

21

VINGT ANS DE JUSTICE
INTERNATIONALE PÉNALE

Sous la direction scientifique
de D. BERNARD et D. SCALIA

**LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE LA PERSONNE
MORALE POUR LE CRIME INTERNATIONAL
DE PILLAGE : REGARD SUR LES SYSTÈMES
JURIDIQUES INTERNES**

SYLVAIN SAVOLAINEN

Master en droit, Université de Genève

Avocat stagiaire

Ancien case manager dans l'affaire *le Procureur c. Abdallah Banda et Saleh
Jerbo*[†] devant la Cour pénale internationale

Introduction

Au Préambule du Statut de Rome (StCPI) instituant une Cour pénale internationale, les États Parties au Traité ont énoncé leur ambition, leur détermination, leur devoir. Les paragraphes 4 à 6 du Préambule énoncent ainsi que « (...) les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national (...) », qu'il y a lieu de « (...) mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes » et pour ce faire « (...) qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ».

Par ailleurs, emblématique de différents conflits contemporains, le crime international de pillage, et notamment de ressources naturelles, a représenté l'un des enjeux majeurs de certains conflits récents¹. La Sierra Leone, le Libéria, la République démocratique du Congo, l'Angola en ont été le théâtre pour ne citer qu'eux. Aujourd'hui, le risque plane sur la République centrafricaine dans le contexte de la crise actuelle. Nombreux sont les rapports d'ONG², des Nations Unies³, de la Banque mondiale⁴ qui exposent depuis des années comment l'accaparement des diamants, de l'or, du bois précieux, du coltan ou du pétrole a constitué l'oxygène de la guerre. C'est ainsi que le pillage, crime de guerre en lui-même, a par ailleurs fait office de boutefeux à nombre d'autres atrocités⁵ commises sur les populations civiles. D'autre part, les gains générés par le pillage contribuent au financement des conflits⁶, alimentant par là une spirale mortifère. Par la complexité et les moyens que requiert ce type de pillage, la seule capacité individuelle est le plus souvent dépassée. C'est l'entreprise⁷ qui est pointée régulièrement comme relais indispensable à la commission du crime⁸. Ainsi notamment, en 2006, un rapport du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies (RSSG) sur la question des sociétés transnationales⁹ dénonçait les violations les

¹ P. COLLIER et I. BANNON relèvent que « [c]lose to 50 armed conflicts active in 2001 had a strong link to natural resource exploitation, in which either licit or illicit exploitation helped to trigger, intensify, or sustain a violent conflict », cf. P. COLLIER et I. BANNON (dir.), « Natural Resources and Conflict: What We Can Do », *Natural Resources and Violent Conflict: Options and Actions*, Washington, Banque mondiale, 2003, p. 7.

² Parmi de nombreuses sources, nous pouvons citer notamment Human Rights Watch, « Le fléau de l'or », 2005 ; Global Witness, « S.O.S Toujours la même histoire », 2004 ; Global Witness, « Le riche et le pauvre », 2004 ; Global Witness, « Usual suspects », 2004 ; Global Witness, « Sur mesure pour Taylor, le rôle crucial des forêts du Libéria sur le conflit régional », 2001.

³ Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (Doc. ONU E/CN.4/2006/97), 22 février 2006 ; Rapports du Groupe d'experts des Nations Unies sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres richesses de la République démocratique du Congo (Doc. ONU S/2003/1027), 2003, (Doc. ONU S/2002/565), 2002, (Doc. ONU S/2001/1072), 2001, (Doc. ONU S/2001/357), 2001 ; Rapports du Groupe d'experts du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1533 (2004) sur la République démocratique du Congo (Doc. ONU S/2010/596), 2010, (Doc. ONU S/2008/43), 2008 ; Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, Haut Commissariat aux droits de l'homme, 2010.

⁴ P. COLLIER, *Briser la spirale des conflits*, 1ère édition, Bruxelles, De Boeck/Banque mondiale, 2005 ; P. COLLIER et I. BANNON (dir.), *op. cit.*, note 1.

⁵ A titre d'exemple, citons : TSSL, *The Prosecutor c. Sesay, Kallon and Gbao*, Chambre de première instance, Résumé du Jugement, 25 février 2009, N. 18.

⁶ Paul COLLIER, *Briser la spirale des conflits*, *op. cit.*, note 4, p. 156-157.

⁷ Pour cette contribution, sans opérer une délimitation technique, nous utiliserons les termes « entreprise » et « personne morale » comme synonymes.

⁸ Rapport du Groupe d'experts des Nations Unies (Doc. ONU S/2001/357), *op. cit.*, note 3, N. 181-182, N. 213-215 ; Rapport du Projet Mapping, *op. cit.*, note 3, N. 773.

⁹ Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général (RSSG) chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (Doc. ONU E/CN.4/2006/97), 22 février 2006.

plus brutales des droits humains par les entreprises liées à l'extraction de ressources naturelles¹⁰. Le même rapport soulignait le décalage entre les forces économiques et la faiblesse de leur régulation¹¹.

A ce jour pourtant, les personnes morales ne sont pas sujets de droit international pénal. Aucun tribunal international pénal n'est en effet compétent à l'égard des personnes morales. Pas même la Cour pénale internationale (CPI), pourtant seule institution internationale pénale et permanente qui, selon son Statut, n'est compétente qu'à l'égard des personnes physiques (article 25 StCPI). Pour les personnes morales, tous les chemins ne mènent donc pas à Rome. Dès lors, faute de pouvoir poursuivre les entreprises criminelles devant une juridiction internationale, c'est par la voie des systèmes juridiques internes que la lutte contre l'impunité doit être réalisée.

Le présent article se compose ainsi : dans un premier temps, nous poserons la problématique ainsi que le cadre théorique de la responsabilité pénale des personnes morales pour crime de pillage (§ 1). Le deuxième chapitre établira un aperçu comparatif d'un éventail de systèmes juridiques internes vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales pour crime de pillage (§ 2). Enfin, le troisième et dernier chapitre sera l'occasion d'une étude de cas et de propositions de solutions afin de faciliter à l'avenir la poursuite d'une entreprise pour crime pillage (§ 3).

§ 1. La problématique et le cadre théorique

I. *Le pillage de ressources naturelles : la toile de fond de crimes, l'oxygène de conflits*

Quelle importance particulière le crime de pillage, notamment des ressources naturelles, revêt-il dans les conflits contemporains? Datant du mois d'août 2010, le Rapport onusien du Projet Mapping¹² concernant la situation en République démocratique du Congo (RDC) y répond en partie : « On ne peut dresser l'inventaire des violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises sur le territoire de la RDC entre mars 1993 et juin 2003 sans examiner, même brièvement, le rôle qu'a joué l'exploitation des ressources naturelles dans la commission de ces crimes. Dans un nombre important d'événements, la lutte entre les différents groupes armés pour l'accès aux richesses de la RDC et leur contrôle a servi de toile de fond des violations perpétrées sur les populations civiles. (...) Finalement les immenses profits tirés de l'exploitation des ressources naturelles ont été un moteur et une source de financement des conflits, qui sont en eux-mêmes la source et la cause des violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. »¹³ Le rapport poursuit : « [L]e coût de ce pillage, en termes de vies humaines, a été énorme. »¹⁴ Près de dix ans plus tôt, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait une Résolution visant à endiguer l'exploitation et le pillage des « diamants du sang » comme source de revenus des conflits notamment du Libéria, de la Sierra Leone et de la RDC¹⁵.

¹⁰ *Ibid.* N. 25.

¹¹ *Ibid.* N. 18.

¹² Rapport du Projet Mapping, *op. cit.*, note 3.

¹³ *Ibid.*, N. 726-727.

¹⁴ *Ibid.*, N. 740-742.

¹⁵ Doc. ONU A/RES/55/56, *op. cit.*, note 3.

Michael Ross identifie qu'il y a corrélation directe entre la durée d'un conflit et la présence de ressources susceptibles de pillage ; les factions rebelles se finançant partiellement *via* le pillage de ressources naturelles¹⁶. Paul Collier relève que si l'appât du gain n'est pas la première source de motivation d'un groupe rebelle qui se lance dans un conflit, il peut devenir avec le temps la raison d'être du groupe qui bascule dans l'organisation criminelle¹⁷. Collier montre comment les groupes armés développent un véritable commerce, notamment de ressources naturelles, basé sur la violence et la commission de crimes¹⁸. Selon lui, la fréquence et la survenance des conflits civils a partie liée au manque d'actions de la communauté internationale pour en prévenir les causes et les effets¹⁹. Selon Collier, parmi les mesures à prendre, il s'agit de réduire les sources de financement et tarir l'accès au marché des matières premières des groupes armés. Les ressources naturelles constituent en effet un financement facile et un « butin de guerre » que les entreprises internationales sont prêtes à acheter, voire à préacheter²⁰. Ainsi, à la lecture des rapports onusiens, des travaux scientifiques et de la jurisprudence du Tribunal spécial pour la Sierra Leone²¹ (TSSL), il apparaît clairement que le pillage des ressources naturelles, crime en lui-même, représente également le mobile de la commission d'autres crimes sur les populations civiles. Il outrepassé par ailleurs ce rôle pour s'avérer un facteur déterminant d'entrave à la paix et augmente les chances d'un État de sombrer à nouveau dans la guerre²².

II. Pourquoi une responsabilité pénale de la personne morale ?

L'interrogation ici soulevée revêt deux aspects. En premier lieu, au regard du type de pillage décrit ci-dessus, pourquoi la *personne morale* devrait-elle être tenue responsable ? En second lieu, si tant est qu'il y ait matière à responsabilité, pourquoi celle-ci devrait-elle être *pénale* ?

Concernant le premier aspect, il y a d'abord un plan factuel : les faits démontrent-ils l'implication de l'entreprise dans le crime ? Mandaté sur les questions de violations des droits de l'homme et des entreprises²³, les constatations du RSSG apportent des éléments de réponses : l'entreprise, en tant qu'entité collective et acteur social, commet régulièrement de graves infractions aux droits de l'homme²⁴. Les industries extractives en particulier commettent à la fois la plupart mais également les pires violations constitutives de crimes²⁵. Le RSSG relève qu'il existe « manifestement une symbiose négative entre les pires violations des droits de l'homme imputables aux sociétés » et les situations de conflit ou postconflit²⁶. Étayant ce constat, on ne saurait être plus clair qu'un rapport d'experts mandatés par les Nations Unies en 2010 : « L'exploitation illicite des ressources naturelles de la RDC et les graves violations

¹⁶ M. ROSS, « The Natural Resource Curse: How Wealth Can Make You Poor », dans *Natural Resources and Violent Conflict : Options and Actions*, P. COLLIER et I. BANNON (dir.), Washington, Banque mondiale, 2003, p. 31-33.

¹⁷ COLLIER, *op. cit.*, note 4, p. 102.

¹⁸ *Ibid.*, p. 95-102, p. 173-175.

¹⁹ *Ibid.*, p. 13.

²⁰ *Ibid.*, p. 157-158.

²¹ TSSL, *The Prosecutor c. Sesay, Kallon and Gbao*, Chambre de première instance, Résumé du Jugement, 25 février 2009, N. 18-21.

²² COLLIER, *op. cit.*, note 4, p. 132.

²³ Rapport intérimaire du RSSG, *op. cit.*, note 3, N. 1.

²⁴ *Ibid.* N. 15.

²⁵ *Ibid.* N. 25.

²⁶ *Ibid.* N. 30.

des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui y sont associées n'auraient pas eu lieu sur une telle ampleur s'il n'y avait pas eu de clients désireux de faire le commerce de ces ressources. Il n'y a en effet jamais eu pénurie d'acheteurs étrangers prêts à faire le commerce de ces marchandises en dépit de l'existence de rapports dénonçant les graves violations du droit international commises par leurs partenaires commerciaux et financiers. Les acheteurs étaient non seulement des négociants en RDC et dans les pays voisins, mais aussi des sociétés privées enregistrées dans d'autres pays, y compris des sociétés multinationales. »²⁷

Par ailleurs, sur le plan conceptuel, il n'est pas toujours possible de réduire le crime commis dans le cadre d'une entreprise au seul fait d'un acteur individuel. Un processus de décision peut être entrepris collectivement par un ensemble d'acteurs de l'entreprise sans que ceux-ci, individuellement, n'aient pleine conscience de la totalité du processus²⁸. Par ailleurs, quand bien même un crime pourrait avoir une origine individuelle, il se peut que la structure opaque de l'entreprise rende l'identification du responsable impossible. En termes d'efficacité, s'il y a une activité criminelle de l'entreprise, la sanction de cette dernière plutôt que celle de l'individu, est plus vraisemblablement porteuse de résultats à long terme²⁹. Ainsi, selon James Stewart, la poursuite des entreprises finançant les conflits peut assécher la source qui alimente les violences armées et, par là, écourter, arrêter voire prévenir la guerre³⁰.

En 1997, Robert Roth, l'un des pères de l'instauration de la responsabilité pénale de l'entreprise en Suisse, relevait que « [l]a punissabilité exclusive des personnes physiques impliquées dans l'infraction est non seulement fragile dogmatiquement; elle est également souvent inéquitable ou inefficace. Elle est inéquitable, lorsque c'est véritablement un «esprit d'entreprise» perverti qui explique l'infraction »³¹. Inefficace également au regard de la prévention si ce n'est pas l'activité économique de l'entreprise en tant que telle qui est visée par l'action pénale³². Dans certains cas, c'est en effet l'activité de l'entreprise qui est créatrice du dommage, bien plus que celle d'un individu isolé³³. Par ailleurs, en matière de crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide, la conviction est largement partagée qu'une répression efficace ne peut se cantonner à l'imputation d'actions individuelles mais doit viser également les entités collectives, « corporations privées en premier lieu »³⁴. Par ailleurs, il est moralement critiquable de permettre que les entreprises tirant des bénéfices des plus graves crimes internationaux puissent continuer à opérer en toute impunité³⁵. Enfin, la possibilité de tenir l'entreprise responsable comporte une implication importante : en termes de réparation, les victimes peuvent compter sur les moyens de l'entreprise qui sont bien supérieurs à ceux de l'individu.

²⁷ Rapport du Projet Mapping, *op. cit.*, note 3, N. 773.

²⁸ B. FISSE et J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 31.

²⁹ J. KYRIAKAKIS, « Australian Prosecution of Corporations for International Crimes: The Potential of the Commonwealth Criminal Code », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, Vol. 5, p. 825.

³⁰ J. STEWART, « Atrocity, Commerce and Accountability : The International Criminal Liability of Corporate Actors », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010, Vol. 8, p. 316.

³¹ R. ROTH, « Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion », *Revue Pénale Suisse (RPS)*, Berne, Staempfli, 1997, p. 351.

³² *Ibid.*, p. 352.

³³ *Ibid.*

³⁴ R. ROTH, « L'entreprise, nouvel acteur pénal », dans *Droit pénal des affaires : La responsabilité pénale du fait d'autrui*, F. Berthoud (dir.), Lausanne, CEDIDAC, 2002, p. 80.

³⁵ KYRIAKAKIS, *op. cit.*, note 29, p. 825.

Second aspect, pourquoi une responsabilité *pénale* et non pas uniquement une responsabilité civile ou administrative? La question a été passablement traitée ces dernières années. Parmi les différents arguments, relevons quelques points saillants. En premier lieu, différentes formes de responsabilité peuvent entrer en concours et ne pas être forcément exclusives l'une de l'autre³⁶. De la même manière qu'un individu peut être condamné pénalement et peut avoir à payer des dommages-intérêts sur le plan civil, il peut en être de même pour l'entreprise. Salvatore Zappalà retient par ailleurs un point déterminant et militant pour une responsabilité pénale : le *crime*. En effet, comment définit-on la gravité de certaines violations ? Pour une certaine catégorie d'actes, la *criminalisation* se justifie selon Zappalà ; notamment pour des actes que les États et la communauté internationale ont unanimement reconnus comme les plus graves atteintes à la communauté humaine³⁷. Dans le jugement de l'affaire néerlandaise Van Anraat³⁸, la Cour a déclaré : *In fixing the appropriate punishment, the Court has taken into account the general prevention aspect. People or companies that conduct (international) trade, for example in weapons or raw materials used for their production, should be warned that – if they do not exercise increased vigilance – they can become involved in most serious criminal offences*³⁹. C'est donc à la fois dans un but de répression du crime, de punition de ses auteurs et de prévention des comportements prédateurs que le droit pénal se justifie.

§ 2. La responsabilité pénale de l'entreprise pour le crime de pillage dans les systèmes juridiques internes

Force est de constater que la poursuite des personnes morales n'est pas possible à ce jour ni devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ni devant la Cour pénale internationale. Cela en dépit du fait que le pillage, crime prévu par le Statut de la Cour, est entrepris aujourd'hui bien souvent main dans la main avec des entreprises.

La responsabilité des personnes morales avait pourtant été prévue dès les travaux préparatoires devant instituer la Cour, et cela jusqu'aux derniers jours de la rédaction finale du Statut. Le projet de Statut proposé lors de la Conférence de Rome⁴⁰ prévoyait expressément la compétence de la Cour « à l'égard des personnes morales, à l'exclusion des États, lorsque les crimes commis l'ont été pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants. »⁴¹. Malgré le soutien de certains États, le vent politique n'a pas été suffisamment porteur, la compétence à l'égard des personnes morales a finalement été retirée. L'une des raisons notamment invoquées ayant été le caractère « prématuré » de cette compétence de poursuite. Relevons dès lors que l'article 123 StCPI permet la convocation d'une conférence en vue de la révision du Statut. Cela pourrait être une voie pour l'intégration (parlons plutôt de la réintégration) de la responsabilité

³⁶ S. ZAPPALÀ, « Discussion », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2008, Vol. 6, p. 971.

³⁷ *Ibid.*, p. 973.

³⁸ *Public Prosecutor c. Van Anraat*, Tribunal du district de La Haye, Jugement, 23 décembre 2005. L'affaire traite de la livraison au régime de Saddam Hussein de tonnes de substances chimiques servant à la confection de gaz moutarde. Les livraisons avaient pour motivation un profit commercial. Le gaz a servi au massacre de civils du village kurde d'Halabja.

³⁹ *Public Prosecutor c. Van Anraat*, Cour d'appel de La Haye, Jugement, 9 mai 2007, § 16, traduction officielle International Law in Domestic Courts, 753 (NL 2007).

⁴⁰ Conférence diplomatique des Plénipotentiaires pour la création d'une cour criminelle internationale du 15 juin au 17 juillet 1998.

⁴¹ Comité préparatoire, Projet de Statut (Doc. ONU A/AC.249/1998/L.13), p. 52.

criminelle de l'entreprise au Statut de Rome. Et rappelons qu'au moment de l'adoption finale du Statut de Rome en 1998, les conflits de Sierra Leone et de la RDC par exemple, avec les pillages de ressources naturelles et les atrocités qu'ils ont connus, n'avaient pas encore été exposés aussi fortement qu'aujourd'hui. Ceci étant, la Cour reposant sur le principe de complémentarité⁴² par rapport aux poursuites engagées par les États, rien n'empêche ces derniers de prévoir, et d'appliquer, la poursuite pénale de l'entreprise en tant qu'entité collective. Cela met en lumière l'importance de la compétence universelle des États comme alternative, corollaire, et même palliatif des instances pénales internationales en matière de poursuites des personnes morales liées à des crimes internationaux. Cette question nous mène à l'analyse et aux points suivants.

I. Trois systèmes juridiques de tradition de common law

A. Australie

La responsabilité pénale de l'entreprise est prévue en Australie au niveau fédéral selon une attribution de responsabilité basée sur la « *corporate culture* »⁴³. Le Code pénal australien définit la *corporate culture* comme *an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities take place*⁴⁴. C'est donc du fait de l'esprit qui anime l'entreprise, de ses pratiques et de ce qui la caractérise que la responsabilité pénale de celle-ci est engagée. Par ce mode d'attribution, l'ambition du législateur australien se veut réaliste ; ainsi : *[a]lthough the term « corporate culture » will strike some as too diffuse, it is both fair and practical to hold companies liable for the policies and practices adopted as their method of operation. There is a close analogy here to the key concept in personal responsibility – intent*⁴⁵.

L'entreprise sera coupable si la culture de l'entreprise était dirigée, a encouragé, toléré ou mené à un non-respect d'une disposition pénale⁴⁶. Il en ira de même si la culture de l'entreprise a manqué d'instaurer ou de préserver une culture d'entreprise respectueuse de dispositions pénales⁴⁷. Pour ce faire, il est suffisant d'établir que les membres de la direction ou un cadre supérieur ont intentionnellement, sciemment ou par imprudence commis la conduite réprimée ou expressément, tacitement ou implicitement autorisé ou permis la commission de l'infraction⁴⁸. L'entreprise pourra se libérer de sa culpabilité si elle prouve qu'elle a pris toutes les mesures appropriées (*due diligence*) pour prévenir le comportement, son autorisation ou sa tolérance⁴⁹. La complicité est prévue à l'article 11.2 du *Criminal Code Act*. L'entreprise qui aura aidé, soutenu, conseillé ou favorisé la commission d'une infraction sera considérée coupable de la même manière que l'auteur direct de l'acte (*litt. a*). Pour être complice, il n'est pas nécessaire que l'auteur principal ait été poursuivi ou condamné (article 11.2 (5)).

⁴² Article 1 StCPI et article 17 StCPI.

⁴³ Criminal Code Act 1995, article 12.

⁴⁴ Criminal Code Act 1995, § 12.3 (6).

⁴⁵ Criminal Law Officers' Committee of the Standing Committee of Attorneys-General, Final Report: Chapter 2, General Principles of Criminal Responsibility, Décembre 1992, p. 107.

⁴⁶ Criminal Code Act 1995, article 12.3 (2).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

En 2002, l'Australie a intégré dans son Code pénal fédéral les crimes internationaux prévus au Statut de Rome⁵⁰. Le pillage est donc expressément réprimé⁵¹. C'est afin de pouvoir pleinement exercer le principe de complémentarité que l'Australie a inclus ces nouvelles dispositions dans son code pénal⁵². Par ailleurs, l'Australie s'est dotée d'une compétence universelle particulièrement large puisque quelque soient le lieu et l'auteur de l'infraction, indépendamment de sa citoyenneté et de sa résidence, celui-ci peut être jugé par les tribunaux australiens pour un crime international prévu par le Code pénal australien, sans que soit invocable un droit étranger comme défense⁵³. Sous réserve d'une autorisation écrite du Procureur général fédéral⁵⁴ (non négligeable et donnant par là un certain caractère politique), une entreprise peut ainsi être poursuivie devant les juridictions australiennes pour un crime international, y compris donc celui de pillage, commis n'importe où dans le monde.

B. Royaume-Uni

Sur le plan pénal, le jugement anglais *Tesco Supermarkets v. Natrass*⁵⁵ a ancré le principe selon lequel une entreprise est *directement* responsable pénalement en raison des agissements de ses cadres dirigeants qui incarnent la conscience et la volonté propre (*directing mind and will*) de l'entreprise⁵⁶. Selon cet arrêt, il faut donc que ce soit les cadres dirigeants qui aient engagé l'entreprise⁵⁷. Toutefois, l'arrêt *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v. Security Commission*⁵⁸ a reconsidéré le cercle des personnes suffisamment constitutives de la conscience et de la volonté de l'entreprise. Afin d'identifier le cercle des personnes incarnant l'entreprise, il y a lieu dorénavant de se référer à la loi réprimant l'infraction prétendument commise et de vérifier, selon cette loi, quels agents de l'entreprise peuvent engager cette dernière⁵⁹. Par ailleurs, bien que la théorie de l'identification énoncée ci-dessus reste le modèle d'attribution classique de la responsabilité pénale de l'entreprise au Royaume-Uni, le *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* prévoit une responsabilité pénale de l'entreprise si la gestion ou l'organisation de celle-ci a provoqué un homicide en raison d'une violation grave d'une obligation de diligence⁶⁰.

Le Royaume-Uni a ratifié le Statut de Rome le 4 octobre 2001 et a pleinement intégré, de manière identique, les dispositions du Traité dans sa législation interne⁶¹. Selon l'*International Criminal Court Act*, le Royaume-Uni possède une compétence extra-territoriale pour les crimes de guerre commis en dehors de son territoire par un res-

⁵⁰ Criminal Code Act 1995, Chapitre 8.

⁵¹ *Ibid.*, article 268.29, article 268.54, article 268.81.

⁵² Débats parlementaires, Chambre des représentants, 25 juin 2002, intervention 4326, A.G Williams, 2^{ème} discours.

⁵³ Criminal Code Act 1995, article 15.4 et article 268.117 (1).

⁵⁴ Criminal Code Act 1995, article 268.121 (1).

⁵⁵ *Tesco Supermarkets c. Natrass* [1972] A.C. 153 (HL).

⁵⁶ *Ibid.*, § 171.

⁵⁷ *Ibid.* : *Normally the Board of Directors, the Managing Director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion.*

⁵⁸ *Meridian Global Funds Management Asia Ltd c. Security Commission* [1995] 2 AC 500.

⁵⁹ A. PINTO et M. EVANS, *Corporate Criminal Liability*, 2^{ème} édition, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, p. 66.

⁶⁰ Pour un développement sur le sujet, nous invitons à la lecture de Allens Arthur Robinson, « *Corporate culture* » as a basis for the *criminal liability of corporations* : Report for the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Business, 2008, p. 18-23.

⁶¹ International Criminal Court Act 2001.

sortissant du Royaume-Uni, un résident du Royaume-Uni ou une personne soumise à la compétence des tribunaux du Royaume-Uni⁶². La responsabilité pénale des personnes morales étant reconnue au même titre que celle des personnes physiques selon l'arrêt *Tesco Supermarkets v. Natrass*, une entreprise répondant à l'un des critères de l'*International Criminal Court Act* qui viennent d'être mentionnés et qui serait liée à du pillage, ou à d'autres crimes prévus par le Statut de Rome, peut être poursuivie au Royaume-Uni.

C. États-Unis

Tout comme l'Australie, les États-Unis étant un État fédéral, il y a lieu de distinguer les notions et compétences au niveau fédéral et au niveau des États. Au niveau fédéral, la responsabilité pénale de l'entreprise a été reconnue par l'arrêt de la Cour suprême *New York Central Railroad Company v. United States*⁶³. C'est le modèle vicarial – selon lequel c'est un représentant de l'entreprise qui engage par son comportement la responsabilité pénale de cette dernière – qui est retenu au niveau fédéral⁶⁴. Les tribunaux fédéraux interprètent la responsabilité pénale des entreprises comme s'appliquant à tous les crimes ou, en tous les cas, lorsque l'agent de l'entreprise a agi, d'une part, dans le cadre de son activité professionnelle⁶⁵ et, d'autre part, lorsque l'acte de l'agent a été commis pour bénéficier, ne serait-ce qu'en partie, à l'entreprise⁶⁶. Les crimes nécessitant une intention sont également imputables à l'entreprise selon les tribunaux fédéraux⁶⁷. Le *Code of Laws of the United States of America* appelé également *United States Code* (U.S.C) est une codification des principales lois fédérales, y compris pénales. La complicité y est prévue à l'article 2 du Titre 18 U.S.C.. Selon cette disposition, toute personne qui aide, soutient, conseille, commande, incite ou facilite un crime est condamnable au même titre que l'auteur principal. Subjectivement, la *mens rea* requise au niveau fédéral pour la complicité est le dessein d'avoir participer au crime et d'avoir souhaiter son résultat⁶⁸.

Au niveau des États, pour vingt-huit d'entre eux⁶⁹, le modèle d'attribution de la responsabilité de l'entreprise se base sur le *Model Penal Code*⁷⁰. Selon le type d'infraction, le *Model Penal Code* applique différents modèles d'imputation de la responsabilité⁷¹. Pour les infractions nécessitant une intention, et s'il n'y a pas de but législa-

⁶² *Ibid.*, Partie 5.

⁶³ *New York Central Railroad Company c. United States*, 212 U.S. 481 (1909), § 492-497.

⁶⁴ *New York Central Railroad Company c. United States*, 212 U.S. 481 (1909), § 493 ; J. COFFEE, « Corporate Criminal Liability : An Introduction and Comparative Survey », dans *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities : International Colloquium Berlin 1998*, A. ESER, G. HEINE et B. HUBER (dir.), Fribourg im Breigsau, Edition iuscrim, 1999, p. 21 ; C. WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2ème édition, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 132.

⁶⁵ *United States c. Potter* 463 F 3d 9 (1st Circuit, 2006) ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 134 ; ALLENS ARTHUR ROBINSON, *op. cit.*, note 60, p. 29.

⁶⁶ *United States c. Sun-Diamond Growers of California* 138 F 3d 961 (DC Circuit, 1998) ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 134 ; ALLENS ARTHUR ROBINSON, *op. cit.*, note 60, p. 29.

⁶⁷ *United States c. Hilton Hotels Corp.*, 467 F. 2d 1000 (9th Circuit, 1992).

⁶⁸ A. RAMASTRAY et R. C. THOMPSON, « United States, Survey Questions & Responses for Review and Comment », annexe à *Commerce, Crime and Conflict, Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law: A Survey of Sixteen Countries, Executive Summary*, Oslo, Fafo, 6 septembre 2006, p. 7, consultable via : <http://www.faf.no/liabilities> (15 décembre 2013) ; ROBERT C. THOMPSON, « Complicity : Elements of the Crime » consultable via : http://www.faf.no/liabilities/Supplemental_response_US.pdf (15 décembre 2013).

⁶⁹ WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 131.

⁷⁰ American Law Institute Model Penal Code de 1962, § 2.07.

⁷¹ Model Penal Code, § 2.07 (1) a, § 2.07 (1) c, § 2.07 (2) ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 131-132.

tif particulier à prévoir la responsabilité de l'entreprise, la théorie de l'identification s'applique⁷². Pour les infractions qui nécessitent également une *mens rea*, mais pour lesquelles la loi cherche à réprimer clairement un éventuel comportement d'une entreprise, c'est le modèle vicarial qui s'applique⁷³. Enfin, si l'infraction ne requiert pas d'intention, c'est le modèle de la *strict liability* qui sera pratiqué⁷⁴. Les États qui ne se réfèrent pas au *Model Penal Code* pour l'attribution de la responsabilité pénale de l'entreprise appliquent généralement le modèle vicarial⁷⁵. Concernant la complicité, l'immense majorité des États applique le même critère qu'au niveau fédéral, c'est-à-dire le dessein de participation au crime et de son résultat⁷⁶.

Il est notoire que les États-Unis ne sont pas Partie au Statut de Rome. Cependant, le Congrès a adopté une loi fédérale permettant la poursuite des crimes de guerre⁷⁷ et donc du pillage. Cette loi est à lire à la lumière des définitions données par l'U.S.C, à savoir les dispositions 1 U.S.C. § 1 et 8 U.S.C § 1101 b) 3) qui énoncent clairement que les personnes morales sont visées la disposition 18 U.S.C § 2441 réprimant les crimes de guerre. C'est sur la base des principes de la personnalité active et de la personnalité passive que cette dernière disposition s'applique, permettant ainsi un rattachement extraterritorial⁷⁸.

II. Trois systèmes juridiques de tradition de droit germano-romain

A. Suisse

La responsabilité pénale de l'entreprise est prévue à l'article 102 du Code pénal suisse⁷⁹ (CPS). Selon cette disposition, deux formes de responsabilité se côtoient. L'alinéa premier prévoit une responsabilité subsidiaire de l'entreprise qui est engagée lors de la commission d'un crime ou d'un délit au sein d'une entreprise. Quant à l'alinéa 2, c'est une responsabilité directe et primaire qui est prévue pour certaines infractions spécifiquement et exhaustivement mentionnées⁸⁰. Il existe quelques différences fondamentales dans la conception de la punissabilité de l'entreprise selon les deux alinéas de l'article 102 CPS. L'article 102 al. 1 CPS condamne l'entreprise, non pas du crime commis par l'un de ses agents, mais du défaut d'organisation qui n'a pas permis de découvrir l'auteur de l'infraction. La faute de l'entreprise est donc uniquement son défaut d'organisation. Ainsi, l'entreprise ne peut être recherchée pénalement qu'à condition que l'auteur de l'infraction ne puisse être identifié et que

⁷² Model Penal Code, § 2.07 (1) c ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 131.

⁷³ Model Penal Code, § 2.07 (1) a ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 131-132.

⁷⁴ Model Penal Code, § 2.07 (2) ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 132.

⁷⁵ Pour une liste des États et de leur jurisprudence ayant institué la responsabilité pénale de l'entreprise selon ce modèle, se référer à Wells, *op. cit.*, note 64, p. 132, ndp 26.

⁷⁶ Model Penal Code, § 2.06 (3) ; R. C. THOMPSON, « Complicity : Elements of the Crime » consultable via : http://www.faf.no/liabilities/liabilities/Supplemental_response_US.pdf (15 décembre 2013).

⁷⁷ United States Code (U.S.C), Title 18, Part I, § 2441.

⁷⁸ Cf. United States Code (U.S.C), Title 18, Part I, § 2441 ; STEWART, *Corporate war crimes, prosecuting the pillage of natural resources*, *op. cit.*, N. 133 et ndp 299 ; RAMASTRAY et THOMPSON, *Commerce, Crime and Conflict, Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law: A Survey of Sixteen Countries, Executive Summary*, *op. cit.*, note 68, p. 16 et ndp 9-10.

⁷⁹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937.

⁸⁰ J. HURTADO POZO, *Droit pénal : Partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée*, Genève, Zurich, Bâle, Schul-
tess, 2008, N. 1227.

cette impossibilité soit le résultat d'un manque d'organisation de l'entreprise⁸¹. La responsabilité subsidiaire de l'alinéa premier représente ainsi un bouclier confortable et efficace pour l'entreprise. Si l'employeur peut se retrancher derrière un coupable ou faire « sauter un fusible », il échappe à toute sanction puisqu'il suffit que la personne physique à l'origine de l'infraction soit identifiée pour que l'employeur échappe à toute responsabilité⁸².

En revanche, l'alinéa 2 prévoit un renversement de la responsabilité primaire. Si l'une des infractions mentionnées exhaustivement à cet article est commise, à savoir la participation à une organisation criminelle (article 260*ter* CPS), le financement du terrorisme (article 260*quinquies* CPS), le blanchiment d'argent (article 305*bis* CPS), la corruption d'agents publics suisses (article 322*ter* CPS), l'octroi d'un avantage (article 322*quinquies* CPS), la corruption d'agents publics étrangers (article 322*septies*, al. 1 CPS), ou encore la corruption active ou passive (article 4a, al. 1, *litt.* a, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale), l'entreprise sera d'abord directement tenue responsable si elle n'a pas pris « toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction. »⁸³ Il faut cependant un lien de causalité entre le défaut d'organisation et l'infraction commise⁸⁴. Par ailleurs, la culpabilité de l'agent de l'entreprise et celle de l'entreprise elle-même sont indépendantes ; ainsi un cumul des responsabilités est possible⁸⁵. Il peut être important de souligner que si l'entreprise confie à des tiers des tâches importantes qui relèvent directement du contrôle de ses activités commerciales, les tiers, au nom d'une relation formant une unité économique avec l'entreprise, sont à considérer comme membres de celle-ci. Par conséquent, ils engagent la responsabilité pénale de l'entreprise⁸⁶.

La Suisse a ratifié le Statut de Rome le 12 octobre 2001⁸⁷. Elle a intégré les infractions prévues par la CPI dans son Code pénal depuis le 1^{er} janvier 2011⁸⁸ aux Titres 12*bis* à 12*quater* CPS. Cependant, l'article 102 al. 2 CPS ne rattache pas la punissabilité de l'entreprise à l'un des crimes prévus par les titres 12*bis* à 12*quater* CPS. Par conséquent, en l'état actuel de sa législation, l'incrimination d'une entreprise pour pillage est aujourd'hui impossible dans le système juridique suisse. C'est dès lors par le recours à des dispositions « satellites » du pillage que l'entreprise peut être recherchée. Les normes condamnant l'organisation criminelle et le blanchiment d'argent peuvent jouer ce rôle. Ainsi, selon l'article 260*ter* CPS, une entreprise ayant apporté son soutien par l'achat de biens pillés à groupe armé remplissant les conditions de l'organisation criminelle pourrait être reconnue pénalement coupable. Il suffit qu'elle ait envisagé que ses rapports puissent apporter une contribution à l'organisation criminelle et puissent servir les objectifs de cette dernière. Par ailleurs, une entreprise qui chercherait à se procurer des valeurs patrimoniales d'origine criminelle ou qui fermerait les yeux sur la provenance de ressources naturelles pillées engagerait sa responsabilité pénale selon l'article 305*bis* CPS en relation avec l'article 102 al. 2 CPS.

⁸¹ *Ibid.*, N. 1228.

⁸² ROTH, « L'entreprise, nouvel acteur pénal », *op. cit.*, note 34, p. 95 ; HURTADO POZO, *op. cit.*, note 80, N. 1253.

⁸³ ROTH, « L'entreprise, nouvel acteur pénal », *op. cit.*, note 34, p. 95.

⁸⁴ A. MACALUSO, « La responsabilité de l'entreprise : article 102 CP », dans *Commentaire romand, Code pénal I : article 1-110 CP*, R. ROTH et L. MOREILLON (dir.), Bâle, Helbing, 2009, N. 60.

⁸⁵ *Ibid.*, N. 50 ; HURTADO POZO, *op. cit.*, note 80, N. 1255.

⁸⁶ ROTH, *RPS*, *op. cit.*, note 31, p. 367 ; MACALUSO, *op. cit.*, note 84, N. 30 ; HURTADO POZO, *op. cit.*, note 80, N. 1238.

⁸⁷ Recueil officiel 2002 3743 ; Feuille Fédérale 2001 359.

⁸⁸ Recueil officiel 2010 4963 ; Feuille Fédérale 2008 3461.

Cependant, il y a lieu d'y voir des ersatz et non le moyen de prévenir ni de punir de manière adéquate le pillage et les pratiques prédatrices de certaines entreprises.

B. Pays-Bas

La responsabilité pénale de l'entreprise est prévue à l'article 51 du Code pénal néerlandais⁸⁹. Selon son article 5, conceptuellement, il n'y a pas de distinction entre les infractions susceptibles d'être commises par une entreprise et celles susceptibles d'être commises par une personne physique ; toutes les infractions prévues par le Code peuvent *a priori* être commises par une personne morale⁹⁰. Le Code pénal néerlandais ne dresse pas de catalogue d'infractions réservées aux personnes morales.

Selon le régime néerlandais, les entreprises possèdent une culpabilité propre⁹¹. C'est l'ensemble des agents de l'entreprise, pris collectivement et comme un agrégat, qui contribue à l'infraction mais l'acte est attribué à l'entreprise elle-même⁹². Si, par leurs actes et leur *mens rea* pris conjointement, les éléments de l'infraction sont remplis, l'entreprise sera désignée responsable sur la base du *pouvoir de contrôle* et d'*acceptation*⁹³. La responsabilité de l'entreprise sera en effet engagée selon ces deux critères si l'entreprise avait, d'une part, un pouvoir de contrôle sur l'acte commis en son sein, et d'autre part, si l'acte ou les bénéfices retirés de cet acte ont été acceptés par l'entreprise. Ceci étant, il faut que l'acte ait été commis dans le cadre normal d'activité de l'entreprise (*normal company policy*)⁹⁴.

La culpabilité de l'entreprise va donc dépendre de sa *mens rea*. Dans le cas d'un crime, la direction doit, soit être au courant de l'activité criminelle, soit être consciente des risques encourus de la commission du crime ou être en mesure de connaître ces risques⁹⁵. Pour que l'intention ou la négligence soit donnée, la direction doit avoir ainsi accepté le crime ou les risques d'un tel crime ou du moins les avoir négligés⁹⁶. Pour les grandes entreprises, la connaissance d'une éventuelle situation constitutive de crime ne doit pas se résumer au savoir d'un seul individu mais peut et doit être déduite de l'agrégat de connaissances de plusieurs individus au sein de l'entreprise⁹⁷. Il n'y a pas besoin cela dit que la *mens rea* se retrouve dans l'ensemble des cadres dirigeants ou de la direction⁹⁸ ; voire même, il est possible qu'aucun d'eux, pris individuellement, ne remplisse l'élément subjectif. Le mode d'attribution de la responsabilité pénale de l'entreprise varie quelque peu selon la taille de l'entreprise⁹⁹. En effet, pour les petites entreprises, l'intention d'un seul individu suffit¹⁰⁰. Il doit être

⁸⁹ Wetboek van Strafrecht (Code pénal néerlandais) du 3 mars 1881.

⁹⁰ RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands, Survey questions & Responses for Review and Comment, 6 septembre 2006 », *op. cit.*, note 68, p. 9, consultable via : <http://www.faf.no/liabilities/CCCSurveyNetherlands06Sep2006.pdf> (15 décembre 2013) ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 138.

⁹¹ RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 10.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.* ; WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 139 ; COFFEE, *op. cit.*, note 64, p. 21-22.

⁹⁴ Arrêt HR 23-02-1993, NJ 1993, 605 ; RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 11.

⁹⁵ RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 11 ; COFFEE, *op. cit.*, note 64, p. 22.

⁹⁶ RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 11.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Arrêt HR 22-09-1987, NJ 1988, 381 ; RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 11.

⁹⁹ RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 10 ; ALLENS ARTHUR ROBINSON, *op. cit.*, note 60, p. 57.

¹⁰⁰ Arrêt HR 15-10-1996, NJ 1997, 109 ; ALLENS ARTHUR ROBINSON, *op. cit.*, note 60, p. 57.

démontré que l'entreprise avait un certain contrôle sur l'activité criminelle et que cette activité a été commise ou tolérée dans le cadre de l'activité de l'entreprise¹⁰¹. Un acte totalement étranger à l'activité de l'entreprise ne saurait ainsi engendrer la responsabilité de l'employeur. Il n'est pas nécessaire que l'employé ait reçu des instructions particulières de l'employeur pour qu'il commette une infraction qui sera attribuée à l'entreprise¹⁰².

Les Pays-Bas ont ratifié le Statut de Rome le 17 juillet 2001. Afin de pouvoir exercer le principe de complémentarité, les crimes prescrits par le Statut de Rome ont été intégrés et traduits dans un texte législatif, la *Wet Internationale Misdrijven*¹⁰³ (WIM). Les crimes de guerre sont prévus aux articles 5-7. Outre les poursuites possibles selon les principes de la personnalité active et passive, une compétence universelle est prévue à l'article 2 WIM. L'accusé doit toutefois se trouver sur le territoire néerlandais pour que la poursuite ait lieu. Selon l'article 91 du Code pénal néerlandais, les principes généraux du Code sont également applicables à la WIM. Par conséquent, et de manière clairement rappelée par le message d'interprétation¹⁰⁴ de la WIM, les dispositions relatives aux crimes de guerre s'appliquent aux personnes morales. Partant, une entreprise peut parfaitement être poursuivie aux Pays-Bas pour crime de pillage ou complicité de pillage commis à l'étranger.

C. France

La responsabilité pénale des personnes morales est consacrée à l'article 121-2 du Code pénal français (CPF)¹⁰⁵. Il y a toutefois une nuance à relever d'emblée. L'article 121-2 ne prévoit pas que les personnes morales puissent commettre elles-mêmes et directement une infraction ; la disposition pose en revanche une règle d'imputation de l'infraction à la personne morale lorsqu'un acte a été commis pour son compte. Par ailleurs, l'acte répréhensible doit avoir été commis par un organe ou un représentant. En ce sens, la France pratique le modèle vicarial. Ainsi, afin que l'entreprise soit reconnue coupable, il y a lieu d'établir que tous les éléments de l'infraction aient été réalisés par un auteur physique qui est organe ou représentant de l'entreprise. L'élément subjectif doit donc également être rempli par l'agent physique¹⁰⁶. Cela dit, il n'est pas nécessaire que la personne physique elle-même ait été déclarée coupable pour que le crime soit attribué à l'entreprise¹⁰⁷. Il n'est pas non plus impératif que l'auteur physique soit identifié¹⁰⁸.

Les crimes de guerre sont prévus au Livre IV^{bis} du Code pénal français. Le pillage est réprimé par l'article 461-15 CPF. Le vol, l'extorsion et le recel liés à une situation de conflit, de même que leur tentative, sont réprimés aux articles 461-16 et 17 CPF. Le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la

¹⁰¹ Arrêt HR 01-07-1981, NJ 1982, 80 ; RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 10.

¹⁰² RAMASTRAY et THOMPSON, « Annexe : The Netherlands », *op. cit.*, note 90, p. 10.

¹⁰³ *Wet Internationale Misdrijven* du 19 juin 2003.

¹⁰⁴ *Vergaderjaar 2001-2002*, 28337, no 3.

¹⁰⁵ Code pénal français, version consolidée au 8 décembre 2013.

¹⁰⁶ RAMASTRAY/THOMPSON, « Annexe : France, Survey questions & Responses for Review and Comment, 6 septembre 2006 », *op. cit.*, note 68, p. 10, consultable via : <http://www.fafo.no/liabilities/CCCSurveyFrance06Sep2006.pdf> (15 décembre 2013).

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁸ *Ibid.*

préparation d'un de ces crimes est punissable selon l'article 461-18 CPF. Tous ces comportements sont imputables à l'entreprise par le biais de l'article 462-5 CPF.

En cas de pillage commis à l'étranger, la France possède une compétence extraterritoriale en vertu du principe de la personnalité active (article 113-6 CPF), de la personnalité passive (article 113-7 CPF), du fait d'une complicité sur le territoire français d'un acte commis à l'étranger (article 113-5 CPF) et du principe de compétence universelle selon les articles 689 et 689-1 du Code de procédure pénale français¹⁰⁹ (CPPF). Dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7 CPF, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du Ministère public (article 113-8 CPF). Cela crée une malheureuse brèche politique puisque le Ministère public possède dès lors le choix de poursuivre ou non. L'autorité de poursuite possède ainsi un droit de veto en quelque sorte. Par ailleurs, toujours selon l'article 113-8 CPF, la poursuite 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.

L'article 689-11 CPPF prévoit la compétence en cas de crime de guerre. Toutefois, là encore, l'alinéa 2 précise que la poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du Ministère public. En conséquence, une entreprise peut être poursuivie en France pour crime de pillage commis à l'étranger à la condition que le Ministère public le requiert ; la complicité et la tentative de pillage étant également punissable.

§ 3. La poursuite d'entreprises pour crime de pillage : des cas d'application concrète ?

I. Les fondations de Nuremberg

Le Statut du Tribunal de Nuremberg¹¹⁰ peut être considéré comme l'acte de conception du droit international pénal moderne. Dès cette origine, l'idée qu'un groupement ou qu'une organisation puisse être criminel avait été prévue aux articles 9 et 10 du Statut. Toutefois, une précision s'impose : ces deux articles visaient principalement le parti Nazi, la *Gestapo*, la *Schutzstaffel* (SS) et la *Sicherheitsdienst* (SD) et non pas tant des entreprises commerciales¹¹¹. Les crimes de guerre parmi lesquels figurait le pillage étaient prévus quant à eux à l'article 6, par. 2, *litt.* b du Statut du Tribunal. Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices ayant élaboré ou participé au crime étaient considérés responsables selon l'article 6 par. 3 du Statut.

Différents cas de pillage entraînant la condamnation d'industriels et d'acteurs économiques ont été jugés à Nuremberg. Citons les affaires *I.G. Farben*¹¹², *Flick*¹¹³ et *Krupp*¹¹⁴ où, dans cette dernière affaire et selon le Tribunal, bien que ce soit des indi-

¹⁰⁹ Code de procédure pénale français, version consolidée au 8 décembre 2013.

¹¹⁰ Statut du Tribunal international militaire adopté le 8 août 1945 selon l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe. Conférence de Londres du 26 juin au 8 août 1945.

¹¹¹ L. VAN DEN HERIK, « Corporations as Future Subjects of the International Criminal Court: An Exploration of the Counterarguments and Consequences », dans *Future Perspectives on International Criminal Justice*, C. STAHN et L. van den Herik (dir.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010, p. 352 ; T. WEIGEND, « *Societas delinquere non potest* ? A German Perspective », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2008, Vol. 6, p. 929.

¹¹² TMN, *United States c. Carl Krauch et al.*, Jugement, 30 juillet 1948.

¹¹³ TMN, *United States c. Friedrich Flick*, Jugement, 22 décembre 1947.

¹¹⁴ TMN, *United States c. Krupp*, Jugement, 31 juillet 1948.

vidus qui aient été condamnés, il existait bien une intention collective imputable à l'entreprise : *[T]he initiative for the acquisition of properties, machines and materials in the occupied countries was that of the Krupp firm (...)*¹¹⁵.

D'autres condamnations furent prononcées. Walther Funk fut condamné pour son rôle dans la direction de Continental Oil qui avait pillé du pétrole brut dans les territoires occupés d'Europe¹¹⁶ ; Hermann Roehling de l'entreprise Roehling Company pour le pillage de mines et d'usines en Alsace-Lorraine¹¹⁷ ; Karl Rasche, président de la Banque Dresdner, pour le financement apporté aux pillages et le pillage en lui-même¹¹⁸. Toutefois, si ces différentes affaires ont toutes trait à des pillages en faveur d'entreprises, ce ne sont pas les entreprises elles-mêmes qui furent déclarées pénalement responsables à Nuremberg. En effet, selon son Statut, le Tribunal international de Nuremberg n'avait compétence qu'à l'égard des personnes physiques. D'autre part, Nuremberg a posé un principe fondamental et fondateur: *[c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced*¹¹⁹.

Cependant, il y a lieu de garder en tête que le célèbre postulat visait essentiellement à enfoncer le rempart de *l'État* qui protégeait jusqu'alors la responsabilité individuelle. Pour les personnes morales telles que les entreprises ou les organisations, il est possible d'analyser sans être formellement contredit que leur possible responsabilité pénale n'a pas été forcément évincée par le nouveau paradigme énoncé. Van den Herik et Schabas analysent dans le même sens que c'est à *l'État* que faisait référence le Tribunal de Nuremberg et non pas aux personnes morales¹²⁰. En effet, d'une part, il y a lieu de garder à l'esprit que le Tribunal de Nuremberg pouvait déclarer une *organisation* criminelle selon les articles 9 et 10 de son Statut. D'autre part, Kyriakakis souligne que le Tribunal a déclaré que les personnes morales peuvent commettre des crimes de guerre¹²¹. Ainsi, dans l'affaire *I.G. Farben* il est affirmé que *[w]hen private individuals, including juristic persons, proceed to exploit the military occupancy by acquiring private property against the will and consent of the former owner, such action, not being expressly justified by any applicable provision of the Hague Regulations, is in violation of international law.(...) Similarly where a private individual or a juristic person becomes a party to unlawful confiscation of public or private property by planning and executing a well-defined design to acquire such property permanently, acquisition under such circumstances subsequent to the confiscation constitutes conduct in violation of the Hague Regulations.*¹²²

Depuis Nuremberg, combien de cas dès lors de responsabilité pénale d'entreprises pour pillage ? Depuis plus d'un demi-siècle, à notre connaissance, aucun¹²³. Ni au

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 1372. ; FAFO, « Business and International Crimes, Category III : War Crimes I », consultable via : http://www.fafo.no/liabilities/part_II-3war-crim.htm (15 décembre 2013)

¹¹⁶ TMIN, *Goering et consorts*, Jugement, 30 septembre 1946, p. 306 ; James Stewart, *Corporate war crimes, prosecuting the pillage of natural resources*, New York, Open Society Institute, 2010, N. 41.

¹¹⁷ Tribunal général du Gouvernement militaire de Rastadt, *France c. Roehling*, Jugement, 30 juin 1948.

¹¹⁸ TMN, *United States c. Ernst von Weizsaecker et al.*, Jugement, 11 décembre 1947.

¹¹⁹ TMIN, *Goering et consorts*, Jugement, 30 septembre 1946, p. 466.

¹²⁰ VAN DEN HERIK, *op. cit.*, note 111, p. 354. ; W. SCHABAS, « Discussion », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2008, Vol. 6, p. 964.

¹²¹ KYRIAKAKIS, *op. cit.*, note 29, p. 817.

¹²² TMN, *United States c. Carl Krauch et al.*, Jugement, 30 juillet 1948, p. 1132-1133.

¹²³ W. KALECK et M. SAAGE-MAASS, « Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and its Challenges », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press,

niveau de juridictions pénales internationales ni devant une juridiction nationale. On peut s'en étonner. En effet, depuis les années 2000, les résolutions des Nations Unies décrétant un embargo sur les diamants, le bois précieux, l'or ou le pétrole pillés, qu'ils soient d'Angola, du Libéria, de Sierra Leone ou du Congo ont été nombreuses¹²⁴. Par ailleurs, nombreux ont été également les rapports des Nations Unies¹²⁵ ou d'ONG¹²⁶ de références pointant clairement les violations de ces embargos et l'implication d'entreprises occidentales dans le trafic de ces ressources naturelles. On peut dès lors se demander où sont passés l'or pillé du Congo ou les diamants de Sierra Leone auxquels se réfère le TSSL dans l'affaire *The Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*¹²⁷? Qui a mis en place le commerce de ces ressources pillées et en a tiré profit *in fine*? *Follow the trail of the money and you will find the criminals. If you stop the money then you stop the crime*¹²⁸ déclarait en 2003 Luis Moreno Ocampo, Procureur de la Cour pénale internationale. La recommandation n'a manifestement pas été suivie, personne n'a jamais été inculpé. Constatant l'absence de jugements pénaux d'entreprises pour pillage depuis les procès de Nuremberg, Stewart évoque une « amnésie légale »¹²⁹. Certes quelques procès civils d'entreprises¹³⁰ liées à du pillage se sont tenus. Un cas pénal, celui de l'homme d'affaires¹³¹ Guus Kouwenhoven impliqué dans le commerce de bois précieux et d'armes, a été porté devant une juridiction nationale. Mais aucun procès pénal d'une entreprise pour pillage. Relevons cependant qu'au mois de novembre 2013, une dénonciation pénale auprès du Ministère public de la Confédération suisse a été déposée à l'encontre d'une entreprise d'affinage d'or basée en Suisse pour des actes de blanchiment d'or pillé lors du conflit de RDC. Une procédure a été ouverte par le Ministère public. Il y a dès lors lieu de suivre le développement de cette affaire¹³².

II. Obstacles à lever et propositions de lege ferenda

Les mécanismes de poursuites d'entreprises pour pillage ou complicité de pillage existent aujourd'hui dans un nombre croissant de systèmes juridiques nationaux.

2010, Vol. 8, p. 708.

¹²⁴ Parmi les nombreuses Résolutions, nous pouvons citer notamment: concernant l'Angola, les Résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies 1173 (1998) du 12 juin 1998 et 1176 (1998) du 24 juin 1998 ; concernant la Sierre Leone, les Résolutions 1306 (2000) du 5 juillet 2000 et 1385 (2001) du 19 décembre 2001 ; concernant le Libéria, les Résolutions 1478 (2003) du 6 mai 2003, 1521 (2003) du 22 décembre 2003 et 1607 (2005) du 21 juin 2005.

¹²⁵ Rapport final du Groupe d'experts créé par la Comité du Conseil de sécurité conformément à la résolution 1237 (1999) du 7 mai 1999 (Doc. ONU S/2000/203), 2000, § 75-114 ; Rapport final de l'instance de surveillance concernant les sanctions contre l'Angola créée par la résolution 1295 (2000) du Conseil de sécurité, en date du 18 avril 2000 (Doc. ONU S/2000/1225), 2000 ; Rapports du Groupe d'experts des Nations Unies (Doc. ONU S/2003/1027), *op. cit.*, note 3, Annexe I ; (Doc. ONU S/2001/357), *op. cit.*, note 3, N. 181-182, N. 213-215, Annexe I ; Rapport du Projet Mapping, *op. cit.*, note 3, N. 773.

¹²⁶ Cf. note 2.

¹²⁷ TSSL, *The Prosecutor c. Sesay, Kallon and Gbao*, Chambre de première instance, Résumé du Jugement, 25 février 2009, N. 18.

¹²⁸ BBC News, Firms face « blood diamond » probe, 23 septembre 2003, consultable *via* : <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/business/3133108.stm> (15 décembre 2013).

¹²⁹ STEWART, « Atrocity, Commerce and Accountability : The International Criminal Liability of Corporate Actors », *op. cit.*, note 30, p. 318.

¹³⁰ Affaires américaines *Sarei c. Rio Tinto, PLC*, 221 F. Supp 2d 1116 (C.D. Cal., 2002) ; *Sarei c. Rio Tinto, PLC*, 487 F.3d 1193 (C.D. Cal., 2007) ; *Presbyterian Church of Sudan c. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y., 2003) ; *Presbyterian Church of Sudan c. Talisman Energy, Inc.*, Cour d'appel (2nd Circuit, 2009).

¹³¹ *Public Prosecutor c. Guus Kouwenhoven*, Tribunal du district de La Haye, Jugement, 7 juin 2006 ; *Public Prosecutor c. Guus Kouwenhoven*, Cour d'appel de La Haye, Jugement, 10 mars 2008 ; *Public Prosecutor c. Guus Kouwenhoven*, Cour suprême, Jugement, 20 avril 2010 ; *Kaleck/Saage-Maaß, op. cit.*, note 123, p. 708.

¹³² Pour consulter les détails de l'affaire : <http://www.stop-pillage.org/fr/affaire-penale-en-suisse> (15 décembre 2013).

Cependant, certains obstacles freinent ou entravent encore ces poursuites et cela sur trois plans : un cadre légal parfois insuffisant, un manque de moyens, une pratique des autorités encore trop réfractaire¹³³.

Sur le plan des dispositions légales, selon les systèmes, certaines carences empêchent la poursuite pénale d'une entreprise pour pillage. Tel est le cas dans les États qui ne reconnaissent aucune responsabilité pénale de l'entreprise, tel l'est également lorsque la législation d'un État, à l'image de la Suisse, ne retient que limitativement certaines infractions imputables aux personnes morales, notamment à l'exclusion des crimes de guerre. Étendre la responsabilité pénale de l'entreprise à toutes les infractions représentée aujourd'hui un besoin.

Par ailleurs, au niveau de la Cour pénale internationale, les États Parties devraient reconsidérer l'entreprise comme sujet soumis à la compétence de la Cour¹³⁴. Cela donnerait un élan aux systèmes juridiques internes pour intégrer des dispositions prévoyant la responsabilité des entreprises en cas de crimes internationaux¹³⁵. En effet, les systèmes légaux nationaux s'harmonisent de manière croissante avec les textes conventionnels internationaux ou supranationaux. Ces textes internationaux normatifs exercent un encouragement ainsi qu'une pression sur les systèmes internes afin qu'ils harmonisent leur législation nationale pour répondre aux besoins et défis des États toujours plus reliés les uns aux autres, que ce soit au niveau environnemental, énergétique, économique, sanitaire ou criminel¹³⁶.

Dans ce sens, il serait opportun que les États adoptent plus systématiquement des interdictions de commerce de certains biens lorsque des éléments tendent à démontrer que des atrocités sont ou vont être commises dans le but d'une appropriation illicite¹³⁷. Des dispositions pénales s'appliqueraient en cas de violations.

Sur le plan des moyens, en cas de crimes internationaux commis à l'étranger, la récolte de preuves et les enquêtes impliquent des coûts importants ainsi qu'une expertise dans ce genre d'affaires¹³⁸. Le rôle des acteurs financiers est souvent masqué et les éléments de preuves extrêmement difficiles à obtenir¹³⁹. Dans un tel contexte, des unités spécialisées dans la poursuite de crimes de guerre et des crimes commis par des entreprises s'avèrent nécessaires. Différents États tels que les Pays-Bas, la Belgique, la France, la Norvège, les États-Unis en sont déjà dotés¹⁴⁰. C'est sur la base de ce constat qu'une dizaine d'ONG suisses ont lancé à l'automne 2011, une pétition demandant la création en Suisse d'une unité spécialisée dans la traque de criminels de guerre. La revendication a été entendue, le Ministère public de la Confédération a

¹³³ KALECK et SAAGE-MAASS, *op. cit.*, note 123, p. 722.

¹³⁴ Y. QUEINNEC et W. BOURDON, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Paris, Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale/SHERPA, 2010, p. 57 ; RAMASTRAY et THOMPSON, *op. cit.*, note 68, p. 28.

¹³⁵ Pour un développement de cet aspect, voir VAN DEN HERIK, *op. cit.*, note 111, p. 367-368 ; L. VAN DEN HERIK et J. LETNAR CERNIC, « Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010, Vol. 8, p. 741.

¹³⁶ WELLS, *op. cit.*, note 64, p. 127.

¹³⁷ RAMASTRAY et THOMPSON, *op. cit.*, note 68, p. 29. Pour un bref développement et des cas d'illustration, voir Commission Internationale de Juristes, *Complicité des entreprises et Responsabilité juridique*, Vol. 2, *Droit pénal et crimes internationaux, un rapport du Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux*, Genève, 2008, p. 57-58.

¹³⁸ KALECK et SAAGE-MAASS, *op. cit.*, note 123, p. 722.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 723.

créé en juillet 2012 une unité spécialisée en matière de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

Toujours au chapitre des moyens, lors de l'implication d'une entreprise dans un crime de guerre, l'État d'accueil de l'entreprise coupable n'a pas toujours la capacité ni la volonté de la poursuivre ; l'État d'origine n'est pas toujours enclin non plus à poursuivre l'une de ses entreprises¹⁴¹. Un vide de poursuite est ainsi créé, un vide synonyme de déni de justice. Dans de telles situations, certains auteurs¹⁴² plaident largement pour que soit fait usage de la compétence universelle dont se sont dotés bon nombre d'États depuis un certain temps. Il s'agit en somme d'« extraterritorialiser le droit »¹⁴³ afin que les États recourent à leur compétence universelle pour élargir le filet de juridictions ayant la compétence de poursuivre les auteurs ou complices de crimes. Il s'agit ni plus ni moins de lutter ainsi contre l'impunité avec un outil à disposition des États.

Enfin, sur le plan de la pratique et des mentalités des autorités de poursuites, un pas doit être franchi et les réticences surpassées. Les obstacles à concevoir l'entreprise comme auteur ou complice d'un crime de guerre (et non pas seulement l'individu) ne se justifient plus. Le saut législatif permettant de considérer l'entreprise comme un éventuel auteur criminel a été réalisé dans bon nombre d'États. Il s'agit simplement dès lors de faire usage de la loi.

Conclusion

Dans les systèmes juridiques internes, depuis un siècle environ, la responsabilité pénale de l'entreprise n'a cessé de faire son chemin pour s'accélérer au cours des vingt dernières années et gagner même les États qui s'y étaient longtemps opposés. Dans un nombre non négligeable de systèmes juridiques, les lois permettant la poursuite d'une entreprise responsable de pillage existent souvent. La volonté, elle, n'y est pas. Depuis les procès Nuremberg, plus d'un demi-siècle d'impunité salue révérencieusement l'entreprise. Fréquents ont été les conflits de la fin du XXe siècle et du début du XXIe siècle qui ont eu partie liée avec le pillage de ressources naturelles. Pillage qui constitue l'oxygène de la guerre et le boutefeux d'un cortège d'atrocités. L'entreprise est bien souvent impliquée dans ces crimes. Des investigations le montrent, des experts le dénoncent, la société civile le crie. Et pourtant, pas un seul procès pénal d'entreprise pour pillage ne s'est tenu depuis l'avènement de la justice pénale internationale moderne. Au regard des situations dénoncées, plus qu'un manque, c'est un trou béant.

Devant les juridictions pénales internationales, faute de compétence vis-à-vis des personnes morales, l'entreprise qui aurait participé à un tel pillage n'est pas menacée. Elle n'a rien à craindre notamment de la CPI, seule institution internationale pénale à

¹⁴¹ Pour un développement sur l'absence de poursuites et ses raisons, tant dans le pays d'accueil que dans le pays d'origine de l'entreprise, voir VAN DEN HERIK/LETNAR CERNIC, *op. cit.*, note 135, p. 728, ainsi que J. KYRIAKAKIS, « Prosecuting Corporations for International Crimes : The Role for Domestic Criminal Law », *International Criminal Law and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 132-133.

¹⁴² RAMASTRAY et THOMPSON, *op. cit.*, note 68, p. 28-29 ; QUEINNEC et BOURDON, *op. cit.*, note 134, p. 52 ; VAN DEN HERIK et LETNAR CERNIC, *op. cit.*, note 135, p. 725-743.

¹⁴³ QUEINNEC et BOURDON, *op. cit.*, note 134, p. 52.

terme, qui a pourtant pour vocation de lutter contre l'impunité. Cela nous apparaît un vide qui ne peut plus être acceptable au regard de pratiques prédatrices lors de conflits récents.

De leur côté, les États s'étant dotés d'une législation prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales doivent assumer le devoir qui leur incombe vis-à-vis du principe de complémentarité. La compétence universelle des États apparaît ainsi fondamentale en tant que palliatif des instances pénales internationales en matière de poursuites d'entreprises liées à des crimes internationaux. Les dispositions des systèmes juridiques internes prévoyant une responsabilité pénale des personnes morales ne doivent pas servir de feuille de vigne cachant l'impunité dont jouissent les entreprises. Agent social responsable de ses actes, l'individu est amené à rendre compte de ses crimes devant un tribunal. L'État également ; en 2005, l'Ouganda a été condamné (certes non pénalement) par la Cour internationale de Justice pour le pillage de ressources naturelles de la République démocratique du Congo¹⁴⁴. L'entreprise, acteur social incontournable dans la société d'aujourd'hui, ne doit plus pouvoir jouir quant à elle de l'impunité lorsque son activité et son avidité soutiennent les crimes les plus graves.

¹⁴⁴ CIJ, République démocratique du Congo c. Ouganda, arrêt du 19 décembre 2005, § 222-250.