »

« Art. 2-4-1 Toute association agréée déclarée depuis au moins cinq ans à la date de constitution de partie civile, se proposant par ses statuts de lutter contre le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes et délits de guerre, le crime de disparition forcée et la torture ou de promouvoir le droit international humanitaire ou le droit international pénal, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions suivantes :

1° Le crime de génocide réprimé par l'article 211-1 du Code pénal et le crime de provocation publique et directe à commettre un génocide réprimé par l'article 211-2 du Code pénal ;

2° Les autres crimes contre l'humanité réprimés par les articles 212-1, 212-2 et 212-3 du Code pénal ;

3° Le crime de disparition forcée réprimé par l'article 221-12 du Code pénal ;

4° La torture au sens de l'article 1^{er} de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York, le 10 décembre 1984 et réprimée par les articles 222-1 et 221-3, 7^e, du Code pénal ;

5° Les crimes et délits de guerre réprimés dans le Livre quatrième bis du Code pénal ;

6° Les actes de complicité ou assimilés à la complicité des crimes et délits mentionnés aux 1^{er} à 4^e du présent article.

Un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles les associations mentionnées au premier alinéa du présent article peuvent être agréées.

Toute fondation reconnue d'utilité publique peut exercer les droits reconnus à la partie civile dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves que l'association mentionnée au présent article. »

Concernant la condition d'agrément, celle-ci pourrait faire l'objet d'un décret reprenant les termes de l'article 1^{er} du décret n° 2014-327 relatif à l'agrément des associations de lutte contre la corruption. Il incomberait à ce décret de déterminer les conditions nécessaires à l'attribution de l'agrément, notamment en ce qui concerne la transparence financière des associations agréées.

PROPOSITION 5

Conditionner la possibilité pour les associations d'agir dans le cadre d'une procédure à des garanties d'antériorité, de gouvernance indépendante et de transparence, notamment financière.

PARTIE 3

UNE NOUVELLE PLACE POUR LE JUGE

« Face aux crimes internationaux, il s'agit moins de restaurer un ordre mondial qui n'existe pas, que de contribuer à l'instauration d'un ordre futur qui se cherche encore. Les juridictions pénales internationales nouvellement créées n'y suffiront pas et il restera nécessaire, pendant longtemps encore, que les crimes internationaux puissent être poursuivis devant des juridictions nationales, invitées à étendre leur compétence pénale au-delà des critères traditionnels⁸⁷ ». C'est par ces mots qu'Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty introduisaient *Juridictions nationales et crimes internationaux* en constatant que le caractère encore récent des organisations internationales, leur manque de moyens, de reconnaissance ou parfois simplement le champ de leur compétence les empêchaient de répondre pleinement aux problèmes posés à la communauté internationale. La mondialisation du droit devait donc reposer largement encore sur une certaine mondialisation des juges nationaux, les premiers en contact avec ces nouvelles attentes tendant à mieux « organiser le monde⁸⁸ ».

Le présent rapport ne saurait contredire la prédiction formulée 20 ans plus tôt par les deux éminents pénalistes. La responsabilité des personnes morales demeure une carence importante du droit international (3.1) si bien que les défis que représente la multiplication des poursuites pénales visant des entreprises pour violation de droits humains se posent essentiellement aux juges nationaux (3.2).

3.1 La responsabilité pénale des personnes morales : une carence du droit pénal international⁸⁹

Confronté à la diversité de positions des législations internes, le droit international pénal ne s'est jamais résolu à sanctionner ces personnes morales. Fortement influencés par les États anglo-américains, les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo l'ont exclu, établissant un précédent toujours valable. Les juges des tribunaux militaires des zones d'occupation compétents en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle ont préféré sanctionner les dirigeants plutôt que les entreprises elles-mêmes (3.1.1). Ce refus de sanctionner les personnes morales fut confirmé par les statuts des TPI et de la CPI (3.1.2).

3.1.1 Le refus des tribunaux militaires d'occupation de sanctionner les personnes morales

Trois affaires impliquant des personnes morales dans la commission de crimes de droit international ont été portées devant le Tribunal militaire américain de Nuremberg.

87. A. Cassese et M. Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*. Presses Universitaires de France, 2002.

88. S. Kott, *Organiser le monde*, Seuil, 2021.

89. Les développements qui suivent sont directement tirés de la thèse de A.-L. Chaumette, *Les sujets du droit international pénal*, Pedone, 2009, 546 p.

La première concernait le groupe industriel *Flick Kommanditgesellschaft*. Ce groupe exploitait des mines de charbon et de fer. Il était présidé par F. Flick qui en était également le propriétaire. Dans cette affaire, il était clair que l'activité du groupe était liée aux actes reprochés. La spoliation des biens industriels visait à étendre l'implantation de l'entreprise et l'utilisation d'un système esclavagiste permettait d'augmenter sa productivité. Pour autant, seuls F. Flick et ses collaborateurs furent visés par l'acte d'accusation. Certes, leur lien avec l'entreprise était souligné puisque l'accusé principal était appréhendé « *en tant que membre du Praesidium de la Reichsvereinigung Eisen, communément appelée RVE (mai 1942-45), et du Praesidium de la Reichsvereinigung Kohle, communément appelée RVK (mars 1941 - avril 1945), et en tant que membre du Beirat (conseil consultatif) du Wirtschaftsgruppe Eisenschaffende Industrie (groupe économique de l'industrie sidérurgique) (sept. 1939 - avril 1945)*

⁹⁰ ».

Toutefois, la personne morale n'était pas partie au procès. Les actes criminels furent attribués aux individus et non à l'entreprise. La question de la sanction de la personne morale n'eut donc pas à être soulevée, puisque le groupe industriel n'était même pas considéré comme l'auteur des crimes de droit international.

Les deux autres affaires sont plus équivoques, car elles laissent entendre que l'auteur du crime pourrait être une personne morale.

Dans le premier cas était mise en cause la société Krupp, aciérie fondée en 1811, devenue société anonyme en 1902. Dès 1933, le directeur, G. Krupp, se ralliait aux nazis en vue d'obtenir les commandes de l'État allemand. Pour le tribunal, l'entreprise a participé au réarmement des forces militaires allemandes et a procédé à des réquisitions qui lui sont en partie attribuables : « *les « réquisitions en nature » par ou pour le compte de l'entreprise Krupp étaient illégales*

⁹¹ ». Les juges se trouvèrent alors dans une impasse : ils venaient de qualifier la personne morale d'auteur du crime, mais n'étaient pas compétents pour la sanctionner. Pour résoudre ce paradoxe, ils ont considéré que « *lorsqu'il est interdit à la société elle-même d'accomplir un acte, l'interdiction s'étend au conseil d'administration et à chaque administrateur, séparément et individuellement*⁹² ». Autrement dit, une obligation ayant pour destinataire une personne morale s'adresse également à ses hauts responsables. Le tribunal a dégagé deux conditions cumulatives pour que l'attribution des actes de l'entreprise aux personnes physiques soit possible : il fallait non seulement que l'accusé fasse partie du *Krupp Directorate* ou soit un haut responsable dans l'entreprise, mais aussi qu'il ait participé personnellement et activement à la commission de l'infraction. Selon les juges, les crimes de droit international ont été commis à la fois par la société et par certains de ses membres. Cette

90. *Flick and Others*, Tribunal militaire américain de Nuremberg, 22 décembre 1947, T.W.C., vol. VI, p. 1194 (traduction libre).

91. *Krupp and Others*, Tribunal militaire américain de Nuremberg, 30 juin 1948, I.L.R., vol. 15, Case n° 214, p. 624 (traduction libre).

92. *Ibid.*, p. 627 (traduction libre).

ambivalence apparaît clairement dans le jugement : « *la société Krupp, par l'intermédiaire des défendeurs Krupp, Loeser, Houdremont, Mueller, Janssen et Eberhardt, a participé volontairement et sans contrainte à ces violations en achetant et en enlevant des machines et en louant la propriété de Paris*⁹³ ». Finalement, seuls les individus furent sanctionnés.

Ce raisonnement est confirmé et précisé dans l'affaire *I.G. Farben*. Cette dénomination désignait un conglomérat ou communauté d'intérêts créé en 1916 et réunissant huit des plus grandes entreprises allemandes de chimie. Au début de la Seconde Guerre mondiale, *I.G. Farben* détenait le monopole de la production chimique allemande. Durant le conflit, le conglomérat a localisé ses centres de production et d'expérimentation à proximité et au sein même des camps de concentration. Il a installé notamment près d'Auschwitz une usine de production d'essence synthétique et de caoutchouc et asservi les prisonniers des camps. Dans le même temps, *I.G. Farben* a spolié et utilisé les biens situés sur les territoires contrôlés par les nazis. Pour certains auteurs, « *Farben est devenu l'un des alliés les plus puissants d'Hitler en tant que moteur de la machine de guerre allemande*⁹⁴ ». Au cours du procès, les juges ont identifié les actes illicites commis par la société. Ils ont considéré qu'une personne morale pouvait commettre des infractions : « *Lorsqu'un particulier ou une personne morale procède à l'exploitation de l'occupation militaire en acquérant des biens privés contre la volonté et le consentement de l'ancien propriétaire, une telle action, qui n'est pas expressément justifiée par une disposition applicable du règlement de La Haye, constitue une violation du droit international. [...] De même, lorsqu'un particulier ou une personne morale devient partie à une confiscation illégale de biens publics ou privés en planifiant et en exécutant un projet bien défini d'acquisition permanente de ces biens, l'acquisition dans de telles circonstances après la confiscation constitue un comportement en violation du règlement de La Haye.* »

Les juges ont ainsi confirmé qu'une personne morale pouvait être auteur d'un crime de droit international. Cette thèse était également soutenue par le Procureur dont l'acte d'accusation indiquait que les accusés « *étaient membres d'organisations ou de groupes, y compris Farben, qui étaient liés à la commission desdits crimes*⁹⁵ ». Le tribunal a cependant estimé que ces infractions étaient attribuables aux dirigeants du conglomérat qui seuls pouvaient être sanctionnés. Afin de justifier la non-sanction du conglomérat, le tribunal a considéré que *I.G. Farben* n'était qu'un instrument utilisé par les individus pour commettre les crimes : « *Bien que l'organisation Farben, en tant que personne morale, ne soit pas accusée par l'acte d'accusation d'avoir commis un crime et ne fasse pas l'objet de poursuites dans cette affaire, l'accusation soutient que les prévenus, individuellement et collectivement, ont utilisé*

93. *Krupp and Others*, Tribunal militaire américain de Nuremberg, 30 juin 1948, *T.W.C.*, vol. IX, p. 1353 (traduction libre).

94. A. L. Zuppi, « *Slave Labor in Nuremberg's I.G. Farben Case : The Lonely Voice of Paul M. Hebert* », *Louisiana Law Review*, 2006, (pp. 495-526), p. 502 (traduction libre).

95. *Ibid.*, p. 1085 (traduction libre).

l'organisation Farben comme instrument pour commettre les crimes énumérés dans l'acte d'accusation⁹⁶. »

3.1.2 L'éviction des personnes morales par les statuts des juridictions internationales pénales contemporaines

Cette jurisprudence établie par les tribunaux militaires d'occupation n'a pas été remise en question. Elle a d'abord été consacrée par la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid* entrée en vigueur en 1976. En vertu de cet accord, une entreprise peut être un auteur du crime, mais seuls ses membres seront tenus pour pénalement responsables de l'*apartheid*⁹⁷. Puis, lors de l'élaboration des statuts des TPI (i) et de la CPI (ii), l'exclusion de la compétence des juridictions internationales pénales à l'égard des personnes morales est confirmée.

(i) Les statuts des TPI

Dès 1993, le Secrétaire général des Nations unies reconnaît que « *la question se pose toutefois de savoir si une personne morale, telle une association ou une organisation, peut être considérée en tant que telle, comme auteur d'un crime, ses membres étant alors, pour cette seule raison, soumis à la juridiction du Tribunal international. Le Secrétaire général pense que ce concept ne devrait pas être retenu [...]. Les actes criminels énoncés dans le statut sont exécutés par des personnes physiques*⁹⁸ ».

Cette thèse est reprise par les rédacteurs des Statuts des tribunaux *ad hoc*. En vertu des articles 6 du Statut du TPIY et 5 du Statut du TPIR, ces instances ne sont compétentes qu'à l'égard des personnes physiques⁹⁹. Les personnes morales ne peuvent donc pas se voir adresser des sanctions internationales pénales par ces instances.

Ce principe aurait pu poser problème dans l'une des procédures ouvertes par le TPIR. Le procès des médias a en effet révélé le rôle joué par la Radio Télévision des Mille Collines (RTLM) et le journal *Kangura*. Durant le procès, la Chambre de première instance du tribunal reconnaît que « *Kangura et la RTLM ont agi en associés dans une coalition hutue, à laquelle était également partie la CDR. Kangura et la RTLM ont présenté un front médiatique commun, [...] dont le but était de mobiliser la*

96. *Ibid.*, p. 1108 (traduction libre).

97. Selon l'article 3 de la Convention, « [s]ont tenus pour pénalement responsables sur le plan international, et quel que soit le mobile, les personnes, les membres d'organisations et d'institutions et les représentants de l'Etat, qu'ils résident sur le territoire de l'Etat dans lequel les actes sont perpétrés ou dans un autre Etat [...] ».

98. Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, 3 mai 1993, [S/25704], § 52.

99. Dans le même sens, v. article 6 du Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone et article 1 de la loi relative à l'établissement des Chambres extraordinaires du Cambodge.

*population hutue contre la minorité ethnique tutsie*¹⁰⁰. » Toutefois, privé de compétence à l'égard des personnes morales, le TPIR n'a pas pu déclarer ces médias responsables des crimes¹⁰¹.

(ii) Le statut de Rome

Dans les années 90, certains États ont tenté de rendre la Cour pénale internationale compétente à l'égard des personnes morales et, de ce fait, de conférer aux personnes morales la qualité de sujets débiteurs du droit international pénal.

Le plus ardent défenseur de cette thèse était la France. Le projet français suggérait d'étendre la compétence *ratione personae* de la Cour aux personnes morales. Le projet d'article 17, paragraphe 5, disposait que « lorsque le crime a été commis par une personne physique au nom ou avec l'assentiment d'un groupe ou d'une organisation quelconque, la Cour peut déclarer que ce groupe ou cette organisation est une organisation criminelle¹⁰² ». L'article 17, paragraphe 6, poursuivait : « Dans les cas où un groupe ou une organisation est déclaré criminel par la Cour, ce groupe ou cette organisation encourt les peines¹⁰³ » prévues. Cette proposition de la France était soutenue par l'Algérie, la Corée du Sud, la Jordanie, la Tunisie et la Tanzanie. L'argument avancé pour défendre la responsabilité internationale pénale des personnes morales était d'ordre financier : « Le fait d'imputer la responsabilité à une personne morale pourrait signifier que les victimes sont assurées d'être indemnisées alors qu'autrement elles n'auraient rien obtenu »¹⁰⁴. Face à cette proposition, certains États se montraient très réticents¹⁰⁵ tandis que d'autres étaient prêts à y réfléchir¹⁰⁶.

Trois mois avant l'adoption du Statut de Rome, le Comité préparatoire a accueilli timidement la thèse française. En vertu de l'article 23, alinéa 5, du projet de Statut, « la Cour est également compétente à l'égard des personnes morales, à l'exclusion des États, lorsque les organes ou représentants de telles personnes ont commis les crimes au nom de celles-ci¹⁰⁷ ». L'alinéa 6 précisait que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs

100. *Procureur c. Nahimana et consorts*, ICTR-99-52, Jugement, Chambre de première instance I du TPIR, 3 décembre 2003, § 943.

101. En l'espèce, il s'avère que la RTLM avait cessé d'exister depuis la fin juillet 1994. Elle n'aurait donc pas pu être représentée au procès.

102. Proposition de la France de l'art. 17 sur la responsabilité pénale individuelle, 2 avril 1998, [A/AC.249/1998/DP.14], p. 1.

103. *Ibid.*

104. A. Clapham, « The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons : Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court », in M. T. Kammenga, S. Zia-Zarifi (dir.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2000, (pp. 139-195), p. 147.

105. Notamment l'Argentine, l'Australie, la Chine, le Danemark, l'Égypte, la Grèce, le Liban, le Mexique, la Pologne, le Portugal, le Salvador, la Slovénie, la Suède, la Syrie, la Thaïlande, le Venezuela, le Yémen.

106. Il s'agissait de Cuba, du Japon, du Kenya, de Singapour et de l'Ukraine.

107. Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, 14 avril 1998, [A/CONF.183/2/Add. 1], p. 50.

*ou complices des mêmes crimes*¹⁰⁸ ». Le projet de Statut du Comité prévoyait, par ailleurs, des peines spécifiques aux personnes morales¹⁰⁹.

Les incertitudes étaient cependant toujours présentes lorsque, le 3 juillet 1998, la commission préparatoire exposa son projet de Statut à la Conférence des plénipotentiaires de Rome. Le projet d'article 23, paragraphes 5 et 6, reconnaissait la compétence de la Cour à l'égard des personnes morales :

« 5. Sans préjudice de la responsabilité pénale individuelle de personnes physiques en application du présent Statut, la Cour peut également avoir compétence à l'égard d'une personne morale à raison d'un crime visé par le présent Statut.

Le Procureur peut porter des charges contre une personne morale, et la Cour peut rendre un jugement à l'égard d'une personne morale si :

a) Les charges portées par le Procureur à l'égard de la personne physique visent les faits mentionnés aux alinéas b) et c) ; et

b) La personne physique accusée était en situation de contrôle au sein de la personne morale en vertu de la législation de l'État où cette personne morale était enregistrée à l'époque où le crime a été commis ; et

c) Le crime a été commis par la personne physique agissant au nom et avec l'accord formel de cette personne morale et dans l'exercice des activités de celle-ci ; et

d) La personne physique a été déclarée coupable du crime dont elle était accusée [...].

*6. [...] Si elle est déclarée coupable, la personne morale peut encourir les peines visées à l'article 76*¹¹⁰*. »*

Ce texte présentait les conditions à remplir pour qu'une personne morale puisse être sanctionnée. Il fallait qu'un individu soit reconnu coupable d'un crime de droit international, que cet individu soit en position d'autorité au sein de l'entreprise visée et que cette entreprise ait été au courant des agissements criminels de son employé et ne les ait pas condamnés. Les auteurs de cette disposition avaient conscience de la difficulté d'identifier un responsable individuel dans le cas d'un crime commis par une société. Aussi leur projet tentait de renverser le raisonnement effectué par les tribunaux militaires d'occupation. Au lieu de condamner un individu pour les agissements de sa société auxquels il a contribué par son attitude, c'est la société qui risquait d'être condamnée pour les agissements de ses employés. Le projet de

108. *Ibid.*, p. 50.

109. L'article 76 intitulé « Peines applicables aux personnes morales » se lisait comme suit : « Les personnes morales encourrent une ou plusieurs des peines suivantes : i) amendes ; ii) dissolution ; iii) interdiction, pour une période fixée par la Cour, d'exercer toute activité ; iv) fermeture, pour une période fixée par la Cour, de l'établissement ayant servi à commettre les faits incriminés ; v) confiscation de toute chose ayant servi à commettre les faits incriminés et du produit de ces faits et des biens et avoirs découlant de leur commission ; vi) formes appropriées de réparation. », Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, 14 avril 1998, [A/CONF.183/2/Add. 1], pp. 124-125 (crochets omis).

110. Rapport du Groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal, Document de travail sur l'article 23, paragraphes 5 et 6, 3 juillet 1998, [A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2], pp. 1-2.

1998 considérait que le comportement criminel était celui de l'individu, mais que sa responsabilité pouvait entraîner celle de la société à laquelle il appartenait. Un tel raisonnement entendait éviter d'avoir à remonter l'organigramme de l'entreprise pour identifier les détenteurs du pouvoir décisionnel : la personne morale pouvait être responsable si l'un de ses employés, doté de la capacité décisionnelle ou en position d'autorité, commettait un crime. Ainsi l'article 23, paragraphe 5, aurait permis de condamner directement la société mère (et non simplement la succursale) au vu des actes criminels commis par le directeur d'une succursale. En revanche, il n'aurait pas permis de condamner la société mère pour les crimes commis par le directeur d'une filiale qui est juridiquement une personne morale autonome.

Malgré la responsabilité, somme toute limitée, qu'il prévoyait, ce projet d'article ne fut pas retenu lors de l'adoption du Statut de Rome. L'une des principales raisons de ce rejet était l'absence de reconnaissance unanime par les législations nationales de la responsabilité pénale des personnes morales : le principe de complémentarité du Statut de Rome¹¹¹, qui dépend de la compatibilité du droit pénal dans les juridictions des États parties, se serait trouvé paralysé par le trop faible nombre de juridictions nationales qui tenaient à l'époque les entreprises pour responsables en vertu du droit pénal, par opposition à la responsabilité civile délictuelle, plus universelle.

3.2 De nouveaux défis pour le juge national

Le juge est confronté à des contentieux nouveaux, en nombre croissant. Nous rappelions ce chiffre en introduction : au premier semestre 2024, 13 procédures pénales (enquêtes préliminaires et informations judiciaires) des chefs de complicité de crimes contre l'humanité, complicité de génocide, complicité de crimes de guerre, ou encore complicité d'assassinats ou de tentatives d'assassinats, complicité d'actes de torture ou autres peines ou traitement inhumains ou dégradants, complicité de disparition forcée, commis sous forme de financement de groupes ou régimes criminels, d'acheminement d'armes, ou d'exportation de biens à double usage ayant servi à la commission d'exactions contre des populations civiles et visant des personnes morales ou dirigeants de personnes morales.

L'ensemble des poursuites diligentées contre des entreprises françaises pour complicité de crimes internationaux commis à l'étranger est suivi par des juridictions spécialisées (PNAT et pôle spécialisé de l'instruction du tribunal judiciaire de Paris) qui disposent d'une compétence concurrente aux autres juridictions nationales. Cette compétence est, dans la pratique, exclusive.

111. W. Schabas, International Criminal Court 190-199 (4th ed. 2011).

Fondamentalement – et de manière générale –, la légitimité du juge est parfois contestée par l'opinion publique dans des affaires caractérisées par leur haute portée politique ou médiatique et sujettes à des risques d'instrumentalisation. Dans un univers qui est devenu celui de la complexité, le rôle du juge a considérablement évolué et s'est complexifié : assurer la légitimité de l'institution judiciaire et la confiance dans les décisions qu'elle est susceptible de rendre exige aujourd'hui de prendre en compte des considérations plus larges dans leur processus d'élaboration, y compris d'un point de vue technique. L'augmentation (inattendue) des procédures ouvertes à la suite de la décision rendue par la chambre criminelle dans le cadre de l'affaire *Lafarge* commande de donner à ce nouveau PNAT des moyens et des outils suffisants pour traiter matériellement et techniquement les problématiques qui lui sont soumises par ces nouveaux contentieux. Les magistrats interrogés témoignent tous des efforts particuliers demandés par ce type d'affaires : les éléments d'extranéité, parfois nombreux, commandent souvent de nombreux déplacements, notamment de témoins qui nécessitent une assistance particulière et parfois des mesures de protection tout au long de la procédure, des processus de traduction sophistiqués, une coopération renforcée avec des autorités étrangères et une connaissance étroite du contexte dans lesquels les faits ont été produits. Au-delà, ces affaires complexes, où domine parfois la crainte de « contentieux sans procès¹¹² », les magistrats nécessitent des compétences particulières, notamment en droit international humanitaire, mais aussi une compréhension plus large des enjeux qui entourent ce type d'affaires.

L'apparition de formations spécialisées, à l'image du Parquet national antiterroriste et la diversification des voies de recrutement, notamment via l'emploi d'assistants spécialisés, témoigne de la prise en compte réelle de ces enjeux.

PROPOSITIONS 6 ET 7

Pour tenir compte de la spécificité des contentieux concernés par ce rapport, poursuivre l'augmentation des moyens donnés aux juridictions.

Renforcer des formations pluridisciplinaires aux magistrats amenés à traiter ce nouveau type de contentieux et poursuivre le recrutement d'assistants spécialisés.

112. Nous reprenons la formule d'une personnalité interrogée.

3.2.1 Mieux organiser les relations entre ONG/associations et autorités de poursuite

La nouvelle place prise par les ONG dans les procédures pénales bouleverse le rôle traditionnel des autorités de poursuite. L'encadrement des pratiques d'enquête (i) et le maintien du principe de l'opportunité des poursuites (ii) apparaissent tous deux essentiels à la bonne conduite du procès pénal.

(i) *L'encadrement des pratiques d'enquête*

Comment faire en sorte que les plaintes puissent être fondées sur des éléments probants pertinents pour la justice française ? Comment favoriser des interactions vertueuses entre autorités publiques et acteurs associatifs dans le cadre d'une collecte de preuve ? Cette demande a été couramment exprimée lors des travaux de la commission.

Les ONG jouent un rôle croissant dans la collecte de preuves : elles produisent des enquêtes préalables et des dossiers à l'intention des magistrats qui se caractérisent souvent à la fois par un réel pouvoir d'expertise (la plupart des ONG agrègent les connaissances acquises grâce à leurs pratiques opérationnelles de nature différente de celles des autorités publiques) et par une organisation en réseaux qui peut leur assurer une présence réelle sur un terrain donné. Ainsi que l'explique Laura Monnier de Greenpeace France : « *Nous intervenons dans des dossiers complexes, face à une justice qui peut être démunie sur certains sujets, tant d'un point de vue financier que sur les investigations de terrain. Il y a un manque de formation et de moyens de la justice. Les ONG ont donc un rôle indispensable : nous sommes comme des assistants de justice. Nous faisons des investigations et menons notre pré-enquête pour que le dossier soit le plus solide possible pour essayer de donner un maximum d'éléments au procureur et aux enquêteurs lorsqu'une enquête préliminaire est ouverte... Sur tous ces sujets de criminalité environnementale, nous essayons d'objectiver au maximum nos preuves et de constituer un dossier solide. Dans certains secteurs, les entreprises sont censées être contrôlées par l'administration. Mais ces services manquent de moyens et de formation ainsi que d'indépendance*¹¹³ ».

Sur ce point, de premières orientations peuvent être trouvées dans les *Lignes directrices pour l'établissement des faits relatifs à des crimes internationaux et à des atteintes aux droits de l'homme à l'attention des organisations de la société civile*¹¹⁴, établies par Eurojust et le Bureau du Procureur de la CPI en septembre 2022. Le document relève d'abord que « *l'accès rapide des organisations de la société civile aux informations et aux communautés affectées, combiné à leur expertise*

113. « Le pouvoir des ONG dans la mise en cause de la responsabilité pénale des entreprises », *Décideurs Magazine*, 4 mars 2022.

114. Documenting international crimes and human rights violations for accountability purposes : Guidelines for civil society organisations, 2022 : https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-09/2_Eurojust_ICC_CSOS_Guidelines_2-EN.pdf.

collective et à leur capacité à partager rapidement des informations, les place dans une position privilégiée pour soutenir les activités des autorités d'enquête compétentes. Elles peuvent le faire en collectant des informations qui pourraient autrement être perdues, et en accédant, en vérifiant et en analysant des informations, y compris des informations documentaires, des informations électroniques et du matériel en ligne ». Ainsi, « les organisations de la société civile sont encouragées à partager dès que possible avec les autorités d'enquête compétentes toutes les informations et analyses relatives aux crimes internationaux et aux violations des droits de l'homme, dans le cadre de leurs activités indépendantes ».

Il est toutefois nécessaire d'observer que « certaines activités menées sur le terrain sont également susceptibles de nuire ou de porter préjudice aux efforts de responsabilisation des criminels. Il est évident que les organisations de la société civile ne peuvent pas remplacer ou se substituer aux actions des autorités d'enquête compétentes chargées de faire respecter la loi. Comme le montrent les leçons tirées des exercices menés par les organisations de la société civile elles-mêmes, l'expérience a également montré que, parfois, les efforts de documentation bien intentionnés des organisations de la société civile peuvent être contre-productifs pour soutenir les mécanismes de responsabilisation s'ils ne s'alignent pas sur les normes essentielles ».

Les lignes directrices fournissent un ensemble de recommandations pour (i) approcher les personnes vulnérables, (ii) recueillir le récit, les photographies et les vidéos d'une personne, (iii) traiter les documents, les informations numériques et les objets physiques et (iv) stocker, sauvegarder et analyser les informations collectées. L'accent est mis pour les ONG/associations sur la nécessité de ne pas mettre en danger les victimes et de ne pas perturber l'action des services d'enquête.

PROPOSITION 8

Sur le modèle des lignes directrices établies par Eurojust et le procureur de la CPI¹¹⁵, envisager l'établissement de lignes directrices encadrant le recueil de la preuve, afin d'établir un ensemble de standards communs garantissant la fiabilité de cette collecte.

115. *Ibid.*

(ii) le nécessaire maintien du principe de l'opportunité des poursuites

L'action publique peut être mise en mouvement d'abord par le parquet, et sous les réserves exposées, par la « partie lésée » par une plainte avec constitution de partie civile dans les conditions prévues par l'article 85 du Code de procédure pénale, soit :

- après une plainte classée sans suite par le parquet ;
- trois mois après le dépôt de cette plainte.

Il convient de souligner d'une part que s'agissant de faits commis à l'étranger, ce délai de trois mois pour diligenter une véritable enquête est notoirement insuffisamment long, et d'autre part, que quels que soient la qualité et le bien-fondé des arguments et motifs au soutien du classement sans suite, l'association plaignante peut déposer une plainte avec constitution de partie civile entre les mains du doyen des juges d'instruction.

Le parquet, à qui le juge communique cette plainte avec constitution de partie civile afin qu'il prenne ses réquisitions, ne dispose en réalité pas d'autre choix, sauf très exceptionnellement, que de prendre un réquisitoire introductif d'instance, quand bien même il aurait classé sans suite la plainte initiale.

Le procureur peut certes demander au juge d'instruction un délai supplémentaire de 3 mois pour poursuivre ses investigations si une enquête préliminaire est en cours avant de prendre ses réquisitions ou solliciter du juge qu'il entende la plaignante afin que celle-ci communique d'autres éléments s'il estime la plainte insuffisamment motivée.

Mais en réalité, ces diligences supplémentaires accomplies, il ne peut *in fine* valablement prendre des réquisitions de non informer que lorsque juridiquement l'action publique ne peut être exercée (prescription – compétence) ou que les faits dénoncés ne constituent pas une infraction pénale ou enfin s'il a été en mesure d'établir de façon manifeste à la suite de l'enquête préliminaire que les faits dénoncés n'ont pas été commis (article 86 du CPP), preuve quasi impossible à apporter, qui plus est dans le délai de trois ou six mois.

De fait, les réquisitions et ordonnances de refus d'informer ne peuvent que très rarement être prises (la jurisprudence se montre ici très restrictive) et des informations judiciaires sont ainsi quasi systématiquement ouvertes. De plus, si le réquisitoire introductif est pris contre la personne visée dans la plainte avec constitution de partie civile, le juge sera contraint de l'entendre *a minima* en qualité de témoin assisté (article 113-1 du CPP).

Ce « tunnel » légal, qui prive le ministère public de l'opportunité des poursuites au bénéfice d'associations, dont il ne peut être écarté qu'elles agissent à d'autres fins que la stricte défense de leur objet statutaire, et le retentissement médiatique donné à ces procédures peuvent aussi

être appréciés comme un moyen de déstabilisation des multinationales françaises. À ces raisons d'ordre juridique et temporel s'ajoutent d'autres considérations plus politiques : une personne auditionnée signale que, placé sous le regard de la société et des médias, il est parfois difficile pour le parquet d'envisager des classements sans suite. Le regard extérieur finit par biaiser le raisonnement et par influer sur le schéma décisionnel.

La commission estime nécessaire que soit maintenu (voire réaffirmé) le principe de l'opportunité des poursuites et avec lui la légitimité due au ministère public et son indépendance : si un procureur décide de ne pas poursuivre ou de ne pas ouvrir une enquête, cela ne veut pas dire qu'il y a une carence. Il peut avoir considéré que les faits ne caractérisent pas suffisamment une infraction ou que l'infraction ne mérite pas d'être poursuivie. Motiver tous les classements sans suite – voire les rendre publics – permettrait sans doute d'avancer plus clairement en ce sens. On pourrait aussi proposer de soumettre à une collégialité de magistrats la confirmation du refus d'ouvrir une information judiciaire par le parquet (à l'image du modèle allemand).

PROPOSITION 9

Dans l'hypothèse d'un classement sans suite du parquet suivi d'une plainte avec constitution de partie civile faisant l'objet de réquisitions de non-informer, il pourrait être envisagé de soumettre la décision d'ouvrir ou non une information judiciaire à une collégialité de trois magistrats du siège.

3.2.2 Vers de nouveaux outils à la disposition du juge ?

Au-delà du nombre croissant d'ONG qui interviennent devant les juridictions, la question se pose des moyens de poursuivre ces crimes. Plusieurs personnes auditionnées ont exprimé leurs craintes quant à la possibilité de se trouver en présence de plaintes multiples avec un office débordé qui n'aura pas les moyens d'instruire la plupart des dossiers qui, *in fine*, ne déboucheront pas sur un jugement.

Deux éléments de réponse ont été envisagés dans le cadre de la commission pour tenter de répondre à cette préoccupation sans être finalement retenus. La première mesure envisagée consistait dans (i) la création d'un délit de financement de crime contre l'humanité, la seconde dans (ii) une extension du champ des mécanismes de justice négociée.

(i) Vers la création d'un délit de financement de crime contre l'humanité ?

La proposition de créer un délit de financement de crime contre l'humanité est apparue dans un contexte où un nombre croissant

de personnes morales françaises sont mises en cause du chef de complicité de crimes internationaux et face aux difficultés juridiques, probatoires et pratiques rencontrées par les magistrats vis-à-vis de telles qualifications. La difficulté tient d'abord à la caractérisation d'un élément intentionnel bien précis, à savoir la connaissance de la perpétration de tels crimes sur le terrain. Elle tient ensuite à la difficile démonstration d'un lien de causalité entre l'acte matériel reproché à la personne morale et la commission du crime sur le terrain, présenté souvent comme « complexe et tenu ». Le dernier élément avancé est la difficulté pour une cour d'assises de droit commun, composée de jurés, de traiter d'un dossier particulièrement complexe, pouvant donner lieu à « *des débats juridiques et techniques sur la responsabilité de la personne morale par des avocats spécialisés en la matière* ».

Sur le modèle du délit de financement du terrorisme, prévu à l'article 421-2-2 du Code pénal, il a pu ainsi être envisagé la création d'un délit de financement de crime contre l'humanité qui serait défini à la suite des crimes contre l'humanité définis dans le sous-titre 1 et du titre I^{er} du Livre I^{er} du Code pénal et présenterait les éléments constitutifs suivants :

- Le financement de l'auteur ou du complice d'un crime défini dans le sous-titre 1 et du titre I^{er} du Livre I^{er} du Code pénal en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds ou des biens quelconques ou en prodiguant des conseils à cette fin ;
- L'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque de ces crimes, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte.

Les magistrats ayant formulé cette proposition ont fait valoir que la création d'un tel délit aurait pour avantage de faciliter la manifestation de la vérité grâce à des éléments constitutifs larges en contournant la question du lien de causalité certain entre l'élément matériel et le dommage causé, dans la mesure où le simple financement suffit à engager des poursuites, indépendamment du fait de savoir si le crime a été effectivement ou non commis sur le terrain, sans avoir non plus à démontrer que les fonds ont effectivement servi à la commission du crime. De plus, par sa nature délictuelle, cette nouvelle infraction permettrait une procédure plus rapide et un jugement par une formation correctionnelle composée intégralement de magistrats professionnels, composition de jugement présentée comme plus adaptée à la technicité de la matière qu'une cour d'assises de droit commun.

La commission n'a pas retenu cette proposition principalement pour des raisons d'inadéquation entre la nature des actes et la procédure juridique.

Il apparaît en effet difficile d'envisager la création d'un délit de financement de crimes contre l'humanité, dans une matière où les traités internationaux les considèrent comme les crimes les plus graves, touchant l'ensemble de la communauté internationale : la peine

encourue serait de nature délictuelle, donc potentiellement insuffisante en comparaison de la peine encourue du chef de complicité de crime contre l'humanité ou de génocide, alors même que le fait commis aurait effectivement concouru à la commission de l'un de ces crimes.

Par ailleurs, cela reviendrait à appliquer un délai de prescription court à une infraction connexe¹¹⁶ à un crime imprescriptible en vertu du droit interne et du droit international¹¹⁷ alors même les crimes internationaux s'inscrivent souvent dans un contexte complexe, aux multiples auteurs et complices, pouvant empêcher la constatation rapide d'une telle infraction.

Enfin, l'affaire Lafarge en cours dissuade de retenir cette proposition pour éviter qu'elle ne lui soit, le cas échéant, applicable ce qui ne manquerait pas d'être critiqué comme une faveur injustifiable accordée à cette entreprise¹¹⁸.

(ii) Vers une extension du domaine de la CJIP ?

Un autre élément de réponse un temps envisagé pour traiter efficacement ces contentieux et lutter contre l'impunité résidait dans l'élargissement des instruments de justice négociée au profit d'une résolution efficace des litiges.

En droit positif, les entreprises poursuivies pour complicité de crimes contre l'humanité ou crimes de guerre sont soumises au régime procédural applicable aux crimes compte tenu de la qualification criminelle de ces infractions.

Ce régime procédural présente les particularités suivantes :

- (i) une instruction obligatoire ;
- (ii) l'impossibilité de recourir à une procédure alternative à la mise en mouvement de l'action publique, comme la composition pénale ou la CJIP, ou postérieure à cette mise en mouvement comme la CJIP ou la CRPC ;
- (iii) la compétence de la cour d'assises.

116. L'article 203 du Code de procédure pénale considère notamment que la connexité peut consister en le fait que les coupables ont commis des infractions pour se procurer les moyens de commettre d'autres infractions, pour en faciliter ou pour en consommer l'exécution.

117. L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des génocides est entérinée par l'article 7 du Code de procédure pénale, par la jurisprudence française (Crim. 26 janvier 1984, 20 décembre 1985, 21 octobre 1993), par la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité (qui fait référence à la résolution des Nations unies du 13 février 1946 et à la Charte du Tribunal international du 8 août 1945), par la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (Conseil de l'Europe, 25 janvier 1974), et par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.

118. Cette application n'est cependant pas certaine parce qu'elle dépendrait de la question de savoir si le délit de financement de crimes contre l'humanité est une disposition nouvelle qui n'est pas, à ce titre, rétroactive, ou s'il s'agit d'une nouvelle qualification applicable des faits qui tombaient anciennement sous le coup de la qualification de complicité de crimes contre l'humanité, ce qui en ferait une disposition plus douce et lui donnerait une portée rétroactive.

On peut légitimement s'interroger sur l'adéquation de ce régime à une personne morale pour des faits de complicité imputables à une personne morale, lesquels consistent généralement dans une aide ou assistance par la conclusion de contrats de fourniture de biens (biens électroniques, armements) ou de services (main-d'œuvre, formation) ou de financement (prêts).

Il ne s'agit pas évidemment de nier la gravité des crimes de droit international en cause dont tous les participants, auteurs et complices doivent être poursuivis et punis. Mais on peut soutenir que la responsabilité pénale d'une personne morale de droit privé pour complicité de ces crimes ne saurait être assimilée à celle des personnes physiques quand la personne physique ayant agi pour le compte de la personne morale a cessé d'en être l'organe et le représentant et alors que les nouveaux organes et représentants ont entrepris de mettre fin aux activités ayant conduit à la commission des infractions en cause. Dans cette hypothèse, la personne morale peut cesser d'être identifiée à la personne physique ayant commis l'infraction pour son compte, ce qui pourrait autoriser à envisager distinctement sa responsabilité pénale. Celle-ci pourrait être appréciée comme étant liée à une situation qui a disparu et dont la personne morale a fait en sorte qu'elle ne puisse pas se renouveler. La cessation de cette situation autoriserait à considérer que la personne morale en cause est autre par rapport à celle existante au moment de l'infraction.

C'est cette idée qui est au fondement de la CJIP prévue par l'article 41-1-2 CPP en matière de corruption, manquements au devoir de probité et fraude fiscale. Elle pourrait être pertinente pour des poursuites du chef de complicité de crimes de droit international, dès lors que la personne morale en cause justifierait d'avoir mis fin aux fonctions des organes et représentants ayant commis les actes constitutifs de cette complicité et alors qu'elle prouverait aussi avoir mis fin aux activités ou à la situation ayant permis cette commission. Il conviendrait également d'exiger la coopération loyale et entière de la personne morale comme gage de sa rupture et de son rejet de la situation ayant conduit à la commission de ces faits. Ces conditions garantiraient que la personne morale actuelle est distincte de celle qui existait au moment de la complicité, ce qui autoriserait à un traitement procédural différencié par rapport à l'hypothèse d'une continuité de la personne morale ayant commis l'infraction. Aussi pourrait-on envisager que, sous ces conditions strictes, la personne morale visée par des poursuites pour complicité de crimes de droit international puisse faire l'objet d'une procédure sur le modèle de la CJIP.

Cette procédure aurait, en outre, l'avantage de permettre une clôture rapide des poursuites en bénéficiant de la coopération de la personne morale alors que le recueil des preuves de la commission à l'étranger de crimes de droit international est nécessairement difficile, allonge la durée de la procédure et fait même courir le risque d'une impossibilité de rassembler des preuves suffisantes pour un renvoi devant la juridiction de jugement. Elle permettrait aussi une meilleure réparation des victimes

puisque cette procédure serait conditionnée à cette réparation alors que les victimes de crimes de droit international peinent généralement à recevoir une indemnisation, laquelle est pourtant essentielle pour leur reconnaissance et pour leur vie future.

Nonobstant ces arguments tenant à la particularité de la responsabilité pénale des personnes morales qui n'est pas comparable à celle des personnes physiques et alors même que cette mise en place pourrait être assortie de conditions très strictes (limitation à la complicité, changement des organes de direction de la personne morale, mise en œuvre d'un plan de vigilance, collaboration avec les autorités de poursuite, reconnaissance des faits...), la commission, après réflexion et débats entre ses membres, a refusé de proposer la mise en place d'une CJIP pour les personnes morales poursuivies pour crimes de droit international. Ce refus est tout entier lié à la gravité des crimes de droit international et à la nature contractuelle de la CJIP, lesquels ont conduit la commission à considérer qu'il était sans doute inopportun en matière de politique criminelle sinon inacceptable pour la morale sociale d'instituer un mécanisme de négociation financière concernant la responsabilité pénale dans la commission des crimes de droit international.

LISTE DES PROPOSITIONS

PROPOSITION 1

Renforcer les instruments de compliance à l'intérieur des entreprises pour favoriser la détection et la prise en compte d'éventuels risques d'atteinte aux droits humains : outils spécifiques de cartographie de risques, d'alerte, de contrôle, de formalisation de politiques dédiées en matière de protection des droits humains.

PROPOSITION 2

Élargir les missions de la diplomatie économique en renforçant et partageant l'analyse en amont des vulnérabilités spécifiques (pays cibles/thématiques) de nos entreprises dans le contexte du Plan national d'action / Principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises et renforcer et partager la veille active sur les menaces particulières dans les pays étrangers d'intérêt pour nos entreprises (incluant les risques liés aux violations des droits humains dans un contexte concurrentiel), y compris à un niveau européen.

Alerter en temps réel les entreprises sur les circonstances susceptibles d'impacter leur activité.

PROPOSITION 3

Encourager le développement d'un cadre européen et international commun relatif au respect des droits humains par les entreprises et poursuivre l'effort de convergence des politiques pénales dans ce domaine en Europe.

PROPOSITION 4

Sur le modèle des recommandations de l'OCDE, une réflexion pourrait s'ouvrir pour mieux définir les critères de responsabilité pénale au sein des groupes de sociétés.

PROPOSITION 5

Conditionner la possibilité pour les associations d'agir dans le cadre d'une procédure à des garanties d'antériorité, de gouvernance indépendante et de transparence, notamment financière.

PROPOSITIONS 6 ET 7

Pour tenir compte de la spécificité des contentieux concernés par ce rapport, poursuivre l'augmentation des moyens donnés aux juridictions.

Renforcer des formations pluridisciplinaires aux magistrats amenés à traiter ce nouveau type de contentieux et poursuivre le recrutement d'assistants spécialisés.

PROPOSITION 8

Sur le modèle des lignes directrices établies par Eurojust et le procureur de la CPI, envisager l'établissement de lignes directrices encadrant le recueil de la preuve, afin d'établir un ensemble de standards communs garantissant la fiabilité de cette collecte.

PROPOSITION 9

Dans l'hypothèse d'un classement sans suite du parquet suivi d'une plainte avec constitution de partie civile faisant l'objet de réquisitions de non-informer, il pourrait être envisagé de soumettre la décision d'ouvrir ou non une information judiciaire à une collégialité de trois magistrats du siège.

ANNEXES

ANNEXE 1

LISTE DES POURSUITES PÉNALES VISANT DES ENTREPRISES FRANÇAISES POUR VIOLATION DES DROITS HUMAINS À L'ÉTRANGER (sources ouvertes)

Entreprise visée	Origine de la plainte
Soutien financier	
BNP Paribas	<ul style="list-style-type: none">• Sherpa• Le collectif des parties civiles pour le Rwanda (CPRC)• Ibuka France
	<ul style="list-style-type: none">• Fédération internationale pour les droits humains (FIDH)• Ligue des droits de l'homme (LDH)• 9 militants soudanais
Groupe Castel (Sucaf RFA)	<ul style="list-style-type: none">• The Sentry
Lafarge	<ul style="list-style-type: none">• Sherpa• European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)

Faits en cause	Statut de la procédure
Complicité de génocide et de crimes contre l'humanité pour financement en 1994 d'un achat d'armes au profit de la milice hutue.	Le PNAT a pris un réquisitoire introductif contre X des chefs de complicité de génocide et complicité de crimes de l'humanité, à l'exclusion de la complicité des crimes de guerre (faits pour lesquels le PNAT est incompétent dès lors que les crimes de guerre ont été introduits en droit français en 2010).
Mise en cause dans le cadre du financement de la guerre au Darfour.	Une information judiciaire est en cours depuis 2020.
Complicité de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre après un rapport accusant une filiale du groupe d'avoir soutenu financièrement des rebelles en Centrafrique.	Ouverture d'une enquête fin juin 2022.
Complicité de crimes contre l'humanité, financement d'une entreprise terroriste, mise en danger de la vie d'autrui et violation d'un embargo pour le financement de plusieurs organisations terroristes dont l'État islamique jusqu'en 2014 afin de maintenir l'activité d'une usine en Syrie.	Mise en examen confirmée par arrêt de la Cour d'appel de Paris le 18 mai 2022, à la suite de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 7 septembre 2021. Le 16 janvier 2024, la Cour de cassation valide la mise en examen de Lafarge pour « complicité de crimes contre l'humanité et financement d'entreprise terroriste ». En revanche, elle annule la mise en examen du cimentier pour « mise en danger des salariés syriens ».

Entreprise visée	Origine de la plainte
Soutien financier	
Amesys / Nexa Technologies	<p>[NC]</p> <ul style="list-style-type: none"> • FIDH • LDH
Auchan Retail	<ul style="list-style-type: none"> • Bellingcat
Dassault Aviation, Thales Groupe et MBDA France	<ul style="list-style-type: none"> • Mwatana for Human Rights • ECCHR • Sherpa <p>Avec le soutien d'Amnesty International France</p>
TotalEnergies	<ul style="list-style-type: none"> • Darwin Climax Coalitions • Razom We Stand
Atteintes aux droits fondamentaux des travailleurs	
Inditex France Uniqlo France SMCP (Sandro, Maje, Claudie Pierlot et De Fursac) Skechers USA France	<ul style="list-style-type: none"> • Sherpa • Le Collectif éthique sur l'étiquette • L'Institut ouïghour d'Europe • Une personne physique ouïghoure

Faits en cause	Statut de la procédure
Complicité d'acte de torture pour la fourniture de matériel de cybersurveillance au régime de Mouammar Kadhafi, en Libye, pour qu'il traque ses opposants.	La société aurait été mise en examen sur ce fondement en juin 2021.
Complicité de torture et de disparitions forcées pour la vente au régime égyptien de matériel de cybersurveillance pour traquer des opposants d'Abdel Fattah al-Sissi.	Mise en examen annulée par la Cour d'appel de Paris en décembre 2022.
Mise en cause pour complicité de crimes de guerre pour avoir livré gratuitement des marchandises à l'armée russe.	À ce stade, le PNAT n'a jamais été saisi d'une plainte ni d'une dénonciation formée par Bellingcat visant Auchan Retail.
Complicité de crimes de guerre et complicité de crimes contre l'humanité pour la vente d'armes à l'Arabie saoudite et aux Émirats arabes unis, qui auraient servi contre des civils au Yémen.	Plainte déposée par des ONG en juin 2022.
Complicité de crimes de guerre, TotalEnergies était accusée d'avoir permis la fabrication en Russie de carburant utilisé par des avions engagés en Ukraine.	Plainte classée sans suite le 16 janvier 2023.
Recel de crimes contre l'humanité s'agissant du travail forcé imposé à la population ouïghoure.	Plainte déposée au PNAT le 9 avril 2021 et ouverture fin juin 2021 d'une enquête pour recel de crimes contre l'humanité. Décision de classement le 12 avril 2023 pour incomptérence de la plainte simple. Dans la même décision le PNAT a ordonné son dessaisissement au profit du parquet de Paris des chefs d'infraction de recel de réduction en servitude aggravée, recel de traite des êtres humains en bande organisée, autres infractions visées dans la plainte.

ANNEXE 2

LISTE DES MEMBRES DE LA COMMISSION

Nicole Belloubet (présidente), Ancienne ministre de l'Éducation nationale et ancienne garde des Sceaux, présidente du Club des juristes

Didier Rebut (rapporteur), professeur à l'Université Paris 2, directeur de ICP

Hugo Pascal (rapporteur associé), doctorant, Université Paris-Panthéon-Assas

Jean-Claude Brunet, ambassadeur en charge des menaces criminelles transnationales

Anne-Laure Chaumette, professeure à l'Université Paris Nanterre

Josseline de Clausade, ancienne conseillère du Président, Groupe Casino

Rémy Heitz, procureur général près la cour d'appel de Paris

Noëlle Lenoir, avocate, ancienne ministre des Affaires européennes

Christophe Perruaux, magistrat délégué aux missions judiciaires de la douane et de l'administration fiscale

Stéphanie Smatt Pinelli, directrice Juridique Contentieux Groupe, Orano

François Zimeray, avocat, ancien ambassadeur

ANNEXE 3

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

Frédéric Baab, procureur européen

Stéphane Brabant, senior partner, Trinity International

Clémence Bectarte, avocate de la FIDH

William Bourdon, avocat et fondateur de Sherpa

Jean-François Bohnert, procureur de la République financier

Nicola Bonucci, avocat, ancien Directeur des Affaires juridiques de l'OCDE

Olivier Christen, directeur des affaires criminelles et des grâces

Emmanuel Daoud, avocat associé, Vigo

Yann Guilbaud, directeur juridique groupe, Orano

Aurélien Hamelle, Directeur général Strategy & Sustainability et Membre du Comex du groupe TotalEnergies

Sébastien Mabile, avocat, Seattle avocats

Stefano Manacorda, professeur de droit pénal, Università della Campania « Luigi Vanvitelli »

Marie-Laurence Navarri, magistrate à la DGSE

Didier Reynders, commissaire européen à la Justice

Jean-François Ricard, Ancien procureur de la République antiterroriste

Patrice Spinosi, avocat aux conseils

Laurent Vallée, secrétaire général Carrefour





4, rue de la Planche 75007 Paris

Tél.: 01 53 63 40 04

www.leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR     