



**HAL**  
open science

# La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales

Meriem Ouassini Sahli

► **To cite this version:**

Meriem Ouassini Sahli. La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales. Droit. Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014. Français. NNT : 2014PA090062 . tel-01249559

**HAL Id: tel-01249559**

**<https://theses.hal.science/tel-01249559>**

Submitted on 4 Jan 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITE PARIS-DAUPHINE**

**ECOLE DOCTORALE DE DAUPHINE**

**Thèse pour l'obtention du titre de Docteur**

**Discipline : Droit**

**Meriem OUASSINI SAHLI**

**La responsabilité de la société mère du fait de ses  
filiales**

**Directeur de thèse : Jean-Pierre GASTAUD**

Présentée et soutenue publiquement par

Le 19 décembre 2014

**JURY**

**Monsieur Jean-Pierre Gastaud**  
**Professeur émérite à l'Université Paris Dauphine**

**Madame Sophie SCHILLER**  
**Professeur à l'Université Paris Dauphine**

**Madame Géraldine GOFFAUX**  
**Professeur à l'Université Bretagne Occidentale, Rapporteur**

**Madame Irina PARACHKEVOVA**  
**Professeur à l'Université Nice-Sophia-Antipolis, Rapporteur**



L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Au Professeur Jean Pierre Gastaud, mon directeur de thèse pour la confiance qu'il m'a accordée, ses conseils et son soutien ont été particulièrement précieux pour mener à bien cette recherche, je lui suis éternellement reconnaissante.

A mes parents.

A mon mari, merci pour ta patience et ton soutien sans failles.



## **PRINCIPALES ABRÉVIATIONS**

**AFDI** : Annuaire français de droit international

**Aff.** : affaire

**AFRI** : Annuaire français de relations internationales

**AHJUCAF** : Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français

**AJDA** : Actualité juridique droit administratif

**AJ Pénal** : Actualité juridique. Pénal

**Alii** : et (les) autres

**Al.** : Alinéa

**Ann.** : Annales

**Art.** : Article

**Ass. nat** : Assemblée nationale

**BRDA** : Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre

**Bull. civ** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile

**Bull. com** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre commerciale

**Bull. crim** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle

**Bull. soc** : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale

**C. civ.** : Code civil

**Bull. Joly sociétés** : Bulletin Joly sociétés (mensuel d'information des sociétés)

**CA** : cour d'appel

**Cah. dr. entreprise** : Cahiers de droit de l'entreprise

**Cass. 1re civ** : Cour de cassation, première Chambre civile

**Cass. 2e civ** : Cour de cassation, deuxième Chambre civile

**Cass. 3e civ** : Cour de cassation, troisième Chambre civile

**Cass. Com** : Cour de cassation, Chambre commerciale

**Cass. Soc.** : Cour de cassation, Chambre sociale

**Cass. crim.** : Cour de cassation, Chambre criminelle

**Cass. Plén.** : Cour de cassation, Assemblée plénière

**CGI** : Code Général des Impôts

**Chron.** : Chronique

**Circ.** : Circulaire

**CJCE** : Cour de Justice des Communautés européennes

**C. civ.** : Code civil

**C. com.** : Code de commerce

**C. trav.** : Code du travail

**C. pén.** : Code pénal

**Comm.** commentaire

**Concl.** : Conclusions

**CPC** : Code de procédure civile

**D.** : Recueil Dalloz

**D. Affaires** : Dalloz Affaires

**Dactyl** : Dactylographié

**Délib.** : Délibération

**Dir.** : Direction

**Dr.** : Droit

**Dr. & Expertise** : Droit et expertise

**Dr. & patrimoine** : Droit et patrimoine

**Dr. & société** : Droit et société

**Dr. soc.** : Droit social

**Éd.** : Edition

**Etc.** : et cætera (et le reste).

**Ex.** : exemple

**Fasc.** : fascicule

**Gaz. Pal.** : Gazette du Palais

**GIE** : Groupement d'intérêt économique

**Harvard Bus. R.** : Harvard Business Review

**Ibid.** : ibidem (même endroit)

**Id.** : **idem** (le même, employé quand l'auteur de deux notes consécutives est le même).

**In** : dans

**J.-Cl.** : Juris-Classeur

**JCP E** : Semaine Juridique, édition Entreprise et affaires

**JCP G** : Semaine Juridique, édition Générale

**JCP S** : Juris-Classeur Périodique (semaine juridique), édition sociale

**JCP, CI** : Juris-Classeur Périodique (semaine juridique) édition commerce et industrie

**JDI** : Journal de droit international

**Jurisp.Dalloz** : Jurisprudence Dalloz

**JSL** : Jurisprudence Lamy social

**LGDJ** : Librairie générale de droit et de jurisprudence

**Litec** : Librairie technique.

**P.A** : Les petits Affiches

**N°** : Numéro

**NRE** : Nouvelles Régulations Économiques

**Obs** : Observation

**Op. cit** : Opus citatum

**Ord** : Ordonnance

**P** : Page

**Préc** : Précité(e)

**PUF** : Presse universitaire de France

**Réf** : Référence

**Rép. Civ Dalloz** : Encyclopédie Dalloz Civil

**Rép. Com Dalloz** : Encyclopédie Dalloz Commercial

**Rép.sociétés. Dalloz** : Encyclopédie Dalloz sociétés

**Rev. tr.dr.comm** : Revue trimestrielle du droit commerciale

**R.I.D.C** : Revue internationale de droit comparé

**R.C.A.D.I** : Recueil des Cours de l'Académie de Droit international

**R.C.D.I.P** : Revue critique de droit international privé

**RDE** : Revue droit et environnement

**RJDA** : Revue juridique droit des affaires

**RJE** : Revue juridique de l'environnement

**RLDA** : Revue Lamy Droit des affaires

**RQDI** : Revue québécoise de droit international

**RTD com** : Revue trimestrielle de droit commercial

**RTD Eur** : Revue trimestrielle de droit européen

**RSC** : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

**Rev. Proc. Coll** : Revue des procédures collectives

**Rev.soc** : Revue des sociétés

**S.** : Suivant

**SCI** : société civile immobilière

**T** : Tome

**TCFDIP** : Travaux du comité français de droit international privé.

**TGI** : Tribunal de grande instance

**TPI** : Tribunal de première instance

**Trib** : Tribunal

**Trib. Com** : Tribunal de commerce.

<b><u>SOMMAIRE</u></b>	<b>10</b>
<b><u>Chapitre préliminaire</u></b>	<b>27</b>
<b>Section 1.</b> Les groupes de sociétés	<b>27</b>
<b>Section 2.</b> Les caractéristiques des relations intragroupes	<b>42</b>
<b><u>Première partie.</u></b> Responsabilité de la société mère du fait de ses filiales au niveau national	<b>53</b>
<b><u>Titre 1.</u></b> La responsabilité civile de la société mère dans le cadre du droit commun	<b>56</b>
<b><u>Chapitre 1.</u></b> La responsabilité civile de la société mère	<b>58</b>
<b>Section 1.</b> La responsabilité de la société mère dans le cadre contractuel	<b>58</b>
<b>Section 2.</b> La responsabilité de la société mère dans le cadre extracontractuel	<b>76</b>
<b><u>Chapitre 2.</u></b> La responsabilité pénale de la société mère	<b>112</b>
<b>Section 1.</b> L'imputation de l'infraction dans un groupe de sociétés	<b>113</b>
<b>Section 2.</b> Les différentes formes de mise en cause de la société mère	<b>126</b>
<b><u>Titre 2.</u></b> La responsabilité de la société mère dans le cadre du droit spécial	<b>140</b>
<b><u>Chapitre 1.</u></b> La dimension de la responsabilité de la société mère	<b>140</b>
<b>Section 1.</b> Confusion de patrimoine	<b>141</b>
<b>Section 2.</b> Action pour insuffisance d'actif	<b>151</b>
<b>Section 3.</b> Solidarité des sociétés du groupe en tant qu'entreprise unique	<b>165</b>
<b><u>Chapitre 2.</u></b> La reconnaissance de la responsabilité environnementale de la société mère	<b>176</b>
<b>Section 1.</b> Les fondements de la responsabilité environnementale de la société mère	<b>178</b>
<b>Section 2.</b> Apport et évaluation de la loi Grenelle II	<b>192</b>

<b><u>Deuxième partie. La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales au niveau international</u></b>	<b>201</b>
<b><u>Titre 1. La responsabilité des entreprises transnationales</u></b>	<b>205</b>
<b><u>Chapitre 1. Entreprises multinationales</u></b>	<b>205</b>
Section 1. Notion d'entreprise multinationale	205
Section 2. Inadéquation des critères de rattachement classiques aux entreprises multinationales	218
<b><u>Chapitre 2. La relative consécration de la responsabilité des sociétés mères dans les instruments juridiques internationaux</u></b>	<b>245</b>
Section 1. La responsabilité de la société mère sur la base de la soft law	247
Section 2. L'évaluation de l'approche par la soft law	268
<b><u>Titre 2. La recherche de la responsabilité extraterritoriale de la société mère sur la base de la législation normale</u></b>	<b>275</b>
<b><u>Chapitre 1. L'extraterritorialité comme instrument de sanction</u></b>	<b>278</b>
Section 1. L'intérêt de l'extraterritorialité comme instrument de sanction	281
Section 2. Problèmes posés pour la responsabilisation de la société mère	289
<b><u>Chapitre 2. La responsabilité extraterritoriale de la société mère</u></b>	<b>295</b>
Section 1. Responsabilité civile extraterritoriale	297
Section 2. Responsabilité pénale extraterritoriale	324
Section 3. Responsabilité environnementale extraterritoriale	350

*The price of greatness is responsibility*

Winston Churchill

**Introduction**

L'avènement de la mondialisation a entraîné une forte concurrence, caractéristique de l'économie capitaliste moderne, qui requiert des moyens financiers, techniques et humains de plus en plus importants, qu'une entreprise isolée ne parvient pas toujours à rassembler.

Ainsi, les entreprises, peu importe leur taille, rassemblent leurs ressources afin d'accroître leurs parts de marché, ce n'est pas juste le souci de se maintenir sur le marché qui prévaut, mais aussi, celui d'évoluer et de se développer sur ce dernier. Dans la plupart des cas, les dures lois de la vie économique ne laissent le choix aux sociétés qu'entre vivre groupées ou mourir absorbées.<sup>1</sup> En effet, la concentration permet la création d'entités assez solides, très peu vulnérables et pouvant aborder et réussir les opérations d'envergure qui sont en général inaccessibles aux petites et moyennes entreprises.

L'expansion du phénomène de la mondialisation et les mutations de l'économie en résultant, ont ainsi entraîné, non seulement une croissance du nombre et de la taille des groupes de sociétés, mais également une diversification des formes de leur groupement.

En pratique, l'éclosion des groupes est en relation étroite avec la stratégie de développement des entreprises. En effet, « Le groupe est d'abord un instrument de politique économique, destiné à accroître l'efficacité et la productivité, internationaliser les activités, cloisonner les risques, rendre les compétences complémentaires »<sup>2</sup>. Ainsi, lorsque l'activité devient très variée ou lorsque l'idée de l'implantation sur des marchés étrangers commence à germer, la

---

<sup>1</sup> Champaud(C), «Les méthodes de groupement des sociétés», RTD com. 1967, n° 15 p.1003

<sup>2</sup> Urban(Q) Le juge et le parcours professionnel du salarié dans le groupe, LPA, 21 avril 2005 n° 79, P. 23

direction de l'entreprise a le choix entre deux procédés : sauvegarder l'unité de la société et donner vie à des succursales ou bien créer des sociétés filiales spécialisées ayant leur autonomie juridique, mais étant rigoureusement contrôlées par la société mère. A la différence des grands hommes, les grandes sociétés sont rarement seules<sup>3</sup>.

Mais surtout, la constitution d'un groupe va permettre la création de synergies et d'économies d'échelle par la mise à disposition du potentiel économique de plusieurs sociétés. Le groupe de sociétés constitue, de fait, la technique par excellence permettant d'atteindre ce but, il combine parfaitement la dépendance économique et l'indépendance juridique. Un même sujet de droit, dominant, (la société mère) peut exercer toutes sortes d'activités par l'intermédiaire de personnes morales distinctes et juridiquement autonomes, mais sur lesquelles il exerce directement ou indirectement un pouvoir de direction économique<sup>4</sup>.

Le groupe de sociétés peut résulter du montage le plus simple, (la séparation des actifs immobiliers et commerciaux logés dans deux sociétés, l'une civile, l'autre commerciale) au montage infiniment plus complexe, (une cascade de sociétés contrôlée par une société tête de groupe, établie dans un paradis fiscal, par exemple), et dont la nature et la qualité de ses propriétaires reste inconnue.

Le professeur Champaud a qualifié le groupe de sociétés d' : « un véritable carrousel de techniques juridiques...le juriste se sent parfois pris d'un vertige qui cède bientôt place à l'admiration pour la faculté d'adaptation du procédé à n'importe quelle situation économique et pour l'imagination et la dextérité de ceux qui en usent »<sup>5</sup>. Ce phénomène ne laisse, en fait, personne indifférent, "honnis par les uns, loués par d'autres, les groupes de sociétés et les

---

<sup>3</sup> Lucas(F.X), les filiales en difficulté, petites affiches, 04 mai 2001, n°89, P.66

<sup>4</sup> El Hassani(M), Les groupes de sociétés au Maroc (étude historique, juridique et comparée) Les éditions Toubkal ,1988

<sup>5</sup> Champaud(C), Le pouvoir de concentration de la société par actions : Revue internationale de droit comparé. Vol. 17, n°4, Octobre-décembre 1965. p. 969

entreprises multinationales sont depuis quelques années, au cœur des débats sur l'économie mondiale et sur le développement"<sup>6</sup>.

On convient que le groupe de sociétés est un ensemble d'entités qui, tout en ayant chacune une vie juridique propre ont des attaches entre elles, et que la société mère qui les chapeaute, peut leur imposer une unité de décisions, on ne fait que mettre en avant le caractère de domination exercée par la société tête de groupe. D'ailleurs, c'est le dénominateur commun à toutes les définitions éparses et ponctuelles relatives aux groupes de sociétés données par différentes matières de droit, et paradoxe, le droit des sociétés déçoit et étonne par une absence de définition d'un tel groupement, ce fractionnement du régime juridique des groupes de sociétés, est de fait, un frein pour l'établissement d'un vrai cadre législatif pour la matière, ce qui va entretenir les débordements et l'impunité des personnes morales les ayant commis.<sup>7</sup>

L'unité de direction du groupe assure, par ailleurs, une coordination de l'activité des différentes sociétés, propice au développement de la productivité et la spécialisation, puisque le groupe de sociétés ne peut pas être appréhendé en tant que société des sociétés.

En effet, dans une société, le principe est que tous les associés jouissent des mêmes droits et s'inclinent devant les mêmes obligations, alors que dans les groupes de sociétés, ces dernières sont des unités économiquement et juridiquement indépendantes, obtempérant à la stratégie et la politique imposée par la société mère en vue d'atteindre un objectif commun. Le suivi de cette ligne de conduite s'effectue, non pas en raison d'une obligation juridique ou d'un

---

<sup>6</sup> Francescakis(Ph) &Goldman(B), Préface, in *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977

<sup>7</sup> Selon une étude sociologique réalisée sur la base d'entretiens auprès de dirigeants et de cadres de huit groupes de sociétés français, "les managers font du groupe une architecture économique capable d'organiser un jeu de transparence autour de ses frontières. Les frontières des filiales s'évanouissent ou, au contraire, réapparaissent au gré des changements d'objectifs stratégiques de la société tête de groupe, celle-ci étant statutairement dans une position dominante du fait de son rôle d'actionnaire majoritaire de la filiale. Le groupe aurait ainsi la capacité à être ou à ne pas être, à exister de façon discontinue" ("Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique", Catel Duet(A), *Droit et société*, n° 67(2007), pp. 615-630 – [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/38/47/40/PDF/article\\_catel\\_D\\_S\\_V3.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/38/47/40/PDF/article_catel_D_S_V3.pdf)).

quelconque lien de subordination juridique, mais en fonction d'un schéma de dépendance économique<sup>8</sup>.

Le fait de la longueur d'avance qu'a toujours l'économie sur le droit, (les groupes ont préexisté à leur reconnaissance juridique)<sup>9</sup> a fait ressentir la nécessité d'adapter en permanence les règles mises en place en la matière, à la réalité économique, d'où l'intérêt de règles souples et malléables.

Ce besoin s'est fait ressentir d'une manière plus vive dans les groupes de sociétés, parqu' il faut concilier, non seulement entre les différents intérêts qu'abrite le groupe, mais aussi et surtout, arriver à trouver un équilibre entre la dépendance économique et l'autonomie juridique de l'entité.

Effectivement, les rapports de force et de domination qui coexistent au sein d'un groupe de sociétés peuvent conjecturer des abus, les salariés, les associés minoritaires, voire même les contractants, peuvent se voir léser par la stratégie adoptée par la société tête de groupe, et être exposés à certains risques, ce qui requiert la protection de différents intérêts<sup>10</sup>, de là, la nécessité pour le législateur d'essayer à tout prix de répondre aux exigences des entreprises, et de leur offrir un cadre normatif attrayant, faute de quoi, elles préféreront partir sous d'autres cieux où la législation est plus clémente.

Le décalage entre le droit et la réalité économique du groupe de sociétés ne veut pas dire que ceux-ci soient méconnus d'un point de vue juridique, de fait, ils font l'objet de dispositions particulières dans certaines branches de droit. Mais le cadre juridique, demeure largement inadapté à la réalité de fait, ce qui permet à ces entreprises d'échapper à presque toute forme

---

<sup>8</sup> Sénat, Rapport d'information n° 558, rédigé par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, 15 juillet, 2009, p. 61

<sup>9</sup> Urban(Q), la « communauté des intérêts », un outil de régulation du fonctionnement des groupes de sociétés, RTD Com, 2000

<sup>10</sup> Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés, institut de droit des affaires de l'université d'aix-Marseille, Presses universitaires d'aix-Marseille, 1993

de responsabilité, l'absence d'un cadre de gouvernance effectif et adéquat, fait qu'elles ne cèdent que trop facilement aux impératifs de performance financière, en abusant impunément de l'environnement, des travailleurs, du fisc, des populations locales...

La notion de groupe est plus économique que juridique, c'est une contre-offensive du monde des affaires aux impératifs du marché, elle n'a pratiquement pas de contenu juridique, la notion est plutôt protéenne, et suit et s'adapte à l'évolution de la réalité et de l'activité économique, de là, la difficulté, pour ne pas dire, l'impossibilité de la placer dans un « moule » juridique et formel. Beaucoup d'auteurs sont de cet avis, dont J.J. Daigre<sup>11</sup>, qui soutient la nécessité de ne pas « défavoriser la respiration des groupes de sociétés » en les dotant d'un cadre juridique strict.

Ce n'est, d'ailleurs, nullement l'intention du législateur (du moins pour le moment), puisque les dernières principales réformes du droit des sociétés, (la loi sur les Nouvelles régulations économiques(NRE) du 15 mai 2001 et la loi du 1<sup>o</sup> août 2003 sur la sécurité financière), ont passé sous silence la création d'un régime juridique des groupes de société.

Ainsi, l'existence d'un groupe de société crée une situation particulière qui appelle des règles propres « entre une certaine conception du droit des sociétés et les nécessités économiques et pratiques de la vie des groupes ».<sup>12</sup>

En principe, les sociétés intégrées à un groupe sont juridiquement indépendantes et sont des sociétés comme d'autres, jouissant de la personnalité morale, et participant à la vie juridique comme tout sujet de droit. Cette indépendance juridique de principe, concorde mal avec la réalité, caractérisée par le contrôle ; exercé sur ces sociétés par la société mère, chef de groupe ; et la communauté d'intérêts qui cimente le groupe, il y a une asymétrie entre la

---

<sup>11</sup> J.J Daigre Transformer les sociétés, JCP éd.E Colloque Entreprise et progrès, JCP ed.E, n°spéc., 18 mai 1995, p.16 set suiv.

<sup>12</sup> Paillusseau(J), les groupes de sociétés : analyse du droit positif français et perspectives de réforme, R.T.D.com 1972, P.813, n°4

situation de fait et la situation de droit. Faire fi de cette réalité et traiter chaque société membre d'un groupe d'une manière autonome, serait bâtir un régime juridique fondé sur une fiction.

Autonomie et groupe de société semblent donc incompatibles, tant textuellement que pratiquement. D'un point de vue purement textuel, le principe d'autonomie de la personne morale se heurte à la notion même de groupe, « l'autonomie se conjugue avec indépendance, liberté, souveraineté, ces termes semblent contraires à la notion de groupe qui se caractérise par l'existence de liens financiers, d'unité de direction, d'intérêts communs »<sup>13</sup>.

La responsabilité du groupe ne pouvant pas être engagée, une autre option pourrait être de rechercher la responsabilité de la société mère lorsqu'un acte dommageable a été commis par sa filiale. Toutefois, la notion d'autonomie trouve une traduction particulière dans le contexte de la relation entre une société-mère et sa fille, elle pose un écran juridique très résistant qui protège la mère de toute action menée à son encontre du fait de sa filiale. Par principe, la responsabilité de la société-mère pour les faits de sa fille ne peut donc être recherchée.

Ce principe, prévu notamment par l'article 1842 du Code civil<sup>14</sup>, n'est certes pas absolu, mais des dérogations à celui-ci, sont exceptionnelles et extrêmement rares, et exigeant pour ce, des conditions souvent difficiles à réunir. Le créancier qui a traité avec une filiale, par exemple, ne peut, en principe, demander le paiement de sa créance qu'à celle-ci, alors que compte tenu de la dépendance de la filiale par rapport à la société mère et de leurs intérêts conjoints, il devrait logiquement être en position de se retourner également contre la société mère qui se retranche derrière le bouclier de sa filiale.

Ce « bouclier juridique » posé par le principe d'autonomie a déjà entraîné des situations

---

<sup>13</sup> Pariente (M), *Les filiales, même intégrées à un groupe, bénéficient d'une autonomie pleine et entière* Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 1996 n° 6, p. 505

<sup>14</sup> Article 1842 C. civ. « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation »

déliçates, voire alarmantes. La question de la responsabilité des sociétés mères a notamment été soulevée, lorsque la filiale d'un groupe prospère, est abandonnée à la liquidation par sa mère sans que cette dernière ne se soucie des conséquences économiques, sociales, environnementales que cet abandon peut engendrer : licenciements, sites à dépolluer, victimes non dédommagées, créanciers non remboursés... En effet, si une filiale d'un groupe est défaillante, la responsabilité de cette dernière ne peut « remonter » jusqu'à la mère qui demeure inattaquable. La mise en liquidation judiciaire conduisant à l'effacement des dettes de la filiale<sup>15</sup>, les créanciers et les tiers peuvent, de ce fait, se trouver lésés.

L'application de cette théorie de l'écran de la personnalité morale est donc susceptible de conduire à l'irresponsabilité des mères qui mettent en faillite leurs filiales en difficulté. Cette forme d'immunité génère un sentiment d'injustice pour les tiers qui ne peuvent être indemnisés des dommages causés par une filiale défaillante, alors que le véritable décideur poursuit ses activités sans se préoccuper des dégâts.

En conséquence, il convient de signaler que l'intérêt des créanciers sociaux est de faire supporter par une société mère solvable des dettes contractées par une filiale, qui ne peut faire face à son passif exigible. Mais ces extensions de passif constituent des atteintes à l'indépendance juridique des sociétés du groupe, puisque la dette sera payée par une société qui ne l'avait pas contractée.

Les fondements juridiques de ces extensions de passif sont divers. Parfois, l'obligation au passif se fonde sur une apparence trompeuse, créée volontairement par les sociétés du groupe pour faire croire à celui qui traite avec la filiale qu'il a en face de lui une société mère plus solvable. La société mère est aussi tenue d'exécuter les obligations de sa filiale, si elle s'est immiscée dans la gestion de celle-ci, enfin, et évidemment, l'obligation au passif existe, si la

---

<sup>15</sup> En raison notamment du mécanisme de la suspension des poursuites individuelles lors de la clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actifs, prévu à l'article L. 643-11 du Code de commerce

filiale était fictive ou si son patrimoine s'est confondu avec celui de la société mère.

Aussi, en principe, en cas de procédure collective touchant une société mère ou filiale, cela n'emporte pas de conséquences à l'égard du groupe, à moins qu'on ait relevé une confusion des patrimoines entre les sociétés du groupe ou l'existence de sociétés de façade dont la seule raison d'être est de servir d'écran à la société mère .

L'obligation au passif, peut, par ailleurs, être la conséquence d'un engagement pris par la société mère, en faveur de sa filiale, en se portant garante de celle-ci par exemple. De la nature de ces engagements va dépendre la responsabilité de la société mère. Quand il est question d'un engagement plutôt moral, sans effets juridique, celui-ci ne suppose aucune contrainte pour la société mère. La situation est toute autre, et peut avoir de graves conséquences si le garant (en l'occurrence la société mère), s'est imposé des obligations pouvant produire des conséquences légales.

Par ailleurs, les groupes de sociétés présentent généralement la particularité d'être marqués par le sceau de l'extranéité, en raison de leurs activités qui se déploient bien souvent au-delà des seules frontières nationales, la mondialisation économique a ,de fait, pour principaux acteurs les entreprises multinationales. A titre d'exemple, il a été récemment déclaré que le groupe italien Pirelli, spécialisé dans la production de pneumatiques, comprend pas moins de 98 sociétés distinctes, établies dans chacun des cinq continents et dans 34 pays différents<sup>16</sup>.

Considérées comme des personnes morales distinctes, la société mère n'est pas en principe responsable des actes illicites de ses filiales, qu'ils soient commis sur le sol national où dans n'importe quel autre point du globe, et ce même en assumant la qualité d'actionnaire unique,

---

<sup>16</sup> Chiappetta(F), "Panel discussion : Groups of companies and the current European Company Law framework", 17 mai 2011, p. 1, disponible sur : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company](http://ec.europa.eu/internal_market/company).  
Les multinationales

sauf si la filiale peut être considérée comme un simple agent (cas de succursale)<sup>17</sup>. Pour un juriste, c'est un vrai parcours de combattant de faire en sorte que la société mère rende des comptes et soit amenée à réparer des dommages résultant des actes de ses filiales, à fortiori s'ils ont été commis à l'étranger.

Le juge national est, dans ce cas, contraint à réaliser trois opérations, la première consistera à examiner sa propre compétence dans le litige, la deuxième le conduira à lever le voile social, des personnes morales distinctes et la troisième à trouver un fondement juridique qui permette d'exiger des entreprises transnationales le respect des droits en cas de violation de réparer les dommages commis à ce titre<sup>18</sup>.

A défaut de loi internationale qui permette un enchaînement de ces trois opérations, le juge saisi est, pour l'heure, contraint de recourir aux instruments que lui offre son propre droit. Les entreprises transnationales, sujet de droit national, peuvent dans certains systèmes juridiques être responsables sur le plan civil et/ou pénal comme personne morale du respect des droits vis-à-vis d'autres personnes privées<sup>19</sup>. Mais, c'est loin d'être le cas dans la plupart des systèmes juridiques.

Par ailleurs, les lois nationales n'étant pas, en principe, d'application extraterritoriale, ceci ouvre grand les portes aux entreprises transnationales pour échapper à toute responsabilité devant le juge du siège social pour un dommage extraterritorial, c'est-à-dire un dommage commis à l'étranger par des sociétés de droit étranger, autonome juridiquement de la société mère et dont les victimes sont à l'étranger. Cette absence de responsabilité est actuellement très discutée et controversée dans les instances internationales et nationales. Dans certains pays, on a essayé de trouver des palliatifs.

---

<sup>17</sup> Laghtati(K), *les succursales en droit international et européen*, Université d'Auvergne-Clérmont-Ferrand I, thèse, 2011

<sup>18</sup> Daugareilh(I), *Responsabilité sociale des entreprises transnationales : Analyse critique et prospective juridique*,

<sup>19</sup> C'est le cas en France en vertu de l'art.121-2 du code pénal

Juridiquement, le concept d'entreprise multinationale n'existe pas parce qu'il ne s'agit pas en réalité d'une unité juridique ayant plusieurs nationalités, mais d'un regroupement économique composé de plusieurs entités ayant chacune une nationalité différente, ce n'est que d'une optique économique et par la notion de contrôle et de propriété qu'elles constituent une entreprise ou un groupe<sup>20</sup>.

Le fait qu'elles soient souvent plus puissantes et plus riches que bon nombre d'États, et du fait même de leur structure, font, qu'elles sont de plus en plus indépendantes des gouvernements, une entreprise multinationale peut, ainsi, avoir son siège dans un pays, ses actionnaires dans un autre, et exercer ses activités dans le monde entier<sup>21</sup>.

Donc d'un point de vue juridique, pour les entreprises multinationales, c'est le flou parfait, on parle aujourd'hui de la sphère d'influence<sup>22</sup> pour tenter de caractériser le périmètre d'une entreprise transnationale<sup>23</sup>. Cette caractérisation approximative souligne que le droit est, en la matière, en retard d'une guerre. La globalisation de l'économie créée<sup>24</sup>, les systèmes de réglementation et de leurs principes de base : la légalité, de sécurité juridique et surtout de la hiérarchie juridique ou la pyramide des normes<sup>25</sup> s'en sont vues affectées, dans le sens où elles ont été largement dépassées par des normes nouvelles et sui generis. Ceci est dû au fait que cette globalisation a donné naissance à un nouvel acteur transcendant et redoutable par sa puissance économique, sa liberté d'action et surtout par son « irresponsabilité juridique »,

---

<sup>20</sup> **Abi-Saab(G), The international law of multinational corporations : a critique of American legal doctrines », In Annales d'études internationales, 1971, vol.2, P. 97-122**

<sup>21</sup> **Ratner(S.R), "corporations and humans rights : a theory of legal responsibility ", Yale Law Journal, décembre 2001, vol.111, p.463**

<sup>22</sup> **La norme ISO 26000 adoptée en 2010, définit la sphère d'influence comme « un domaine des relations politiques, contractuelles ou économiques à travers laquelle une entreprise peut influencer les décisions ou les activités d'autres entreprises ou de personnes individuelles ».**

<sup>23</sup> **Rydberg(E), Multinationales, supply chain et syndicats : une typologie, publication du Groupe de recherche pour une stratégie économique alternative, 5 mai 2010, en ligne <http://www.gresea.be/spip.php?article410>**

<sup>24</sup> **Moreau (M.A), Normes sociales, droit du travail et mondialisation, éd. Dalloz, 2006**

<sup>25</sup> **Ost(F) & de Kerkove(F), De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002,**

l'entreprise transnationale. Cet opérateur économique dont les activités sont « dé-spatialisées<sup>26</sup> » ou transnationales, crée et met en œuvre les régulations nécessaires au déploiement de ses activités.

On est donc confronté à un pluralisme juridique qui s'étend chaque jour plus à l'échelle mondiale, et par conséquent, sociétale, et enveloppe dans ses pans de nouveaux acteurs et espaces transnationaux, il touche ainsi les sources du droit, les acteurs, les mécanismes de contrôle et les sanctions, la souveraineté nationale n'est pas ou n'est plus, en fait, le seul cadre de contrôle des entreprises transnationales.

Parmi les sources alimentant cette nouvelle toile juridique, on trouve l'émergence de nouvelles formes de régulation sociale qui sont venues concurrencer les règles juridiques classiques issues de l'État, ces différents instruments, rassemblés sous le terme ou qualificatif de soft law ou loi mou, ont cherché à inciter une action normative de la part des États mais sans toutefois faire appel à la contrainte juridique<sup>27</sup>.

Ces instruments qui étaient dans un premier temps, principalement du ressort de l'activité des organisations internationales, sont venus petit à petit, s'installer et qualifier certaines relations normatives entre les États, mais ils sont le plus souvent, et surtout, utilisés par des acteurs non étatiques, afin d'encadrer leurs relations internationales, si la soft law s'avère, en fait, une riposte ou la conséquence normale de la société face à la complexification de l'ordre

---

<sup>26</sup> Petev(V), « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in *Archives de Philosophie du Droit, Le pluralisme*, T. 49, Dalloz, 2006, p.13-20

<sup>27</sup> De beaucoup voient dans cette nouvelle forme de régulation un moyen de dissoudre les obligations juridiques contraignantes, Duplessis(I), le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international, *Revue québécoise de droit international (Hors-série)*, (2007), Francesco Francioni, « International "Soft Law" : a Contemporary Assessment » dans *Fifty Years of the International Court of Justice*, dir.Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice, *Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge books online, <http://ebooks.cambridge.org>, pp.167-178

juridique international , on lui reproche , néanmoins, sa confusion quant à son seuil de normativité, et ses effets juridiques<sup>28</sup> .

Les actes du soft law, comme nouvelle forme de régulation, sont applicables en vertu des engagements réciproques pris par les parties contractantes<sup>29</sup> , ils s'imposeraient notamment en termes d'objectifs ,de directives ,de recommandations, et misent plus sur la dissuasion que la répression<sup>30</sup> par la voie d'un droit dit négocié ou contractualisé, entre les acteurs directement concernés.

C'est dans ce cadre normatif invitatif<sup>31</sup> que rentre la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), par les normes d'entreprise qu'elle induit. Créée à l'attention des entreprises, qu'elles opèrent au niveau national ou au delà, la RSE est le fait, principalement, d'acteurs privés, qui ont voulu, de la sorte, suppléer aux insuffisances des normes étatiques (et des fois les éviter quand elles sont trop contraignantes), ce sont donc des normes produites par leurs auteurs, auxquelles, leurs contractants ont adhéré aussi volontairement. Ils y ont procédé en s'inspirant de quelques règles de droit en vigueur, mettant, ainsi, en place des mécanismes de contrôle et de sanction<sup>32</sup> privés. De ce fait, ce qui a paru être, dans un premier temps une réponse aux défaillances des États, connaît aujourd'hui des limites et révèle de multiples ambivalences<sup>33</sup>.

Loin d'évoluer dans des contrepoids règlementaires, l'émergence de codes de conduite dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises renforce les droits des sociétés transnationales, à savoir les droits des minorités contre les droits de la majorité de la société.

---

<sup>28</sup> Moulier-Boutang(Y), *Le droit dans la mondialisation. Une perspective critique*, Paris, PUF, 2001 aux pp. 59-76

<sup>29</sup> Chatzistavrou(F), « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique*, 15 /2005

<sup>30</sup> Mattei(L), *La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation*, thèse, Université Paris-Dauphine, 2012

<sup>31</sup> Mattei(L), Id

<sup>32</sup> La sanction est principalement de nature économique

<sup>33</sup> Daugareilh(I), Publié en langue espagnole sous le titre "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica" in *Cuadernos de relaciones laborales*, n°1, vol. 27, p.93-123, 2009

Le conflit entre le droit commercial international et le droit international de l'environnement, droit international du travail, droit international des droits de l'homme ...se résout en général au détriment de ces derniers.

Ainsi, même si les multinationales voient aujourd'hui, s'accroître sur elles les pressions exercées par leurs gouvernements d'origine, de plus en plus exigeants, pour qu'elles adaptent leurs stratégies corporatives et leurs pratiques aux objectifs nationaux des États dans lesquels elles opèrent, elles n'ont pourtant pas perdu toute initiative : le manque de transparence qui les caractérise, et leur capacité d'établir les liens entre les membres du groupe, empêchent les États de cerner avec précision, leurs ramifications et opérations internationales, et de les régir plus efficacement, par leurs lois nationales.

En plus d'accroître les tensions entre pays d'origine et États d'accueil, le développement incohérent des réglementations nationales oblige les firmes à œuvrer dans un réseau de lois contradictoires, les exposant à des demandes accrues, simultanées et souvent incompatibles.

A ce sujet, tous les observateurs constatent une certaine impuissance des pouvoirs publics face aux décisions prises, notamment, quand elles consistent à déplacer ou fermer telle ou telle entreprise présente sur le territoire national. Le juriste, quant à lui, est conduit à s'interroger sur le rôle et la place du droit, ainsi que sur sa capacité à dominer le phénomène économique des groupes multinationaux dans la stratégie desquels, il apparaît parfois n'être qu'un instrument au service d'intérêts qui le dépassent<sup>34</sup>.

Droit international public et / ou privé, sont, selon la situation, face à une tâche importante, qui est une réponse juridique aux défis imposés par des phénomènes socio-économiques telles que la mondialisation et sociétés multinationales. Un des principaux défis est d'établir les

---

<sup>34</sup> Fasquelle(D) Bulletin Joly Sociétés, 01 février 2006 n° 2, P. 15

paramètres juridiques de la participation des parties prenantes non étatiques dans la vie et l'exercice du droit international<sup>35</sup>.

L'écart aussi prononcé entre le pouvoir politique, économique et juridique des sociétés transnationales et des déclarations privées fondées sur des mécanismes de la RSE et codes de conduite doit être étudié avec la plus grande rigueur. Il s'agit d'une tâche complexe, car la toile d'araignée politique et juridique tissée entre les institutions internationales, principalement financières, les pays développés et les multinationales crée des structures de domination politique extrêmement efficaces et subtiles. L'idée à étayer est que les relations de pouvoir imprégnant l'ordre juridico commercial, et qui se dote d'une pleine effectivité normative, est face à de simples noyaux d'imputabilité normative touchant les systèmes de contrôle réglementaire des sociétés transnationales.

Devant ce schéma chaotique de la situation, rechercher la responsabilité de la société mère est un parcours semé d'embûches, en commençant par passer outre, le bouclier de la personnalité juridique de chacune des sociétés composant le groupe, et qui étouffe toute tentative de poursuite de celle-ci, même si elle est en fait, le centre de décisions et le meneur de toutes les actions du groupe, et reconnaître cette responsabilité serait faire preuve, dans beaucoup de cas, de bon sens, de courage et surtout de justice. Quoique cette solution extrême, risque d'être source d'insécurité juridique pour la société mère, qui préférera alors s'installer sur d'autres territoires où la législation est moins sévère.

En effet, responsabiliser ou pas la société mère pour les actes de ses filiales place le législateur dans une situation assez délicate, acculé à choisir entre laisser la société mère libre de ses actes et agissant à sa guise et impunie, au détriment de toute une panoplie de principes de nature assez diverse, juridique, morale, environnementale, fiscale et sociale, ou établir un cadre normatif assez sévère

---

<sup>35</sup> Martín Ortega, Olga "Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en el Derecho Internacional", Bosch International, Primera edición, 2008, P. 23

au risque d'avoir des retombées économiques assez néfastes en cas de délocalisation de ces entreprises, autrement dit, faire prévaloir la réalité économique ou l'orthodoxie juridique ?

La chose peut être in extremis envisageable au niveau national, où le principe de la territorialité est roi (**1ère partie**), mais au niveau transnational, la mission est plus compliquée, et pour cause, principalement, un pluralisme juridique d'une complexité inégalée qui montre un enchevêtrement de règles, de normes et de valeurs à différents niveaux, de sources différentes, l'intervention d'acteurs et d'institutions de nature diverse, en sus de l'émergence de la soft law en tant qu'outil pouvant offrir des solutions de rechange à la régulation classique, ou simplement une réponse, en absence d'une régulation des activités des entreprises transnationales (**2ème partie**).

## **Chapitre préliminaire. La réalité économique des groupes de sociétés**

### **Section 1. Les groupes de sociétés**

L'étude des groupes de sociétés impose une définition de ceux-ci, ainsi qu'une étude des différents questionnements que pose ce type de structure sociétaire.

L'appartenance à un groupe de sociétés est de nature à procurer de nombreux avantages pour une société (mais pas seulement), comme des concours financiers, des approvisionnements plus faciles, plus réguliers et moins coûteux, des marchés plus importants etc.

Par ailleurs, les groupes de sociétés sont des instruments efficaces de restructuration, car ils permettent le transfert de branches d'activités et le partage d'influence. Il faut souligner que cette souplesse procède essentiellement de l'absence de réglementation globale des groupes de sociétés.

#### **I. La notion de groupe de sociétés**

La première difficulté que rencontre n'importe quel juriste voulant réaliser une étude sur les groupes de sociétés, c'est leur donner une définition, mais de prime abord une remarque s'impose, elle concerne la distinction entre le groupe et le groupement<sup>36</sup>.

La première implique l'existence d'une subordination entre les sociétés d'un groupe et les autres entreprises membres du collectif, la seconde, en revanche, est fondée sur une collaboration égalitaire et parfois provisoire du groupe, c'est ce qui s'apparente en droit allemand aux Konzern de domination et Konzern de coordination<sup>37</sup>, ce dernier n'implique

---

<sup>36</sup> El Hassani (M), *Les groupes de sociétés au Maroc (étude historique, juridique et comparée)* Les éditions Toubkal, 1988

<sup>37</sup> Ramquet (P), *responsabilité de société mère du fait de sa filiale*, Séminaire de Milan du 6 et 7 novembre 1998, organisé par l'association internationale des jeunes avocats. En effet à l'intérieur de l'union européenne, seuls les droits allemand, portugais et anglais ont donné au groupe de sociétés une structure détaillée et complète

aucune domination d'une société sur une autre.

Cette première observation ne résout, néanmoins pas la difficulté de la définition d'un groupe de sociétés, cette entité étant une création de fait, elle est difficile à circonscrire, et le fait qu'elle soit en continuelle mutation ne rend la tâche que plus ardue.

En effet, l'étude juridique du groupe de sociétés n'échappe pas à certaines difficultés. Elle se heurte en premier lieu à l'absence d'une législation spécifique, mais aussi, à l'absence de travaux doctrinaux et jurisprudentiels fondés sur des règles solides<sup>38</sup>.

Une autre difficulté prend corps dans la multiplicité des moyens et des structures juridiques employés par les sociétés mères pour contrôler leurs filiales. Certains instruments sont issus du droit des sociétés, d'autres sont fondés sur des techniques contractuelles, la société mère utilise souvent l'un ou l'autre, ou encore les deux, dans des proportions se différenciant selon les pays et leur régime politique ou législatif, ce qui complique encore l'étude juridique de ce phénomène<sup>39</sup>.

### **1. Définition de groupe de sociétés**

Le groupe de sociétés est un ensemble de sociétés ou d'entreprises juridiquement autonomes<sup>40</sup> mais subordonnées à un même pouvoir de direction, lequel est fondé, soit sur des moyens de droit, telle la détention d'une participation financière de contrôle, soit sur l'existence d'un contrat impliquant l'assujettissement, soit encore sur des moyens de fait.

La chambre criminelle de la cour de cassation avait aussi défini le groupe de sociétés en déclarant que « le groupe de sociétés à objet commercial et financier est formé par une société

---

<sup>38</sup> **Mémento pratique, groupe de sociétés, Francis Lefebvre, 2009-2010, p15**

<sup>39</sup> **Issa (H), les sociétés multinationales, étude destinée aux aspects juridiques et économiques de la concentration capitaliste contemporaine, l'association arabe des études et publications, p.40**

<sup>40</sup> **Ces sociétés doivent jouir d'une existence juridique, c'est que ressort de l'arrêt en date du 22 juin 1999 émanant de la haute cour, Cass. crim, 22 juin 1999, n° 98-13. 611. bull. Joly 1999, p. 978**

dominante et par des sociétés qui dépendent étroitement d'elle, dans un intérêt commun, peu importe les formes juridiques extérieures de la société dominante »<sup>41</sup>.

On a le plus souvent recouru à la notion de « contrôle » afin de définir le groupe de sociétés, puisque celui-ci peut-être envisagé d'une part, à travers la participation financière de la société mère au capital de ses filiales, et d'autre part à travers une unité de décision et de direction, le centre de pouvoir de toutes les sociétés membres du groupe se situant au sein de la société dominante<sup>42</sup>. Mais ce contrôle exercé par une société sur une autre ne justifie pas qu'elle soit condamnée à exécuter les obligations contractuelles de cette dernière, principe de la relativité des contrats obligeant<sup>43</sup>.

À ce niveau, il faut faire la distinction entre le contrôle et la participation, qui sont d'ailleurs, tous les deux, des notions propres aux groupes de sociétés, ces derniers sont par définition constitués par des sociétés distinctes sinon indépendantes, appelées filiales ou participations, dans un même assemblage, se trouve représentée une société mère qui détient des filiales ou des participations.

Au sein de la participation, la société chef de file exerce une influence passive puisque le nombre de titres détenus est inférieur à la minorité de blocage.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Cass.crim, 27 juin 1972, n° 72-92.608, Bulletin Criminel Cour de Cassation Chambre criminelle, n° 222 P. 578

<sup>42</sup> Schmit (D), groupes de sociétés : contrats et responsabilités, Colloque du laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit (LERADP, U.Lille II) Et l'école de hautes études commerciales du Nord (EDHEC, LILLE), LGDJ

<sup>43</sup> cass.com 6 avril 1993, bull joly, 1993, p.677, §187 ; cass.com 26 avril 1994, rev droit bancaire et de la bourse 1995, n°47, p.14, obs. Credot (F.J) & Gerard(Y) ; cass.com 2 décembre 1997, RJDA 4/89, n°438

<sup>44</sup> Pour exercer une influence bloquante au sein des sociétés dans lesquelles elle détient une participation, la holding doit disposer de la minorité de blocage+1/3 des voix dans les SA et le 1/4 des voix dans les SARL

Il faut noter que le pourcentage de capital détenu ne correspond pas toujours au pourcentage des droits de vote, en raison des décalages éventuels entre les deux pourcentages, qui peuvent résulter notamment de l'existence d'actions de préférence<sup>45</sup>.

La participation a une nature essentiellement financière, elle est définie par le pourcentage de capital qu'on détient, alors que le contrôle est par nature plutôt stratégique, qui, suivant son amplitude peut être exclusif ou conjoint. La participation exprime l'avoir alors que le contrôle exprime le pouvoir<sup>46</sup>.

## **2. La nature des liens au sein d'un groupe de sociétés**

Les liens qui peuvent se tresser entre des sociétés d'un même groupe sont de différentes natures mais on peut dégager trois grandes catégories<sup>47</sup> :

### **- Les liens financiers**

L'autonomie des sociétés du groupe n'exclut pas un rapprochement financier, qui est, par ailleurs, le plus fréquent. Il se concrétise notamment par des liens que les personnes morales tissent entre elles et qui ne sont pas de nature contractuelle : prise de participation, constitution de filiales ou de sous-filiales...<sup>48</sup> Les liens financiers résultent du fait qu'une société possède une portion ou la totalité du capital d'une autre société. Le droit français distingue les filiales, lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre

---

<sup>45</sup> Les actions de préférence regroupent dans un régime plus général et plus souple les actions de priorité, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote (ADP) et les certificats d'investissement (CI). Leurs caractéristiques sont très largement laissées à la liberté de l'émetteur. Ce sont des actions qui peuvent donner droit à des avantages pécuniaires (dividende majoré,...) ou politiques (droit de contrôle spécifique,...), dont les règles de rachat peuvent être spécifiques et qui peuvent encore donner des droits dans une filiale (actions traçantes ou tracking shares).

<sup>46</sup> Paillusseau (J), le droit des groupes de sociétés, réussir en affaires, 1991

<sup>47</sup> Jacquemin (A), La dynamique du groupe d'entreprises : une perspective de droit économique. Revue d'économie industrielle 1989, n°47 pp. 6-43

<sup>48</sup> Lecourt(A), Groupe de sociétés, Rép. Sociétés Dalloz, janvier 2011

société<sup>49</sup> et, les participations<sup>50</sup>, lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital égale ou supérieure à 10 %.

L'exemple le plus représentatif de sociétés présentant des liens financiers sont les holdings, qui ont comme objet social unique, la détention de participations dans plusieurs autres sociétés<sup>51</sup>, et en général, c'est le rôle dévolu à la société mère<sup>52</sup>.

- **Les liens personnels**

Le groupe « personnel » ou « horizontal » est constitué de sociétés indépendantes, qui peuvent s'adonner à des activités différentes, sans liaisons financières entre elles, mais appartenant à un même dirigeant ou à un même groupe de dirigeants et dont l'unité de décision résulte d'une communauté d'associés ou de dirigeants sociaux<sup>53</sup>.

- **Les liens contractuels**

Les groupes contractuels sont multiformes, puisque dans le domaine contractuel tout est " à priori" possible. Ils se forment à partir d'une idée de collaboration entre sociétés ou même entre un groupe de sociétés, autrement dit, par des liens contractuels tel que le contrat d'intégration, d'exclusivité, de franchise, de sous-traitance, d'assistance technique, de réalisation de marchés publics... Le groupe contractuel suppose une collaboration présentant un certain degré de permanence et de généralité.

---

<sup>49</sup> Article L233-1 du code de commerce

<sup>50</sup> Article L.233.2 du code de commerce

<sup>51</sup> Jeantin (M), droit des sociétés, 3<sup>e</sup>éd, Montchrestien, 1994, n°853, p.425

<sup>52</sup> Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, n°79042

<sup>53</sup> Gibirila (D), Fasc. 1574 : Groupes de sociétés, J.Cl Commercial, 2005

C'est à l'heure actuelle le cas le plus courant, dans la mesure où la majeure partie des groupes se sont constitués progressivement en prenant de l'ampleur, en diversifiant leurs activités, en créant des filiales ou en rachetant des sociétés existantes<sup>54</sup>.

Comme on peut le constater, la notion de groupe est plus économique que juridique, c'est en quelque sorte la réaction ou la défense du monde des affaires face aux impératifs du marché ; elle n'a à proprement parler aucun contenu juridique. Aussi la notion est plutôt protéenne, et suit et s'adapte à l'évolution de la réalité et de l'activité économique, d'où la difficulté, voire même, l'impossibilité de placer le groupe de sociétés dans un « moule » juridique et formel<sup>55</sup>. Il est, par conséquent, probablement plus aisé d'approcher les groupes au travers de ce qu'ils font et non pour ce qu'ils sont<sup>56</sup>.

Le fait de la longueur d'avance qu'a toujours l'économie sur le droit, a fait que les groupes ont préexisté à leur reconnaissance juridique<sup>57</sup>, dans les systèmes juridiques où ils jouissent de cette reconnaissance, la nécessité s'est fait ressentir d'adapter en permanence les règles mises en place en la matière, à la réalité économique, d'où l'intérêt de règles souples et malléables et surtout, facilement modulables.

Ce besoin se fait plus pressant, lorsqu'on sait que dans les groupes de sociétés, il faut concilier, non seulement entre les différents intérêts qu'abrite le groupe, mais aussi et surtout, arriver à trouver un équilibre entre la dépendance économique et l'autonomie juridique de l'entité.

---

<sup>54</sup> Gibirila (D), *op-cit*

<sup>55</sup> Daigre (J.J), *Transformer les sociétés*, JCP éd.E Colloque Entreprise et progrès, n°spéc., 18 mai 1995, p.16 et suiv, l'auteur soutient la nécessité de ne pas « défavoriser la respiration des groupes de sociétés »

<sup>56</sup> Gauthier (T), *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec, 2000, p. 9

<sup>57</sup> Urban (Q), la « communauté des intérêts », un outil de régulation du fonctionnement des groupes de sociétés, RTD Com, 2000, n°1, p.1

L'absence de législation générale sur ces entités soulève plusieurs difficultés dont les plus délicates demeurent, l'absence de la personne morale et le conflit d'intérêts au sein des groupes de sociétés.

## **II. Problèmes posés par les groupes de sociétés**

L'absence d'une définition juridique pour les groupes de sociétés a été source de beaucoup de tâtonnements, hypothèses et problèmes concernant cette entité, principalement, faute d'une personnalité morale et du conflit d'intérêts s'opposant au sein de cette forme sociétaire.

### **1. L'absence de la personnalité morale**

La notion de « personnalité » est d'usage permanent en droit, toutefois, en dépit, ou à cause de cette existence bien établie, la personnalisation connaît des zones d'incertitudes<sup>58</sup>, elle fait ainsi l'objet d'analyses très divergentes en théorie du droit, sa position même, dans l'univers juridique étant appréciée de manière opposée selon les conceptions utilisées<sup>59</sup>.

Le droit français considère la personnalité morale comme un instrument de technique juridique, il s'en sert pour poursuivre des objectifs jugés commodes ou bienfaisants. Mais, il l'écarte lorsqu'elle lui paraît inopportune ou inutile<sup>60</sup>. Ainsi, tantôt, la loi, en des termes impératifs, institue une entité et la personnalise simultanément, tantôt, la personnalité morale n'est que la conséquence attachée par la loi à des initiatives qu'elle permet à des personnes publiques ou privées<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Gridel(J.P) , La personne morale en droit français , Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990, pp. 495-512

<sup>59</sup> Prujiner(A), « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », Les Cahiers de droit, vol. 31, n° 4, 1990, p. 1049-1073

<sup>60</sup> Gridel(J.P), La personne morale en droit français, Revue internationale de droit comparé, op-cit

<sup>61</sup> Gridel(J.P), La personne morale en droit français, Revue internationale de droit compare, op-cit

La personne morale est un vieux et intarissable sujet de discussion, née de l'antinomie entre la fictivité et la réalité de la personne morale<sup>62</sup> ; elle est ainsi qualifiée de fiction, puisqu'elle n'est qu'une « métaphore anthropomorphique »<sup>63</sup>, elle est pourtant une réalité, puisque la personnalisation suppose la constatation effective d'un intérêt collectif substantiel et pourvu d'une faculté d'expression<sup>64</sup>.

Tout groupement dont les intérêts sont distincts de ceux des personnes qui le composent, doit bénéficier d'une personne morale<sup>65</sup>, et pas seulement la personne physique et quelques personnes morales<sup>66</sup> expressément dictées par la loi. Le silence de la loi n'a jamais empêché l'invention des institutions commandées par la vie<sup>67</sup>.

En effet, l'acquisition de la personnalité juridique permet, à ceux qui l'ont voulu, l'efficacité dans l'action, en ce qu'elle suscite surpuissance et indépendance, même si, l'existence d'une personne autonome dotée d'un actif patrimonial substantiel rend une autre série de services, dont un aménagement a priori des obligations pécuniaires<sup>68</sup>. Certains auteurs définissent cette notion comme étant « le masque dont il faut être revêtu pour pouvoir invoquer des droits subjectifs sur la scène du droit<sup>69</sup> ».

En l'occurrence, les groupes de sociétés devraient bénéficier de la personnalité morale,

---

<sup>62</sup> Carbonnier (J), *droit civil, thémis*, t.1, § 85

<sup>63</sup> Selon le Professeur et Juge Jean-Louis Baudouin : « Le droit vit de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur », *Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux*, in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 22.

<sup>64</sup> Gridel(J.P), *La personne morale en droit français*, op-cit

<sup>65</sup> Ripert (G) et Roblot(R), *les sociétés commerciales*, 19ème éd, L.G.D.J, 2009

<sup>66</sup> La loi conditionne l'acquisition de la personne morale à l'inscription au registre de commerce (art. L210-6 du code de commerce) ; l'article 1842 du Code civil

<sup>67</sup> Savatier(J) « l'organisation de la représentation syndicale dans les groupes de sociétés. L'exemple des accords AXA ». *Dr. soc*, 2001, p. 498

<sup>68</sup> Gridel(J.P), *la personne morale en droit français*, op-cit

<sup>69</sup> Mohamed Salah (M), *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 1ère édition, octobre 2002, p. 174

pourtant, aucun texte de droit français et aucune convention internationale<sup>70</sup> ne pose le principe de la reconnaissance de la personnalité juridique des groupes de sociétés. Chose qui, d'ailleurs, a été chaleureusement salué par certains auteurs<sup>71</sup>, vu que l'expérience allemande issue de la loi du 6 septembre 1965 s'est avérée peu réussie.

En effet, soumises à l'unité de direction économique qui anime le groupe, les personnalités morales ne sont parfois que des fantômes qui apparaissent, s'agitent et disparaissent au gré de circonstances qui leur sont externes<sup>72</sup>, à la différence des sociétés qui, elles, sont des personnes morales qui ont la personnalité juridique, leur attribuant un ensemble de droits mais aussi, le risque de voir leur responsabilité engagée en cas de non respect des engagements contractés.

Le groupe de sociétés est une situation de fait juridiquement imparfaite, dont l'architecture est dictée par une stratégie économique, sociale et financière commune aux entreprises qui le composent, et qui entretiennent entre elles des relations de pouvoir<sup>73</sup>.

La personne morale des groupes de sociétés en tant qu'entité juridique propre, distincte des personnes qui la composent n'a été consacrée par aucun texte de loi, elle est plutôt l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine, la concurrence normative de la loi et de la jurisprudence sur le sujet pointe.

---

<sup>70</sup> Même l'institut de droit international qui a traité des entreprises multinationales et de leurs obligations, (session de Lisbonne 1995), n'a pas reconnu de personne morale aux groupes de sociétés

<sup>71</sup> Barbieri(J.F), Comment rénover le droit français des groupes de sociétés ?, P.A , 5 nov. 1997 n° 133, p. 6 « le choix opéré par le législateur français, qui n'a pas suivi les sirènes de propositions réitérées d'une réglementation d'ensemble, s'est révélé (...)judicieux : les analyses doctrinales ont confirmé l'impossibilité de définir un critère universel des groupes, et l'inadaptation d'une réglementation des groupes à des situations de fait trop diverses pour être saisies globalement; l'expérience allemande issue de la loi du 6 septembre 1965, originale mais quasi unique (bien qu'elle ait été suivie par les législations brésilienne et portugaise), apparaît comme un échec et marque, de l'aveu même des juristes allemands, les limites de l'intervention législative dans des domaines mouvants, pouvant échapper à son emprise » ; Daigre(J.J) Transformer les sociétés, JCP éd.E Colloque Entreprise et progrès, JCP ed.E, n°spéc., 18 mai 1995, p.16 et suiv., l'auteur soutient la nécessité de ne pas « défavoriser la respiration des groupes de sociétés »

<sup>72</sup> Champaud(C), op-cit.

<sup>73</sup> Urban(Q), Le juge et le parcours professionnel du salarié dans le groupe , PA, 21 avril 2005 n° 79, P. 23

En effet, dans l'arrêt de principe du 24 janvier 1954<sup>74</sup>, M.Lemoine avançait dans ses conclusions que : « pour qu'un groupement acquiert la personnalité morale, il convient [...] que trois conditions soient préalablement remplies : primo, il faut qu'il existe au sein de ce groupement des intérêts licites dignes d'être juridiquement reconnus, secundo, qu'il existe un lien entre ces intérêts, et tertio, que cette organisation qui aspire à la personnalité morale ait une organisation capable de dégager une volonté collective qui la représentera dans les rapports juridiques »<sup>75</sup>.

Dans ces conditions, qu'est-ce qui empêche de reconnaître aux groupes de sociétés la personnalité morale, alors qu'on l'a reconnu pour d'autres entités comme les comités du groupe<sup>76</sup> par exemple ? N'y-a-t-il pas quelque chose d'illogique et de contradictoire à reconnaître la personnalité morale aux comités de groupes et à la refuser aux groupes eux-mêmes<sup>77</sup> ?

D'un côté, en matière de sociétés, l'article 1842 du Code civil énonce que la personnalité morale apparaît et bénéficie de tous les privilèges qui s'en suivent<sup>78</sup>, à compter de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, un groupe de sociétés n'étant pas immatriculé, il est logique de lui dénier le bénéfice de la personnalité morale. Les décisions de justice<sup>79</sup> prennent fait et cause pour ces principes<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> Bull. civ, n°32 P. 20

<sup>75</sup> Michould(L), Monsalier(M.C), l'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, T.303, n°762, p.31

<sup>76</sup> Article L431-1 du code du travail

<sup>77</sup> Chazal(J.P), nullité absolue du contrat passé par un groupement dépourvu de la personnalité morale, JCP E, n° 50, 11 Décembre 1997, 1031

<sup>78</sup> Guyon(Y), droit des affaires : Droit commercial général et des sociétés, Economica, 9ème édition, 1996, p 640

<sup>79</sup> cass.com, 4 janvier 1982, rev.soc.1982, p95 ; 17 décembre 1991, Bull.Joly sociétés 1992, p.186, §53 , note C.Hannoun ; reve.soc,1992,p.323,note Y.Chartier

<sup>80</sup> Barbieri (J-F), op-cit

Pourtant, la solution n'est pas aussi claire qu'il y paraît, puisque, loin de privilégier la thèse de la fiction, le droit positif a consacré plutôt la théorie de la réalité de la personne morale.

D'un autre côté, c'est peut être dû à la réalité du groupe lui même, qui repousse ce concept du droit des sociétés, qui est fondé sur l'indépendance juridique, chaque société est ainsi censée fonctionner de manière autonome, l'indépendance de décision serait foncièrement biaisée par l'appartenance à un groupe des sociétés.

Aussi, au sein du groupe de sociétés, le paradoxe entre une dépendance économique et une autonomie patrimoniale permet à la société dominante de ne pas répondre des dettes de la société dominée tout en en lui dictant son comportement<sup>81</sup>.

Pourtant, la société, liée à un groupe de sociétés, apparaît dotée d'un «organe de faux commandement»<sup>82</sup>, le pouvoir de dicter les décisions de cette société étant la prorogative d'un organe de gestion extérieure<sup>83</sup> à la société, dont l'organe de gestion interne n'est que l'expression.

En effet, la société appartenant à un groupe est soumise à «un pouvoir de domination»<sup>84</sup>, ce qui l'oblige à laisser de côté des intérêts propres et être plutôt encline à suivre l'intérêt du groupe. Le raisonnement peut être poussé encore plus loin, la société intégrée au sein d'un groupe ne serait même pas une entreprise, si celle-ci est appréhendée par son autonomie économique et non plus juridique<sup>85</sup>.

Il en est ainsi, même au niveau de la société mère ; cette dernière ne représente pas ses filiales et elle ne peut exercer des droits appartenant à celles-ci. La société mère n'est pas, en

---

<sup>81</sup> Cass. Com., 24 Mai 1982, Bull des arrêts de la cour de cassation, chambre commerciale, n° 195

<sup>82</sup> Rodière (R), La protection des minorités dans les groupes de sociétés. rev.soc, 1970, n°243

<sup>83</sup> Schmidt (D), « Le centre de décision n'étant plus la société mais une unité extérieure », Les droits de la minorité dans la société anonyme, Paris, éd. Sirey p.158

<sup>84</sup> Paillusseau (J), la Société anonyme technique d'organisation de l'entreprise, Paris, éd. Sirey, 1967, p.73et s.

<sup>85</sup> Paillusseau (J), id

principe, tenue d'exécuter les obligations souscrites par ses filles. Les sociétés d'un même groupe, en raison de leur indépendance juridique doivent être considérées comme des tiers les unes par rapport aux autres. De ce fait, par exemple, il ne peut être ouvert de compte courant au nom d'un groupe de sociétés, dès lors qu'il est dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter.<sup>86</sup>

Ainsi, la société a une personnalité juridique propre, (exception faites des sociétés en participation), distincte à la fois des personnes physiques et morales qui la composent, c'est un des fondements du droit des sociétés, elle est pourvue d'organes de gestion, d'un patrimoine et surtout d'un intérêt social propres, qui lui permettent de contracter en son nom.

L'absence de la personne morale n'est pas la seule difficulté relevée dans le cadre des groupes de sociétés, il y a aussi le conflit d'intérêts issu des relations embrouillées existant au sein du groupe.

## **2. Conflit d'intérêts au sein du groupe**

Le risque d'un conflit d'intérêts au sein du groupe est patent, vu la densité et la complexité des relations et des participations entre les entités qui cohabitent dedans, que ça soit entre les dirigeants des sociétés et les sociétés elles-mêmes ou entre la société mère et les diverses sociétés composant le groupe, le conflit d'intérêt est au cœur du fonctionnement de cette entité<sup>87</sup>. En effet, c'est autour de la notion de volonté individuelle que gravitent les différents types de conflits internes aux personnes morales<sup>88</sup>, pourtant le droit des sociétés s'est presque complètement « désintéressé » des sociétés des groupes.

L'intérêt social est le point de rencontre de plusieurs intérêts dans un groupe de sociétés, il

---

<sup>86</sup> Cass. Com.2 avril 1996, n° 94-16.380, Bull.civ IV, n°113.

<sup>87</sup> D'après Schmidt, « Un conflit d'intérêt prend naissance lorsqu'une même personne poursuit deux ou plusieurs intérêts et lorsque ces intérêts sont contradictoires »D. Schmidt les conflits d'intérêt dans la société anonyme, op-cit

<sup>88</sup> Gastaud(J.P), Personnalité morale et droit subjectif, thèse Nice, Ed. JGDJ, 1977, p. 18

présume la transcendance de tous les intérêts privés pour le compte d'un intérêt supérieur, qui est celui de la personne morale, mais du moment que dans un groupe de sociétés, il y a absence de la personne morale, de quel intérêt social parle-t-on ?

Les rapports de force et de domination qui coexistent au sein d'un groupe de sociétés peuvent par exemple, conjecturer des abus, les salariés et les associés minoritaires peuvent se voir lésés par la stratégie adoptée par la tête du groupe<sup>89</sup>.

Aussi, en raison d'un silence législatif, les débats doctrinaux sur l'intérêt social se multiplient mais ne s'accordent point, certains auteurs privilégient l'intérêt des associés<sup>90</sup>, d'autres celui de l'entreprise ... et ce n'est pas la jurisprudence qui a apporté un peu de clarté à cette ombre, puisque celle-ci a assez mal circonscrit le périmètre de ce concept.

L'intérêt social du groupe ne devrait pas supposer seulement la protection des intérêts tiers (associés, salariés, créanciers...) qui forment le groupe de sociétés, mais également l'intérêt du groupe lui-même qui a donné naissance ou qui est à la base de tous ces intérêts. A ce niveau ,il faut souligner que la personne morale indépendante ne joue pas toujours comme garde fou, pour contrecarrer les dérapages qui peuvent pointer au sein du groupe, parce, par exemple, il arrive que, même si une personne morale est consciente d'adhérer à un groupe, elle n'a pas toujours cherché cet état par elle-même<sup>91</sup>, c'est une situation de fait qui lui a été imposée et qui la dépasse. Aussi, elle sera toujours en quête d'un intérêt qui lui est propre.

Le groupe de sociétés en fusionnant l'indépendance juridique avec la dépendance économique, cherche à établir une politique d'ensemble. Toutefois cette combinaison porte en elle les embryons d'un conflit entre l'intérêt de l'ensemble du groupe et l'intérêt particulier de chacune des sociétés le composant. Ainsi il faut que la société mère du groupe arrive à mettre

---

<sup>89</sup> Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés, institut de droit des affaires de l'université d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'aix-Marseille, 1993

<sup>90</sup> Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt dans la société anonyme, Joly sociétés, 2004, n°18

<sup>91</sup> Gastaud (J.P), Personnalité morale et droit subjectif, thèse Nice, Ed. JGDJ, 1977, p. 23

en place une stratégie commune, qui permet de protéger en même temps, et les intérêts du groupe et les catégoriels impliqués.<sup>92</sup>

Au sein d'une société, ou comme, en l'occurrence, d'un groupe de sociétés coexistent, certes, des intérêts catégoriels différents, mais l'intérêt social doit exister et être, comme le dit Maurice Cozian, « une ligne de conduite » sans laquelle on se perdrait.

De prime abord, il faut dire qu'il n'y a aucune hiérarchisation effective des intérêts, même si l'intérêt social est un concept à contenu variable, d'autres parlent de concept mou<sup>93</sup>. Cette définition avancée par les professeurs Viandier et Cozian souligne la difficulté de donner une définition précise à l'intérêt social, d'où le pouvoir absolu du juge qui aura à interpréter et à adapter cette définition aux différends sur lesquels il aura à trancher.

Ils ajoutent par ailleurs que « l'intérêt social ne se confond pas nécessairement avec l'intérêt des associés qu'ils soient majoritaires ou minoritaires, la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés ».<sup>94</sup>

Les associés de chaque entité veillent à ce qu'aucune société ne soit anormalement avantagée par rapport aux autres, en raison des intérêts personnels que les dirigeants de la société mère pourraient avoir dans telle ou telle structure. La procédure des conventions réglementées a, en ce domaine, un rôle essentiel. De même, l'information comptable sur l'ensemble du groupe alertera les associés sur les abus commis.

La première référence à l'intérêt social se trouve dans le décret-loi du 8 août 1935<sup>95</sup> qui a institué l'abus de biens sociaux en tant qu'infraction pénale comme réponse législative à l'affaire Stavisky.

---

<sup>92</sup> Contin (R), Hovasse (H), «L'autonomie patrimoniale des sociétés», D. 1991, chr. p.198

<sup>93</sup> Cozian (M) et alii, droit des sociétés, éd Litec, 13ème, 2000, n° 461, p 175

<sup>94</sup> Cozian(M) et alii, id

<sup>95</sup> J.O. A.N., 12 juin 1935

En effet, le doyen Carbonnier disait : « comment un intérêt collectif peut s'arracher spontanément aux intérêts individuels, et faire se profiler déjà un être moral ? Rien ne le met mieux en lumière que la discorde et le conflit ». <sup>96</sup>

Même si la sémantique de l'intérêt social révèle la promotion d'un intérêt unique et supérieur de la société qui permettrait une union, voire, une harmonie naturelle autour de ce concept, la réalité des sociétés est différente <sup>97</sup>, les conflits d'intérêts prolifèrent <sup>98</sup>, ce qui contredit le message véhiculé par l'intérêt social. La notion d'intérêt social sème le trouble autour d'elle, d'autant qu'elle a été érigée par le droit des sociétés au rang de notion fondamentale. <sup>99</sup>

Pour G.Sousi <sup>100</sup>, par exemple, du fait que le groupe est une entité abstraite, rechercher la notion d'intérêt du groupe paraît inopportune, il propose qu'on recherche plutôt les personnes physiques qui se cachent derrière, car les intérêts des personnes physiques sont plus faciles à définir et à identifier que ceux des personnes morales.

L'intérêt social fit l'objet d'une consécration législative lors de l'adoption de la loi NRE de 2001, l'article 225-231 du code de commerce dispose dans son alinéa premier que les questions écrites sur une opération de gestion peuvent concerner les sociétés contrôlées et que dans cette hypothèse « la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe ».

La question qui se pose, alors, est de savoir si l'intérêt supérieur de tout le groupe disculperait le fait d'immoler l'une des filiales dans l'intérêt de celui-ci ?

---

<sup>96</sup> Carbonnier (J), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 6 e éd., 1988

<sup>97</sup> Bennini(A), thèse « le voile de l'intérêt social » université de Cergy-Pontoise, Juin 2010

<sup>98</sup> Magnier(V), *les conflits d'intérêt dans le monde des affaires, un janus à combattre*, coll. CEPRISCA, PUF 2006

<sup>99</sup> Bailly-Masson(C) « l'intérêt social : une notion fondamentale », *L.P.A*, 9 novembre 2000

<sup>100</sup> Sousi(G), *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse dactyl, Lyon III, 1974

La jurisprudence l'a consacré pour la première fois dans l'affaire willot<sup>101</sup>, décision qui a été reprise par l'arrêt Rozemblum<sup>102</sup> qui a été et qui est, en fait, la référence en matière de conflit d'intérêt social dans un groupe de sociétés<sup>103</sup>.

Mais compte tenu de sa nature fluctuante, l'intérêt social doit être apprécié au regard du cas d'espèce. N'a pas été considéré, par exemple, comme valable, la plainte pour atteinte à l'intérêt social, découlant de l'absence de communauté d'intérêts entre la société caution et le débiteur. Le cautionnement dans le cas d'espèce, est un cautionnement hypothécaire consenti par une société filiale pour le compte de sa société mère<sup>104</sup>.

## **Section 2. Les caractéristiques des relations intragroupes**

Le groupe de sociétés est un terme économique, et non pas un concept juridique, mais en se remettant à l'observation des situations factuelles, le groupe de sociétés est identifié par la pluralité des sociétés qui le composent, qui conservent leur existence juridique propre, mais qui sont unies par des liens spécifiques, cette situation est ainsi susceptible de produire des effets de droit au nom d'un intérêt social supérieur (l'intérêt du groupe) qui transcende l'intérêt des sociétés prises individuellement.

---

<sup>101</sup> TGI Paris, 16 mai 1974, rev soc ,1975 ; G.Sousi, intérêts du groupe et intérêt social (réflexion à propos d'un jugement rendu par le TGI de paris le 10 mai 1974 dans l'affaire willot-saint-frères, JCP, éd E.1975 II ,11816

<sup>102</sup> Cass. crim 4 fév.1985, pour échapper à l'incrimination d'abus de biens sociaux, un concours financier apporté par une société à une autre entreprise du même groupe « doit être dicté par un intérêt économique social ou financier

<sup>103</sup> La chambre criminelle a été amenée à rappeler la teneur de cette décision dans de nombreux autres arrêts Crim. 13 févr. 1989, Bull. crim.n° 69, Rev. Sociétés 1989. 696, note B. Bouloc ; cass.crim,23 avr. 1991, Rev. Sociétés 1991. 785, note B. Bouloc, Bull. Joly 1991. 849, note A. Couret, Dr. pén. 1991, no 327, obs. J.-H. Robert ; Cass.crim, 24 juin 1991, RJDA 1991, n°726, p. 784 ; cass.crim, 9 décembre 1991, Rev. Sociétés 1992. 358, Dr. pén. 1991, comm. 101 ; cass.crim, 18 janv. 1993, Dr. sociétés 1993, no 101, obs. H. Le Nabasque ; cass.crim, 4 septembre 1996, Bull. crim. n° 314, D. 1996, IR 260, Rev. Sociétés 1997. 365, note B. Bouloc

<sup>104</sup> Cass.com, 13 novembre 2007, n° 06-15.826, BRDA 23/2007, n° 1, Rev.sociétés 2008. 113, note M. Pariente

Et c'est au nom de cet intérêt que le voile social des sociétés composant le groupe peut être levé, imposant ainsi, une transparence entre les différentes entités qui en font partie.

### **I. L'existence d'un intérêt social commun**

L'intérêt social des sociétés groupées justifie le lien qui existe entre « la personnalité morale de ces dernières et les biens et droits affectés d'autre part »<sup>105</sup>. Le groupe de sociétés trouve sa dynamique dans la répartition concertée et contrôlée des activités et donc des risques entre les sociétés<sup>106</sup>.

Ainsi, quand un groupe de sociétés se forme, c'est une entité nouvelle qui voit le jour, identifiée par la pluralité des sociétés qui le composent et qui continuent toujours de jouir d'une existence juridique propre, avec un intérêt propre, détaché d'une simple somme des intérêts égoïstes de ses membres, cet intérêt collectif serait spécifique à chaque société, et autoriserait la poursuite d'une fin sociale ou altruiste<sup>107</sup>.

### **1. Définition de l'intérêt social commun**

Le droit reconnaît l'intérêt de la personne morale et le croit digne d'être protégé<sup>108</sup>, plusieurs décisions de justice<sup>109</sup> ont été prononcées en ayant recours expressément à « l'intérêt de la société » ou de la personne morale.

Le problème réside dans l'absence de définition de ce concept qui n'est pas facile à délimiter,

---

<sup>105</sup> Fadel Raad (N), *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 136

<sup>106</sup> Urban (Q), *La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés*, RTD Com.2000 p.1 et s

<sup>107</sup> Baruchel(N), *La personnalité morale en droit privé : Éléments pour une théorie*, Bibliothèque de droit privé, T. 410, LGDJ, 2005, spéc. p. 307, n° 542

<sup>108</sup> Goffaux- Callebaut (G), « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com. 2004, p. 35

<sup>109</sup> cass.crim, 11 janvier 1996, n° 95-81.776, Bull criminel 1996 N° 21 p. 51 ; cass.crim, 8 avril 1999, n°98-81.756, inédit

certain auteurs ont parlé d'un « impératif de conduite, une règle déontologique, voire morale qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel »<sup>110</sup>, d'autres, parlent carrément de concept indéfinissable<sup>111</sup>. Ce qui n'est pas sans créer une certaine insécurité juridique.

Mais, en dépit des controverses entourant son utilisation, l'intérêt social est une notion qui continue d'être appliquée, car il s'agit d'un véritable outil de régulation mis à la disposition « d'une certaine police des sociétés »<sup>112</sup>, mais pas seulement, l'intérêt social apparaît comme un outil d'intégration indispensable à de nouveaux paradigmes, comme le développement durable<sup>113</sup>, la responsabilité sociale des entreprises<sup>114</sup> entre autres.

Donc, faute d'une définition claire de l'intérêt social, on va procéder par raisonnement a contrario, qu'est ce que une atteinte à l'intérêt social ?

D'après l'article L.214.4 du code de commerce, l'atteinte à l'intérêt social, peut résulter d'un usage, de mauvaise foi, contraire à l'intérêt social à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle on a intérêt directement ou indirectement.

On peut donc parler d'acte de gestion anormal, lorsque le dirigeant de l'entreprise, au moment où il réalise l'acte, sait ou devrait savoir qu'il s'en suivra un appauvrissement de son entreprise, qu'il pourrait éviter en ne prenant pas l'acte<sup>115</sup>.

En application de cet article, le juge peut accepter une prise de risque qui aurait été qualifiée d'excessive pour l'intérêt social d'une société isolée, mais qui devient acceptable au regard de

---

<sup>110</sup> Cozian (M) et alii, op-cit, n°466, P.175

<sup>111</sup> Lejeune (F), Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social, Dr. & patrimoine, 1996, p. 60

<sup>112</sup> Schapira(J), L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, RTDCom.1971, p. 970

<sup>113</sup> Trébulle (F. G), Entreprise et développement durable, JCP E 2007, n° 31, p. 1989 ; Droit des entreprises en difficulté et protection de l'environnement, Rev. proc. coll. 2004, n° 2, p. 140

<sup>114</sup> Trébulle (F. G), Responsabilité sociale des entreprises, Rép.sociétés. Dalloz, 2003

<sup>115</sup> Gerschel (C), le principe de non-immixtion en droit des affaires, PA.1995, n° 104, p. 8

l'ensemble du groupe qui mutualise en quelque sorte ce risque<sup>116</sup>.

## **2. Intérêt social commun au sein des groupes de sociétés**

Le groupe de sociétés en tant qu'entité va produire un certain nombre d'effets, même s'il ne dispose pas de la personnalité morale, puisqu'il constitue une réalité économique et sociale qu'il n'est pas permis d'ignorer. La jurisprudence appréhende de plus en plus fréquemment l'entité « groupe de sociétés » afin de lui faire produire ou de lui appliquer certains effets de droit.

Aussi, quand on prend part ou qu'on fait partie d'un groupe de sociétés, on sait d'avance qu'il y'a un intérêt collectif supérieur qui va naître et qui va l'emporter, cet intérêt collectif supérieur peut coïncider avec l'intérêt individuel, mais il faut avoir bien présent, que ce n'est pas toujours le cas, il y a une pluralité d'intérêts qui ne se trouvent pas nécessairement en harmonie les uns avec les autres<sup>117</sup>.

Il existerait donc, au-delà de l'intérêt de chacune des sociétés du groupe, un intérêt propre du groupe, encadré et géré par des organes d'administration et de décision ad hoc. Dès lors, les actes accomplis par une société dans le cadre de la gestion du groupe doivent être conformes à l'intérêt du groupe lui-même. Chaque filiale n'existe et n'opère qu'en fonction du groupe, l'intérêt social de la filiale est sacrifié au profit de la stratégie du groupe, c'est pourquoi les multinationales cherchent d'ordinaire à détenir 100% des actions de leurs filiales<sup>118</sup>,

Des décisions<sup>119</sup> confirment l'idée que l'appartenance des sociétés à un même ensemble économique peut justifier un acte apparemment contraire à l'intérêt d'une société prise

---

<sup>116</sup> Boursier (M.E), le fait justificatif de groupes de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité, rev. Soc, 2005, p.273

<sup>117</sup> Druey(N), pour la protection des mères, mélange Guyon, Dalloz, 2003, p.349

<sup>118</sup> Ordenneau (P), les multinationales contre les Etats, 1975, p.170, Éd. Ouvrières, Paris

<sup>119</sup> cass.com, du 12 novembre 1973, n°72-12.881, Bull des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale n°. 322 P. 287

isolément, mais conforme à l'intérêt du groupe<sup>120</sup>.

Aussi, faute de définition, c'est au juge de déceler une éventuelle atteinte à l'intérêt social.

La jurisprudence<sup>121</sup> définit « l'intérêt du groupe comme un intérêt économique social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe » ; Mais les magistrats recourent à l'intérêt social, bien au-delà de l'hypothèse où celui-ci est évoqué expressément<sup>122</sup> (le cas d'abus de biens sociaux), pour l'utiliser dans des domaines aussi variés que la nomination d'un expert de gestion, de la révocation des dirigeants sociaux pour justes motifs, la théorie fiscale de l'acte anormal de gestion, ou encore de l'existence d'un abus de majorité, de minorité ou d'égalité<sup>123</sup>.

Il faut dire que l'intérêt du groupe est très rarement pris en compte parce qu'il est très difficile en pratique de réunir l'ensemble des conditions<sup>124</sup>.

La référence à cet intérêt supérieur a été énoncée pour la première fois dans l'arrêt de principe Rozenblum du 4 février 1985 où, ayant à statuer sur des concours financiers entre plusieurs sociétés appartenant à un groupe, la cour de cassation l'a validé, mais à certaines conditions. Tout d'abord, les sociétés doivent appartenir au même groupe<sup>125</sup>, ce dernier n'est pas seulement une structure juridique, mais est aussi et surtout, une réalité économique et financière dynamique, axée sur une finalité bien déterminée<sup>126</sup>, le concours ne doit pas être

---

<sup>120</sup> Aimé Mouthieu (M), *l'intérêt social en droit des sociétés*, Éd.L'Harmattan, 2009

<sup>121</sup> Arrêt rozenblum, op-cit

<sup>122</sup> Cass.com, 23 juin 1987, n°86-13.040, Bull 1987 IV, n° 160 p. 121

<sup>123</sup> Cuzacq (N), *Aspects juridiques de l'investissement socialement responsable*, Mélanges J. Dupichot, 2004, p. 129, spéc. p. 134, n° 7

<sup>124</sup> Lecourt (A), *groupes de sociétés*, Rép. Sociétés Dalloz, janvier 2011 ; parmi de très nombreux exemples : cass.crim. 24 juin 1991, n° 90-86.584, RJDA, n° 926,1991 ; Cass.crim. 4 septembre 1996, n° 95-83.718, Bull. Joly 1997,107, note N. Rontchevsky ; Cass.crim. 25 octobre 2006, n° 05-85.998, Rev. Soc, 2007, 146, note B. Bouloc

<sup>125</sup> Cass. Crim, 4 février 1996, n° 95-83.718, JurisData n° 1996-003916; Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81.482, PF : JurisData n° 1997-003021

<sup>126</sup> Conte (P) et Jeandidier (W) : *Droit pénal des sociétés commerciales : Litec affaires finances 2003*, n° 272

démuni de contrepartie, ni rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées<sup>127</sup>, ni excéder les possibilités financières, de celles qui en supportent la charge.

N'empêche que la jurisprudence ne renie pas l'opposition entre l'intérêt du groupe et l'intérêt particulier de ses membres<sup>128</sup>, c'est ce qui ressort d'une décision de la haute cour<sup>129</sup>.

Dans le cas d'espèce, on a retenu la culpabilité de Manuel X... , en sa qualité de dirigeant de fait, de l'ensemble des SA et SARL du groupe Sepi SA, sous le chef d'inculpation d'abus de biens sociaux, au titre de versements en compte courant, réalisés par les sociétés Moser, Jardem Environnement, SAEE et Falleau, au bénéfice des sociétés Nogueira Seco, Desmartis Environnement et Sepi Développement ; au motif qu'en voulant préserver l'intérêt du groupe, il a totalement méconnu l'intérêt particulier de ses membres, alors que l'un ne saurait être exclusif de l'autre .

Il faut signaler à ce niveau, que dans un groupe de sociétés, la violation de l'intérêt social est plus délicate à caractériser. Quand un groupe s'étend, absorbe ou s'associe à d'autres sociétés, la finalité est toujours la même, en tirer un bénéfice, on ne s'associe jamais ou presque, en sachant qu'il ya un haut risque. Mais alors comment fixer la frontière entre la prise de risque licite ou acceptable et celle qui est abusive ? La perception même de l'intérêt social peut-être différente chez les uns et les autres, chez les associés investisseurs par exemple, c'est surtout la poursuite d'un bénéfice qui prime, ce qui ne sera pas le cas pour les associés entrepreneurs, qui sont à la recherche d'un pouvoir.

---

<sup>127</sup> Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85-253, F-P+B+I : JurisData n° 2007-038463, dans le cas d'espèce, le dirigeant social poursuivi avait, d'une part, investi une somme substantielle provenant d'une augmentation de capital de sa société dans une société dont il était également le dirigeant, d'autre part, fait travailler pour cette dernière société du personnel de la première, sans facturer les prestations effectuées, la Cour de cassation en conclut logiquement que les concours financiers apportés étaient démunis de contrepartie, de sorte que l'abus de biens sociaux était parfaitement caractérisé.

<sup>128</sup> Boursier (M.E), le fait justificatif de groupes de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité, Rev.soc, op-cit

<sup>129</sup> cass.crim, 27 novembre 2002, n°02-80957, jurisp.Dalloz

Une autre opposition peut surgir entre l'intérêt des associés majoritaires<sup>130</sup> et celui des intérêts minoritaires<sup>131</sup> ou encore, l'intérêt social à court ou à long terme, une action peut être bénéficiaire à court terme, mais s'avérer critique à la survie de la société à long terme ?

Comme conséquence de l'existence d'un intérêt social commun entre les sociétés membres du groupe, sa transparence s'impose.

## **II. La nécessité de la transparence de la personne morale**

Même si le législateur a été et est formel sur les groupements ayant la personne morale et ceux qui ne l'ont pas, il y a des situations dans lesquelles la nature de la personne morale et la qualité de ses membres est prise en compte, pour déterminer les cas d'abus de cette personne morale, il s'agira alors de lever le voile social, mais à ce moment, on pourrait se demander s'il ne s'agit pas là d'une atteinte à l'autonomie de la personne morale ? En effet, fondamentalement, la dissociation des deux entités, personne morale et actionnaires, est le principe, la convergence des effets de la personnalité morale et de ses actionnaires est une dérogation à ce principe.

En fait, dès qu'il s'agit d'apprécier l'activité d'une société (ou d'un groupe de sociétés), il ne paraît pas possible de la dissocier des membres qui la composent et qui la dirigent<sup>132</sup>, d'autant plus que la personne morale des sociétés se caractérise par une très grande faculté d'adaptation aux exigences pratiques<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> cass.com, 24 janvier 1995, n°93-13.273, Bull 1995 IV, n° 27 p. 22 ; CA Lyon, civ3, 2 mars 2006, Jugement du Tribunal de Commerce de Lyon du 19 septembre 2003, n° R.G. : 04/04534

<sup>131</sup> cass.com, 18 avril 1961, Bull.com, n°175

<sup>132</sup> Chauveau, note sous Alger, 5 mai 1926, D.1927.143, personnalité morale et droit subjectif, cité par J.P. Gastaud, LGDJ, 1977

<sup>133</sup> Chartier (Y), droit des affaires, sociétés commerciales, 3ème éd, Thémis 1992, p.117

### **1. Définition du principe de transparence**

Le principe de la transparence signifie, dans un sens général, que l'indépendance juridique d'une personne n'est pas reconnue et que l'on tient, en revanche, pour juridiquement déterminante, la réalité économique<sup>134</sup>.

Les auteurs ont parfois essayé de donner une classification des situations dans lesquelles le voile de la personnalité morale est le plus souvent levé, mais ces tentatives n'ont fait que souligner l'hétérogénéité des cas de transparence. Si la transparence fût dans un premier temps l'apanage du droit fiscal<sup>135</sup>, elle fut très rapidement adoptée par d'autres situations du droit privé.

Ainsi la doctrine reconnaît, que dans les groupes de sociétés, la responsabilité d'une société mère pour les engagements de sa filiale peut résulter du principe de la transparence, lorsque la délimitation des sphères de compétence juridique et des patrimoines respectifs des sujets de droit dominants et dominés ne permet plus d'en appeler à une séparation juridique<sup>136</sup>.

Cette analyse fut soutenue par Monsieur Hannoun<sup>137</sup>, qui dans son ouvrage dégagait la transparence dans les groupes de sociétés. Par ailleurs, des décisions de justice vont dans le même sens.

Effectivement, en matière pénale, la qualification d'abus de biens sociaux peut-être écartée en tenant compte de l'intérêt commun des sociétés groupées sur la base de la théorie de la

---

<sup>134</sup> **Droit des sociétés et arbitrage international, transparence et clause arbitrale, CEDIDAC, bull d'information n°27, septembre 1996**

<sup>135</sup> **La loi du 15.3.1963, n°63-254, qui eut recours la première à cette terminologie, sur le régime fiscal des sociétés civiles immobilières, cité par J.P Gastaud, op-cit, p.106**

<sup>136</sup> **Droit des sociétés et arbitrage international, transparence et clause arbitrale, CEDIDAC, op-cit**

<sup>137</sup> **Hannoun (C), le droit et les groupes de sociétés, op-cit**

transparence<sup>138</sup>. La chose est valable aussi en droit social, s'agissant des modalités de décompte des effectifs pour la mise en place des institutions représentatives du personnel dans les groupes<sup>139</sup>. De même, en droit des sociétés, la cour de cassation a admis l'action introduite par un actionnaire minoritaire demandant la désignation d'un administrateur provisoire d'un groupe de sociétés suite à un abus de biens sociaux<sup>140</sup> toujours sur la base de la transparence du groupe.

Dans ces différentes hypothèses, c'est bien la personnalité de la société mère qu'on a longtemps niée, qui émerge, et c'est l'ensemble du groupe qu'elle a formé, qui est dénudé par la transparence de ses filiales.

En perçant le voile de la personnalité morale des sociétés qui composent le groupe, le législateur a imposé aux dirigeants de la société mère un grand nombre d'obligations de transparence. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, la loyauté comme la transparence au sein des groupes de sociétés s'est largement accrue<sup>141</sup>.

## **2. Les avantages de la transparence de la personne morale**

La notion de « transparence juridique »<sup>142</sup> désigne les hypothèses dans lesquelles, à travers la personnalité morale transparaît la personnalité de ses membres. Cette transparence est effective par le biais de la levée du voile social qui pourra permettre de sanctionner l'abus de la forme sociale, lorsque la création d'une personne morale n'a pour but que de provoquer

---

<sup>138</sup> Cass.crim, du 4 février 1985, n° 84-91.581, bull. criminel 1985, n° 54

<sup>139</sup> Fadel Raad (N), L'abus de la personnalité morale en droit privé, Bibliothèque de droit privé, Paris : LGDJ, 1991, n° 132 et 133, p.122 et n° 143, p. 139

<sup>140</sup> cass.com, 5 février 1985, n°82-15.119, Bull 1985 IV N. 44 p. 37

<sup>141</sup> Lecourt (A), groupes de sociétés, Rép. Sociétés Dalloz, janvier 2011

<sup>142</sup> Hamiaut (M), « Transparence fiscale et transparence juridique en matière de sociétés », S. 1964, 1ère partie, p. 4.

l'application d'une loi qui normalement ne pourrait être invoquée<sup>143</sup> ; et c'est possible, surtout que les phénomènes de transparence ont perdu leur caractère subversif, et qu'ils s'inscrivent dans une sorte de dynamique juridique réelle<sup>144</sup>.

La tendance est aujourd'hui, dans beaucoup de pays européens, de considérer que l'autonomie de la personne morale est un principe devenu inadapté, eu égard à la réalité économique en pleine évolution et qui ne saurait, par conséquent, être tenu pour absolu<sup>145</sup>. L'application systématique de règles uniformes à des groupements de taille et de structures très différentes se révèle à la fois pesante pour les promoteurs, et dangereuse pour les créanciers sociaux<sup>146</sup>.

L'avantage de la transparence, est qu'elle permet de venir à bout de l'utilisation abusive et frauduleuse du concept de personnalité morale, et de contrecarrer toute velléité de nuire en se mettant à couvert derrière le paravent de la personnalité morale, pour accomplir des actes ou jouir de droits qu'elle ne pouvait accomplir ou dont elle ne pouvait jouir en tant qu'individu<sup>147</sup>.

On peut pousser encore plus loin le raisonnement, elle permet de rendre bien des associés responsables, vis-à-vis de tiers, de tout ou partie des dettes sociales, cette disposition permet de toucher toute personne qui a sciemment pris part à la gestion, en l'occurrence, la société mère.

---

<sup>143</sup> Mondage (c), la transparence de la personnalité morale dans le droit anglais des sociétés anonymes, In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 32 N°3, Juillet-septembre 1980. pp. 573-600

<sup>144</sup> Gastaud (J.P), *Personnalité morale et droit subjectif*, thèse Nice, Ed. LGDJ, 1977, p. 104

<sup>145</sup> Mondage (C), *op-cit*

<sup>146</sup> Mondage (C), *op-cit*

<sup>147</sup> Mondage (C), *op-cit*

Les juges peuvent ainsi, en balançant les intérêts<sup>148</sup>, percer la façade juridique pour arriver à déceler la vraie finalité des actions, par exemple, le cas d'une société qui n'a été créée que pour permettre aux actionnaires de s'affranchir de leurs obligations, légales ou contractuelles. En effet, en choisissant la forme et l'objet sociaux, ses membres opèrent, par voie de conséquence, un choix entre la transparence ou l'opacité, et au moment de ce choix, les créateurs de l'entité sont, en quelque sorte, maîtres de cette transparence, et des atteintes à l'autonomie de la personne morale qui en découlent<sup>149</sup>.

La transparence n'a plus seulement pour effet de faire apparaître le réseau de relations plus ou moins secrètes qui lient la société dominante à la société dominée, c'est le cadre juridique qui est démantelé, et l'entité juridique supplantée ou détrônée, est substituée par une entité nouvelle, d'essence économique avec une réorganisation des éléments qui constituent le groupement fondée sur des considérations fonctionnelles et d'équité<sup>150</sup>.

On peut apprécier l'avantage du principe de la transparence en droit fiscal, où il est appliqué, ce dispositif va éviter que l'impôt ne soit payé et par la mère et par la fille<sup>151</sup>, ce qui aurait été le cas, si chaque société aurait été prise isolément, permettant ainsi un rééquilibrage des résultats déficitaires et bénéficiaires à l'intérieur du groupe<sup>152</sup>, même si à ce moment l'autonomie juridique des sociétés tant défendu par les juristes aura disparu, ces sociétés seraient devenues transparentes<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> Hannoun (C), le droit et les groupes de sociétés, op-cit, dans l'ouvrage, l'auteur parle la méthode de balance d'intérêts, qui préconise qu'en absence d'indication dans le droit positif, devrait prendre en considération certains facteurs comme, la sécurité juridique, l'efficacité économique, le caractère d'ordre public de la règle de droit matériel entre autres, p.244

<sup>149</sup> Paerels(H), Le dépassement de la personnalité morale, Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français, thèse, Université de Lille 2,2008

<sup>150</sup> Mondage(C), op-cit

<sup>151</sup> L'art 223 A du Code Général des Impôts (CGI), offre la possibilité aux sociétés têtes de groupes de se porter seules redevables de l'acquittement de l'IS des autres sociétés du groupe dont elles détiennent directement ou indirectement 95% du capital au cours de l'exercice

<sup>152</sup> Mémento Droit Fiscal F.Lefebvre, n°7680, 2010

<sup>153</sup> Hannoun(C), le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, 1991, n°216, p.219 et suiv.

1ere partie

La responsabilité de la société mère du fait de  
ses filiales au niveau national

**Partie I. La recherche de la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales au niveau national**

La difficulté majeure que présentent les groupes de société est l'opacité de leur structure, du fait que la notion de droit de groupe de sociétés en tant que matière systématiquement codifiée, existe en de très peu de pays<sup>154</sup>. L'Allemagne a été le pays initiateur suivi de pays comme la Croatie, la Hongrie, le Brésil<sup>155</sup>, le Taïwan et le Portugal<sup>156</sup>, mais mis à part ce dernier la codification n'est que partielle.

Or, si la structure du groupe n'est pas transparente, il serait périlleux de mettre en œuvre la responsabilité de la société mère, et les sociétés l'ont bien compris, c'est pourquoi, elles optent et adoptent le groupe de sociétés comme forme juridique, qui leur sert de bouclier si jamais leur imputabilité est en jeu.

Pourtant, il s'avère capital de connaître la nature des liens qui existent ou qui se tissent entre la société mère et ses filiales ; il faut dire que la jurisprudence, dans certaines disciplines du droit, est quand même arrivée à lever le voile de la personne morale.

Le conflit entre les intérêts que poursuit la société mère et les intérêts de la filiale est très tenace. La filiale, ses associés minoritaires et ses créanciers risquent d'être les victimes directes de la politique de groupe poursuivie, et doivent donc, en contrepartie, pouvoir engager la responsabilité de la société mère.<sup>157</sup>

La conception et l'application d'une telle responsabilité risquent, cependant, de se heurter à des obstacles considérables, tels les principes d'autonomie de la personnalité morale et de son

---

<sup>154</sup> Bode (M), *Le groupe international de sociétés : le système du conflit des lois en droit français et allemand*, Peter Lang, 2010

<sup>155</sup> Loi n°6-404 du 15 décembre 1974, ZGR 1979, 608 et s

<sup>156</sup> Décret-loi n°262/86 du 2 septembre 1986, ZGR 1991,401 et s

<sup>157</sup> Wolf (M) , *Konzernhaftung in Frankreich und England*, Heymann, 1995, p.2

patrimoine, le principe de la limitation de responsabilité des associés, ainsi que le principe de la relativité des conventions.<sup>158</sup>

Partant, la solution de principe en droit français demeure celle de l'absence de responsabilité de la société mère à l'égard des créanciers de sa filiale, même si la participation dans le capital de la filiale est très importante.<sup>159</sup> Il en va de même de sa responsabilité à l'égard de sa filiale elle-même, ainsi qu'à l'égard des minoritaires, pourtant, le droit français dispose de suffisamment de ressources, tant prétorienne que législatives, qui dans certaines situations caractérisées, permettent d'engager la responsabilité de la société mère.

La situation de groupe aboutit, lorsqu'elle est effectivement reconnue, à rendre inopposable l'absence de la personnalité juridique de la personne morale.<sup>160</sup>

La jurisprudence a essayé devenir en aide à ces créanciers en effaçant le danger du contingentement financier et en engageant la responsabilité de la société mère. Ceci est possible lorsque le groupe renvoie une image de solidarité et de prise en charge des filiales par la société mère, et ce, en se basant soit sur le caractère fictif de la société, l'apparence trompeuse qu'elle dégage, la confusion des patrimoines<sup>161</sup>, ou encore dans le cas de l'immixtion de la société mère dans les relations contractuelles de la société débitrice.

Si l'une des conditions nécessaires à l'une ou l'autre de ces situations fait défaut, le seul fait que des sociétés fassent partie d'un même groupe, soumis à une stratégie économique commune, ne suffit pas à faire disparaître l'autonomie que la personnalité morale confère à chacune des sociétés membres d'un groupe<sup>162</sup>.

Aussi, les créanciers de la filiale ont la possibilité d'attirer la société mère dans le sillage de celle-ci soit dans le cadre du droit commun, soit dans le cadre du droit spécial.

---

<sup>158</sup> Schmidt (D), *La responsabilité civile dans les groupes de sociétés*, Rev.sociétés, 1981, p.726

<sup>159</sup> Paris, 15 mai 1990, Bull.Joly ; Cass. Com., 24 mai 1982 : Rev. Sociétés, 1983, p. 361, note J. Beghin ; Cass. Com., 29 novembre 1982 : Rev. Sociétés, 1983, p. 615, obs. J.-L. Sibon ; Cass. Com., 27 mars 1984 : Bull. Joly Sociétés, 1984, p. 528, § 187). C.A Paris 15 mai 1990, Bull. Joly Sociétés, 1990, p. 879

<sup>160</sup> Hannoun (C), *Le droit et les groupes de sociétés*, op-cit

<sup>161</sup> Cutajar-Rivière (C), *La société écran*, LGDJ, 1998

<sup>162</sup> Marchi ,note sous, Paris,31 mai 1989,p.615

**Titre 1. La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales dans le cadre du droit commun**

" Tout pouvoir doit nécessairement entraîner une responsabilité, et lorsque ce pouvoir s'exerce sur une entreprise totalement intégrée, la société dominante doit répondre des résultats de sa gestion"<sup>163</sup>.

Aussi, le recours au droit commun s'impose pour trouver des mécanismes permettant de rattacher à la société-mère des obligations contractées par sa filiale, et d'étendre ainsi, le gage des créanciers, au détriment du principe de la personnalité juridique, au patrimoine de la société mère.

La règle est que, la société mère ne peut pas engager ses filiales à l'égard des tiers<sup>164</sup> et inversement, elle n'est pas censée endosser la responsabilité des impairs commis par ses filiales du seul fait qu'elle en détient le contrôle<sup>165</sup>, le sacrosaint principe de l'autonomie des personnes morales obligeant.

Il faut dire à ce niveau que, l'autonomie des filiales a été voulue par les concepteurs du groupe, qui auraient aussi bien pu constituer des succursales, ils ne l'ont pas fait et leur choix doit être respecté<sup>166</sup>, de plus, la société mère est un actionnaire comme les autres et un actionnaire ne répond jamais des dettes de sa société (cas des SARL et des SA)<sup>167</sup>.

D'après l'article 1842 du code civil, les sociétés, autres que les sociétés en participation, sont juridiquement autonomes dès leur immatriculation au registre de commerce, l'arrêt de la cour

---

<sup>163</sup> D. Schmidt. La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés, *Revue des sociétés* 1981, page 736.

<sup>164</sup> C.A. Montpellier 14 décembre 2010, 2e ch. SA Sita Sud c/SA Ourry, BRDA Francis Lefebvre, 2/11

<sup>165</sup> Cass.com .26-4-1994, RJDA 8-9/94 n°930; Cass. Com.2-12-1997, RJDA 4/98 n°438

<sup>166</sup> Lucas (F.X), Les filiales en difficultés, petites affiches, 04 mai 2001, n°89, p.66 ; Cass.com 18 mars 2008, dans cette affaire la cour de cassation a rejeté le pourvoi de la société MCR tendant à obtenir la condamnation de la société Matra parce que cette action en responsabilité suppose que la société mère ait agi en tant que gérant de fait, chose qui n'a été démontrée par aucun élément du dossier

<sup>167</sup> Didier (P), Le groupe, entité juridique ? *revues des sociétés* 1997, P.554

de Versailles tranchant sur le contentieux entre la société Shipmar et la société Elf aquitaine a réaffirmé l'autonomie totale des filiales même intégrée à un groupe de sociétés<sup>168</sup>.

Aussi, la filiale répond seule de ses actes, même si l'on sait que dans un groupe de sociétés, les activités et les actions des différentes sociétés convergent vers un intérêt commun, la dualité des personnes morales faisant que les dettes sont propres à chacune<sup>169</sup>.

Les créanciers d'une filiale impécunieuse sont pourtant, très souvent, tentés d'amorcer des actions juridiques contre la société mère, supposée, être plus solvable, omettant en passant, le cloisonnement patrimonial à l'intérieur du groupe, et l'impossibilité pour ce dernier de contracter des obligations du fait de l'absence de la personne morale.

L'aboutissement de ces actions reste aléatoire, c'est pourquoi, par mesure préventive certains contractants conditionnent l'accord définitif avec une filiale à l'engagement de la société mère, cet engagement, qui peut être de nature contractuelle ou extracontractuelle, représente un gage pour le créancier, qui trouvera contre qui se tourner en cas de défaillance de son débiteur principal.

En l'absence de dispositions spécifiques, la plupart des solutions ont été trouvées dans le droit commun de la responsabilité civile, voire même pénale.

---

<sup>168</sup> CA Versailles 12e ch.2e sect., 22 février 1996, SARL Shipmar et autre c/SA Nationale Elf Aquitaine et autre, voir aussi Cass.com .27 janvier 1998 dans l'affaire opposant la société Amsterdam international Bank et la société coffral

<sup>169</sup> CA Paris 15e. Sect., 15 mai 1990, Archibald c/Sté commodore international LTD

## **Chapitre 1. La responsabilité civile de la société mère**

Certaines solutions sont purement jurisprudentielles, et sont constituées la plupart du temps par l'application de règles de droit commun, telle la simulation, l'apparence, et la théorie de la fictivité.

### **Section 1. La responsabilité de la société mère dans le cadre contractuel**

L'appartenance à un groupe de sociétés n'emporte pas de conséquences juridiques à l'intérieur de la structure, et ne peut légitimer, en aucun cas, la transmission des obligations d'une société à une autre, une société, même dominée, n'en demeure pas moins une société autonome avec une personnalité morale indépendante et distincte ; ce principe d'autonomie patrimoniale détermine fondamentalement la politique financière des groupes de sociétés, et plus particulièrement leurs modes de recours au crédit<sup>171</sup>.

N'importe quelle société du groupe, peut, pour la réalisation de l'intérêt social, le développement de son activité, surmonter un exercice déficitaire, avoir recours à des crédits, mais « Sans sûretés, pas de crédit, et sans crédit pas d'économie moderne. »<sup>172</sup>

La seule appartenance au groupe, quelle que soit son importance financière ou commerciale, n'est pas une garantie suffisante pour le prêteur, qui peut, en l'occurrence, être d'avis que la main forte que peuvent prêter les autres sociétés pour le secours de la société emprunteuse défaillante est aléatoire<sup>173</sup>.

Aussi, si un créancier doute de la solvabilité d'une filiale ou entend mettre sur le dos de la

---

<sup>171</sup>Hovasse (H), *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, Thèse, Rennes, 1974, n° 4 p. 3

<sup>172</sup>Malaurie (PH) & Aynes(L), *Cours de droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, 2000/2001, n°1

<sup>173</sup>Dana-Demaret(S), *Groupes de sociétés. Fonctionnement, relations financières intragroupes*, J.-Cl. Sociétés, II.2457.1 p. 3

société mère une obligation qui, normalement incombe à la filiale, il doit prouver que cette dernière ne jouit pas des effets juridiques que la loi a prévu en sa faveur<sup>174</sup>, ou prouver le non respect par la société mère de ses engagements de garant, assumés par elle lors de la conclusion du contrat.

Il y a toute une palette de garanties pour ça, et qui ne supposent en aucun cas, une atteinte à l'autonomie de la filiale, mais plutôt une atténuation contractuelle<sup>175</sup> à ce principe, puisque dans ce cas, il s'agit d'une initiative, d'un engagement propre de la société mère de payer en lieu et place de sa filiale, c'est un renoncement explicite de la société mère à son autonomie patrimoniale par la souscription d'un engagement contractuel. La nature et l'étendue de l'engagement n'est pas toujours la même.

### **§1. La nature des garanties accordées par la société mère en faveur de ses filiales**

Pour remédier aux aléas que suppose une action en justice, et dont le dénouement est imprévisible ; certains créanciers avisés ou qui doutent de la solvabilité de la filiale, conditionnent la conclusion du contrat, par le fait que la société mère se porte garante des engagements de sa filiale.

Cet accord est courant, et permet de protéger efficacement les intérêts des créanciers qui peuvent ainsi, en cas de défaillance de leur débiteur principal, en l'occurrence la filiale, se retourner contre son codébiteur, la société mère pour réclamer ce qui leur revient de droit.

Pour déterminer les obligations que supposent de telles garanties pour la société mère, il faut d'abord procéder à l'étude de la nature juridique de la garantie souscrite.

---

<sup>174</sup> Art 1842, C.Civ

<sup>175</sup> Guyon(Y), Droit des affaires, t. 1, n° 616 p. 644

Contrairement au mot "garantie", qui recouvre toute mesure consistant à assurer la sécurité des transactions, conformément à la directive de Bruxelles<sup>176</sup> du 9 mars 1968, le mot "sûreté" en l'espèce, doit s'entendre de tout moyen juridique garantissant le paiement d'une créance, dans le but d'éliminer l'élément risque, s'attachant aux opérations de crédit<sup>177</sup>. C'est dire que toute opération de crédit ne constitue pas une garantie au sens juridique du terme.

Divers engagements de caution, de confort, de garantie autonome peuvent être pris par la société mère ou des sociétés du groupe pour garantir la solvabilité ou la continuité dans la gestion d'une société du groupe.

Ces opérations sont invariablement tripartites<sup>178</sup>, elles réunissent un débiteur - la société-fille ou la société-mère, - un garant - la société-mère ou la société-fille - et un créancier, bénéficiaire de la sûreté, en effet, le soutien apporté par une société du groupe à une autre emprunte indifféremment un chemin souvent descendant, parfois ascendant, ou encore transversal<sup>179</sup>.

La nature de la garantie choisie va varier selon le degré de la volonté d'implication des parties, ainsi que de l'environnement dans lequel la garantie est amenée à se développer.

La garantie autonome, par exemple est plus adaptée aux contrats internationaux, en général plus risqués, puisqu'elle crée une puissante garantie de paiement, détachée du contrat de base, qui n'est pas aussi contraignante pour le débiteur qu'un gage d'espèces, et qui assure en même temps, une certaine sécurité au créancier quant au recouvrement de sa créance. Quant

---

<sup>176</sup> Guilberteau (M), **Les garanties conférées par une société anonyme dans le cadre de la législation du 24 Juillet 1966**, thèse dactyl. Paris 1971 p.1

<sup>177</sup> Ripert et Boulanger, "Traité de droit civil" T 3 1958 : "Sûretés Réelles" n° 6

<sup>178</sup> Dagot(M) et Mouly(C), **L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction de personnes morales)**, Rev. sociétés, 1988 n° 4 p. 5

<sup>179</sup> Chenut (C.H), **Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères**, Revue des sociétés 2003 p. 71

au cautionnement, convention de nature civile<sup>180</sup>, il révèle ses difficultés d'adaptation au monde des affaires<sup>181</sup>.

Pour notre étude, on va se pencher, spécialement sur la lettre d'intention qui est surtout souscrite par une société appartenant à un groupe pour garantir les engagements d'une autre société du groupe<sup>182</sup>, et qui s'est enrichie au fur et à mesure de l'expansion des groupes de sociétés.

### **I. La lettre d'intention : garantie privilégiée dans les groupes de sociétés**

La lettre d'intention appelée aussi lettre de confort, de parrainage, de patronage, ou d'apaisement... est une pratique, d'origine anglo-saxonne<sup>183</sup>, c'est une création de la pratique contractuelle, même si elle est aujourd'hui définie par le Code civil<sup>184</sup>.

Il faut signaler que la lettre d'intention dans le monde des affaires, peut avoir une autre acception, la lettre d'intention peut être aussi, un document précontractuel par lequel les parties à une négociation, définissent le cadre et les limites de celle-ci et/ou expriment leur intention de parvenir à la conclusion du contrat projeté<sup>185</sup>, mais l'objet de cette partie de notre travail, c'est la lettre d'intention-sûreté.

La lettre d'intention est un moyen juridique de garantie qui a vu le jour, principalement, dans le cadre des groupes de sociétés, essentiellement dans les rapports entre sociétés mères et organismes financiers ou fournisseurs créanciers d'une de leurs filiales, afin de permettre à une filiale souffrant de désagréments de nature financière, de recevoir le soutien de sa société mère, préservant ainsi le créancier contre son insolvabilité.

---

<sup>180</sup> Art 2288 à 2320 du C. Civ

<sup>181</sup> Gibirila(D), La société caution, Revue des sociétés 2011 p. 663

<sup>182</sup> Simler(P), Cautionnement et garanties autonome, 3e éd., Litec, 2000, n° 890 et s.

<sup>183</sup> Meyer (C), les lettres d'intentions, droit des sociétés 2000, n°3, p.6

<sup>184</sup> Art 2322 du C.Civ

<sup>185</sup> Fontaine (V), Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux : DPCI 1977, p. 73

Cette société mère, qui, théoriquement, produit toutes garanties de solvabilité et d'honnêteté, témoigne au destinataire de la lettre, en des termes pouvant être très variables mais généralement lénifiants, des apaisements quant à la bonne fin des crédits consentis ou à consentir à la filiale<sup>186</sup>.

La lettre d'intention prend la forme d'un document adressé au bénéficiaire de la garantie, dont le contenu est variable, le signataire n'est engagé que selon les termes de sa lettre. Or ceux-ci ne sont pas toujours précis, parfois, ils sont même volontairement flous<sup>187</sup>. Un auteur l'a poétiquement défini comme « une zone de liberté, aux charmes de laquelle pourrait s'ajouter, pour les amateurs d'ambiguïté, un parfum d'aventure juridique, compte tenu du flou de cette technique »<sup>188</sup>.

## **II. La qualification de l'engagement souscrit**

La lettre d'intention est issue des usages et du commerce, aussi, elle fait partie de ce qu'on pourrait qualifier de contrat innommé ou sui generis, ce qui rend difficile une conception unitaire de ce document, et partant, de prévoir ou de contourner toutes les tournures qui peuvent être adoptées ou les formules qui peuvent être incluses dans ce type de contrat.

Le principe demeure la liberté contractuelle, la lettre d'intention n'est soumise à aucune obligation de forme quand à sa rédaction, l'originalité de son objet, qui n'est pas de payer une somme d'argent ou une chose appréciable, fait qu'elle échappe aux dispositions de l'article 1326 du Code civil.

Si le destinataire d'une lettre d'intention est naturellement porté à y voir l'équivalent d'un cautionnement, l'imprécision des termes de la lettre incite, au contraire, son souscripteur à

---

<sup>186</sup> Baillod (R), les lettres d'intention, RTD Com. 1992 p. 547

<sup>187</sup> Legeais (D), J-CI Banque - Crédit - Bourse, Fasc. 741, lettre d'intention

<sup>188</sup> Baillod (R), les lettres d'intention », op-cit, p. 549

soutenir, qu'elle ne comporte aucun véritable engagement juridique<sup>189</sup>.

Oppetit<sup>190</sup> disait à ce sujet que les lettres d'intentions présentent un vrai paradoxe, le comportement contradictoire révélé par ces pratiques insolites, consiste précisément à s'engager sans s'engager, paradoxe que ces engagements voulus, en marge du droit, soient sanctionnées par ce même droit.

On peut considérer donc, la lettre d'intention comme une sûreté personnelle à l'égal du cautionnement et de la garantie autonome, mais avec des règles moins contraignantes<sup>191</sup>, cette hypothèse est contredite par un auteur<sup>192</sup>, pour qui la lettre d'intention ne pourrait être qualifiée de sûreté personnelle, dès lors qu'il manquerait deux éléments essentiels de la définition communément admise de la sûreté personnelle. D'une part, le signataire ne prend pas toujours un engagement de payer le bénéficiaire de la lettre, d'autre part, le signataire n'a pas un recours contre le débiteur principal.

Est-ce que la lettre d'intention a ou pas, alors, une portée légale ? Déjà en 1987, la cour de cassation a eu à trancher sur la question<sup>193</sup>, elle a décidé, en l'occurrence, qu'il appartenait au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Ainsi, une lettre d'intention peut produire des effets juridiques ou pas.

### **1. Lettre d'intention sans effet juridique**

Certaines lettres d'intention ne génèrent aucun devoir, et ne constituent qu'un engagement moral<sup>194</sup> ou une obligation naturelle, dépourvu de toute valeur juridique<sup>195</sup> pour ceux qui les

---

<sup>189</sup> Simler (P), Fasc. unique : Lettres d'intention, JurisClasseur Civil Code

<sup>190</sup> Oppetit (B), l'engagement d'honneur, D 1979, XVII, p.107

<sup>191</sup> Art L. 232-1-I du code de commerce impose au dirigeant d'une SA de se faire autoriser par son conseil d'administration ou de surveillance

<sup>192</sup> Lecannu (P), les lettres d'intention conquises par le code civil, RTD Com. 2006 p. 421

<sup>193</sup> Cass.com, 21 décembre 1987, n°85-13.173, Bulletin 1987 IV N° 281 p. 210 ;

<sup>194</sup> CA Paris, 30 avr. 1984 : Banque 1985, p. 754, obs. Rives-Lange

ont souscrits.

C'est le cas par exemple, lorsque la société mère donne acte à la banque, du crédit accordé à sa filiale, en approuve le principe, témoigne de sa satisfaction, ou conforte moralement la situation du débiteur<sup>196</sup>.

Dans un cas d'espèce<sup>197</sup>, forte d'une lettre de recommandation de la filiale d'une banque française, une entreprise française accepte les commandes d'une société étrangère, ladite lettre, confirmée par la banque mère, stipulait notamment :

« Nous avons l'honneur d'introduire auprès de vous et de recommander à votre meilleur accueil : M, L de la société D, bon client de notre établissement. Nous vous serions reconnaissants de bien vouloir vous mettre à la disposition de M. L et de lui fournir, dans la mesure du possible, les renseignements qu'il pourrait être amené à vous demander afin de faciliter sa mission ». La société étrangère étant devenue insolvable, l'entreprise française n'a pu obtenir paiement de la marchandise qu'elle lui a livrée, elle assigne alors la banque française et sa filiale pour qu'elles soient condamnées, au titre principal, pour non exécution d'un engagement contractuel, et subsidiairement, pour assumer leur responsabilité délictuelle, l'entreprise française ayant allégué qu'elle n'avait contracté qu'au vu de la lettre en litige.

Le Tribunal de commerce et la Cour d'appel de Paris ont jugé qu'il s'agit, en l'espèce, d'une simple lettre de recommandation, destinée à faciliter les négociations de la société étrangère avec l'entreprise française. Les juges n'ont trouvé aucun engagement juridique dans la formulation de la lettre et déboutèrent la plaignante sur le premier moyen.

---

<sup>195</sup> Oppetit(B), op-cit

<sup>196</sup> CA Paris, 4 mai 1993 : Bull. Joly Sociétés 1993, p. 729, § 212, note Ph. Delebecque

<sup>197</sup> Paris, 5e ch., 30 avr. 1985, Banque n° 452. 1985. pp. 754-755, obs. Rives-Lang

Sur le moyen de la responsabilité délictuelle des banques, les juges ont relevé que la lettre en litige a une portée générale, qu'elle ne comportait aucun renseignement sur la solvabilité de la société étrangère, renseignement, qui par sa fausseté aurait pu entraîner la responsabilité de l'auteur de la recommandation. De l'avis de la Cour d'appel : « l'appréciation favorable que comporte implicitement toute recommandation ne peut, par sa généralité même et son imprécision, tromper les tiers ».

Dans le même sens, la haute cour dans un de ses arrêts, a confirmé la décision des juges de la cour d'appel, qui avait rejeté les prétentions du requérant, ayant relevé que les termes employés dans une lettre d'intention, démontraient que la société mère ne s'était engagée ni à garantir ni même à se substituer à sa filiale, en cas de carence de celle-ci, que l'objet de sa lettre était seulement d'informer le créancier de son intention de soutenir la filiale, pour lui permettre de poursuivre son redressement, chose que la société mère avait fait, en soutenant sa filiale par un ensemble de mesures<sup>198</sup>.

Le même sort sera réservé à une lettre d'intention, dans laquelle la société mère présente ou recommande sa filiale à la banque, reconnaît être informée du crédit qui lui a été ou qui va lui être octroyé, affirme connaître la situation financière de celle-ci, qui est en mesure d'assumer ses obligations<sup>199</sup>, et dit qu'elle ne se désintéresserait pas de la bonne fin des concours consentis à sa filiale<sup>200</sup>... Certains auteurs vont encore plus loin, et considèrent que la référence à la politique du groupe en matière de soutien financier des filiales est un engagement moral sans plus<sup>201</sup>.

---

<sup>198</sup> Cass. Com, 18 mai 2005 : Juris-Data n° 2005-028479

<sup>199</sup> BRDA, 10/1991, p. 3 ; J. Honorat, Sociétés et cautionnement, Defrénois 1982. 1569

<sup>200</sup> CA Paris, 4 mai 1993 : Bull. Joly 1993, p. 729, note Delebecque : lettre confirmant l'intérêt porté aux affaires d'une société et l'intention de prendre une participation au moins égale à 26 %

<sup>201</sup> Bertrel(J.P), Les lettres d'intention, Rev. Banque 1986 ; CA Paris, 4 mai 1993 : Bull. Joly Sociétés 1993, p. 729, § 212, note Ph. Delebecque

Des variantes plus imprécises ou, au contraire, plus contraignantes ont cours. Par exemple, l'engagement d'assurer la couverture financière, de se substituer à la filiale en cas de besoin ...l'honorabilité de l'auteur de l'engagement est censée, aux yeux du destinataire, compenser l'imprécision voulue de la lettre<sup>202</sup>.

Et il va de soi que le désengagement est total, quand le souscripteur insère dans sa lettre des expressions comme "nous voudrions mentionner, sans engagement quelconque de notre part, que c'est un principe de politique générale de notre maison de veiller... à ce que la situation financière de nos sociétés affiliées soit solide...".

la situation prendrait une autre tournure, si des informations erronées sont glissées dans le corps de la lettre, susceptibles d'induire en erreur le créancier sur la solvabilité de la filiale, c'est la responsabilité délictuelle de la société mère qui risquerait d'être engagée à ce moment<sup>203</sup>, elle pourra ainsi être condamnée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil à réparer le dommage .

Les lettres ont longtemps suffi pour les transactions commerciales dans le monde des affaires, le respect de la parole était alors en usage dans la pratique des affaires. Le déclin de l'éthique des affaires a conduit à faire évoluer la pratique des lettres. Ceux qui les réclament exigent alors des engagements juridiques de la part des signataires<sup>204</sup>.

## **2. Lettre d'intention produisant un effet juridique**

La lettre d'intention baigne dans un grand flou, qui est d'ailleurs la clé de son succès, puisqu'elle laisse au garant une grande marge de manœuvre, lui permettant d'user de formules assez fuyantes, le mettant à l'abri de toute réclamation de la part du créancier au point où un

---

<sup>202</sup> Simler(P), J-CI Civil Code, Fasc. 10, Cautionnement

<sup>203</sup> CA Paris, 30 avr. 1985 : Banque 1985, p. 754, obs. Rives-Lange

<sup>204</sup> D.Legeais, op-cit

auteur, place certaines lettres d'intention en marge du droit<sup>205</sup>.

Le législateur a défini la lettre d'intention comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire, ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier »<sup>206</sup>.

Une lettre d'intention constitue, donc, à la charge de celui qui l'a souscrite, un engagement de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, même si elle ne constitue pas un cautionnement. En effet, ce dernier, même si, à priori, il ne confère pas d'intérêt direct à son auteur, il peut, nonobstant, le mener à la ruine dans le sillage de celle du débiteur principal.

Ainsi par exemple, lorsqu'il est amené à désintéresser un créancier, la caution n'a pas de prime abord recours contre le débiteur défaillant qu'il a accepté de « soutenir » ; il doit payer à sa place, ce qui va être imputé sur la dette<sup>207</sup>. Il pourra, par la suite, poursuivre dans le cadre d'une action subrogatoire<sup>208</sup>, à moins que, la caution ait payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal<sup>209</sup>.

Le législateur a essayé d'élaborer un système de protection des associés, en réduisant la capacité des dirigeants sociaux de souscrire de tels actes au nom de la société<sup>210</sup>, et par conséquence de nuire à l'intérêt de celle-ci.

Pour ce qui est des lettres d'intention, les tribunaux auront à en connaître, si le débiteur « garanti » se révèle insolvable et, hypothèse avancée, et qui peut paraître encore plus absurde<sup>211</sup>, que le « garant » sollicité de payer, conteste l'existence d'un quelconque

---

<sup>205</sup> R. Baillod, *Les lettres d'intention*, RTD Com. 1992 p. 547

<sup>206</sup> L'article 2322 du code civil issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006

<sup>207</sup> Art 2305 du C.Civ

<sup>208</sup> Art 1251 du C.Civ

<sup>209</sup> Art 2308 du C.Civ

<sup>210</sup> Gibirila(D), *La société caution*, Revue des sociétés 2011, p. 663

<sup>211</sup> Terray(J), *La lettre de confort*, Rev. Banque 1980.330

engagement de sa part.

À la différence du cautionnement, le souscripteur de la lettre d'intention, ne va pas payer à la place du débiteur, il va devoir indemniser le créancier pour ne pas avoir exécuté son obligation de soutien. Le fondement de sa dette se situe dans une faute personnelle, et non dans une forme de co-obligation. Le recours contre le débiteur principal apparaît dès lors très problématique, il va dépendre en réalité de la politique de gestion du groupe.

Les banques, pour certaines lettres d'intention, exigent fréquemment, une garantie indépendante, en lieu et place du cautionnement, c'est le cas pour garantir le remboursement d'emprunts<sup>212</sup>, comme contenant une obligation de faire. Exemple : " nous ferons tous nos efforts pour que notre filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses engagements... "

Sous ce rapport, la promesse d'alimenter la trésorerie de la dette d'une filiale n'est pas l'accessoire de la dette de la société, c'est une obligation dont l'objet est propre. La société mère engage alors plutôt sa responsabilité à l'égard de sa filiale, plutôt que vis-à-vis de la banque, c'est une obligation de résultat<sup>213</sup>

Dans un tel cas, il va de soi que l'extinction de l'obligation principale<sup>214</sup> vis-à-vis de la banque ne libérera pas le garant, alors qu'elle aurait libéré la caution.

## **§2. Type d'obligation à la charge de la société mère**

Les juges se trouvent toujours confrontés, dans le cadre des relations mère-fille, à des cas où ils devront savoir si les obligations juridiques assumées par la société mère, émettrice de

---

<sup>212</sup>Deveze(J), *Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes*, *Petites Affiches*, n°79, 3 juillet 1991, p. 27

<sup>213</sup> Cass.com, 17 mai 2011, n°09-16.186 ; cass.com, 19 mars 1991, n°89-16.464, Bull 1991 IV N° 110 p. 77 ; Cass.com, 17 décembre 2002, n°00-11.566, Inédit ; cass.com du 9 décembre 1997, n°96-17.916, Bull 1997 IV N° 332 p. 286 ;

<sup>214</sup> Art 1234 du C.civ énumère les situations qui entraînent une extinction de l'obligation

lettres d'intention, constituent des obligations de faire ou de donner, et en cas d'obligation de faire, savoir si celle-ci est une obligation de moyens ou de résultat. Selon un auteur, « la lettre d'intention engage à quelque chose, qui reste à déterminer »<sup>215</sup>. L'auteur ajoute que c'est au contexte et aux faits qu'il faut se référer pour déterminer la portée que l'on attribue à la lettre d'intention.

La lettre d'intention est un engagement contractuel unilatéral, qui engage la responsabilité de la société mère à l'égard du bénéficiaire, en cas d'inexécution, celle-ci se sera plus ou moins obligée envers le bénéficiaire, sa responsabilité sera facile ou pas à rechercher. En effet, les règles de preuve varient en fonction de la nature juridique de l'obligation contenue dans la lettre d'intention<sup>216</sup>.

Si la distinction entre les obligations de résultat et des obligations de moyens est en elle-même compliquée, cette complication s'aggrave, lorsqu'elle est attachée aux lettres d'intention. Ceci est attribuable, d'un côté à la diversité des lettres d'intention et à l'imprécision de leur rédaction, et d'un autre côté, à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

### **I. Obligation de faire pour la société mère**

La lettre d'intention est souvent caractérisée par les hésitations de son signataire, et les illusions de son bénéficiaire<sup>217</sup>, la situation est imprégnée de méfiance et les deux parties sont sur le qui vive. Pour emprunter une métaphore à Vasseur<sup>218</sup>, la lettre de confort donne souvent lieu au « jeu du chat et de la souris ».

---

<sup>215</sup> Najjar (I), " L'autonomie de la lettre de confort " , D. 1989. Chron, p.217

<sup>216</sup> Meyer(C), Les lettres d'intention, Droit des sociétés n° 3, Mars 2000, chron. 5

<sup>217</sup> Cass. Com, 21 décembre 1987, Bull, n° 281 JCP. 1988. II.21113, concl.Montanier,

<sup>218</sup> Vasseur, dans sa note sous Montpellier. 2° ch., 10 janvier 1985, D. 1985. Somm. 340-341 écrit ceci : « Le Présent arrêt témoignera de la duperie et de l'auto-illusion des lettres dites d'intention, Celles-ci sont une illustration juridique du jeu du chat et de la souris, auquel se prête une société-mère, qui, en établissant la lettre d'intention, désire tout à la fois une chose et son contraire, manifester du bout des lèvres, qu'elle

La cour de cassation, dans un arrêt datant de 1987 considérait déjà que la lettre d'intention constituait à la charge de celui qui l'a souscrite, un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire, pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, voire même constituer un cautionnement, la position de la haute cour se maintient<sup>219</sup>, et la société mère ne va pas déroger à ce principe.

En premier lieu, la société mère peut souscrire une obligation de faire, différente d'une obligation de payer. Les exemples sont assez nombreux et avec des énonciations qui ne peuvent prêter à confusion. Tel est le cas des expressions "prendre toutes les dispositions pour que"<sup>220</sup>, "faire en sorte que"<sup>221</sup>, "assurer la couverture des besoins financiers de la filiale"<sup>222</sup>, "en toute hypothèse assurer la bonne fin d'une opération"<sup>223</sup>, "de garantir que... ou de donner l'assurance"<sup>224</sup>. En s'engageant à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tout moment, vis-à-vis de la banque qui lui a accordé un prêt, la société mère souscrit une obligation de faire ; celle-ci peut s'analyser soit en une obligation de moyens, soit en une obligation de résultat.

Ainsi, et sur la base de la distinction bien connue en droit commun des obligations, les obligations de faire sont susceptibles de degrés<sup>225</sup>, elles peuvent être simplement de moyens ou promettre un résultat.

---

**entend soutenir sa filiale et le laisser croire au destinataire de la lettre créancier de la filiale, mais dans la réalité, ne pas s'engager et en tout cas espérer se dégager, pour finalement, contrairement à cet espoir, se trouver obligée de payer la dette de sa filiale ».**

<sup>219</sup> cass.com, 17 mai 2011, n°09-16.186

<sup>220</sup> RTD com. 1999, p. 900, obs. Reinhard

<sup>221</sup> CA Paris, 11 mai 1993 : JCP G 1993, I, 3715, n° 10 et JCP E 1993, II, 512, note Barbiéri ; CA Paris, 16 janv. 2001 : Juris-Data n° 2001-139830

<sup>222</sup> Cass. Com., 16 nov. 2004 : Juris-Data n° 2004-026777 ; CA Paris, 13 janv. 1989 : RD bancaire et bourse 1989, p. 109, obs. Jeantin et Viandier

<sup>223</sup> Cass. Com., 16 novembre 2004, JCP E 2005, 915, n° 11, obs. Ph. Simler

<sup>224</sup> Cass.com, 17 novembre 1992, Bull. civ. 1992, IV, n° 364

<sup>225</sup> Simler(Ph), JurisClasseur Civil Code

### **1. Obligations de moyens**

Lorsque la société mère est tenue d'une obligation de moyens, l'inexécution est constituée par l'absence ou l'insuffisance des moyens apportés par elle à l'exécution de la prestation au regard des moyens promis, ceci peut-être apprécié par une confrontation entre les moyens promis et les moyens effectivement amorcés.

En effet, l'appréciation de l'inexécution de la société mère suppose une appréciation subjective de son comportement ; à savoir, évaluer si les moyens mis en action sont bien ceux promis, c'est de là que peut se déduire la faute contractuelle.

En d'autres termes, l'inexécution d'une obligation de moyens suppose nécessairement la constatation d'une faute.

Le bénéficiaire d'une lettre comportant un engagement de cette nature ne peut plus se contenter de démontrer que le résultat promis n'a pas été atteint. Il doit aussi rapporter la preuve de la faute de celui qui s'est engagé<sup>226</sup>. La société mère, quant à elle peut s'exonérer en démontrant qu'elle a usé de tous les moyens promis et avec diligence, et qu'elle n'a commis aucune faute, alors même que le résultat promis n'a pas été atteint, elle n'engage donc pas nécessairement sa responsabilité.

En justifiant l'inexécution par une cause étrangère, la société mère peut, en effet, démontrer son absence de faute. Et comme le contrat reste bel et bien inexécuté, il est incontestable que l'inexécution ne se résume pas à la faute. Il s'agit donc rationnellement de deux conditions distinctes de la responsabilité contractuelle.

---

<sup>226</sup> Cass.com, 18 mai 2005, RD bancaire et fin. sept-oct. 2005, comm. 173, obs. AC ; Dr. et patrimoine févr. 2006, p. 131, obs. Ph. Dupichot

Mais la société mère est automatiquement libérée de son obligation de moyens, dès lors qu'elle est au bord de dépôt du bilan et que les efforts à fournir deviennent incompatibles avec sa propre survie, et cela même si les aides auraient été faibles<sup>227</sup>.

Ainsi par exemple, l'engagement de la société mère à faire les meilleurs efforts pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses engagements, caractérise une obligation de moyens et non une obligation de résultat<sup>228</sup> comme le serait l'engagement de faire le nécessaire.

Il faut dire à ce niveau que l'obligation de moyens est l'analyse la plus correcte que l'on puisse faire en l'absence de stipulation claire dans le texte de la lettre ou dans le contexte qui l'entoure, cette qualification respecte le principe sacré de l'indépendance dont jouissent les sociétés les unes par rapport aux autres<sup>229</sup>.

C'est ce qui ressort d'une décision de la cour de cassation qui stipule que l'importance d'une obligation de moyens impliquait des limites découlant de l'autonomie de la filiale et, que partant, le contenu de l'obligation de moyens est conditionné par le degré d'indépendance ou de subordination qu'a une filiale vis-à-vis de sa mère<sup>230</sup>.

On peut ainsi déduire qu'une filiale détenue à 100 % par sa mère suppose de la part de celle-ci plutôt une obligation de résultat puisque toutes les décisions sont prises par elle.

## **2. Obligations de résultat**

La société mère souscrit une obligation de résultat lorsqu'elle promet ce résultat et lorsque ce résultat dépend de sa seule action et non de celle d'un tiers, sa responsabilité est donc retenue

---

<sup>227</sup> Cass.com, 17 octobre 1995, RJDA 1/96, n°110

<sup>228</sup> CA Paris, 15e ch., sect. B, 22 janvier 2009, JurisData n° 2009-375819 ; RD bancaire et fin. 2009, comm. 576, obs. Legeais ; cass.com, du 18 avril 2000, n° 97-19.043, Bulletin 2000 IV N° 78 p. 69

<sup>229</sup> Terray(J), « La lettre de confort », Banque n° 393, mars 1980, pp. 329-338

<sup>230</sup> Cass.com, 17 octobre 1995, bull.Joly 1996, P.40 §9, note C.Prieto

si le résultat promis n'est pas obtenu. L'existence de cette obligation de résultat ne découle pas de la simple constatation d'une autorisation préalable donnée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance<sup>231</sup>.

La responsabilité de la société mère d'une obligation de résultat ne suppose pas la preuve d'une faute ; elle est engagée du seul fait de l'inexécution, elle ne peut se dégager qu'en invoquant la force majeure ou le cas fortuit. C'est à elle de démontrer que les conditions de l'exonération de responsabilité sont réunies<sup>232</sup>.

La lettre par laquelle une société mère s'est obligée à "faire le nécessaire" pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de rembourser un prêt bancaire, s'analyse en une obligation de résultat. L'inexécution de cette obligation permet à la banque d'obtenir des dommages et intérêts à hauteur des sommes restant dues au titre du prêt, augmentées du montant de la clause pénale<sup>233</sup>.

La société mère, qui, en vue de l'octroi par la banque de concours bancaires à sa filiale, s'engage auprès de celle-ci, inconditionnellement et irrévocablement, à faire en sorte que la situation financière et la gestion de l'emprunteur soient telles que celui-ci puisse à tout moment remplir tous ses engagements présents et futurs envers la banque<sup>234</sup>, suppose également pour la mère une obligation de résultat.

La jurisprudence considère que les formules suivantes traduisent des obligations de résultat :

- Clause d'approbation du crédit suivie d'un engagement quelconque
- Engagement précis de maintien de la participation au capital<sup>235</sup>

---

<sup>231</sup> Legeais(D), Fasc. 741 : lettre d'intention, JurisClasseur Banque - Crédit - Bourse

<sup>232</sup> Cass.Com, 19 avril 2005 : JCP E 2005, 915, n° 11, obs. Ph. Simler

<sup>233</sup> Cass. Com, 19 janvier 2010 : JurisData n° 2010-002252 ; Dr. sociétés 2010, comm. 89, note M. Roussille

<sup>234</sup> Cass. Com, 17 mai 2011 : JurisData n° 2011-009082

<sup>235</sup> Versailles, 12° ch., 5 mai 1988, D. 1989. J. 436-437 ; cass.com, 4 octobre 1994, n° 92-15.330, Bulletin 1994 IV N° 276 p. 221

- Obligation d'information en cas de non maintien
- Engagement de contrôle ou garantie de la qualité de la gestion de la filiale<sup>236</sup>
- Promesse de maintenir la filiale dans une situation financière telle, qu'elle sera en mesure de rembourser le crédit<sup>237</sup>
- Engagement clair de mettre des fonds suffisants à la disposition de la filiale<sup>238</sup>
- Engagement de subordonner les créances de la société mère sur la filiale à celles résultant du crédit
- Engagement ferme de se substituer à la filiale pour le remboursement direct du crédit.

En définitive, la lettre d'intention peut faire l'objet soit d'une obligation de ne pas faire (par exemple, ne pas retirer sa participation à une filiale), soit une obligation de faire (avertir au préalable le bénéficiaire de toute cession de participation, maintenir la participation dans la filiale, contrôler la qualité de sa gestion), ou une obligation de donner (mettre des fonds à la disposition de la filiale, rembourser le crédit à sa place).

## **II. Les effets de l'inexécution de l'obligation**

La nature de l'obligation (obligation de moyens ou de résultat) qu'a la société mère envers le destinataire de la lettre d'intention, aura des effets différents en cas de défaillance de celle-ci. Ainsi, cette responsabilité est de plein droit quand il s'agit d'obligation de résultat, aucune condition n'est exigée, le bénéficiaire de la sûreté n'a d'autre preuve à rapporter que celle de son préjudice, qui résultera le plus souvent du simple constat de la défaillance du débiteur garanti ; la société mère peut, néanmoins, toujours se soustraire à sa responsabilité en

---

<sup>236</sup> Cass.com, du 19 mars 1991, n°89-16.464, Bulletin 1991 IV N° 110 p. 77

<sup>237</sup> CA Lyon, 3e ch., sect. A, 4 juin 2009, n° 08/05617: JurisData n° 2009-004048 ; RJDA 10/2009, n° 892 ; Cass. Com, 20 février 2007, n° 05-18.882 : JurisData n° 2007-037498 ; Paris, 3° ch. B, 10 mars 1989 Soc. Générale de Fonderie (SGF) c/Soc. Anon. Champex ; cass.com, du 9 décembre 1997, 96-17.916, 96-18.134, Bulletin 1997 IV N° 332 p. 286

<sup>238</sup> JCP G 2011, n° 29-34, 863, note Dumery, et chron. 770, n° 7, obs. Simler ; Banque et droit 2011, p. 31, obs. Rontchevsky

apportant la preuve d'une force majeure<sup>239</sup>. Quant il s'agit, par contre, d'une obligation de moyens, il faut prouver l'inexécution fautive de ladite obligation<sup>240</sup>.

En général, prouver cette défaillance de la part du destinataire de la lettre d'intention n'est pas une sinécure, ça peut même s'avérer une tâche impossible. La jurisprudence montre que dans certains cas, c'était à l'auteur de la lettre d'apporter des preuves à décharge.

C'est ce qui ressort d'une décision émanant de la cour de Versailles<sup>241</sup> opposant la société S A Computel à la société Credito Italiano Gènes. Dans le cas d'espèce, la société mère qui a adressé une lettre d'intention à une banque, afin de permettre à sa filiale d'obtenir un crédit, a fait naître à son égard un engagement plus ou moins contraignant, pour s'en dégager, en cas de défaillance de la filiale, elle est tenue de rapporter la preuve qu'elle a accompli des efforts réels pour aider sa filiale à satisfaire ses engagements.

En cas de conflit entre le souscripteur et le destinataire d'une lettre d'intention, les juges sont tenus de procéder à l'interprétation des intentions des deux parties, en l'occurrence, la société mère et la société ou l'organisme financier, c'est qui ce ressort de l'article 1156 du code civil.

Mais il existe toujours une incertitude concernant les solutions adoptées. Ainsi, la jurisprudence consultée, semble être plutôt favorable au créancier garanti<sup>242</sup>, ce qui est pour le moins étonnant, vu l'article 1162 du code civil, qui stipule que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation », on voit bien que le rapport de force a subi un revers, laissant penser que dans la relation groupe de

---

<sup>239</sup> CA Besançon, 29 septembre 1995, Juris-Data n° 1995-046577 ; Cass.Com., 19 avril 2005 : Juris-Data n° 2005-028234

<sup>240</sup> Cass. com, 3 mars 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n° 101 ; T.Com. Paris, 29 février 1996 : Juris-Data n° 1996-042082 ; Cass. Com, 18 mai 2005, Juris-Data n° 2005-028479

<sup>241</sup> C.A. Versailles, Ch.12, section 2, 7 Novembre 1996, JurisData, 1996-048128

<sup>242</sup> C.A. Paris, 10 décembre 1991, RJDA 6/92, n°593 ; rev.de droit bancaire et de la bourse 1993, p.50, n°2, obs.M.Contamine-Raynaud

sociétés – banque, c’est cette dernière la partie faible.

## **Section 2. La responsabilité de la société mère dans le cadre extracontractuel**

Même si elle est critiquable, parce qu’elle bouleverse les prévisions du débiteur et porte atteinte à la sécurité juridique de ce dernier d’un côté, et parce qu’elle porte atteinte au principe de l’effet relatif des contrats d’un autre côté, entre autres. La responsabilité délictuelle est d’une grande utilité dans le cadre des groupes de sociétés, parce qu’elle permet de rechercher la responsabilité de la société mère en absence de tout contrat. Elle vient presque toujours suppléer à l’impossibilité pour la filiale de faire honneur à ses engagements.

Et puisque l’intérêt collectif du groupe prévaut sur l’intérêt particulier de chaque société, il peut sembler inéquitable de maintenir un cloisonnement patrimonial, dont les effets ne se font sentir que dans un seul sens, dans le sens défavorable à ceux que le législateur protège généralement<sup>243</sup>. Une société mère ne peut, lorsque cela l’arrange, traiter sa filiale comme si elle n’avait pas de personnalité propre, puis se prévaloir de son autonomie parce que son intérêt le commande<sup>244</sup>.

Ainsi, même si le groupe de sociétés fonctionne sur le principe de l’autonomie juridique et patrimoniale des entités composant celui-ci, la réalité peut s’avérer toute autre. En effet, la société mère peut faire preuve d’une ingérence dans les affaires de la filiale, parce qu’en usant de son ascendant sur celle-ci, elle a outrepassé ses droits et transgressé sa personnalité juridique, ceci en soi n’est pas un acte frauduleux, mais la société mère peut être déclarée responsable sur la base d’actes frauduleux, c’est le cas de l’apparence et de la fictivité.

---

<sup>243</sup> Grimonprez (B), pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, *Revue des sociétés* 2010 p. 715

<sup>244</sup> Lucas (F.X), *Les filiales en difficultés*, Petites affiches, 04 mai 2001 n° 89, P. 66

### **§1. Responsabilité de la société mère pour des actes frauduleux**

Le législateur ainsi qu'un certain courant doctrinal, rebutent l'idée d'une législation propre aux groupes de sociétés<sup>245</sup>, la jurisprudence quant à elle, n'hésite pas à reconnaître l'existence de fait du groupe, et partant, sa responsabilité, comme conséquence de l'enchevêtrement des relations entre la société mère et ses filiales.

Cette confusion dans les relations mère-fille peut être préméditée, et être la conséquence systématique de l'inexistence de la personne morale, c'est le cas d'une filiale fictive, soit l'effet d'une apparence trompeuse projetée par la mère et ses filiales.

#### **I. Responsabilité de la société mère sur la base d'une apparence trompeuse**

L'application de la théorie de l'apparence au groupe de société présente l'avantage d'offrir une base légale, « permettant d'exiger l'exécution d'une obligation de l'associé de fait apparent, de son débiteur »<sup>246</sup>. Une société dominante peut, en effet, « se voir enserrée dans des liens contractuels auxquels elle était, pourtant, étrangère »<sup>247</sup>, voire, tenue de réparer un

---

<sup>245</sup> L'idée d'une loi spécifique aux groupes de sociétés a commencé à germer déjà dans les années 60, au lendemain de l'adoption d'une législation propre aux groupes par le droit allemand, mais jusqu'à présent le rubicon n'a pas été franchi, ainsi Selon le rapport législatif n°552, 2008-2009 présenté par D. Praye, L. Negre, B. Sido et D. Dubois, c'est ce qui a été soulevé par le projet de loi du 14 octobre 2009 portant engagement national pour l'environnement : « La plupart des grandes entreprises sont aujourd'hui organisées selon le modèle de «groupe de sociétés» composé d'une société mère et d'une ou plusieurs filiales. Or, si les groupes de sociétés constituent des réalités économiques incontournables, et sont reconnus par certaines branches du droit, ils n'ont pas d'existence juridique propre en droit des sociétés. Ainsi, même si, en raison des liens capitalistiques qui les unissent, les différentes entités sont toutes soumises à la politique commune du groupe, seules les différentes sociétés qui composent le groupe sont dotées de la personnalité juridique et chaque entité constitue une personne morale juridiquement autonome». Dans le même sens, certains auteurs comme B. Grimonprez (Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, Rev.soc 2009, p.715) qui qualifie le groupe d'un concept mais d'un ensemble de situations disparates et réfractaires à toute systématisation

<sup>246</sup> Théorie de l'apparence et sociétés, Rev. Soc. 1991, p. 477, Obs. M. de Gaudemaris

<sup>247</sup> Ce n'est pas toujours le cas, la société mère peut-être au courant et même donner son accord aux contrats conclus par ses filiales

dommage alors que les conditions de la responsabilité contractuelle et civile ne sont pas réunies<sup>248</sup>.

L'absence de personnalité juridique du groupe de sociétés est parfois compensée par la théorie de l'apparence, notamment en matière de responsabilité<sup>249</sup>. Il arrive, en effet, que la jurisprudence rompe avec le principe de l'autonomie patrimoniale en vue de préserver les intérêts des créanciers induits en erreur par le comportement des sociétés contractantes.

En effet, d'apparence, le groupe fonctionne en respectant les principes de l'autonomie juridique et patrimoniale propres à cette forme sociale, mais la réalité peut être toute autre, la filiale est totalement sous la coupe de sa mère, soit parce qu'elle laisse transparaître une image qui ne reflète pas les faits, soit parce qu'elle est une coquille vide ; les différents débiteurs n'en font, en réalité qu'un, et c'est au maître de l'affaire de prendre sur soi les conséquences de son acte frauduleux.

Selon la doctrine la plus autorisée, « les situations apparentes sont des situations de fait auxquelles le droit confère des effets juridiques en raison des circonstances qui les accompagnent<sup>250</sup>. La théorie de l'apparence a, ainsi, principalement, une fonction de protection des tiers, légitimement abusés par la réalité apparente, elle n'abroge pas la loi, elle y déroge seulement, dans un souci de protection des tiers et de sécurité juridique. C'est dire, en termes plus précis, qu'elle ne nie pas le droit objectif, mais seulement les droits subjectifs<sup>251</sup>.

La définition juridique retenue oppose la réalité d'un droit ou d'une qualité à la perception erronée ou la croyance fautive – l'apparence – de cette réalité : elle suppose une situation

---

<sup>248</sup> L. Leveneur, *Situation de fait et droit privé*, LGDJ, Paris, 1990, p. 175

<sup>249</sup> Gibirila(D), *JCC, groupes de sociétés*, Fasc. 1574

<sup>250</sup> Jobard-Bachelier (M.N), *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984, p. 15

<sup>251</sup> Arrighi(J.P), *apparence et réalité en droit privé*, thèse, Nice 1974, P.487

vraisemblable, mais inexacte en droit<sup>252</sup>.

### **1. Confusion apparente entre la mère et la fille**

Si les sociétés d'un même groupe, nonobstant le fait qu'elles soient liées entre elles par des participations ou des dirigeants communs, conservent chacune leur pleine autonomie juridique et ne sont donc pas tenues de répondre des dettes les unes des autres, la société mère peut, néanmoins se trouver engagée à l'égard d'un tiers de bonne foi, dès lors que la croyance de ce tiers envers son mandataire apparent a été légitimement accréditée par des éléments de fait objectifs.

La théorie de l'apparence est devenue un mécanisme habituel d'assouplissement du droit, utilisé notamment pour combattre les abus de la personne morale<sup>253</sup>, en absence d'un cadre juridique régissant la vie des groupes de sociétés<sup>254</sup>. En effet, si l'image donnée, reflète fidèlement la réalité juridique du groupe et est donc conforme à l'apparence, dans ce cas de figure, il est logique et même légitime que la société chef de file assume ses devoirs sur la base des mécanismes du droit commun. Dans d'autres cas, c'est plutôt du à une illusion de la part des tiers qui, du fait de l'étroite collaboration, ou du soutien mutuel entre les sociétés d'un même groupe, se sont faits une image erronée de la réalité du groupe et ont fait un amalgame entre la réalité juridique et la réalité reproduite.

Il faut signaler à ce niveau, qu'une apparence trompeuse ne suppose pas toujours que le tiers s'est effectivement trompé et qu'il a contracté avec la filiale croyant le faire avec la société mère ou que cette dernière s'engageait solidairement aux côtés de la première, l'erreur peut-être présumée dans le cadre de la théorie de l'apparence, mais le préjudice et le lien de

---

<sup>252</sup> B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 4e éd., 1996, Litec, n° 1502, p. 571

<sup>253</sup> Philippe Pétel, *l'apparence d'une confusion de patrimoine ne permet pas l'extension d'une procédure collective*, *Bulletin Joly sociétés*, 01 octobre 1993, n°10, P.1050

<sup>254</sup> De Gaudemaris (M), *Théorie de l'apparence et sociétés*, *Revue des sociétés* 1991 p. 465

causalité annoncés dans l'article 1382 du code civil sont à exclure.<sup>255</sup>

Selon le professeur Calais-Auloy" lorsqu'un tiers traite avec une société du groupe en croyant qu'une autre s'engage envers lui, il deviendra créancier de l'une comme de l'autre ; à une condition cependant : que son erreur soit légitime ! Ce caractère implique une confusion apparente entre les deux sociétés". Le cas échéant, la jurisprudence fait application de la théorie des sociétés créées de fait pour impliquer la société dominante qui a fait croire (par des manœuvres ?) qu'il y avait une seule société, là où il y avait deux personnes morales distinctes .

Ce n'est pas la seule application de l'apparence en matière de groupe de sociétés, car cette théorie peut également être invoquée pour sanctionner les manœuvres tendant à faire croire qu'il y a un groupe là où il n'y a qu'une seule société, les filiales étant des sociétés fictives . Ici sous l'apparence de personnes morales distinctes, se trouve une confusion réelle par opposition à la confusion apparente dans l'hypothèse envisagée par le professeur Calais-Auloy.

Cette théorie est conditionnée par l'adjonction de deux éléments, un élément psychologique et un élément matériel c'est-à-dire l'objet de l'apparence et la croyance du tiers en cette situation. D'après Sourieux, les conditions d'objectivité de l'apparence sont remplies, dès lors que la situation est matériellement vraisemblable, et le sujet de l'apparence et celui qui a foi dans cet élément matériel, vraisemblable<sup>256</sup>.

Donc, pour qu'un créancier puisse agir sur le fondement de la théorie de l'apparence, il doit arriver à combiner entre deux éléments, un élément matériel, à savoir, arriver à prouver l'élément matériel ou la situation de fait à laquelle il a été exposé, et un élément psychologique ou moral c'est-à-dire la croyance légitime en cette situation de fait.

---

<sup>255</sup> Hannoun (C), l'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré, *Joly sociétés*, 01 mai 1991, n°5, p.479

<sup>256</sup> Sourieux (J.L), la croyance légitime, *JCP* 1982. I.3052

**2. Application de la théorie de l'apparence au groupe de sociétés :**  
**Illustrations jurisprudentielles**

Plusieurs solutions jurisprudentielles permettent de relever les cas où la théorie de l'apparence suppose une prise en charge des redevances de la filiale par la société mère, conséquemment à l'amalgame formé dans l'esprit des tiers, ceci peut être dû à une apparence d'unité, au fait d'avoir pris la société mère pour un contractant ou mandant apparent, le cas d'une société de fait ou encore celui de la société absorbante apparente. Ces situations sont diverses et hétéroclites, c'est ce qu'on va essayer d'étayer dans ce qui suit.

**2.1. Unité apparente**

Cette situation peut apparaître aux yeux des tiers par le biais de plusieurs indices dont la dénomination commerciale, le siège social, les bureaux entre autres. C'est d'ailleurs dans beaucoup de cas, les seuls éléments dont dispose le créancier ou auxquels il a accès.

Il faut dire à ce niveau que c'est courant dans le cadre des groupes de sociétés de trouver deux ou plusieurs sociétés occupant un même siège social, utilisant le même papier commercial, ayant le même numéro de téléphone ou employant les mêmes salariés. Ce sont des situations diverses et variées qui peuvent engendrer des confusions vis-à-vis des tiers<sup>257</sup>.

Ces pratiques sont risquées dans le sens où les créanciers d'une société du groupe peuvent demander à une autre société du même groupe le paiement de leur créance, lorsqu'ils ont pu légitimement croire que les deux sociétés n'en formaient qu'une seule ou étaient liées par une communauté d'intérêts.

D'après une étude de la jurisprudence, on a remarqué que les cours font jouer les effets de droit sur l'apparence, quand un ensemble d'indices ou ce qu'on appelle un faisceau d'indices

---

<sup>257</sup> Rouen, 6 novembre 1980, Gaz.Pal.1981, 1, p 249, note A.P.S ; Cass.Com, 2 Octobre 1992, Rev.soc 1993, p 449

est révélé, et qu'on peut par conséquence, écarter le principe d'autonomie et conclure à une apparente unité. C'est d'ailleurs ce cumul d'indices qui va permettre de déterminer la valeur et la portée de ceux-ci<sup>258</sup>.

Ces indices peuvent, en effet, être indifférents, c'est-à-dire que leur détection peut s'avérer indifférente et n'engendrer pas d'effets juridiques, c'est le fait d'avoir le même siège social<sup>259</sup>, les mêmes dirigeants<sup>260</sup>, une même base de données de la clientèle<sup>261</sup>, ou encore l'imbrication des relations commerciales ; ces éléments supposent, en fait, une économie d'échelle vis-à-vis du groupe.

C'est en faisant référence à ces critères neutres, que la haute cour a cassé le pourvoi formé par la société industrielle Sider à l'encontre de la société Mistral travaux Jean. Il résulte de cet arrêt que, même si les sociétés Sider et Cofer avaient des noms très voisins, le même établissement principal, avaient des activités complémentaires, avaient le même dirigeant et que le papier commercial de la société Cofer mentionnait en caractère plus gros, le nom de Sider, ainsi que le sien, et que le conseil de la société Cofer avait envoyé un courrier avec la référence client Cofer-Sider, ces motifs se sont avérés impropres à établir une unité de patrimoine ou une confusion de patrimoine<sup>262</sup>.

La même cour a prononcé une décision originale, qu'on pourrait qualifier même de

---

<sup>258</sup> Laurent Leveneur, situations de fait et droit privé, thèse 1990, LGDJ, P.139, N°122

<sup>259</sup> CA Bordeaux, 17 octobre 1927, GP 1928, I, p.17 ; cass.com, 16 mai 1991, SA Alice c/SARL boutique écossaise

<sup>260</sup> CA Paris, 15 mai 1990 statuant que « ...la société mère et sa filiale demeurent deux personnes morales distinctes et ce malgré l'existence de dirigeants communs » cette décision est appuyée par l'art L.225-21 du code de commerce qui permet à une personne d'exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français.

Par d'ailleurs vu la particularité des groupes, il est possible d'être titulaires de cinq mandats supplémentaires dans des sociétés détenues à 20% au moins par une société dont l'intéressé est déjà administrateur, membre de directoire ou de conseil de surveillance, droit des groupes de sociétés, réussir en affaires, Dalloz, 1991, p.161, n°6002

<sup>261</sup> CA Amiens, 12 mars 1996

<sup>262</sup> cass.com, 16 janvier 2001 ; cass .com 20 janvier 1998, Bull .Joly sociétés, 1998, p.474

courageuse, puisqu'elle a condamné une société à payer les dettes de sa fausse filiale<sup>263</sup>. Dans ce cas d'espèce, la chambre de commerce et d'industrie de Saint-Nazaire, qui gère le port de pêche du Croisic, a confié à la société Mace Holding l'étude d'un système d'automatisation à la criée, le marché a été confié à la société Sysmat, celle-ci ayant été mise en redressement judiciaire deux ans plus tard, ses créanciers l'ont assigné solidairement avec la société Mace Holding et CCI de Saint Nazaire au paiement des dus.

Ce cas de figure est intéressant, dans la mesure où, même s'il ne s'agit pas d'un groupe de sociétés, puisque la société Mace Holding et la société Sysmat sont deux personnes morales complètement distinctes et n'entretiennent entre elles aucune relation de quelque nature que ce soit, il fait ressortir le rôle joué par la théorie de l'apparence, les magistrats ont en effet estimé, qu'il y avait une apparence de filiation, et que les deux sociétés avaient donné l'apparence qu'elles agissaient en étroite interdépendance sous une même unité de contrôle et de direction. Cet argumentaire reste quand même un peu confus et ne termine pas de convaincre.

Par contre, ces mêmes indices peuvent être décisifs ou déterminants, lorsqu'ils sont retenus par les magistrats comme ayant pu contribuer à donner une image fautive de la réalité et conséquemment, contribuer à la création d'une situation d'apparence, à ce moment, ils produisent des effets de droit.

Ainsi, plusieurs décisions des cours ont transcendé l'autonomie patrimoniale des sociétés à l'intérieur des groupes et donné gain de cause aux créanciers, lorsque ceux-ci furent victimes d'une unité apparente, c'est le cas d'un arrêt de la cour de cassation qui a corroboré la décision de la cour d'appel, relative à la condamnation in solidum de deux sociétés dont l'une était administrateur de l'autre, à réparer le dommage causé à un voisin au motif que les deux

---

<sup>263</sup> Cass. Com, 18 octobre 1994, n° 1951 D, SA Mace Holding c/ SARL Ravache et autres

sociétés s'assimilaient en fait<sup>264</sup> .

Cette condamnation in solidum peut ainsi également jouer, si la société mère prête un soutien abusif à sa filiale de manière à instaurer une apparence fallacieuse vis-à-vis des tiers<sup>265</sup> .

La haute cour a également condamné une société à payer les dettes de l'autre, dès lors qu'elle a constaté l'existence simultanée à une même adresse de ces deux sociétés en commandite, du même siège social, du même dirigeant et du même commanditaire, le créancier ayant fait valoir dans ses conclusions que son cocontractant était indifféremment désigné sous diverses dénominations...

A souligner que l'apparence d'une confusion de patrimoines ne permet pas l'extension d'une procédure collective, c'est ce qui ressort de l'arrêt de la cour de cassation opposant la société Marvac et la société Agratex, la cour a rejeté l'extension de la procédure aux sociétés Socropo et Sofradimex, filiales de la société Agratex vu l'absence de flux financiers anormaux et ce, malgré les liens structurel, financier et humain existants entre les différentes sociétés<sup>266</sup> .

## **2.2. La société mère en qualité de contractant apparent**

Si en principe, un créancier ne peut revendiquer son dû qu'à la société avec laquelle il a contracté, et ce, même si celle-ci fait partie d'un groupe de sociétés, principes de l'autonomie des sociétés et de l'effet relatif des contrats obligants. La responsabilité de la société mère peut, néanmoins, être engagée, si jamais le créancier s'est trompé sur la qualité de la personne avec laquelle il a contracté<sup>267</sup>, ceci résulte généralement d'une gestion unitaire et étroite des affaires des filiales et où la société chef de file est amenée à prendre des décisions importantes.

---

<sup>264</sup> cass.com, 27 avril 1970, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale n°136, P. 124

<sup>265</sup> cass.com, 25 mars 2003, Bull Joly sociétés, 01 juillet 2003 n°7, p.765.

<sup>266</sup> cass.com, 11 mai 1993, Bulletin 1993 IV N° 187 p. 133

<sup>267</sup> CA Versailles, 21 avril 2000, Dr. sociétés 2000, comm. 93, obs. D. Vidal ; JurisData n° 2000-110362 ; Cass. com., 1er mars 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 93

Un apport partiel d'actif, par exemple, peut laisser présumer que la société mère, participe étroitement aux activités de sa filiale. C'est ce qui ressort de l'arrêt condamnant la société Chevannes à réparer le préjudice subi par la société Lancien, dans le cas d'espèce même si la société Chevannes, avance s'être séparée de la branche d'activité relative à la mécanique navale, en faveur de la société DMB, suite à une scission, et que partant, on ne peut la condamner pour non réparation du chalutier de la société Lancien. L'arrêt relève quand même que, le lieu d'exploitation de l'activité navale était resté le même que l'enseigne générale était demeurée au nom de la société Chevannes sur les bâtiments et que les deux sociétés avaient le même numéro de téléphone et de télex, le papier commercial portait également un emblème identique ...

La société Chevannes avait, de surcroît, adressé une circulaire au moment de la création de la société DMB informant sa clientèle des changements opérés au niveau de ses structures, mais avait annoncé que les intervenants restaient les mêmes que par le passé, laissant ainsi croire qu'elle participait étroitement aux activités de sa filiale, et éclipsant ainsi l'autonomie juridique de la filiale<sup>268</sup>.

Dans un autre cas d'espèce, la société Cacharel a eu gain de cause, en attaquant la société Airess Développement BV, société de droit néerlandais, qui avait négocié un contrat de licence, signé par une de ses filiales, et qui s'était immiscée constamment dans son exécution, en se présentant comme la société tête du groupe, composant une seule entité économique soumise à une direction et à un contrôle unique, créant ainsi une situation telle, qu'elle apparaissait à l'égard de la société Cacharel, comme s'étant engagée au même titre que sa filiale dans leurs relations de collaboration. Il est logique donc, qu'elle fût tenue solidairement avec celle-ci des

---

<sup>268</sup> cass.com 5 février 1991, recueil Dalloz 1992 p.27 ; cass.com, 17 octobre 1995, RJDA 1/96, n°68

obligations pouvant résulter de l'inexécution du contrat de licence<sup>269</sup>.

Par contre, qu'une société mère participe aux démarches nécessaires à l'implantation d'une ses filiale, ne crée pas un semblant d'apparence et ne signifie aucunement que cette première aura à sa charge le passif de filiale<sup>270</sup>.

### **2.3. La société mère en qualité de société absorbante apparente**

Le groupe de sociétés est un phénomène en constante évolution, les exigences de l'environnement économique peuvent ,ainsi, conduire les firmes à se regrouper, ou à céder une branche de leurs activités, au gré des circonstances et des impératifs économiques, c'est d'ailleurs l'avantage de cette forme sociétaire qui est dotée d'un ensemble de règles juridiques qui permettent avec une certaine efficacité, doublée d'une souplesse non négligeable ,de résoudre la presque totalité des difficultés conséquentes aux groupes de sociétés<sup>271</sup>.

Néanmoins, ce type de restructuration peut présenter des risques pour les créanciers, l'absorption d'une société peut, en effet, supposer la disparition (la dissolution sans liquidation) de cette dernière, et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante, qui peut ainsi parfois subir les conséquences de l'inconduite de la filiale<sup>272</sup>, alors que la société absorbée se trouve exonérée des sanctions pour les actes infractionnels de sa vie passée.

Si en droit suisse<sup>273</sup>, l'ancien débiteur reste solidairement obligé, pendant trois ans avec le nouveau, en droit commercial français, la société bénéficiaire devient, dès la date de la

---

<sup>269</sup> CA Lyon 17 février 2005, N° 2003/03043, Dalloz Jurisprudence

<sup>270</sup> cass.civ, 13 déc 2006, bull joly sociétés 01 avril 2007 n°4, P.485, note J-F Barbiéri

<sup>271</sup> Jeantin (M), Droit des sociétés, 3ème édition Montchrestien

<sup>272</sup> Urbain-Parleani(I), La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions, note sous Cour de cassation (crim.), 20 juin 2000 Société Pilkington Sud, Revue des sociétés 2002, p. 851

<sup>273</sup> Art 75 de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003, n° 221.301

dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération<sup>274</sup>(Art L 236-4), détentrice de l'actif et du passif de la société absorbée<sup>275</sup>, et doit ainsi, répondre de ses torts vis-vis des créanciers, d'autant plus, que ces derniers doivent être protégés, puisqu'ils n'ont aucun moyen de s'opposer à cette fusion et donc à un changement de débiteur.

Il faut souligner à ce niveau, la différence entre la cession de contrôle et la fusion, qui a pour conséquence, la disparition de la société absorbée, alors que la cession d'un bloc de contrôle permet la survie des deux entités contrôlante et contrôlée<sup>276</sup>. Par ailleurs, la cession d'éléments d'actif, n'opère pas de transfert des droits et obligations liés à l'activité cédée, par exemple, les contrats passés avec les clients ou fournisseurs.

Ainsi, la cour d'appel de Lyon par l'arrêt en date du 8 juin 1990, a appliqué la théorie de l'apparence au cas de fusion de sociétés.

Dans le cas d'espèce, Monsieur Bassard avait transporté un certain nombre de colis pour le compte de la société France Nuit, le capital de cette société avait été, par la suite, acquis par la société Jet service. Quelques mois plus tard, la société France Nuit ayant fait l'objet d'une liquidation des biens, Monsieur Bassard assigna alors la société Jet service qui avait, selon lui, repris le contrat de transport, la cour d'appel de Lyon lui avait donné satisfaction<sup>277</sup>.

Cet arrêt fut confirmé par la cour de cassation, mais pas sur la base de la même règle juridique, la haute cour a plutôt retenu l'erreur légitime, que la notion d'apparence, puisque la société reprenante, a commis la maladresse de garder la dénomination sociale et l'emblème de la société cédée, aux côtés des siennes sur les bordereaux de facturation.

---

<sup>274</sup> cass.civ , 8 juillet 2004, Bull. 2004 II N° 399 p. 336

<sup>275</sup> cass.com, 21 octobre 2008, Bull. 2008, IV, n° 174

<sup>276</sup> cass.com, affaire 'Saupiquet-Cassegrain' 21 janvier 1970, Bull. civ. IV n°28

<sup>277</sup> Reinhard (Y), Fusion apparente de sociétés (Com. 2 juin 1992, Bassard/ Sapin es qualité), RTD Com. 1992, p. 641

Même si la combinaison des dénominations sociales des sociétés fusionnées est une pratique courante, c'est le cas de Gdf-Suez, Elf-Total, Pnb-Paribas..., elle présente, quand même, certains dangers comme la condamnation solidaire de toutes les sociétés représentées sur le papier à en-tête.

#### **2.4. La société mère en qualité de société mandant apparent**

Un mandat apparent peut fonder une action en justice contre la société mère. Ainsi, dans un groupe de sociétés, il arrive que cette dernière mandate sa filiale à son lieu et place, pour traiter, voire conclure un contrat, chose par ailleurs très logique dans le cadre des activités d'un groupe.

Ce mandat produit des effets immédiats vis-à-vis de la mère, c'est comme si elle avait elle-même conclu l'affaire, à condition, bien sûr, que la filiale n'ait pas outrepassé les limites de la mission qui lui a été confiée, cette filiale pourrait d'ailleurs, se retrancher derrière la société mère, et l'accuser à payer les dettes par elle contractées, vu le fait que le mandat est un contrat fondé sur le consensualisme des parties.

Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent<sup>278</sup>, même en absence d'une erreur pouvant lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime<sup>279</sup>, ceci est justifié par la sécurité des transactions<sup>280</sup>.

Le mandat apparent pose un problème récurrent, qui est le manque ou l'absence de vérification des prérogatives du mandataire, que ça soit par paresse, par manque de temps ou par confiance dans la partie cocontractante.

---

<sup>278</sup> ass.plén, 13 décembre 1962, bull des arrêts cour de cassation assemblée plénière n°2

<sup>279</sup> cass.civ 3 du 22 mai 1968 ; cass.civ3 du 4 novembre 1971, Bulletin des arrêts Cour de Cassation  
Chambre civile 3 N. 536 P. 383 ; cass.civ 1 du 16 juillet 1965 ; cass.com du 21 mai 1968

<sup>280</sup> Collart Dutilleul(F) et Delebecque(Ph), Contrats civils et commerciaux, 8ème édition, Dalloz, coll. Précis, p. 546 ; faisant entrer en confrontation la sécurité statique, assurant la conservation des droits, et la sécurité dynamique, assurant l'efficacité des transactions

C'est ce qui ressort d'une importante décision de la cour de cassation, cette dernière relevait « que si une personne peut être engagée sur le fondement d'un mandat apparent, c'est à la condition que la croyance du tiers aux pouvoirs du prétendu mandat soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient les tiers à ne pas vérifier les dits pouvoirs »<sup>281</sup>.

La Cour d'appel de Toulouse<sup>282</sup>, dans le litige opposant la société Sinso, au groupe Frey a retenu la qualité de mandataire apparent du dirigeant de la filiale par la société mère, elle a dégagé notamment que ce premier a agi en qualité de mandataire apparent, ce qui a donné à croire à la société Sinso qu'elle avait reçu un ordre de la société mère, d'autant plus que l'immeuble sur lequel les travaux ont été effectués, appartenait au groupe, et qu'elle n'a été éclairé sur la réalité de la situation que quand ses factures ont été rejetées, à savoir 10 mois plus tard.

### **2.5 .La société mère, en qualité de société de fait apparent**

Il serait simple de mettre à la charge d'une société mère les engagements de sa filiale, en signifiant que les deux entités ne forment, en fait, qu'une seule et même société. Mais puisque les sociétés doivent, pour leur existence répondre à certaines conditions de forme et de fond, la jurisprudence<sup>283</sup> d'abord, puis le législateur (article 1873 du code civil) ont construit la notion de société créée de fait, qui désigne la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées, en fait, comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> cass.1ère civ, 29 avril 1969,1. D., 197023, note Calais-Auloy ; JCP, 1969,II 15 972,obs. Lindon ; cass.com 5 octobre 1993,bull 1993 IV n°319 p.230 ;voir aussi, CA Toulouse, 11 mai 1994, Bull. Joly Sociétés 1995, p. 662, note C. Rivière.

<sup>282</sup> CA Toulouse, 11 mai 1994, Bull joly sociétés, 01 juillet 1995,n°7-8,p.662 ; CA Versailles ch. 12 2é sect. ,2 octobre 2008; C.A Versailles 1ère ch.2é sect.,21avril 2000 SA Delmas et autre c/vivier

<sup>283</sup> La jurisprudence considérait comme société créée de fait, la société nulle pour absence de publicité, ce qui ne la distinguait pas de la société de fait. Puis, la distinction apparut peu à peu, les sociétés créées de fait devinrent celles qui se sont constituées sans contrat

<sup>284</sup> Ripert (G) & Roblot (R), « Traité élémentaire de droit commercial », T. I, n° 725.

La société créée de fait résulte donc de l'activité même de personnes, qui n'ont pas voulu créer véritablement une société<sup>285</sup>, à la différence de la société en participation, dont l'existence est le résultat d'un acte de volonté des parties<sup>286</sup>.

D'après l'article 1873 du code civil, la société créée de fait est assujettie aux mêmes dispositions juridiques que la société en participation, par conséquent, la société qui a un objet commercial, est soumise au régime des sociétés en nom collectif (article 1871-1 du code civil) et partant, les associés répondent solidairement et indéfiniment des dettes sociales (article L 221- 1 du code de commerce).

La société créée de fait est un dispositif fort alléchant, du fait des avantages qu'elle présente, en l'occurrence, la possibilité d'étendre la responsabilité consécutive à des engagements souscrits à d'autres associés que ceux qui ont effectivement agi<sup>287</sup>.

Les tribunaux considèrent que la société créée de fait est une véritable société, et qu'elle doit à ce titre remplir les conditions du contrat de société : apports, affectio societatis, partage des bénéfices ou contribution aux pertes.

Il convient ici de relever que la preuve de l'existence des éléments constitutifs du contrat de société va varier selon que, ce sont les associés eux-mêmes, ou les tiers qui la rapportent. Si la cour de cassation maintient à l'égard des associés, l'exigence de la preuve des différents éléments constitutifs, elle considère qu'aux yeux des tiers, l'apparence d'une société créée de fait doit s'apprécier globalement et indépendamment de l'existence des éléments précités<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Cass.civ, 13 novembre 1980, Bull des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1, n°293

<sup>286</sup> Cuisance(A), Particularité et régime juridique des sociétés créées de fait, Bull Joly Sociétés, 01 juin 1992 n° 6, p. 666

<sup>287</sup> Jeantin (M), droit des sociétés, 3ème éd, Montchrestien, n°185, p.97

<sup>288</sup> Cass. civ.Ire, 13 mars 1980 : D., 1981, p. 541, note J. Calais-Auloy ; Paris, 2 février 1983 : Rev.Sociétés, 1984, 542, note C. Philippe ; Cass. Com., 11 juillet 1989, JCP, 1989, éd. E., II, 15415, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

Il suffit donc aux tiers d'apporter la preuve que les personnes en cause se sont comportées comme des associés de fait au vu et au su des tiers.

La société créée de fait ouvre une voie intéressante pour les créanciers en général, et pour ceux des créanciers d'un groupe de sociétés en particulier, dans la mesure où, du fait que les groupes de sociétés n'ont pas de personnalité juridique, et partant, pas de patrimoine social, les créanciers auront la possibilité d'exiger leurs dus, à chacune des sociétés associées, à condition que celles-ci aient laissé entrevoir une apparence de sociétés<sup>289</sup>. C'est le cas principalement, lorsqu'on cherche à imputer la responsabilité d'une filiale à la société mère.

Comme on vient de l'exposer, la jurisprudence offre aux créanciers d'un groupe de sociétés, une panoplie de situations de droit pouvant engager la responsabilité de la société mère et ce, en recourant à la théorie de l'apparence, le tiers doit prouver, en l'occurrence, qu'il s'est malencontreusement fié aux apparences, mais pas seulement, il doit aussi démontrer qu'il était de bonne foi ou qu'il s'est trompé sur la personne du contractant.

Cela dit, et malgré son intérêt pour mettre en cause la société-mère à propos des dettes de sa filiale, la théorie de l'apparence comporte des exigences qui peuvent en limiter la portée et qui, en tout état de cause, ont conduit le professeur Sortais à émettre de sérieuses réserves quant à son efficacité<sup>290</sup>.

Cet auteur estime qu'il n'est pas possible d'appliquer purement et simplement la théorie de l'apparence car, pour que la responsabilité de la société-mère puisse être recherchée, il ne suffit pas que les créanciers aient pu fonder leur croyance légitime sur une apparence, il faut encore qu'il s'agisse d'une apparence trompeuse et que cette apparence trompeuse soit

---

<sup>289</sup> **Dondero(B), exécution du jugement condamnant un fantôme...Bull Joly Sociétés, 01 novembre 2008 n° 11, P. 866 ; cass.civ 2ème ,22 mai 2008, Bulletin 2008, II, N° 125**

<sup>290</sup> **A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés. Revue de jurisprudence Commerciale 1977, Op. Cit. Spec .p. 89**

consécutives à une faute de la société-mère<sup>291</sup>, ce qui ramène le problème à la responsabilité pour faute et peut rendre plus difficile la mise en cause de la société-mère<sup>292</sup>.

Ces propos ont été contredits par un autre auteur qui pense, quant à lui, que la théorie de l'apparence peut être mise en avant en absence d'une faute.

## **II. Responsabilité de la société mère sur la base de la fictivité**

D'après l'article 1832 du Code Civil : « la Société est constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter à une entreprise commune, des biens ou leur industrie, en vue de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter et s'engagent à contribuer aux pertes ». Le contrat de société, exige donc, en sus de l'accord de volonté des parties, leur engagement de collaborer sur un pied d'égalité pour la concrétisation d'un travail commun : « l'affectio-societatis »<sup>293</sup>.

Mais, il arrive qu'une structure ne soit qu'une coquille vide, constituée pour des fins qui ne sont pas très honnêtes, dépourvue de tout pouvoir d'action, elle est déviée de son but primaire et de sa vocation légale tels que présentés au niveau de l'article 1832 du code civil suscités.

La création d'une société se traduit par la naissance d'une personnalité juridique distincte, autonome vis à vis des personnes qui la forment, et c'est cette personnalité morale nouvellement créée qui peut être source d'abus.

Une société est avérée fictive, lorsque les personnes (physiques ou morales) qui la composent se présentent comme associés, alors qu'ils ne sont en réalité que des comparses d'une autre personne elle-même associée<sup>294</sup>, ou complètement étrangère à la société.

---

<sup>291</sup> Sortais(J.P), op-cit

<sup>292</sup> Cass.Com. 5 février 1991,D. 1992, note d'Yves Chartier

<sup>293</sup> Arrêt du 25 avril 1984, Bull. Joly 1984. 1004

<sup>294</sup> CA Paris 2 ch.sec.B, 28 octobre 1999, SARL Foncière du centre c/Fadlallah et autre

La fictivité d'une société est tantôt assimilée à la théorie de l'apparence<sup>295</sup>, tantôt abordée comme une simple espèce de la simulation<sup>296</sup>, alors que la réalité est bien distincte, la simulation suppose un acte manifeste et une contre-lettre alors que dans une société fictive, il ne peut y avoir de simulation, car il y a absence totale de l'acte manifeste, qui est l'affectio societatis, élément fondamental dans un contrat de société<sup>297</sup>.

Pourtant pour Bailly-Masson, l'affectio societatis pourrait ne pas être un élément constamment présent dans la vie sociale comme l'est par exemple, le capital, son existence est potentielle, elle peut ou non se révéler<sup>298</sup>. La situation est vraie aussi pour les sociétés de capitaux, et spécialement les sociétés cotées, le défaut d'affectio societatis n'empêche pas l'acquisition de la qualité d'actionnaire, alors qu'on peut acheter une action, à seule fin de s'opposer à une décision de la société<sup>299</sup>.

C'est ainsi que certains auteurs, tenant compte de la réalité économique et du type de société ont proposé d'opposer l'actionnaire-associé à l'actionnaire-investisseur<sup>300</sup>, ou l'associé politique à l'associé investisseur<sup>301</sup>, et c'est logique, le simple fait d'acquérir des titres, qui peut être à but purement spéculatif, ne suppose pas nécessairement l'existence d'une affectio societatis.

---

<sup>295</sup> Alors que dans la théorie de l'apparence, les tiers font prévaloir leur bonne foi vis-à-vis de l'apparence reflétée, les tiers qui veulent dénoncer la fictivité d'une société s'attachent à la réalité de la situation, comme quoi la société n'a aucune existence

<sup>296</sup> Daigre(J.J), entreprises en difficulté redressement judiciaire (Personnes morales et dirigeants), Rép. Com. Dalloz, décembre 1996

<sup>297</sup> Bredin(J.D), Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, RTD civ. 1956.261, no 18 ; Marty (G) et Raynaud (P), Traité de droit civil. Les obligations, tome. 2, 2e éd., 1989, Sirey, no 273

<sup>298</sup> Bailly-Masson (C) ,la fictivité, une épée de Damoclès disparue Petites affiches, 24 janvier 2000 n° 16, P. 4

<sup>299</sup> Cozian (M), et alii, Droit des sociétés, LexisNexis, 25e éd., 2012, n°150

<sup>300</sup> Lucas (F.X), « Les actionnaires ont-ils tous la qualité d'associé ? », Revue de droit bancaire et financier, juillet 2002

<sup>301</sup> Etain (P), « Affectio societatis, fraude et catégories d'associés », P.A, 11 février 1999, page 15, n° 30

### **1. L'évaluation de la fictivité dans les groupes de sociétés**

Dans le cas des groupes de sociétés, la fictivité ne découle pas du simple fait d'appartenir à un groupe, les sociétés du groupe ne doivent être considérées comme un tout, que si l'agencement du contrôle répond à une volonté frauduleuse, tendant à séparer artificiellement un patrimoine unique, géré selon une stratégie globale qui se manifeste par des opérations nettement caractérisées (relations financières anormales, transferts d'actifs sans contrepartie,...)<sup>302</sup>.

En réalité, on ne peut même pas dire qu'il y a deux sociétés qui se sont de fait comportées comme une seule, puisque l'une de ces deux sociétés n'existe pas, elle est fictive. Calais-Auloy<sup>303</sup> affirme que : « les sociétés fictives sont atteintes d'une maladie ... ce n'est pas leur validité qui est en cause, mais leur existence même », la personne morale n'est qu'apparence.

La question qui se pose en l'occurrence, est de savoir, si le fait que dans un groupe de sociétés la politique est strictement imposée par la société chef de file, est-ce ça veut dire automatiquement que les filiales sont fictives ?

La réponse est non, les impératifs économiques imposent ce genre de structure<sup>304</sup>, c'est le cas lorsque la filialisation répond à des soucis liés à la décentralisation de la gestion ou à d'autres préoccupations de restructuration interne liée à la croissance de l'entité économique<sup>305</sup>, c'est d'ailleurs l'un des rares cas où le recours à la création d'une société fictive répond à des considérations non frauduleuses<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> Champaud (C), Danet (D), sociétés fictives, patrimoines distincts, RTD Com. 1996 p. 478 ; CA Paris 19 déc. 1990, Bull. Joly 1991, p. 331

<sup>303</sup> Répertoire Dalloz sociétés, op-cit

<sup>304</sup> Gisserot (V.F) : « ... il est certain qu'un secteur important de l'économie nationale viendrait à être démantelé si toutes les sociétés fictives étaient rayées du jour au lendemain. », RTD com., 1979.49 (n° 20)

<sup>305</sup> Stoufflet (J), J-CI Sociétés, Fasc.7 tcr, sociétés fictives et frauduleuses

<sup>306</sup> Calais-Auloy(J), Rép. Dalloz Sociétés, « Société fictive » (1971), n° 10: « une entreprise importante, par exemple, pour décentraliser sa gestion, aura tendance à ériger les différents centres de décision en filiales qui, dans bien des cas, seront des sociétés fictives comme sociétés d'une seule personne ».

N'empêche que la filiale, peut être une société fictive, créée dans bien des cas, juste pour dissimuler les véritables activités de la société mère et détourner le droit, cette fictivité au sein d'un groupe de sociétés ne concerne pas seulement les rapports entre société mère et filiale, mais aussi les rapports entre filiales d'un même groupe<sup>307</sup>.

Signalons que dans le cadre des groupes de sociétés, la fictivité n'existe pas nécessairement dès la constitution de la société, une société, d'abord réelle, peut-être rendue fictive par la mainmise progressive de l'un des associés<sup>308</sup>, ou suite à l'absorption complète de la personnalité de la filiale par la mère<sup>309</sup>.

### **1.1. Les indices de la fictivité**

Pour s'assurer du caractère artificiel d'une société, les juges prennent en considération un faisceau d'indices concordants, il faut en somme démontrer que la société n'existe pas vraiment, notamment par l'identité des associés, du siège social, de la dénomination sociale, défaut d'affectio societatis, absence d'apport... la confusion des organes dirigeants et celle de la comptabilité constituent également des éléments d'appréciation importants<sup>310</sup>. Aucun indice n'est déterminant à lui seul, la réunion de plusieurs indices est le plus souvent nécessaire.

La jurisprudence a notamment considéré, établi, les indices de fictivité, dans l'absence d'autonomie patrimoniale de la filiale<sup>311</sup>, l'absence d'activité économique propre<sup>312</sup>, ou que les organes sociaux de la société sont de « simples marionnettes entre les mains de la société mère »<sup>313</sup>.

---

<sup>307</sup> CA Paris 3e ch. sect. A, 16 nov. 1993, n° 93006469 et 93007591

<sup>308</sup> Calais-Auloy(J), op-cit

<sup>309</sup> Martin Serf(A), J-CI Sociétés, V° sociétés fictives et frauduleuses, fasc.7-40, 2003, n°25 reprenant les termes de Calais -Auloy

<sup>310</sup> Cass.com. 9 octobre 1967 D. 1968, p. 137, hypothèse d'extension de faillite sur la base de la fictivité

<sup>311</sup> Cass. 3e civ, 10 octobre 2007, RJDA 1/08, n° 39

<sup>312</sup> Cass. Com., 9 juin 2009, Rev. Sociétés 2009, p. 781, note N. Mathey

<sup>313</sup> Pétel(Ph), note ss CA Paris, 3e ch. A, 21 nov. 1989, Bull. Joly sociétés 1990, p.186, § 49

On peut citer à ce sujet un arrêt ayant retenu la fictivité d'une société qui, financièrement, était sous la dépendance totale d'une autre société, et qui n'avait pas d'activité économique réelle, faute d'activité autonome et d'exploitation effective<sup>314</sup>.

Certains auteurs ont proposé de déceler la fictivité, à partir de la mise en sommeil de la société<sup>315</sup>, question qui a donné lieu à d'importants débats doctrinaux, mais la jurisprudence a coupé court à ces nouvelles données, elle se montre plutôt encline au fait qu'une société en sommeil, reste une personne morale autonome, peu importe qu'elle n'ait pas une activité effective<sup>316</sup>.

## **1.2. Les conséquences de la fictivité**

La société fictive ou société de façade ne répond à aucune réalité, mais aux yeux des tiers, elle apparaît comme une société réelle, puisqu'elle a accompli toutes les conditions de fond et de forme exigées par la loi. Ainsi, il y a une dissociation entre l'apparence et la réalité<sup>317</sup>.

Qu'une société soit déclarée fictive, ne veut aucunement dire que les opérations conclues dans le passé soient nulles, cette décision présente ainsi l'avantage d'obliger le véritable « cerveau » de l'opération, et dans le cas des groupes de sociétés, c'est généralement la société mère, à endosser les conséquences de son artifice, et devenir ainsi personnellement responsable à la place de la filiale (simple marionnette), société fictive<sup>318</sup>.

La société fictive n'a ainsi point d'effet envers les tiers<sup>319</sup>, et l'opposabilité est une sanction

---

<sup>314</sup> Cass.com, 21 novembre 1995, JCP 1996 E .II.852, Daigre

<sup>315</sup> Diener (P), « Un abus de la personnalité morale : "les sociétés en sommeil" », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 83

<sup>316</sup> Cass. soc., 28 mai 1998, Bull. Joly Sociétés, 1998, p. 1177, § 359, note B. Saintourens

<sup>317</sup> Sakho (A), *le droit et les groupes de sociétés*, thèse, université Sheikh Anta Diop, Dakar, 1993

<sup>318</sup> Cass. Com., 9 octobre 1967 D. 1968,2, page 137.

<sup>319</sup> Dom(J.P), de la fictivité à l'inexistence en passant par la simulation, Bull Joly sociétés, 01 février 2000, n°2, p.219

bien plus efficace que la nullité de la société, puisqu'elle évite les inconvénients de l'absence de rétroactivité de la nullité, et la survie de la personnalité morale<sup>320</sup>.

Aussi, dans le cas d'une société fictive, les créanciers peuvent alléguer la confusion<sup>321</sup> véritable entre la société mère et sa filiale qui ne forment deux entités qu'en apparence, et invoquer ainsi contre une société mère, les obligations qui, en principe, pèsent sur la filiale.

## **2. La sanction de la fictivité**

La jurisprudence a longtemps hésité sur la sanction à appliquer en cas de fictivité d'une société. Elle avait le choix entre, d'un côté, la nullité, fondée sur le non respect de l'une des conditions de formation spécifiques au contrat de sociétés, en l'occurrence, l'absence d'affectio societatis, et d'un autre côté, l'inexistence. La question de la sanction de la fictivité est d'importance, notamment pour le créancier qui peut voir ainsi ses droits affectés.

Mais aucune des deux solutions ne semble véritablement appropriée pour sanctionner équitablement la fictivité d'une société, l'idéal serait un rétablissement de la réalité juridique<sup>322</sup>.

### **2.1. La nullité ou inexistence de la société**

La sanction première de la fictivité est la nullité pure et simple de la société, la tendance des tribunaux est constante depuis un arrêt de la cour de cassation<sup>323</sup> datant de 1992.

C'est ce qui ressort d'ailleurs du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 1844-15 du Code civil, « lorsque la

---

<sup>320</sup> Parachkékova(I), retour sur la définition et la sanction de la société fictive, Bull Joly sociétés, 01 janvier 2012, n°1, p.19

<sup>321</sup> Guyon(Y), L'extension complète d'une procédure collective n'est possible qu'en cas de fictivité de la société ou de confusion des patrimoines, Revue des sociétés 1993 p. 449

<sup>322</sup> Commanges(L), « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », Bull. Joly sociétés, janvier 2003, page 12, n° 2

<sup>323</sup> Arrêt Lumale, Cass. Com, 16 juin 1992, Bull. Joly 1992, page 960, § 313

nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat », la nullité n'est pas rétroactive, disposition, qui est par ailleurs confirmée par l'article L 235-10 du Code de commerce « Lorsque la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation conformément aux dispositions des statuts ».

Ainsi, la nullité de la société n'est valable que pour l'avenir<sup>324</sup>, mais se prescrit au bout de trois ans ; tous les actes par elle conclus avant le prononcé de la nullité, demeurent valides et sont considérés comme réalisés par une société de fait<sup>325</sup>, avis qui n'est pas partagé par toute la doctrine, parce que on risquerait de reconnaître comme valides pour le passé, des actes accomplis par des sociétés dont l'objet était illicite<sup>326</sup>.

La fictivité d'une société n'entraîne donc pas sa nullité, elle permet d'étendre la procédure de liquidation judiciaire à la société maître de l'affaire qui se cache derrière le paravent de la société fictive, les dirigeants ou les associés peuvent voir ainsi leur responsabilité civile engagée<sup>327</sup>, une procédure unique s'ouvre alors aux deux sociétés dont le patrimoine devient le gage commun des créanciers de ces sociétés<sup>328</sup>.

L'inexistence, quant à elle, est rétroactive et imprescriptible. Par contre, elle n'offre plus la possibilité de recourir à une procédure collective. Certains auteurs ont appuyé cette vision des choses, en considérant que le mal dont souffre la société est tellement important qu'il remet

---

<sup>324</sup> Cass. Com, 22 juin 1999, n° 98-13611, Bull 1999 IV, n° 136 p. 113

<sup>325</sup> M.Coizan, et alii, *Droit des sociétés*, éd. Litec, 12ème éd., 1999, page 78, n° 228

<sup>326</sup> Cutajar-Rivière(C), « La société-écran : essai sur sa notion et son régime juridique », éd. LGDJ, 1998, page 369, l'auteur dit « Cette solution heurte l'idée de justice et la sauvegarde des intérêts de bonne foi ne saurait justifier une telle atteinte [...]. En effet, faut-il admettre qu'une société qui a exercé une activité de blanchiment de fonds dont la provenance est illicite ou qui a organisé la prostitution internationale durant de nombreuses années soit simplement dissoute ? Doit-on en déduire que les contrats conclus par la société avant son annulation sont valables ? Doit-on reconnaître qu'une telle société puisse être liquidée entre les associés conformément aux statuts... »

<sup>327</sup> Selon l'article 1844-16 du Code civil, « ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. »

<sup>328</sup> Diener (P), *Joly Sociétés, Traité*, v° « Redressement et liquidation judiciaires », n° 10

en cause son existence même<sup>329</sup>. D'autres auteurs ont estimé que l'inexistence était inapplicable, car une société immatriculée au registre du commerce et des sociétés dispose de la personnalité morale, et a donc une existence propre.

La cour de cassation<sup>330</sup>, a eu ainsi à se prononcer sur la sanction à appliquer à une société fictive. Dans le cas d'espèce, une société avait été créée juste pour pouvoir constituer une hypothèque au profit d'une banque étrangère, elle ne disposait d'aucune activité réelle, ni même de structure.

La question est d'importance en pratique, notamment pour le créancier qui s'est vu consentir une hypothèque par la société. Si on retient l'inexistence de la société, l'hypothèque ainsi que tous les actes passés par la société seront considérés comme inexistantes et seront donc annulés. Le créancier hypothécaire sera alors relégué au simple rang de créancier chirographaire, c'est-à-dire au même rang que les créanciers non munis de sûretés. Si en revanche, on retient une nullité mais sans rétroactivité, l'hypothèque restera valable. Le créancier hypothécaire conservera sa place prioritaire pour le paiement de sa créance.

La Cour de cassation fidèle à elle-même, a retenu la nullité, l'inexistence aurait eu pour effet systématique de rendre caducs tous les actes passés par la société en cours de sa vie sociale. La Cour de cassation assure ainsi une protection aux tiers, les actes que ces derniers ont pu passer avec la société sont maintenus. En l'espèce, le créancier hypothécaire conservera donc le bénéfice de sa garantie.

## **2.2. Défaillance des solutions**

---

<sup>329</sup> Calais-Auloy, Rép. Dalloz Sociétés, op-cit

<sup>330</sup> Cass .com, du 22 juin 1999, n° 98-13.611, Bull 1999 IV N° 136 p. 113

Comme on l'a vu ci-dessus, la sanction d'une société fictive varie entre la nullité et l'inexistence, mais aucune des deux qualifications n'est exempte de quelques remarques.

Le prononcé de la nullité d'une société fictive a été rapproché de la nullité en raison de l'utilisation du critère du défaut d'affectio societatis ; Un auteur, dont nous partageons l'avis par ailleurs, estime, que la fictivité devrait être dissociée de la nullité<sup>331</sup> : « Avant d'être une cause de nullité des sociétés, la fictivité remettait en cause sa personnalité morale ». La fictivité, à l'origine, devait sanctionner le vice touchant la personnalité morale, la nullité, sanction finalement retenue, est la « sanction maximale » des vices de formation d'un contrat de société<sup>332</sup>, alors on est entrain de sanctionner la société ou les actes conclus par elle ? Pour la cour de justice européenne, la nullité de l'apport ne constitue pas une cause de nullité de la société anonyme et ne peut fonder sa fictivité<sup>333</sup>.

Pour ce qui est de l'inexistence, elle soulève de profondes objections pour une partie de la doctrine<sup>334</sup>, on lui fait le grief<sup>335</sup> d'être incertaine, illogique (l'acte existe, et le non-respect de ses conditions appelle la nullité), et inutile (ses effets sont ceux de la nullité absolue)<sup>336</sup>.

La fin voulue par les dirigeants ou associés qui, ont été à l'origine du montage d'une société fictive est justement de présenter une image qui ne reflète pas la réalité, et ce dans le but de porter atteinte aux droits légitimes de telle ou telle personne. Il est difficile d'imaginer ici une simulation pour un but noble<sup>337</sup>, la juste sanction devrait être la négation des personnes

---

<sup>331</sup> Commanges(L), « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », op-cit

<sup>332</sup> Mémento pratique Francis Lefebvre Sociétés commerciales, 1992, n° 120

<sup>333</sup> CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing SA ;Bull. Joly Sociétés, 1991, p. 192, § 60 ;voir aussi, Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1ère directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes , Bull. Joly Sociétés, 01 février 1991 n° 2, P. 123§41,on parle de la contradiction frontale entre le droit français et la solution retenue par la Cour de justice européenne

<sup>334</sup> LeCannu(P), inexistence ou nullité des sociétés fictives, Bull. Joly Sociétés, 01 septembre 1992 n° 9, P. 875

<sup>335</sup> Weill(A) et Terré(F), Droit civil, Les obligations, Dalloz, 3e éd. n° 568

<sup>336</sup> LeCannu(P), op-cit

<sup>337</sup> Weill(A)& Terré(F), op-cit

morales fictives pour ces comportements frauduleux<sup>338</sup>, et le rétablissement de cette réalité qu'ils ont voulu éviter ou cacher et de leur faire assumer leurs obligations en tant que personne morale.

## **§2. Responsabilité de la société mère pour des actes non frauduleux**

Outre la théorie de l'apparence et de la fictivité vues avant, qui sont des actes frauduleux, la jurisprudence a parfois recours à la notion d'immixtion dans la gestion, lorsque les diverses sociétés d'un groupe se présentent comme une entité unique. L'absence d'autonomie de l'une des filiales et l'immixtion des autres sociétés dans sa gestion justifient ainsi la condamnation in solidum<sup>339</sup> du groupe vis-vis des créanciers de la filiale.

Le fait d'appartenir à un groupe de sociétés présuppose que la société filiale, aura, à moment ou un autre de sa vie sociale à courber l'échine devant la société mère, puisque celle-ci serait encline à user ou abuser de la situation de subalternisation dans laquelle se trouve sa filiale.

Mais en agissant de la sorte, et suivant son degré d'intervention, la société mère peut se voir poursuivie pour immixtion ou pour violation de l'autonomie juridique et patrimoniale de sa fille, soit directement atraite sous le régime de l'article 1382 pour faute.

À la différence de la fictivité et de l'apparence trompeuse vues avant, l'immixtion n'est pas un acte frauduleux.

### **I. L'immixtion dans la gestion de la filiale**

Les risques pris dans la gestion sont une composante de la responsabilité<sup>340</sup>, du fait de l'ascendant qu'a la société mère sur ses filiales, que ça soit pour l'intérêt commun, pour la

---

<sup>338</sup>Dekeuwer-Déffosez(F), groupe de sociétés contrats et responsabilités, colloque du laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit, op-cit

<sup>339</sup> Cass. Com, 4 mars 1997, n° 95-10.756, Bull 1997 IV ,n° 65 p. 58

<sup>340</sup>Pariente(M), l'immixtion dans la gestion et l'absence d'autonomie d'une filiale fondement de la responsabilité in solidum des sociétés liées, Revue des sociétés 1995 p. 85

dominance économique, pour la stratégie adoptée ... il s'avère des fois comme inévitable que la société tête du groupe s'imisce dans les affaires de sa filiale, voire même, la somme à prendre des décisions qui peuvent aller à l'encontre des ses propres intérêts, ce qui va abattre les cloisons juridiques conçues comme des cloisons étanches<sup>341</sup>.

Ces agissements vont à l'encontre de l'autonomie juridique et patrimoniale de la filiale, et peuvent engager la responsabilité de la société mère sur la base de l'article 1832 du code civil.

À ce niveau, il faut souligner la nuance entre d'un côté, l'intervention de la société mère dans les affaires de sa filiale, d'une manière ponctuelle et sporadique, ou à l'occasion d'une opération bien précise, où ses bons offices sont préconisés, voire, recommandés, soit pour son image de marque, son poids économique, son rôle de garant ... dans ce cas, il s'agit d'un rapport précis dans une affaire, que l'on peut à la fois définir et isoler du reste, l'immixtion, à ce moment est une intervention ponctuelle à l'occasion de la réalisation d'un acte juridique passé par autrui<sup>342</sup>, et d'un autre côté, l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale de manière permanente, en s'interposant entre elle et ses clients, fournisseurs et salariés sur toute la ligne.

Mais le critère de l'immixtion ne serait plus, à lui seul, suffisant, pour rechercher la responsabilité de la société mère, en effet, dans l'affaire « Tapie » du 9 octobre 2006<sup>343</sup>, les juges retenaient que pour engager la société mère, il fallait que l'immixtion de celle-ci dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale, ait été de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse, propre à leur permettre de croire légitimement que cet établissement était aussi leur contractant.

---

<sup>341</sup> Cozian et Viandier, *Droit des sociétés*, Litec 1988, P. 472 n° 1962

<sup>342</sup> Marteau(M), « La notion d'acte de gestion et de droit des sociétés », thèse 1992, p. 496

<sup>343</sup> Lucas (F-X), n° 06-11.056, *Bull. Joly*, 2007. 57, n° 5 ; *RTD com.* 2007. 207, obs. Legeais (D)

### **1. L’immixtion dans la gestion des affaires courantes**

L’immixtion à laquelle fait référence la jurisprudence est plutôt un pouvoir de gestion général, accompli dans le cadre de l’objet de la société et dans son intérêt<sup>344</sup>.

La cour d’appel de Paris a été plus concise à ce niveau, en avançant que la société mère doit avoir « accompli des gestes positifs de gestion tels que la conclusion de marchés ou d’actes commerciaux, pris des décisions ou même imposé, concernant les activités sociales, une orientation de quelque nature que ce soit »<sup>345</sup>.

Aussi, la participation d’une société au capital de sa filiale, le fait d’avoir un même logo commercial, la participation du président du directoire de la société mère aux conseils d’administration des différentes sociétés, les déclarations faites par celui-ci à la presse sur la pratique de son groupe, ne sont pas considérés comme des actes d’immixtion dans la gestion de la filiale<sup>346</sup>.

Ne caractérise pas non plus une immixtion de la société mère dans l’exécution d’un mandat contracté par sa filiale, même s’il est de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à leur permettre de croire légitimement qu’elle était également leur cocontractant<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> Colmar, 4 janv 1956, *Brell. Inf.* 1957, p. 47, n° 281

<sup>345</sup> Paris, 17 mars 1978, *Banque*, 1978, p. 656, note Lucien M. Martin; Civ. 1re, 3 mai 1995, n° 93-15.777, *RTD civ.* 1996 p.155, obs. J. Mestre

<sup>346</sup> cass.civ 3<sup>e</sup> ch.25 février 2004, *Marks and Spencer France Sac/ plein ciel diffusion SA et a*, bulletin 2004 III N° 38 p. 35 ; C.A paris 18 janvier 2006, n°CT0166 ; CJCE 10 sept. 2009, *Bull. Joly* 2010, P. 69, note C. Prieto

<sup>347</sup> Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, 2 esp. : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 57, note F.-X. Lucas  
*Revue des contrats*, 01 octobre 2012 n° 4, P. 1190

Donc, n'est considéré comme acte d'immixtion dans la gestion d'une filiale, que les situations dans lesquelles cette dernière n'a eu aucun échange avec sa société mère, elle a plutôt subi un diktat de celle-ci<sup>348</sup>, c'est ce qui résulte de l'arrêt suivant où la responsabilité de la société mère a été retenue, pour s'être immiscée dans la gestion de sa filiale de façon à l'inciter à rompre le contrat avec un créancier.

La société à responsabilité limitée Ate 84 Nord, filiale d'une société anonyme Ate 84, a pris à bail des locaux commerciaux appartenant à la société Lymo. Etant rentré dans une procédure collective de règlement du passif, le locataire n'a pas acquitté les redevances de ses loyers jusqu'à l'extinction du bail, la société Lymo a alors actionné la société mère, la SA Ate 84, (sans même poursuivre la filiale), devant le juge des référés pour obtenir qu'elle fournisse provision pour la totalité de cette créance.

La cour de Douai a décidé d'octroyer ladite provision, (décision confirmée par la cour de cassation), au motif que la société mère s'était immiscée dans la conclusion et l'exécution du bail (les correspondances ayant été adressées à la société mère, la lettre de résiliation du bail émanant de cette dernière avait été rédigée sur son propre papier à lettres, les clefs du local loué avaient été remis par la société mère).

Cette dernière avait enfin refusé de participer à l'audience de référé, en alléguant n'avoir pas les moyens de régler la dette : « la situation de la société ne nous permet pas de faire face à cette créance », et aussi, en faisant valoir la personnalité morale distincte de sa filiale, seule partie au contrat de louage, et partant, seule débitrice, du fait de l'art. 1165 sur l'effet relatif des conventions.

---

<sup>348</sup> Com. 15 juin 1993, Rev.soc.1994, p.730 ; M. Pariente, C.A Paris (15e Ch. sect. A). 19 octobre 1994. SA Econocom Software et autre c/ Chavarié s qual, Revue des sociétés 1995 p. 85 ; voir aussi C.A Versailles ,27 octobre 1988, JCP 1989, éd.E,II,15423, n°18;

La Cour a pourtant considéré qu'il y a avait immixtion, puisque des relations d'affaires se sont tissées et ont perduré jusqu'à l'extinction du contrat de bail.

Dans un autre arrêt<sup>349</sup>, un groupe a été amené à supporter les conséquences de l'inexécution d'un contrat par une société du groupe, du fait que les dites sociétés ont le même téléphone, le même logo, que les dirigeants de plusieurs des sociétés étaient intervenus dans l'exécution du contrat contentieux. De plus, l'arrêt des activités de la société avant d'avoir honoré son engagement, était une décision prise par le collectif des sociétés composant le groupe, ce qui prouve l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion.

Mais il semblerait que la jurisprudence en la matière ait évolué, ainsi, dans une décision récente<sup>350</sup>, la Cour de cassation conditionne la mise en jeu de la responsabilité de la société mère, à la seule immixtion trompeuse, susceptible de créer pour le créancier de ladite filiale, une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que la société mère était aussi son cocontractant, mouvement qui consiste à faire perdre toute son autonomie à l'exception d'immixtion de gestion.

Si le rapport entre immixtion et apparence trompeuse était déjà des plus ténus<sup>351</sup>, par cet arrêt leur sort semble bel et bien lié<sup>352</sup>.

Cette décision ne laisse pas indifférent, si elle présente l'atout d'affermir l'autonomie des personnes morales dans un groupe de sociétés, faut – il pour autant croire que la société mère ne sera pas dérangée du moment qu'elle se présente comme un tiers à un contrat conclu par sa filiale ?

---

<sup>349</sup> **Didier (P), le groupe, entité juridique ? Cass. Com. 4 mars 1997. Econocom Location et autres c/ GIE Gestion croissance Revue des sociétés, 1997, p.554**

<sup>350</sup> **Cass.Com, 12 juin 2012, n° 11-16.109, Dalloz 2012 p. 1608**

<sup>351</sup> **Cass.com. 26 février 2008, n° 06-20.310, pour un exemple en jurisprudence où l'immixtion se confond dans les faits avec l'apparence**

<sup>352</sup> **Tabourot-Hyest (C), l'exception d'immixtion de la mère dans les affaires de sa filiale n'est plus., Revue des sociétés 2013 p. 95**

## **2. L'immixtion dans la gestion du personnel**

Dans beaucoup de cas, la création ou la disparition d'une société du groupe est tributaire du bon vouloir de la société tête de file, qui, au nom de l'intérêt social, n'hésite pas à immoler<sup>353</sup> au nom de cet intérêt, une ou des filiales, sans égard pour les salariés de ces sociétés. Quelle responsabilité ça suppose pour la société mère ?

L'existence d'un lien de subordination entre la société mère et les salariés de la filiale a longtemps été le passage obligé vers la reconnaissance de la qualité de coemployeur de la société mère<sup>354</sup>.

La cour de cassation conditionnait dans un premier temps, la reconnaissance d'une situation de coemploi à la démonstration d'une triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction, puis, la preuve d'un rapport de subordination direct entre les salariés de la filiale et la société dominante, la chambre sociale a cependant renoncé, récemment, à exiger la constatation de cette seconde condition<sup>355</sup>.

Ainsi, dans un groupe de sociétés, si un salarié renvoyé parvient à démontrer qu'il se trouvait en situation de coemploi, il pourrait appeler la responsabilité des autres sociétés du groupe. C'est ce qui ressort d'un arrêt récent de la cour de cassation, dans le cas d'espèce, la société Metaleurop nord, filiale à 99% de la société recyclex (ex Metaleurop SA) a dû procéder à des

---

<sup>353</sup> T.C Orléans, 1 juin 2012,

<sup>354</sup> Les risques encourus par la société mère en cas de procédures collectives de sa filiale française, Dr&Expertise, Mercredi 3 septembre 2012

<sup>355</sup> Cass.soc, 18 janvier 2011, pourvoi n° 09.69.199, bull.civ V, n°23, la cour de cassation semble en effet abandonner le triptyque classique de confusion d'intérêts, d'activités et de direction au profit d'une analyse sociale du pouvoir de la société mère sur les salariés de la filiale ; Antonmattei (P.H) groupe de sociétés : la menace du co-employeur se confirme ! semaine sociale Lamy, 21 mars 2011, n°1484

licenciements pour motif économique à la suite de l'élaboration d'un projet de restructuration et d'un plan de sauvegarde s'y rapportant ; les salariés licenciés ont engagé des poursuites auprès de la cour prud'homale demandant la condamnation des deux sociétés pour préjudice subi.

Ces décisions jurisprudentielles<sup>356</sup> ont en commun des caractéristiques récurrentes comme peuvent l'être l'immixtion dans la gestion ou l'assujettissement d'une société à une ou plusieurs autres sociétés. Tous ces indices sont l'apanage des groupes de sociétés, aussi, nous pensons que la jurisprudence est restée trop sommaire quant à la délimitation du concept d'immixtion, autrement dit, à partir de quel moment peut-on reprocher à une société mère de s'être mêlée des affaires de ses filiales ?

## **II. La faute de la société mère**

Celui qui commet une faute, doit réparer le dommage qui en découle, c'est un principe juridique et moral, universellement adopté et appliqué, en effet, « l'idée de la réparation est l'une des plus vieilles idées morales de l'humanité<sup>357</sup> ». Ce dommage peut exister en dehors de tout contrat, et c'est là qu'entre en jeu la théorie de la responsabilité délictuelle, qui donne un fondement très solide, pour rendre une personne responsable, et par conséquence, débitrice d'une autre, en absence de tout contrat, les créanciers d'une filiale peuvent donc y avoir recours, pour mettre à la charge de la société mère les dettes de sa filiale.

---

<sup>356</sup>Versailles, 27 octobre 1988(13 ch) J.C.P,éd,n°7,études et commentaires (1989),Viandier (A) et Caussin(J.J) , dans le cas d'espèce, la filiale du groupe avait rompu un contrat de sous-traitance puis été mise en liquidation de biens, la société contractante se retourna alors contre la société mère qu'elle considérait comme l'instigatrice de la rupture

<sup>357</sup> Ripert(G), la règle morale et les obligations civiles ,4ème éd, 1949, p.223

L'émergence du principe de précaution, il y a quelques années maintenant, ouvre une nouvelle voie à explorer, puisque la violation d'un devoir de précaution pourrait être constitutive de faute et engager la responsabilité civile de son auteur<sup>358</sup>.

Mais, à ce moment, il faut arriver à déceler la faute qui, d'après Planiol<sup>359</sup>, « est la violation ou le manquement à une obligation préexistante ». À ce niveau, il faudrait éviter de confondre la faute avec les « simples erreurs »<sup>360</sup>, commise par cette société mère, et qui a occasionné le dommage subi par les créanciers, quoique la jurisprudence n'ait jamais ratifié expressément une définition précise de la faute.

C'est pourquoi, c'est aux juges qu'échoit cette mission, «s'il appartient aux juges du fond de constater souverainement les faits d'où ils déduisent l'existence ou l'absence d'une faute, la qualification juridique de la faute relève du contrôle de la cour de cassation »<sup>361</sup>.

Aussi, même si le créancier apporte la preuve des éléments constituant la faute, c'est aux juges d'en apprécier la valeur. C'est ce qui ressort de la décision du tribunal de commerce de Nancy<sup>362</sup> qui avait refusé la qualification de faute, pour les avances de trésorerie dont a bénéficié une filiale en graves difficultés, de la part de sa société mère, puisque le créancier n'est pas arrivé à démontrer que la mère avait maintenu artificiellement sa fille en vie.

Donc, si la faute est le fondement sur lequel la société mère peut être poursuivie, il faut que cette faute soit personnelle, quoiqu'une responsabilité du fait d'autrui ne soit pas à écarter.

### **1. Responsabilité du fait personnel**

---

<sup>358</sup> Bacache-Gibeili(M), *les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 2<sup>e</sup> édition, Economica

<sup>359</sup> Planiol, *Traité élémentaire du droit civil*, LGDJ, 1905, 3<sup>e</sup>me éd, T. 2, n°863, p.279

<sup>360</sup> Tunc(A), *la responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., 1989, no 149, pour l'auteur les « simples erreurs », sont des comportements théoriquement regrettables, mais statistiquement inévitables de la part du « bon père de famille »

<sup>361</sup> Cass.civ.2e, 16 juillet 1953, JCP.II.7792, note R.Rodiére

<sup>362</sup> Trib.com, Nancy, 6 février 1978, Rev.Jur.com.1978, P.230

D'après la jurisprudence, une simple faute de la société-mère peut suffire à engager sa responsabilité à l'égard des créanciers de la filiale, et par conséquent, à l'obliger aux dettes de celle-ci.

En effet, deux arrêts ont retenu la responsabilité de la société mère sur le fondement de l'article 1382, sans passer par la qualification de dirigeant de fait alors que la société gérait de près sa filiale.

Il s'agit, en premier lieu, d'un arrêt de la CA d'Aix en Provence, qui a retenu la responsabilité d'une société mère pour avoir créé à son seul profit, une société dépourvue des moyens indispensables, pour avoir largement contribué à la mauvaise gestion de la société qu'elle dirigeait et contrôlait étroitement, ainsi que pour avoir conféré à la filiale une solvabilité apparente.<sup>363</sup>

Dans un autre arrêt <sup>364</sup>, la Cour de cassation a considéré que l'imbrication étroite de la société mère et de la filiale, à laquelle avait été transmise, par voie de scission, une branche d'activité de la société mère, doublée d'une lettre circulaire adressée par la société mère aux clients, était constitutive d'une faute de celle-ci.

Par ailleurs, un soutien abusif de la société mère vis-à-vis de l'une de ses filiales peut être constitutif d'une faute et partant d'une responsabilité civile de la société mère.

Si en principe, le soutien abusif est le propre d'une relation banquier client<sup>365</sup>, il ressort d'une décision émanant de la cour de cassation<sup>366</sup> qu'un parallélisme peut être envisagé dans le

---

<sup>363</sup> Aix-en-Provence, 18 juin 1975, Rev.jurisp. Com.1976.95, note Calais-Auloy ; Cass.com, 7 déc 1993, RJDA 4/94, n°414

<sup>364</sup> cass.com, 5 février 1991, n°89-12.232, préc

<sup>365</sup> Cass.com, 8 janvier 2013, n°11-27.120, inédit, jurisData 2013-000033.CA Paris ,pôle 5,chambre 6,15 septembre 2011,n°09/20641, jurisData :2001-029469

<sup>366</sup> Cass. com., 25 mars 2003, n° 01-01.690, Bull 2003 IV N° 50 p. 58

cadre d'une relation société-mère filiale, du moment que cette dernière a soutenu l'octroi d'un crédit à sa filiale tout en sachant sa situation irrémédiablement compromise.

En effet, les conséquences de cet acte imprudent ne cesseront d'apparaître dès les premières échéances de paiement.

## **2. Responsabilité du fait d'autrui**

C'est à la base de l'article 1384 du code civil <sup>367</sup> que peuvent être dégagés les liens de préposition pouvant engager la responsabilité d'une personne (physique ou morale) du fait d'autrui.

La responsabilité du fait d'autrui peut se définir comme celle qui entérine les cas dans lesquels « une personne physique ou morale est amenée à répondre civilement des dommages provoqués directement par le fait d'un tiers »<sup>368</sup>, parce qu'il existe entre elle et ce tiers, des liens particuliers. Cette responsabilité se caractérise par le fait que, la personne ayant occasionné le fait dommageable, et celle tenue d'en assurer la réparation sont deux personnes distinctes.

Ce type de responsabilité n'est pas clairement défini en droit français. Il est en fait difficile de savoir si cette responsabilité s'applique uniquement aux exemples cités dans l'article susmentionné<sup>369</sup>.

Mais du fait que le groupe de sociétés a été apparenté à une famille<sup>370</sup> dans laquelle la société mère exerce une autorité parentale vis-à-vis de ses filles, et est censée répondre de leurs actes

---

<sup>367</sup> Art. 1384 « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

<sup>368</sup> J.Ghestin, et alii, Les conditions de la responsabilité civile : LGDJ, 3e éd., n° 788, 2006

<sup>369</sup> L'article 1384 ne mentionne que la responsabilité des parents pour leurs enfants, des maîtres et commettants pour leurs préposés et les artisans et instituteurs pour leurs apprentis et élèves.

et qu'on pourrait assimiler « la filiation financière » à une filiation naturelle<sup>371</sup>, où les enfants mineurs sont sous la tutelle de leurs parents, vu la similitude entre les deux situations.

On a ainsi tenté d'introduire au niveau de l'article 1834 du code civil, dans le cadre du projet Catala, des dispositions qui responsabiliseraient la société mère des actes malencontreux de sa filiale.

L'alinéa en question préconisait ce qui suit « De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires ».

Certains avis doctrinaux se sont soulevés contre cette formulation, dont le professeur Champaud, qui dit que : « ... ce serait une réécriture d'un monument de la langue française ...il n'est pas certain que l'admiration de Stendhal pour le code civil aurait été aussi grande si ses pères avaient eu la plume aussi malhabile<sup>372</sup> », et d'ajouter que le texte faisait plus primer le fait de faire payer les sociétés que les principes fondamentaux du droit.

---

<sup>370</sup> Y.Guyon , **droit des affaires :droit commercial et sociétés commerciales.1**, p.641 ; Voir M.Cozian, A.Viandier , F.Deboissy, **Droit des sociétés**, 17e édition, Litec , qui, eux, comparent le groupe à une famille dont les membres seraient exclusivement féminins, composée de sociétés mères, de filles, de sœurs et même de grand-mères entretenant des liens juridiques particuliers et étroits ;voir aussi, F. Magnus ,les groupes de sociétés et la protection des intérêts catégoriels « ...l'articulation des relations au sein du groupe peut être comparée à une organisation familiale de type matriarcal, composée d'une pluralité de personnes dotées d'un patrimoine propre ainsi que d'une indépendance juridique, dont l'autonomie est limitée par le contrôle exercé par une «mater familias» (la société mère) qui surveille et coordonne les agissements dans l'intérêt familial, et au sein de laquelle certaines opérations peuvent être réalisées à des conditions plus avantageuses qu'entre étrangers (telles que des donations ou des aides financières).

<sup>371</sup>Langlois-Colson (A), **la responsabilité de la société mère à l'égard des tiers**, thèse Paris I-panthéon-Sorbonne, 2001

<sup>372</sup> Champaud(C), Danet (D), **groupe de sociétés, Responsabilité de la société mère aux dettes de la filiale**, RTD Com. 2008 p. 576

Nous pensons que les dispositions juridiques évoluent avec le temps, où sont, du moins, censées le faire, et qu'il ne serait pas mauvais de modifier et de réadapter certains articles du code civil. L'initiative du projet Catala, et à notre sens, louable, surtout que l'exercice, parfois abusif, des grands groupes de leur pouvoir, impose l'intervention du législateur qui devrait freiner et neutraliser ces dérapages.

D'après les expositions ci-dessus, on peut dire que les créanciers des filiales d'un groupe de sociétés ont à leur portée un dispositif juridique intéressant pouvant mettre en jeu la responsabilité de la société mère, et dont le but est principalement la protection des tiers, que le dommage soit la conséquence directe de la société mère ou d'une de ses filiales.

## **Chapitre 2. La responsabilité pénale de la société mère**

Si on devait respecter à la lettre l'esprit du code pénal, le groupe de sociétés et, de facto, dépourvu de personnalité juridique, et partant, aucune responsabilité ne peut lui être imputée<sup>373</sup>. Pourtant la jurisprudence est très confuse et fait preuve de beaucoup d'indécision à sujet, tantôt elle reconnaît ne serait-ce qu'implicitement la personnalité juridique au groupe<sup>374</sup>, tantôt, elle la lui renie, tantôt elle condamne le groupe de sociétés, présument qu'il a une personnalité morale de fait<sup>375</sup>, tantôt, elle se rétracte. En général, pour les juges, la responsabilité pénale des personnes morales semble pouvoir être engagée, non lorsque le texte le prévoit expressément, mais lorsque sa lettre ne l'interdit pas<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> Pariente(M), Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales : Rev. Sociétés 1993, p. 247

<sup>374</sup> Freyria(Ch), la personnalité morale à la dérive, Mélanges Breton et Derrida, D, Paris 1991, p.121

<sup>375</sup> Cass.civ2 ,du 28 janvier 1954,n°54-07.081 ;voir aussi, T.civ Meaux,23 avril 1952,D.1952,P.431 ;C.A Rennes,1ère CH,2 février 1953,JCP 1953,II,7449

<sup>376</sup>De Lamy(B) & Segonds(M), Responsabilité pénale des personnes morales, J-CI Pénal des Affaires, fasc 7

C'est ce qui ressort de certaines décisions de justice dont l'arrêt de la haute cour en date du 24 mai 1982<sup>377</sup>, dans le cas de figure, la cour avance que, nonobstant leur appartenance au même groupe, la société mère et la filiale représentent deux personnes morales distinctes et qu'une entité ne peut pas emprunter la responsabilité de l'autre.

### **Section 1. L'imputation de l'infraction dans un groupe de sociétés**

La doctrine a considéré que, faute de conscience et de volonté propres, aucune faute personnelle ne pouvait être imputée à une personne morale<sup>378</sup>, en effet, il serait difficile de condamner une personne n'ayant ni identité ni existence juridique.

C'est le cas pour les groupes de sociétés, leur responsabilité en tant que structure n'a pas lieu d'être, puisque ne disposant pas d'une personnalité morale. Mais un groupe de sociétés peut être amené à commettre des actes délictueux ou à provoquer des dommages au nom de l'intérêt collectif qu'il représente. Aussi, le doter de cette personnalité juridique, serait à même de le rendre aux yeux de la loi, responsable de ces actes.

#### **I. L'acquisition de la personne morale par les groupes de sociétés**

Refuser la personne morale à un groupe de sociétés, supposerait une rupture d'égalité entre les différentes personnes morales, puisque liées uniquement à leur mode de reconnaissance juridique.

La thèse traditionnelle soutenait l'irresponsabilité de la personne morale du fait de l'impossibilité pratique d'imputer une quelconque infraction à un être collectif désincarné.

Thèse cautionnée par la réserve du législateur jusqu'à ces dernières années, puisque le contraire aurait été enfreindre certains principes en matière pénale, par exemple, la

---

<sup>377</sup> Cass. Com, 24 mai 1982, n°81-11.268 ; voir aussi TGI Paris, 3ème ch, 7 mars 1986, D1988, somm.comm., P.208

<sup>378</sup> Mestre(V), Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Thèse Paris, 1899

personnalité des peines, comment pourrait-on prétendre qualifier de présumé « criminel », un être dépersonnifié, dépourvu de corps, d'âme et surtout de pouvoir de décision ?

C'est vrai d'ailleurs aussi, pour la responsabilité partagée des auteurs et des complices, faire reconnaître la complicité du groupe tout entier sera impossible, toutes les entreprises n'ayant pas été forcément actives dans la commission de l'acte<sup>379</sup>.

En fait, la velléité des fondateurs d'un groupe de sociétés est établie autour du flou qui enveloppe la responsabilité pénale de l'entité en question, puisque le défaut de personne morale favorise la gestion des risques, à travers la filialisation des patrimoines et des activités en instaurant une structure servant, le cas échéant, de bouclier judiciaire<sup>380</sup>. Ce qui n'empêche pas que le choix ait été arrêté au terme d'une analyse économique<sup>381</sup>. En effet, la société mère crée des filiales pour des raisons essentiellement économiques de diversification et d'entraide, et pour atteindre ce but, certaines actions normalement répréhensibles se trouvent justifiées et la responsabilité de leur auteur dégagee<sup>382</sup>.

Dans les deux cas, la structure se trouvera toujours à l'abri de toute poursuite, du fait de l'absence de la personnalité juridique du groupement, ce qui est d'autant plus choquant qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement...<sup>383</sup>

Ces dispositions supposent que seules les collectivités dotées de la personnalité juridique peuvent être déclarées responsables pénalement. Mais cantonner la responsabilité aux seuls groupements dotés de la personnalité juridique, serait exclure du champ de la répression, tous

---

<sup>379</sup> Pariente(M), **Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales**, revue des sociétés 1993, p.247

<sup>380</sup> Champaud(CL) & Danet(D), **Stratégie judiciaire. Groupe de sociétés. Autonomie de la personne morale. Responsabilité de la société mère pour les dettes de la filiale** RTD Com. 2010 p. 561

<sup>381</sup> Amar(J), **Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales** : Dr. pén. 2001, chron. 37

<sup>382</sup> M. Pariente, op-cit ; arrêt Rozemblum op-cit

<sup>383</sup> Badinter(R), **Présentation du projet du nouveau Code pénal**, Dalloz 1988, p. 16,

les groupements de fait, dépourvus de la personnalité juridique comme les sociétés de fait, les sociétés en participation<sup>384</sup>, les sociétés créées de fait<sup>385</sup> et les groupes de sociétés entre autres.

En le faisant, le code pénal d'avant 2004, consacrait la fiction juridique, peut-être, au mépris de la réalité criminologique ou de la capacité criminelle des collectivités<sup>386</sup>, mais le code pénal d'après 2004, en admettant certains droits fondamentaux aux personnes morales, a sans doute ouvert la boîte de Pandore<sup>387</sup>.

Ainsi, la jurisprudence<sup>388</sup> nous renseigne sur des cas de figure des sociétés en participation<sup>389</sup> où la société mère, véritable instigateur d'un fait délictueux, mais non l'auteur matériel, est resté à l'abri de toute poursuite, suite à l'article 121-1 du code pénal qui stipule que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait », et la jurisprudence d'ajouter que « la responsabilité pénale ne peut résulter que d'une faute personnelle »<sup>390</sup>.

## **II. Groupes de sociétés pénalement responsables**

C'est déjà donner une entorse aux principes fondamentaux du droit pénal que de vouloir incriminer une entité sans personne morale, et c'est pousser encore plus loin le manquement que de le faire sur la base du fait d'autrui, mais la réalité des groupes de sociétés favorise, voire, exige cette transmissibilité du risque pénal.

---

<sup>384</sup> Cass. Crim, 14 décembre 1999, Bull. crim. 1999, n° 306; Bull. Joly 2000, p. 642, § 145, obs. J.-F. Barbiéri

<sup>385</sup> Article 1872 et 1873 du code civil

<sup>386</sup> Ntono Tsimi(G), le devenir de la responsabilité pénale de la personne morale en droit camerounais, des dispositions spéciales vers un énoncé généra, Cairn, 2011/1 - n° 33, pages 221 à 244

<sup>387</sup> Guyon(Y), « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé » in « Les droits fondamentaux » : AJDA, 1998, n° spécial juill /août, p. 142

<sup>388</sup> Crim, 10 novembre 1970, n°70-90.044, Versailles, 12e ch., 7 janv. 2010, RG n° 08/07984, Sté Latitude Paper & Board c/ Sté Interkraft, Revue trimestrielle de droit commercial 2010. p. 561.

<sup>389</sup> Cass.rim, 14 décembre 1999, n°99-80.104, Crim, 11 avril 2012, n°10-86.974

<sup>390</sup> Cass.crim, 28 février, 1956, n°53-02.879 ; Crim, 27 juillet 1970, n°69-93.107

Donc pour pouvoir étudier la responsabilité pénale d'un groupe de sociétés, il faut partir de la base que cette entité a une personnalité juridique, la Cour de cassation a décidé<sup>391</sup>, dans un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 28 janvier 1954, que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi, elle appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression ».

Donc, si la loi ne décide pas de la personnalité juridique des groupements, alors tout groupement, qui remplit les critères posés par la cour de cassation, a vocation à la personnalité morale<sup>392</sup>.

Les groupes de sociétés peuvent donc avoir la personnalité juridique, s'ils sont pourvus d'intérêts collectifs, distincts de ceux de leurs membres, d'une volonté collective qui permet la défense de leurs intérêts, et d'une organisation collective qui assure l'expression de cette volonté<sup>393</sup>.

Si la Cour de cassation a reconnu la réalité des personnes morales, elle n'en exclut pas moins les formalités nécessaires à l'expression de cette entité, et la nécessaire volonté de ses membres de lui conférer la personnalité juridique. Ainsi, les groupements de fait, qui ne veulent pas la personnalité juridique et qui ne font pas les démarches nécessaires à cela, ne peuvent pas engager leur responsabilité pénale, seuls leurs membres peuvent être séparément poursuivis.

Certains auteurs se fondent plutôt sur la théorie de la réalité des personnes morales, pour affirmer que les groupements de fait peuvent se voir attribuer une personnalité morale et être

---

<sup>391</sup> Cass.civ 2, 28 janvier 1954, N°54-07.081

<sup>392</sup> Bouloc-Cassani, droit pénal des affaires, le responsabilité pénale du fait d'autrui, 30 novembre 2001, p 139

<sup>393</sup> Terre(F), Introduction générale au droit, Dalloz, 4ème édition, coll. Précis, 1998, n°353, Introduction : les personnes, les biens, Montchrestien, 9ème édition, 1999, n°775

responsables pénalement<sup>394</sup>. Une autre partie de la doctrine, par contre, estime impossible la transposition de cette jurisprudence en matière pénale, au motif que, sur le plan des principes, la solution inverse heurterait le principe de légalité et que, d'un point de vue technique, l'exigence civiliste de la défense "d'intérêts licites" est incompatible avec la commission d'une infraction, et à partir de là, mettre en œuvre la responsabilité pénale du groupe.

Aussi, dans un premier temps, cette responsabilité n'était possible que si un texte l'avait expressément prévu, ainsi, la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 avait prévu la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions suivantes figurant dans des codes ou lois :

- Atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation en temps de guerre<sup>395</sup> ;
- Atteintes aux droits d'auteur<sup>396</sup> ;
- Infractions à la législation sur les jeux<sup>397</sup> ;
- Banqueroute<sup>398</sup> ;
- Pollution atmosphérique<sup>399</sup> ;
- Infractions en matière d'élimination des déchets<sup>400</sup> ;
- Infractions aux règles régissant la recherche biomédicale<sup>401</sup> ;
- Infractions en matière de travail illégal<sup>402</sup> ;

---

<sup>394</sup> Planque(J.C), **La détermination de la personne morale pénalement responsable**, Ed. L'Harmattan, 2003, n°186

<sup>395</sup> Article 476-13 code justice militaire

<sup>396</sup> Article L. 335-8 code propriété intellectuelle

<sup>397</sup> Article 4 de la Loi n° 83-628, 12 juil. 1983

<sup>398</sup> Article L. 654-1 à L. 654-7 code de commerce

<sup>399</sup> Loi n° 61-842, 2 août 1961

<sup>400</sup> Loi n° 75-633, 15 juil. 1975, article 24-1

<sup>401</sup> Code santé publique, article L. 209-19-1

- Infractions aux dispositions de la loi sur l'eau et infractions prévues par les articles 141 et 142 du Code minier<sup>403</sup>.

D'autres dispositions étaient prévues en matière para-pénale, ce sont, par exemple, les pouvoirs de sanction administrative prévus pour le conseil de la concurrence<sup>404</sup> et l'autorité des marchés financiers<sup>405</sup>.

Aussi, lors de l'adoption du code pénal de 1994, l'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales impliquait, pour chaque infraction, l'existence d'un texte spécifique prévoyant que les personnes morales peuvent être déclarées responsables sur le fondement de cette infraction<sup>406</sup>.

Ce conditionnement de la responsabilité de la personne morale a ouvert grand' la porte à la fraude, quand il y a par exemple, absence de lien entre la personne et l'acte répréhensible, d'un côté, et d'un autre côté, cela a resserré le champ de la responsabilité pénale des personnes morales, en la subordonnant à la volonté affirmée du législateur par l'existence d'un texte d'incrimination spécial, donnant lieu à des poursuites pénales.

Le tir a été rectifié par la loi du 09 mars 2004<sup>407</sup> dite « Perben II », elle-même explicitée par une circulaire en date du 13 février 2006, qui a exclu l'exigence d'un texte spécifique,

---

<sup>402</sup> Article L. 8211-1, 1° et L. 8221-1 à L. 8224-6 relatifs au travail dissimulé, article L. 8256-7 et L. 8256-8 relatifs au travailleurs étrangers du code de travail

<sup>403</sup> Pézard(A), Insolera(G), notions de responsabilité individuelle et collective, Petites affiches, 11 décembre 1996 n° 149, P. 12

<sup>404</sup> Article L461-4 et suivant, titre VI, Code du commerce

<sup>405</sup> Et ce depuis la réforme boursière du 2 août 1989 dite « transparence et intégrité du marché » qui instaure le pouvoir d'injonction et de sanction de la COB

<sup>406</sup> Mascala(C), L'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales : la fin du principe de spécialité, Bull Joly Sociétés, 2006, n° 1, P. 5

<sup>407</sup> N°2004-204, JO n° 59 du 10 mars 2004, p.4567, accompagnée de la circulaire Crim-06-3/E8 du 13 février 2006.

prévoyant la possibilité pour chaque infraction de poursuivre la personne morale, élargissant amplement la portée de la responsabilité et facilitant ainsi la mise en œuvre des poursuites.

Une seule exception subsiste : avant comme après la loi du 9 mars 2004, la responsabilité pénale des personnes morales ne pourra être engagée pour une infraction de presse<sup>408</sup>, ou commise par voie de communication audiovisuelle<sup>409</sup>.

Aussi, il n'est plus nécessaire de vérifier si la loi permet expressément de poursuivre la personne morale sur le fondement d'une infraction particulière. Actuellement, la seule existence d'un texte d'incrimination érigeant un comportement en infraction suffit, et il permettra indistinctement de poursuivre les personnes physiques et les personnes morales<sup>410</sup>.

### **III. Les conditions de responsabilisation de la société mère**

Pour qualifier la participation d'une personne physique à la vie juridique, aucune difficulté sérieuse ne se pose, tout dépend d'une double hypothèse : la première est de savoir, si cette personne agit elle-même en exerçant directement les droits dont elle est titulaire, ce qui ne pose en principe aucun problème de qualification. Celui-ci surgit par contre, quand la participation à la vie juridique de cette personne physique s'opère par l'intermédiaire d'un tiers.

La personne morale, par contre, en tant que sujet de droit ne peut agir que par des intermédiaires. Sa nature immatérielle la condamne à ne pouvoir agir que par le biais d'un substratum humain comme l'a qualifié Donnedieu de Vabres<sup>411</sup>, ce qui n'empêche pas la personne morale d'être passible de sanctions personnelles, énumérées à l'article 131-39 du code pénal.

---

<sup>408</sup> L. 29 juil. 1881, art. 43-1

<sup>409</sup> L.29 juillet 1982, art. 93-4; Cass.Crim, 1er septembre 2005, n° 04-87.130 : JurisData n° 2005-030002 ; Dr. pén. 2005, comm. 171, obs. M. Véron

<sup>410</sup> Mascala(C), op-cit

<sup>411</sup> Donnedieu de Vabres (H), Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales. Revue international de droit pénal, 1950, p. 341.

Aussi, les relations économiques liant la société mère et ses filiales supposeraient un attachement indéfectible entre elles, et donneraient à penser qu'elles sont vouées au même sort, ce qui est loin d'être le cas ; la société mère sera engagée ou dégagée suivant le degré de son implication et de participation dans l'infraction commise.

Si la création d'une personne morale est légitime, et que les personnes ont intérêt à l'existence de cette personne<sup>412</sup>, dans le groupe de sociétés, la finalité est renversée, on crée un groupe de sociétés, justement, pour avoir ce non-être, cette inexistence de la personne morale, paradoxal et suspicieux !

Aussi, le problème qui se pose de prime abord, est que le groupe de sociétés est dépourvu de personne morale, et quand bien même, on lui aura attribué une personne morale de fait, subsistera toujours la difficulté quand à l'incrimination de la personne morale, puisque sa mise en cause, ne peut être établie que par le biais des infractions commises par ses organes ou ses représentants pour son compte et non sa responsabilité personnelle et directe.

Ceci est aberrant de la part du législateur, puisque la responsabilité pénale des personnes morales avait été principalement instaurée pour décharger les personnes physiques d'une responsabilité pénale que l'on ne considérerait pas comme devant être la leur, il n'est possible de condamner une personne morale que si l'existence d'une infraction imputable à une personne physique<sup>413</sup> est démontrée.

Comme l'a savamment décrit Madame Cartier : « ...S'agissant de notions aussi complexes et de secteurs aussi sensibles que ceux de la responsabilité pénale et de la personnalité morale, il ne suffit pas de mettre ensemble, comme dans un « shaker », ces deux notions et de secouer,

---

<sup>412</sup> Paillusseau (J), *Le droit moderne de la personnalité morale*, RTD Civ. 1993 p. 705

<sup>413</sup> Giudicelli-Delage(G), *La responsabilité pénale des personnes morales en France*, in *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France*, LGDJ, 2005, p. 187.

pour obtenir un produit miracle, il faudrait une nouvelle règle ou institution propre à s'intégrer harmonieusement dans les mécanismes existants »<sup>414</sup>.

Aussi, le pari quant à la conception de la personnalité morale en matière pénale est encore plus périlleux, quand il s'agit de la destinée des groupes de sociétés, puisque ceux-ci se voient refuser la personnalité morale<sup>415</sup> par la jurisprudence civile. La doctrine<sup>416</sup> est, par contre unanime quant à la reconnaissance de la personne morale à un groupe de sociétés et par conséquent, à sa responsabilité pénale, puisque le voile de la personne morale<sup>417</sup> permet d'organiser à peu de frais, l'irresponsabilité pénale d'opérateurs à forte capacité de nuisance tels que les groupes de sociétés<sup>418</sup> et puis surtout, l'incrimination d'un groupe de sociétés, collera mieux à la réalité des faits<sup>419</sup>.

Ce qui peut être motif de divergence par contre, c'est l'articulation de cette responsabilité, relativement aux infractions touchant les groupes de sociétés, vaudrait-il mieux opter pour une imputabilité solidaire, qui aura le mérite de sanctionner ceux qui ont commis l'infraction sans trop s'embarrasser du rôle joué par l'une ou l'autre société<sup>420</sup> ou retenir plutôt la responsabilité de la société mère ?

---

<sup>414</sup> Cartier(M.E), nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français, Petites affiches, 11 décembre 1996 n° 149, P. 18

<sup>415</sup> Cass. Com., 2 avril 1996, n°94-16.380, D.1996, n° 16

<sup>416</sup> Déjà en 1928 l'Association internationale de droit pénal constatait que les personnes morales pouvaient, présenter un état dangereux se manifestant par la commission d'infractions cité B.Bouloc, La responsabilité pénale des entreprises en droit français, In : Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 669-681.

<sup>417</sup> Comparée par Alain Supiot aux cagoules dont se servent les gangsters « pour ne pas être reconnus et ne pas avoir à répondre de leurs actes », in L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total, Paris, Seuil, 2010.

<sup>418</sup> Tricot (J), Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales, Revue de science criminelle 2012 p. 19

<sup>419</sup> Pariente (M), Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. soc. 1993, p. 247

<sup>420</sup> Pariente (M) , op-cit

Aux termes de l'article 121-2 du Code pénal , toutes les infractions peuvent engager la responsabilité de la personne morale, dès lors qu'elles sont commises pour son compte, par ses organes ou représentants, et que les conditions d'imputabilité de ces faits sont réunies

La lecture de cet article, ne nous éclaire pas quant à la possibilité de commission d'une infraction par une personne morale, ni comment elle y procéderait, par contre, il nous dit comment celle-ci peut lui être imputé. Aussi, la responsabilité de la société mère ne peut être ni directe ni autonome, puisqu'il lui faut toujours un instrument pour la réalisation de l'acte prohibé, c'est une infraction par représentation, ceci n'exclut pas un cumul de responsabilités avec le représentant.

### **1. Une infraction commise pour le compte de la personne morale**

La responsabilité pénale de la personne morale peut être retenue, si l'infraction a été réalisée dans son intérêt ou qu'elle en a profité, soit pour obtenir un gain ou réaliser une économie.

La présence d'un de ces éléments suffit pour constater la commission de l'infraction pour le compte de la société. C'est le cas d'une opération de vente en liquidation, engagée sans autorisation par le gérant d'une société, dans l'intérêt exclusif de celle-ci<sup>421</sup> .

Un autre exemple nous est fourni par le cas d'une société<sup>422</sup> de syndic de copropriété, qui a été condamnée pour avoir sciemment recouru aux services d'une entreprise non immatriculée au registre du commerce et des sociétés et employant des salariés non déclarés à l'URSSAF, alors que le contrat était conclu au bénéfice d'un syndicat de copropriétaires.

---

<sup>421</sup> CA Lyon, 7e ch. C, 3 juin 1998 : RJDA 11/1998, n° 1227 ; voir aussi, cass.crim, 13 octobre 2009 N°09-80.857 ; cass.crim, 23 novembre 2010, n° 09-85.115

<sup>422</sup> Cass.crim., 24 mai 2005, n° 04-86.813, Bull crim 2005, n° 154 p. 550

Les infractions commises dans l'intérêt financier ou économique de la personne morale, et commises dans l'exercice d'activités tendant à assurer le fonctionnement de la personne morale, même si elle n'en a tiré aucun profit<sup>423</sup>, engagent la responsabilité pénale de la personne morale.

Par raisonnement a contrario, on peut déduire que toute infraction commise dans l'intérêt d'une personne autre que celle de la personne morale, écarte automatiquement sa responsabilité. Ainsi, dans une décision rendue par le tribunal correctionnel de Versailles<sup>424</sup>, celui-ci a retenu la responsabilité d'une société du bâtiment qui a sous-traité le travail à trois entreprises parfaitement irrégulières, dans le but d'éviter de perdre des marchés et de tenir les délais.

Il faut dire que l'expression « pour son compte » est très vague, ce qui a donné lieu à des interprétations diverses, certains auteurs ont retenu la responsabilité de la personne morale même dans le cas où l'organe ou le représentant aurait agi « en dehors de ses limites d'attribution »<sup>425</sup>. C'est un autre son de cloche, lorsque l'auteur du fait fautif, agit dans son intérêt exclusif, parce que à ce moment là, la responsabilité pénale de la personne morale est dégagée<sup>426</sup>.

Pourtant, dans certaines circonstances, la société peut être poursuivie pour responsabilité pénale, même en l'absence de volonté délibérée de ses organes ou représentants<sup>427</sup>. C'est le cas pour les infractions de négligence ou d'imprudence, en particulier, les homicides ou les

---

<sup>423</sup> Desportes(F) et Le Gunehec (F), *Le nouveau droit pénal*, Economica 11e édition n° 612

<sup>424</sup> T. corr. Versailles 18 décembre 1995, JCP 1996, II n° 22640 note J.-H. Robert

<sup>425</sup> Desportes(F), « Le nouveau régime de responsabilité pénale des personnes morales », J.C.P., E., 1993, I, no 219, p. 71.

<sup>426</sup> Cass. Crim, 29 avr 2003, n° 2253 FSPF, Ass. C. (cons. rapp. Agostini), Bull Joly Sociétés, 01 août 2003 n° 8-9, P. 955

<sup>427</sup> Gibirila(D), responsabilité de la société, JCC, fasc. 1040

blesures involontaires résultant du défaut d'application d'une règle de sécurité que les organes ou les représentants de la personne morale auraient omis de faire respecter<sup>428</sup>.

## **2. Une infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale**

La responsabilité pénale de la personne morale est toujours déclenchée par une personne physique ou un « substratum humain », c'est la construction de l'être collectif qui l'exige. Déjà en 1932, on parlait d' «un transport de la responsabilité d'une personne à l'autre »<sup>429</sup>.

Une personne morale ne peut jamais être l'auteur matériel d'une infraction, même si l'intention coupable y est, le code pénal souligne en effet, la nécessité d'un élément intentionnel pour la constitution de l'infraction, « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »<sup>430</sup>. Aussi il va falloir déceler comment va se révéler cette volonté chez la société mère de faciliter le fait infractionnel, déjà chez la personne physique, c'est l'élément le plus difficile à déterminer, chez une personne morale, la mission est presque impossible.

Aussi, du fait que la société mère ne peut s'exprimer et opérer que par ses « représentants » ou « organes »<sup>431</sup>, la matérialité de l'acte ne lui est imputable que par l'action d'un organe ou d'un représentant<sup>432</sup>. La chose est aussi vraie pour l'élément moral<sup>433</sup>, qui se manifeste à travers les personnes physiques siégeant au niveau du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, ce sont, en effet, les décisions prises au niveau de ces assemblées qui reflètent la volonté de la personne morale. L'on sera toujours en présence de la volonté et de l'acte

---

<sup>428</sup> CA Nancy, 16 avril 1998 : JurisData n° 1998-044468

<sup>429</sup> Michoud(M), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1ère éd. 1906-1909 et 3e éd. par Troabas, L.G.D.G., 1932

<sup>430</sup> Art. 121-3 du code pénal

<sup>431</sup> Art. 121-2 du code pénal

<sup>432</sup> Ducouloux-Favard(C), *Les notions d'organe et de représentant dans la responsabilité pénale des entités personnifiées* : LPA 26 oct. 2000, n° 214, p. 18

<sup>433</sup> Mouloungui(C), *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales* : RTD com. 1994, p. 441

illicite chez ceux-ci, c'est donc à ce niveau qu'il faudra retrouver la volonté d'engager la responsabilité de la société mère.

De la sorte, par exemple, une filiale ayant commis l'infraction de faire travailler des enfants en bénéficiant de la bénédiction de la société mère verra la responsabilité de celle-ci engagée en tant qu'instigatrice, si elle a donné des instructions, ou complice, si elle a couvert ces actes délictuels, et ce, même si elle ne tire pas un bénéfice de la situation donnée<sup>434</sup>. Il faut un acte coupable préalable, perpétré par une personne physique auquel la personne morale va emprunter la culpabilité<sup>435</sup>.

Ainsi, dans une décision de la haute cour<sup>436</sup>, celle-ci a cassé un arrêt de la cour d'appel, qui, saisie de poursuites exercées contre une personne morale, du chef de blessures involontaires, à la suite d'un accident du travail subi par un salarié, s'est bornée à retenir qu'à défaut d'avoir dispensé une formation pratique et appropriée, la personne morale a créé la situation ayant permis la réalisation du dommage, ou n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, sans mieux rechercher si les manquements relevés, résultaient de l'abstention de l'un des organes ou représentants de ladite personne morale et s'ils avaient été commis pour le compte de celle-ci.

On voit qu'enfin de compte, même si le législateur parle de la responsabilité de la personne morale, l'auteur en est toujours une personne physique, l'emprunt de criminalité est l'explication choisie par certains auteurs pour expliquer cette responsabilité des personnes morales<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Geeroms(S), la responsabilité pénale de la personne morale : étude comparative, RIDC, 1996, Volume 48, n° 3, pp. 533-579

<sup>435</sup> Cass. crim., 2 déc. 1997, n°96-85.484 ; voir aussi, Cass. Crim, 20 juin 2006, n° 05-85.255 ; Cass. crim 7 juillet 1998, n° 97-81.273, Bull crim 1998 N° 216 p. 626 ; Cass. Crim, 1er décembre 1998, n°97-80.560, Bull crim 1998 N° 325 p. 942

<sup>436</sup> Cass. crim, 11 avril 2012, n°10-86.974 ; Cass. crim, 27 novembre 2001, n°01-81.396, Inédit

<sup>437</sup> Soyer(J.C), Droit pénal et procédure pénale, LGDJ 20e éd. 2008, n° 282 et s

Le problème qui se pose est celui d'identifier les organes propres à un groupement non doté de la personne morale, puisque la loi ne le lui en a pas affectés, à l'exception du comité du groupe.

Pour le fonctionnement du groupe, celui-ci doit se doter d'organes de gestion et de contrôle, donc il peut, soit emprunter à la société mère ses organes, soit se doter d'organes propres<sup>438</sup>. Si le groupe emprunte ses organes à la société mère, l'image est plus ou moins claire, parce que la notion d'organe de droit, recouvre toutes les personnes investies, individuellement ou collectivement, par la loi ou les statuts de la personne morale, du pouvoir d'agir au nom de celle-ci.

Sans entrer dans les détails et les méandres du fonctionnement des organes délibératifs et exécutifs de la société mère, cette dernière par son ascendant<sup>439</sup> et son pouvoir de révocation saura toujours imposer sa politique et sa volonté, et une centralisation de pouvoir devrait supposer une centralisation de responsabilité.

La situation s'embrouille par contre, quand le groupe opte pour des organes propres, qui seront forcément des organes de fait<sup>440</sup>, passibles de sanction sur la base de complicité dans les délits de gestion<sup>441</sup>, même si la personne physique précisément responsable n'a pu être identifiée<sup>442</sup>.

## **Section 2. Les différentes formes de mise en cause de la société mère**

L'incrimination de la société mère peut être envisagée sous différentes optiques, c'est d'ailleurs là, et de manière quelque peu contradictoire, la faiblesse et la force d'un groupe de

---

<sup>438</sup> Le Cannu(P), Les organes du groupe, Petites affiches, 04 mai 2001 n° 89, P. 43

<sup>439</sup> Ainsi dans le cas où la société mère détiendrait 99% du capital de sa filiale, la culpabilité du dirigeant social devra être retenue, l'intérêt de la société mère et l'intérêt personnel du dirigeant étant identiques.

440T. corr. Strasbourg, 9 février 1996 : Les annonces de la Seine 1996, n° 24, p. 10

<sup>441</sup> Calendini (J.M), Les comités de direction, Bull. Joly, 1992, ¶ 272, nos 17 et 18.

<sup>442</sup> Concernant les infractions non intentionnelles, Cass. Crim, décembre 1998, n°97-80.560, comme intentionnelles, Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-85.778

sociétés<sup>443</sup> : faiblesse, sans doute, puisque l'expression de la volonté du groupement suppose impérativement un intermédiaire, mais force cependant, sachant que la personne morale « être surhumain »<sup>444</sup> survit à ses représentants, « simples mortels » et peut être incriminé de manière individuelle.

Peu importe l'angle traité, une condition se révèle indispensable à l'engagement de cette responsabilité pénale dans un groupe de sociétés, il s'agit de l'organisation du groupement lui-même, qui va permettre de démontrer le respect de la volonté collective<sup>445</sup>, mais qui va surtout faire ressortir, l'ascendant de la société mère sur ses filiales.

C'est à partir de là que va se manifester la responsabilité pénale de la société mère qui est, en principe, conditionnée par l'intervention d'une personne physique, et c'est le plus souvent le cas ; quoique la responsabilité de la société mère peut être parfois indépendante, de fait personnel.

## **I. La poursuite individuelle de la société mère**

La société mère peut être mise en cause en absence de toute intervention d'autrui, seule sa responsabilité pénale sera engagée, les éléments constitutifs de l'infraction doivent pouvoir être imputés à la personne morale de fait que représente la société mère ; cette poursuite peut-être soit pour une infraction consommée soit pour une tentative d'infraction.

### **1. Poursuite pour infraction consommée**

L'infraction consommée suppose que l'acte matériel qui la caractérise a été accompli dans son intégralité, et le résultat produit. La société mère peut-être poursuivie seule pour une telle infraction, lorsque les infractions commises ne sont pas destinées à protéger les membres du

---

<sup>443</sup> Formule empruntée à M.E Cartier, op-cit , qui, parle plutôt de la personne morale

<sup>444</sup> Ripert (G), aspects juridiques du capitalisme moderne, L.G.D.J, Paris, 1951, 2ème édition, n°30 et s.

<sup>445</sup> El Sayed (K.M), le problème de la responsabilité pénale des personnes morales, thèse Paris I, Panthéon Sorbonne, 1988

groupe, mais à empêcher que des dommages soient causés aux tiers ou à la collectivité nationale<sup>446</sup>.

C'est le cas du transfert de données à caractère personnel, lorsque ces données sont transférées depuis le territoire européen, par exemple, vers un ou des pays qui n'appliquent pas les dispositions de la directive 95/46/CE. Ex : Les données des salariés d'une multinationale sont centralisées par la maison mère située aux États-Unis.

Les données personnelles des salariés français font donc l'objet d'un transfert vers les États-Unis. En cas de non respect des règles de transferts de données hors de l'Union européenne, des sanctions pénales peuvent être prononcées par les juridictions compétentes (jusqu'à 300 000 euros d'amende pour les personnes physiques ou 1,5 million d'euros pour les personnes morales<sup>447</sup> et 5 ans d'emprisonnement) en plus des sanctions qui peuvent être infligées par la Cnil, pouvoirs qui lui sont octroyés par l'article 45 de la loi de 1978 modifiée.

Dans le même ordre d'idées, le conseil de la concurrence peut se contenter parfois de la simple constatation du contrôle dont dispose la société mère sur la filiale, pour engager sa responsabilité. Ainsi, l'affaire Continental Can mérite d'être rappelée parce qu'elle montre comment l'acte délictuel peut être imputé à la société mère « lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique l'essentiel des instructions qui lui sont imparties par la société mère<sup>448</sup> ».

Mais, c'est probablement en matière de législation du travail que la responsabilité pénale de la société mère aura le plus fréquemment à être engagée et celle-ci sera exposée à de lourdes peines, primo, c'est parce que c'est l'une des rares matières juridiques à avoir reconnu la

---

<sup>446</sup>El Sayed(K.M), op-cit ; Cass.crim, 20 juin 2006, responsabilité solitaire de la personne morale, cahiers sociaux du Barreau de Paris ,01 novembre 2006, n°184, P.428

<sup>447</sup> Conformément aux articles 226-24 et 131-38 du Code pénal, l'amende prononcée à l'encontre de personnes morales peut être portée au quintuple du taux prévu pour les personnes physiques.

<sup>448</sup> CJCE, 21 janvier 1973, europemballage group et continental Can company c/commission, aff.6/72, rec.P. 215

personne morale à un groupe de sociétés, et secundo parce que l'activité même des groupes de sociétés est basée sur la force de travail du capital humain.

## **2. Poursuite pour tentative d'infraction**

La tentative est une forme imparfaite d'infraction, un fragment de celle-ci dont la sanction ne sera pas possible conformément aux normes générales, à la différence de l'infraction consommée qui suppose que toutes les étapes du crime ont été exécutées, la tentative est constituée, dès lors que manifestée par un commencement d'exécution<sup>449</sup>, que l'acte criminel entrepris aboutisse ou pas. La tentative est toujours punissable quand il s'agit de crime, mais seulement si expressément prévue par la loi pour les délits et jamais pour les contraventions<sup>450</sup>.

Si l'infraction consommée et la tentative d'infraction, diffèrent sur le fait que pour cette dernière, le but criminel poursuivi n'a pas été atteint, elles coïncident, par contre sur le fait que toutes les infractions intentionnelles requièrent une intention coupable de la part de l'auteur.

Le problème que soulève la tentative d'infraction est celui d'établir la frontière entre les actes préparatoires et les actes d'exécution, il existe un grand flou entre le commencement de l'exécution de l'infraction et le commencement d'exécution de la tentative.

Dans le cadre d'un groupe de sociétés, et relativement aux affaires, on peut imaginer facilement des situations susceptibles de donner lieu à des condamnations pour tentative d'infraction<sup>451</sup> avortée, c'est le cas de l'espionnage industriel, des ententes abusives, concurrence déloyale, du blanchiment d'argent, détournement de fonds, abus de biens

---

<sup>449</sup> Article 121-5 code pénal

<sup>450</sup> Article 121-4-2° code pénal

<sup>451</sup> Bouloc-Cassani(B), droit pénal des affaires, la responsabilité pénale du fait d'autrui, 30 novembre 2001 p.354

sociaux, abus de pouvoir, entre autres. Mais on a remarqué une absence de condamnation en matière de tentative de la société mère en droit interne.

On ne peut formuler que des hypothèses à ce sujet, peut-être que la simple tentative, contrairement à l'infraction consommée ne cause aucun ou peu de préjudice à la victime<sup>452</sup>, de là, le renoncement du juge de se lancer dans la recherche compliquée de l'intention délictueuse de la société mère.

## **II. la poursuite de la société mère pour coaction**

Si on peut difficilement imaginer la société mère réalisant l'aspect matériel de l'infraction, on peut, par contre, facilement la voir en tant qu'auteur intellectuel direct de la commission de l'infraction.

### **1. La société mère coauteur**

Dans l'esprit du code pénal, la notion d'auteur est, dans la plus part des cas, associée à la personne qui accomplit l'acte matériel, la jurisprudence considère également parfois l'auteur intellectuel ou moral, responsable au même titre que l'auteur matériel. Les coauteurs sont donc les « associés du crime »<sup>453</sup>, ils sont actifs et acteurs entièrement dans l'infraction.

Appliquer ces principes à la réalité d'un groupe de sociétés peut être source de beaucoup de questionnements, parce, en principe, ce sont toujours les filiales qui réalisent des activités au nom de la société mère, c'est donc grâce à la théorie de l'identification de l'organe et de la société mère que la faute pénale de la filiale peut être considérée comme la faute de la société mère.

---

<sup>452</sup> Boulloc-Cassani(B), droit pénal des affaires, la responsabilité pénale du fait d'autrui, op-cit

<sup>453</sup> Soyer(J.C), Droit Pénal et Procédure Pénale, L.G.D.J, 1977

Aussi, si aucune faute ne peut être imputée à la filiale, la société mère sera relaxée, c'est ce que ressort de la décision rendue par la cour d'appel de Grenoble<sup>454</sup>. Dans le cas d'espèce, les poursuites contre la société Vatec ont été suspendues, vu que le ministère public a estimé en définitive, que la responsabilité pénale ne pouvait être imputée avec certitude à telle ou telle personne physique, représentant la personne morale, et que du fait que cette dernière ne peut se voir reprocher sa culpabilité sur le plan pénal, a admis la décision de relaxe.

Qualifier la société mère de coauteur de la filiale, supposerait que, l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction devront se retrouver à la fois chez la société mère et chez la filiale<sup>455</sup>, ce qui est très peu fréquent, le groupe de société est l'un des rares scénarios où cette situation est envisageable, à côté de la sous-traitance<sup>456</sup>. Ainsi, dans le cadre d'un groupe personnel, une société a été retenue comme coauteur de la contrefaçon d'une marque par la cour d'appel de Paris<sup>457</sup>.

Pour ce qui de la destinée des personnes physiques, auteurs matériels de l'infraction, les décisions varient au gré de la jurisprudence, elles peuvent être blanchies<sup>458</sup> ou condamnées au même titre que la personne morale<sup>459</sup>.

## **2. La société mère complice**

Un complice peut être reconnu coupable, au motif qu'il connaissait l'intention d'autrui de commettre un crime, et/ou qu'il s'est montré indifférent par rapport au risque de commission d'une violation. Toute personne qui apporte son aide, son encouragement, ses conseils ou sa

---

<sup>454</sup> C.A de Grenoble, 6 avril 2006, dossier n° 05/00496

<sup>455</sup> Bouloc-Cassani(B), droit pénal des affaires, op-cit

<sup>456</sup> Bouloc-Cassani(B), droit pénal des affaires, op-cit

<sup>457</sup> CA paris, 1<sup>er</sup> juillet 1974, annuaire de la propriété industrielle 1975, p.76, Burst(J.J), groupes de sociétés et droit de la propriété industrielle in Dix de l'entreprise, 1978, p.253 et spéc. p.256 ; voir aussi , dans le cas de sous-traitance, T.corr.Paris,3<sup>ème</sup> ch,3 novembre 1995

<sup>458</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 97-80560: Bull. crim.n° 325 ; RSC 1998, p. 337, obs. Giudicelli-Delage(G)

<sup>459</sup> Cass.crim,7 juillet 1998,n°97-81.273, Bul crim 1998 N° 216 p. 626

participation à la commission d'une infraction est responsable au même titre que le principal auteur<sup>460</sup>. Il est dès lors possible qu'une société mère aide ou encourage une ou plusieurs de ses filiales à commettre une infraction.

Le concept d'auteur est relié à la personne qui consomme l'acte matériel, mais pas seulement, l'auteur peut être aussi l'auteur moral ou intellectuel, qui est d'ailleurs responsable au même titre que l'auteur matériel, ou le coauteur (complice). L'adaptation de ces principes à la société mère peut s'avérer ardue, parce que cela supposerait toujours que les actes délictueux sont commis par des personnes physiques qui réalisent les activités en son nom, et partant le prouver.

La responsabilité de la société mère est engagée en tant qu'auteur lorsque ses organes sociaux ou ses représentants accomplissent des actes condamnables à son profit ou au nom de l'intérêt social, ces actes sont différemment qualifiés, selon qu'ils sont l'expression d'une initiative individuelle de la personne physique ou plutôt le fruit d'une « politique économique d'entreprise » et de la volonté sociale qui s'y est manifestée.

Que l'infraction soit réalisée par l'organe ou le représentant d'une manière individuelle, ou en coaction avec d'autres, quand l'infraction est imputable au groupement, la société mère sera l'auteur d'une infraction d'omission, dès lors que l'organe sur qui pesait l'obligation d'agir n'a pas accompli cette obligation<sup>461</sup>.

Pour que la société mère soit incriminée en tant que complice, il faut que le fait principal commis par la filiale soit condamnable, et réalisé dans le cadre des activités de celle-ci, la culpabilité du complice est indépendante de celle de l'auteur principal, il suffit une constatation de l'existence du fait délictuel et de ses éléments constitutifs pour qu'une condamnation soit justifiée à l'égard du complice.

---

<sup>460</sup> En vertu de l'article 121-7 du Code pénal

<sup>461</sup> El Sayed(K.M), op-cit

Aussi, la complicité de la société mère peut se révéler sous différentes formes : aide, assistance ou incitation, c'est que qui ressort de l'article 121-7 du code pénal dans ses alinéas 1er et 2<sup>e</sup>, pour ce qui est de l'article 121-7 relative à la complicité par aide et assistance, il permet d'embrasser un grand nombre de situations et de faits

Si dans le langage courant, aide et assistance sont tendance à être confondus, dans le langage pénal, ce n'est pas le cas, ainsi, d'après Desportes et Le Guehec, « l'assistance suppose la présence sur place du complice »<sup>462</sup>, ce qui me met automatiquement la société mère hors de la trame, car on aurait du mal à imaginer la société mère sur place entrain de prêter assistance pour la commission de l'infraction.

La complicité par aide ou assistance doit aussi être, antérieure ou concomitante à l'infraction et consister en un acte positif, d'où il suit qu'elle ne saurait résulter de l'inaction ou de l'abstention.

C'est ce qui ressort d'une décision de la cour de cassation<sup>463</sup>, qui a retenu la culpabilité du notaire d'une société propriétaire d'un immeuble, grevé d'un passif, qui a accepté que cette indication ne figure pas dans ses documents publicitaires ( où son nom est cité ), et ne l'a pas mentionner au cahier des charges dont il est le rédacteur, dissimulant ainsi cette indication aux acheteurs des parts de la société, tout en laissant par ailleurs, effectuer des paiements au détriment des fonds sociaux, alors qu'il participait à la gestion de la société.

La question qui se pose est de savoir, s'il ya une prise en compte ou non, pour la répression du complice, des circonstances aggravantes qui lui sont propres.

---

<sup>462</sup> Desportes(F) &Le Guehec(F), *Droit pénal général, le nouveau droit pénal*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd, n°538

<sup>463</sup> Cass.Crim, 10 avril 1975, n°74-92.826 ; cass.Crim, 15 janvier 1948, Bulletin 1948 n° 10 ; cass.Crim, 2 décembre 2009, n°09-81.088 Inédit

### **3. La société mère instigatrice**

L'alinéa 2 de l'art. 121-7 considère comme complice « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

Aussi, du fait de la subordination de la filiale vis-vis de sa société mère, celle-ci est très exposée à ce genre de pression. Ainsi, c'est très courant de voir un salarié ou un organe, décidé à commettre un acte infractionnel, soit animé par des promesses d'évolution de carrière, d'augmentation de salaire, d'octroi des parts du capital...ou plutôt contraint par des menaces de licenciement, d'affectation à un poste à l'étranger...La domination exercée par la société mère rend parfaitement concevable ce type d'enjeux.

L'instigation peut aussi être fondée sur la fourniture d'instructions, aussi, il n'y pas de contrainte pesant sur l'auteur principal, il faudra dans ce cas là que les instructions soient données par les organes ou représentants pour le compte de la société mère<sup>464</sup>.

On peut penser à l'exemple de l'espionnage industriel qui serait commis par exemple par le salarié d'une société concurrente, les intérêts de la société mère (complice) et du salarié (auteur principal) confluent.

Ainsi, dans un arrêt de la cour de cassation datant de 1973, celle-ci a retenu la complicité pour fraude fiscale par provocation avec abus d'autorité ou de pouvoir, d'un entrepreneur de bâtiment qui a invité un fournisseur de main-d'œuvre dont il était le principal, puis, l'unique client, à s'abstenir de reverser au Trésor public les sommes, dont ce prestataire de services

---

<sup>464</sup> Bouloc-Cassani(B), droit pénal des affaires, op-cit

était redevable au titre de la T.V.A. en lui imposant des facturations anormalement basses, faisant de la minoration de ces factures, la condition du maintien de ses commandes<sup>465</sup>.

#### **4. La société mère receleuse**

Le recel est « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou de faire office d'intermédiaire, afin de transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit», selon l'alinéa 2 du même article, peut constituer également un délit de recel « le fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ».

Le recel fait parti des infractions de conséquence, puisque sa définition légale comporte parmi ses éléments constitutifs, l'exigence d'un crime ou d'un délit antérieurement commis ou tentés<sup>466</sup>, le recel n'est blâmable que parce que sa source l'est d'abord<sup>467</sup>, de plus, le recel suppose un élément moral caractérisé par la connaissance chez son auteur de l'origine frauduleuse de ce qu'il détient, qu'il en tire un profit ou pas<sup>468</sup>.

La société mère, peut être le réceptacle de biens ou d'informations, qui peuvent être des fois de nature suspecte ou compromettante concernant ses filiales, mais du fait de l'intérêt commun ou collectif, elle sera plutôt encline à taire, voire dissimuler ce genre de renseignements, et, ce qui est pire, même d'en profiter des fois, ce qui peut, dépendant de la nature et de l'objet de la chose, l'exposer à un délit de recel<sup>469</sup>.

Il s'impose déjà de faire une distinction entre le fait d'être receleur d'une chose et être receleur d'une information, puisque ce dernier ne peut jamais faire l'objet d'un délit de recel.

---

<sup>465</sup> Cass.crim du 10 janvier 1973, n°71-93.351 ; Voir aussi pour un cas de complicité par abus de pouvoir Cass.crim, 16 juin 2004 n°03-82.804 Inédit

<sup>466</sup> Ducouloux-Favard(C), Recel et blanchiment : deux délits de conséquence, Gazette du Palais, 04 janvier 2003 n° 4, P. 11

<sup>467</sup> Jeandidier(W), droit pénal des affaires, précis Dalloz, 5ème édition, 2003

<sup>468</sup> Cass.crim, 27 oct 1997, n° 96-83.698

<sup>469</sup> Art 321-1 du code pénal

Une information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions de l'article 321-1 du Code pénal, qui ne réprime que le recel de choses<sup>470</sup>.

Ce qui peut être condamnable, par contre, concernant une information, ce n'est pas son recel, mais plutôt le fait de tirer profit ou bénéfice du produit de son exploitation sur le marché avant qu'elle soit portée à la connaissance du public<sup>471</sup>.

Donc, la responsabilité de la société mère en tant que receleuse est conditionnée par la commission d'une infraction par la filiale, qui peut aller d'un recel de blanchiment au délit d'initié en passant par l'abus de biens sociaux entre autres.

Mais là, s'arrête la dépendance, une fois l'infraction d'origine ou principale, établie, le recel, infraction issue de celle-ci va s'en détacher et s'ériger en infraction autonome. Ainsi, même si les raisons de l'incrimination de l'auteur principal viennent à disparaître, celles-ci ne libèrent pas le receleur qui demeure présumé coupable jusqu'au jugement, la société mère sera poursuivie même en cas de dissolution de la filiale.

La situation est toute autre quand il s'agit d'infractions indépendantes, puisque conformément au principe selon lequel « nul n'est responsable que de son propre fait », la Cour de cassation<sup>472</sup> a précisé, dans un cas de fusion-absorption, qu'une société absorbante ne pouvait pas être déclarée coupable d'un délit commis par la société absorbée, la fusion ayant fait perdre à celle-ci son existence juridique. Cette solution demeure valide s'il s'agit d'une scission.

En général, la doctrine qualifie la responsabilité pénale des personnes morales, en l'occurrence, la responsabilité de la société mère, de responsabilité « reflet »<sup>473</sup>, ou par

---

<sup>470</sup> Cass.crim, 19 juin 2001, n°99-85.188 ; voir aussi cass.crim 3 avril 1995, n°93-81.569

<sup>471</sup> Cass.crim, 26 octobre 1995, n°94-83.780 ; voir aussi Cass.crim 14 juin 2006, n°05-82.453

<sup>472</sup> Cass. Crim, 20 juin 2000 n° 4129 PF Sté Pilkington Sud : RJDA 12/00 n° 1096 ; voir aussi, cass.crim, 14 octobre 2003, n°02-86.376

<sup>473</sup> Merle(R) et Vitu(A), Traité de droit criminel, Cujas, Tome 1, 7ème édition, 1997, n°642.

ricochet<sup>474</sup>. Mais ce n'est pas pour autant une responsabilité du fait d'autrui. En effet, la personne physique, lorsqu'elle agit en tant qu'organe ou représentant de la personne morale, est la personne morale, il s'agit d'une responsabilité par représentation issue de la théorie de l'organe.

### **III. Disparition de personnalité morale et responsabilité pénale**

Une fois la filiale dissolue par décision judiciaire, quelle sera la position de la société mère, y aura-t-il un transfert de responsabilité ? Devra-t-elle épurer les dettes laissées par sa filiale ? Ou bien celles-ci s'effaceront ipso facto avec la filiale disparue ?

Pour la disparition d'une personne morale, il faut faire le distinguo entre les cas de la disparition normale de la société, pour les cas prévus par la loi<sup>475</sup>, et les cas de liquidation judiciaire<sup>476</sup>. La situation est toute autre dans le cas d'une disparition<sup>477</sup> par fusion absorption où l'une des deux sociétés disparaît et/ ou son patrimoine est dévolue à la société absorbante ou à une société nouvelle.

La disparition d'une personne morale n'a pas la brutalité du décès d'une personne physique<sup>478</sup>, ce qui permet à la personne de survivre pour accomplir les formalités de la liquidation<sup>479</sup>.

En effet, une responsabilité pénale peut être reprochée à la personne morale à raison d'actes accomplis pendant la période de liquidation<sup>480</sup>, si ces actes n'ont aucun rattachement aux opérations que commande la liquidation<sup>481</sup>.

---

<sup>474</sup> Desportes(F) & Le Guehec(F), *Droit pénal général, Economica, 10ème édition, coll. Corpus de droit privé, 2003, n°584.*

<sup>475</sup> Article 1844-7 du code civil, al, 1°,2°,3°,4°,8°,

<sup>476</sup> Article 1844-7 du code civil, al 5°,6°,7°

<sup>477</sup> Art. 1844-4 du code civil

<sup>478</sup> Morelli(N), *les restructurations de sociétés à l'épreuve du principe de personnalité des peines, Bull. Joly Sociétés, 01 février 2005 n° 2, P. 202*

<sup>479</sup> Article 1884-8 du code civil, article L.231-2 du code de commerce ; la liquidation dure tant que les créances ou dettes nées de l'activité sociale ne sont pas prescrites, nonobstant la publication de clôture faite au Registre du Commerce et des Sociétés ; cass.com, 11 juil 1988, B.IV, n°248, P.170

S'il s'agit par contre de manquements exclusivement imputables à la personne morale ancienne (avant la liquidation), sa disparition provoquera l'extinction de l'action publique<sup>482</sup>.

La situation est plus confuse quand il s'agit de fusion absorption parqu'il y a transmission universelle de patrimoine à la personne morale nouvelle , déjà au moment de l'adoption du nouveau code pénal en 1994, et sa consécration du principe de la responsabilité pénale des personnes morales, des voix se sont levées contre un risque de voir les sociétés échapper à toute poursuite en recourant à des fusions ou des scissions<sup>483</sup>.

En cas de fusion absorption, si une infraction a été commise par la société absorbante, sa responsabilité pénale ne disparaît pas car cette société existe toujours, en revanche, pour la société absorbée sonne le terme de son existence sociale<sup>484</sup>, et sur le terrain du droit des personnes morales, on considère qu'il y a dissolution sans liquidation.

Si une infraction a été commise avant les opérations de fusion, la société absorbante sera-t-elle responsable pénalement ? La cour d'appel de Bastia<sup>485</sup> avait donné une réponse positive pour un accident de travail survenu avant les opérations de fusion. Sur pourvoi, la Cour de Cassation n'a pas hésité à sanctionner cette décision, car nul n'est responsable pénalement que de son propre fait<sup>486</sup>, la société absorbante ne peut donc répondre des infractions imputables à la société absorbée.

---

<sup>480</sup> N.Morelli, op-cit

<sup>481</sup> Cass. com, 21 juill. 1983, JurisData n° 1983-701656

<sup>482</sup> Morelli, Les restructurations de sociétés à l'épreuve du principe de personnalité des peines, Bull Joly Sociétés, op-cit

<sup>483</sup> Truche, Introduction au colloque sur la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sociétés 1993, p. 231

<sup>484</sup> L.Urbain-Parleani, arrêt 20 juin 2000, Dalloz 2001 p 853, revue des sociétés 2001 p 851

<sup>485</sup> Cass. crim, 20 juin 2000, Bull. crim, n° 237, déc. 2001, p. 853, note H. Matsopoulou

<sup>486</sup> Article 121-1 du code pénal

L'avis du conseil du marché financier sur le sujet diverge totalement, lorsqu'une société a commis un manquement à ses obligations professionnelles, et est absorbée par une autre société, le conseil des marchés financiers a prononcé, à raison de ces faits, une sanction pécuniaire à l'encontre de la société absorbante.

Ainsi, La société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux, ayant absorbé la société Dynabourse SA, a été condamnée à une sanction pécuniaire importante au lieu et place de celle-ci, pour des manquements à des obligations professionnelles<sup>487</sup>.

Si cette sanction peut paraître équitable sur le plan économique, puisque les profits encaissés par la société absorbée sont ainsi sanctionnés chez la société absorbante, et c'est un argument de poids, sur le plan juridique, ça porte un coup de massue au principe de la personnalité des peines.

## **Titre 2. La responsabilité de la société mère dans le cadre du droit spécial**

N'étant pas doté de la personne morale, un groupe de sociétés ne peut avoir de patrimoine social, ni de passif propre, les sociétés d'un même groupe, même en ayant des intérêts communs, conserve chacune son autonomie juridique, par conséquent, le débiteur d'une société ne peut pas invoquer ou prétendre réclamer la créance qu'il détient sur une société, aux autres sociétés du groupe ou à la société mère.

Mais le cloisonnement n'est pas absolu, le passif d'une société pourra être, totalement ou partiellement, étendu à une autre, lorsqu'on arrive à déceler chez celle-ci, en droit ou en fait, la qualité de dirigeant, assortie, de fautes ou d'abus dans la gestion, ou lorsque s'écartant des concepts juridiques, les juges retiennent plutôt l'unité de l'entreprise, en se basant sur la politique économique guidée par l'intérêt commun.

---

<sup>487</sup> Arrêt rendu par Conseil d'État, 22 novembre 2000, n° 207697, Recueil Dalloz 2001 p. 237

## **Chapitre 1. La dimension de la responsabilité de la société mère**

Dans quels cas pourrait-on imputer à la société mère les obligations de sa filiale, sachant que le principe de l'autonomie patrimoniale combiné à celui de la relativité des conventions empêche toute action des créanciers d'une société contre les autres d'un même groupe ?

Ce questionnement se ramène à celui de savoir comment faire rimer pouvoir et responsabilité dans les groupes de sociétés, ou comment faire marier efficacité opérationnelle à la sécurité juridique, dès lors que la société tête de file exerce le pouvoir mais arrive à esquiver toute responsabilité en vertu des principes susmentionnés.

La responsabilité de la société mère va dépendre de l'amplitude de son implication dans les affaires de sa filiale et du soutien que cette dernière ait pu recueillir de sa société mère, et surtout, sur le fondement avancé par le créancier. Mais il se peut qu'on arrive à détecter aucun acte fautif de la part de la société mère, est-ce que ça veut dire alors que cette dernière est exempte de toute charge et que c'est à la filiale de faire face à son sort avec stoïcisme ou résignation, dépendant des situations ?

Dans l'arsenal des dispositifs qui peuvent être mis en œuvre à la suite d'une procédure collective, et bien évidemment sous certaines conditions, il y a des actions qui permettent de mettre à la charge des dirigeants fautifs, tout ou partie du passif de la société.

En examinant la jurisprudence, on est arrivé à repérer des décisions dans lesquelles les juges ont retenu la responsabilité de la société mère, en dépassant les situations propres à étendre la procédure de redressement à tout le groupe. Il s'agit de la confusion des patrimoines, l'action en comblement du passif, et puis l'unité d'entreprise, cette dernière situation a été très bien illustrée par le professeur Lucas<sup>488</sup>, qui parle de la tentation de recourir au critère de l'unité

---

<sup>488</sup> Lucas(F.X), *Les filiales en difficulté*, op-cit

d'entreprise pour ouvrir une procédure unique puisque le groupe exerce une « action dissolvante » sur l'autonomie patrimoniale des sociétés affiliées<sup>489</sup>.

### **Section 1. Confusion de patrimoines**

La loi n'a pas défini cette notion, mais ça ne veut point dire que c'est « une notion sans critère et sans fondement »<sup>490</sup>, la confusion de patrimoines suppose l'existence d'une pluralité d'entités disposant chacune d'une autonomie juridique et patrimoniale, mais où les conséquences de cette autonomie n'ont pas été observées, c'est-à-dire qu'on va retrouver des éléments censés faire partie d'un patrimoine, dans l'autre, et inversement.

La confusion de patrimoines peut être retrouvée aussi bien entre les patrimoines de personnes physiques<sup>491</sup> que de personnes morales<sup>492</sup>, elle peut ainsi être caractérisée entre plusieurs sociétés, c'est-à-dire qu'il y a à la base deux personnes juridiques distinctes avec un actif et un passif propres, et pourtant elles se comportent patrimonieusement comme si leur actif et leur passif ne faisaient qu'un et comme s'il n'y avait qu'une seule personne juridique à la base.

Ainsi, dans les groupes de sociétés, les échanges de personnel, les avances de fonds par la société-mère, peuvent révéler des relations financières anormales, mais pas toutes ces pratiques, sont constitutives d'une confusion de patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale<sup>493</sup>.

L'extension de la procédure à l'ensemble des sociétés d'un groupe, est la réponse de la jurisprudence à cette relation patrimoniale abusive. Ainsi, les tribunaux appliquent le procédé dans le cadre d'un groupe de sociétés, à l'ensemble des sociétés, allant d'une filiale à la

---

<sup>489</sup> **Contin(R) & Hovasse(H), l'autonomie patrimoniale des sociétés, D.1971, chron, P.198**

<sup>490</sup> **Hannoun(C), Le droit et les groupes de sociétés, op-cit, p. 247, n° 370**

<sup>491</sup> **Cass. 1re civ., 30 nov.1976 : Bull. civ. 1976, IV, n° 283**

<sup>492</sup> **cass.com, 12 février 2013, n° 12-11.546, Juris Data : 2013-002643 ; cass.com, 8 Janvier 2013, n° 11-30.640**

<sup>493</sup> **Cabrillac(M), Pétel(P), Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, La Semaine Juridique Edition Générale n° 40, 5 Octobre 2005, I 174**

société mère et vice versa<sup>494</sup>, et amorcent ainsi une procédure unique commune à l'ensemble du groupe.

Les notions de confusion de patrimoine et de fictivité sont assez proches, la confusion des patrimoines peut inclure mais n'inclut pas nécessairement la fictivité<sup>495</sup>. À l'instar de celle-ci<sup>496</sup>, la confusion de patrimoines permet, donc d'étendre la responsabilité d'une filiale à celle de sa société mère<sup>497</sup>, dès lors qu'il apparaît que la première ne disposait d'aucun pouvoir de décision sur son patrimoine, ce qui va se manifester par l'ouverture d'une procédure d'ensemble pour tout le groupe.

Si La confusion des patrimoines constitue un moyen aisé de rééquilibrer les actifs et les passifs du groupe<sup>498</sup>, c'est quand même une mesure qui n'est pas sans danger et qui va bouleverser l'ensemble des procédures concernées.

Les droits des tiers par exemple, sont concernés. Certains créanciers peuvent, par le fait de la confusion, voir leurs droits considérablement réduits, tandis que d'autres, inversement, qui n'auraient aucune chance de recouvrement, pourraient être réglées, grâce au patrimoine soudainement élargi<sup>499</sup>. Ce qui est encore plus attentatoire, c'est que la procédure collective peut être appliquée même à des sociétés saines sans constatation d'aucune cessation de paiement ; un autre danger, et qui n'est pas des moindres, est le fait que les créanciers de la société « saine » vont se trouver en confrontation avec les créanciers de la société en difficulté.

---

<sup>494</sup> Fartz(J), « L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux », *Rev, tr, dr.comm.* 1975, P.1,spéc. n°15

<sup>495</sup> *Encycl.jur.Dalloe, rép.soc, Groupe de sociétés*, n°119

<sup>496</sup> Voir supra, p.54

<sup>497</sup> Guyon(Y), l'extension complète d'une procédure collective n'est possible qu'en cas de fictivité de la société ou de confusion de patrimoines, *revue des sociétés*, 1993, p.449

<sup>498</sup> Grelon(B), Dessus-Larrivé(C), la confusion du patrimoine au sein d'un groupe, *revue des sociétés* 2006, P.281

<sup>499</sup> La « faillite » de la banque Pallas Stern (contribution à l'étude des notions de confusion de patrimoine et de plan), petites affiches, 23 juillet 1997 n° 88, P. 7

## **I. Les conditions de la confusion de patrimoines**

La confusion des patrimoines ne peut être retenue sur la base de simples liens étroits entre deux sociétés<sup>500</sup>, elle est plutôt décelable, à partir d'une imbrication des actifs et des passifs des sociétés en cause<sup>501</sup>, qui rend difficile, voire, impossible de distinguer entre les différentes sociétés<sup>502</sup> et que les tribunaux arrivent à repérer, à travers une analyse des rapports financiers et comptables<sup>503</sup>.

L'imbrication doit être telle qu'on ne peut les distinguer : les actifs et les passifs ont été volontairement mélangés par un abus de biens sociaux ou par l'absence de comptabilité distincte<sup>504</sup>, ou encore par des relations financières anormales (sans contrepartie pour les sociétés concernées) existant entre les sociétés apparentées<sup>505</sup>. Donc, il y a une société débitrice initiale contre laquelle une procédure est déjà ouverte, et une deuxième société à laquelle cette procédure va être étendue.

La confusion de patrimoines n'est admise par une partie de la jurisprudence qu'en réunissant certaines conditions bien rigoureuses, parce que l'autre grande partie refuse<sup>506</sup> de voir dans ces conditions un motif de confusion de patrimoines.

### **1. Confusion des comptes et indissociabilité des patrimoines**

---

<sup>500</sup> cass.com, 19 avril 2005, n°05-10.094, Bull 2005 IV N° 92 p. 95 ; voir aussi, C.A Orléans, chb com, 21 septembre 2006, n°05/03383

<sup>501</sup> Hardouin(M), Le droit des groupes de sociétés, Ouvrage collectif Dalloz 1991 n° 12205, page 550, CA Paris 18 mai 2001, bull. Joly 2001, P.224

<sup>502</sup> Germain et Pariente, Groupe de sociétés, Répertoire des sociétés Dalloz, p.21

<sup>503</sup> Gisserot(F) La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite? R.T.D. Corn. 1979, page 52

<sup>504</sup> Pariente(M), l'imbrication des patrimoines et l'extension des procédures collectives, Bull. Joly sociétés, 01 mars 1994 n°3, P317

<sup>505</sup> CA Paris 3e CH.sect.A, 11 janvier 1994, SCi la petite auberge c/Garnier ès qual

<sup>506</sup> CA Toulouse, 2e ch., sect. 1, 27 novembre, 2003, Juris-Data n° 2003-234272 ; Cass. com., 19 avr. 2005, aff. Métaleurop, Juris-Data n° 2005-028189 ; Cass. Com. 15 février 2000, aff. Félix Potin : RJDA 2000, n° 681

L'état des comptes est en principe clair, il y a un enchevêtrement tel dans les comptes qu'il devient impossible de les dissocier, ou, comme dit C. Saint-Alary-Houin, « impossible de distinguer les passifs nés du chef de l'un des débiteurs ou du chef de l'autre ».<sup>507</sup>

La jurisprudence parle aussi d'imbrication permanente et substantielle des actifs<sup>508</sup>, du non-respect de la distinction théorique des patrimoines<sup>509</sup>, ou encore de l'existence d'intérêts tellement impliqués que les relations financières deviennent anormales et qu'il devient impossible de distinguer un patrimoine de l'autre"<sup>510</sup>.

Nonobstant, la confusion des patrimoines n'est pas caractérisée par la seule constatation d'opérations irrégulières entre deux personnes morales<sup>511</sup>, il n'en irait autrement que si ces irrégularités étaient confortées par un autre indice : l'existence de relations financières anormales<sup>512</sup>.

## **2. Existence de relations financières anormales**

L'existence de relations financières anormales entre plusieurs personnes peut également caractériser la confusion des patrimoines, cause d'extension de procédure.

Si jusqu'à une époque récente, la jurisprudence repérait la confusion des patrimoines par l'existence de « flux financiers anormaux », c'est-à-dire le transfert d'actifs ou de services sans contrepartie<sup>513</sup> ; depuis un arrêt de la Cour de Cassation<sup>514</sup> du 3 avril 2002, la constatation de

---

<sup>507</sup> Saint-Alary-Houin(C), *Droit des entreprises en difficultés*, Domat droit privé : Montchrestien, 4e éd. 2001, spécialement, p. 211, n° 355

<sup>508</sup> CA Toulouse, 25 mai 1999, Juris-Data n° 1999-040868

<sup>509</sup> CA Toulouse, 17 mai 1999, Juris-Data n° 1999-042123

<sup>510</sup> CA Bourges, 3 mai 1999, Juris-Data, n° 1999-040977

<sup>511</sup> Cass. Com, 4 juillet 2000, Juris-Data, n° 2000-002851

<sup>512</sup> Jacquemont(A), sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, *Exploitation en commun et confusion des patrimoines*, juriscasseur com, fasc 2165

<sup>513</sup> Morelli(N), *la confusion des patrimoines, entre constance et nuance*, *Revue des sociétés* 2011 p. 119

<sup>514</sup> 3 cass .com 15 mars 2005 n°03-13.136 ; cass.com, 14 janvier 2004,n°00-19.4 18 ;30 juin 2004,n°02-21-080

relations financières anormales<sup>515</sup> et durables, suffit à établir la confusion.

Cette nouvelle terminologie a un double atout. Elle permet, d'une part, de caractériser une confusion des patrimoines quand il n'existe pas de flux financiers (approvisionnement en marchandises par exemple, la non réclamation d'un loyer<sup>516</sup>) ; et d'autre part, du fait de la généralité du terme par rapport à celui de flux financiers anormaux, il ne renvoie pas nécessairement à une situation d'espèce et à des opérations particulières, mais peut parfaitement s'adapter à une structure préétablie, dans laquelle se déroulent et se développent des flux financiers<sup>517</sup>, situation qui se prête parfaitement à la réalité des groupes de sociétés. La difficulté va consister pour le juge de relever et de démontrer que cette confusion a été recherchée par les auteurs, et qu'il y a une intention frauduleuse derrière, ce qui n'est pas toujours le cas.

C'est ce qui ressort de l'arrêt<sup>518</sup> du 26 mai 2010, dans l'espèce, la société Black constituée en 2004 et dont l'activité est l'exploitation d'un pub, a conclu à la même date un bail commercial avec la société Roussy, SCI, dont le gérant est en même, associé de la société Black

Le contrat de location conclu entre la société black et la société Roussy incluait une clause résolutoire permettant à celle-ci de s'approprier des travaux de rénovation, d'extension ... réalisés par la société d'exploitation.

En 2006, la société Black a été placée en liquidation judiciaire, pour non paiement de loyers, ce qui ne l'avait pas empêché de réaliser durant ses 2 années d'existence des travaux de rénovation qui lui ont coûté chers. Le liquidateur M. Roussel, a entrepris une action en

---

<sup>515</sup> cass.com, 7 déc 2004, n°03-12.030. CA Paris 7 sep 2004, air Lib, bull. Joly 2004, p.1358, cass.com 10 jan 2006 n°04-18-917

<sup>516</sup> Cass. Com, 5 mars 2002, n° 99-13.302

<sup>517</sup> Grelon(B) , Dessus-Larrivé(C), op-cit

<sup>518</sup> cass .com, 26 mai 2010, sté Roussy c/ Roussel ès qual ; CA Paris 3e ch. B. 1er juill. 2005, JurisData n° 2005-280486 ; Cass. Com, 15 février, 2005, n° 03-13.224

extension de procédure à l'encontre de la SCI sur le fondement de la confusion des patrimoines

Débouté en première instance, le liquidateur a eu gain de cause auprès de la cour d'appel qui a reconnu une confusion de patrimoines, arrêt qui, par ailleurs, a été confirmé par la chambre commerciale de la cour de cassation. La haute cour a avalisé les conclusions de la cour d'appel en avançant que :

- La société Black finançait des travaux excédant largement ses possibilités du moment et même futures lors de l'exploitation commerciale se trouvant ainsi dans une situation de dépendance économique et juridique totale et anormale vis-à-vis de la société Roussy
- La situation ne pouvait être ignorée de la société Roussy dès lors que son gérant était l'un des associés de la société Black.
- La société Roussy n'avait aucun lien capitalistique direct avec la société Black, et pourtant, elle a fait preuve d'une passivité « inhabituelle et répétée de façon systématique », en attendant plus d'une année avant de délivrer une première sommation de payer puis de faire jouer la clause résolutoire contenue dans le contrat de bail.

En retenant la confusion des patrimoines, la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision, « le bailleur bénéficiant d'un flux financier anormal, au détriment des créanciers de la société mise en liquidation judiciaire, comme cela était prévisible dès l'origine du contrat de bail commercial exécuté dans les conditions d'une confusion de patrimoines ».

Mais il faut dire que la communauté d'associés ou de dirigeants, de siège social, voire même, la centralisation des opérations de gestion, ne sont pas des éléments suffisants pour

caractériser l'enchevêtrement que présuppose la confusion de patrimoines<sup>519</sup>.

Ainsi, la Cour de Cassation<sup>520</sup>, dans un arrêt du 11 mai 1993 a retenu, que bien que trois sociétés aux objets sociaux identiques, aient eu des dirigeants ou des associés communs, bien qu'ils aient centralisé leurs trésorerie en un même lieu et établi des relations commerciales constantes avec les mêmes clients, la confusion de leurs patrimoines n'est pas justifiée, dès lors qu'elles conservaient une activité indépendante, un actif et un passif propres et qu'aucun flux financier anormal n'existait entre elles.

Dans cette espèce, la cour d'appel avait retenu, pour écarter la confusion de patrimoines entre une société civile immobilière et une société d'exploitation, que l'absence de versement de tout loyer à la SCI ne suffisait pas à caractériser la confusion de patrimoines qui ne saurait résulter davantage du fait que la SCI a entendu cautionner le plan de continuation de la SE qui avait fait l'objet d'une première procédure collective. Cette décision a été cassée par la chambre commerciale de la cour de cassation dans les termes suivants :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'absence de versement de tout loyer et le cautionnement donné par la société bailleuse à sa locataire en vue de garantir l'apurement du passif de sa locataire caractérisent des relations financières anormales constitutives de la confusion de patrimoines... »

Le même raisonnement a été suivi dans l'affaire des sociétés Metaleurop, en avançant le fait que les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère au profit de sa filiale étaient des motifs impropres à établir, dans un groupe de sociétés, la confusion de patrimoines des sociétés Metaleurop Nord

---

<sup>519</sup> Scholer(P), société fictive et confusion de patrimoines : rappel de principes bien connus, Bull. Joly sociétés, 01 juillet 1996 n°7-8, p.619

<sup>520</sup> Cass.com, 11 mai 1993, Bull. Civ. IV, n° 187, p. 133 ; cass.com, 31 jan 1995, n°204 D, association centre Saint-Martin et autres c/ladel,ès-qual.,et autre

et Metaleurop S.A.<sup>521</sup>

Si le plus souvent, fictivité et confusion de patrimoine vont de pair, la fictivité n'implique pas nécessairement une confusion. Une société peut être fictive, parce qu'elle n'a pas de vie propre, et partant, pas de patrimoine. Il n'y aurait pas lieu de parler de confusion de patrimoines car il n'y a en réalité qu'une seule personne, celle du mandant.

Mais la Société fictive et la confusion de patrimoine<sup>522</sup> ont en commun, d'un côté, le fait de permettre la levée du voile de la personnalité morale de la filiale et partant l'ouverture d'une procédure unique de redressement judiciaire ou d'extension d'un redressement judiciaire déjà ouvert<sup>523</sup>, et d'un autre côté, la négation des personnes morales en cause.

C'est le cas de la décision rendue par la cour de cassation<sup>524</sup> en date du 13 septembre 2011, en l'espèce, la société System'D, locataire commercial de la société civile immobilière Just'In (la SCI), ayant été mise en liquidation judiciaire, le liquidateur a assigné la SCI, afin que lui soit étendue cette procédure, pour confusion de leurs patrimoines.

La Haute juridiction a confirmé l'extension de la procédure de liquidation judiciaire de la société System'D à la société Just'In du fait de la confusion de patrimoine entre ces deux sociétés.

Il semble, par ailleurs, admissible qu'on puisse concevoir une confusion partielle de patrimoines, par opposition à l'hypothèse classique d'une confusion totale. Tel est le cas

---

<sup>521</sup> Cass. Com. 19 avril 2005, Bulletin 2005 IV N° 92 p. 95

<sup>522</sup> Au sujet de la controverse sur identité ou diversité des deux concepts, voir Barbiéri(J.F) , Confusion de patrimoines et fictivité des sociétés, Petites affiches, 25 oct.1996, p.9 ; Soinne(B) , Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion de patrimoines, Petites affiches, 6déc.1995, p.12 ; Delbecque(Ph) , Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe, Rev.proc.collectives 1998, p.129 qui défend la thèse que la fictivité ne suppose pas nécessairement la confusion de patrimoines, une société fictive n'ayant pas la personnalité morale ne pouvant pas avoir de patrimoine, tandis qu'à l'inverse la confusion de patrimoine qui aboutit à ce qu'il n'y ait plus qu'un seul patrimoine suppose que l'une des deux personnes concernées soit fictive.

<sup>523</sup> Daigre(J.J), op-cit

<sup>524</sup> Cass. Com, 13 septembre 2011, n°10-25.533 n°10-25.731 n°10-25.908

lorsque l'interpénétration entre les deux patrimoines se produit à l'occasion d'une activité déterminée, l'un des protagonistes (voire les deux) ayant par ailleurs une autre activité et d'autres biens parfaitement distincts et identifiables<sup>525</sup>.

Dans le même ordre d'idées, la détention majoritaire du capital d'une société par une autre, n'est pas un motif suffisant pour induire une confusion de patrimoines, c'est la décision de l'arrêt rendu par la cour de cassation sur le pourvoi formé par M.Mahfoud à l'encontre de la société Etablissements Brisard Nogues.<sup>526</sup>

Pour conclure, il faut dire que la distinction entre la notion de confusion de patrimoines et de fictivité n'est pas une sinécure, mais d'après le professeur Gauthier<sup>527</sup>, il est possible de distinguer ces deux situations en fonction de l'intention et du comportement des associés et du dirigeant.

Ainsi, la société fictive ne serait qu'une fiction, une simulation car aucun affectio societatis, aucune velléité réelle de s'associer, ne pourraient être constatés de la part des associés. Le patrimoine de cette société fictive est donc forcément géré par une tierce personne. Une imbrication de patrimoines, qui caractérise par ailleurs également la confusion des patrimoines, est donc inhérente à la fictivité. Il en résulte que la fictivité des personnes morales conduit nécessairement à la confusion des patrimoines. Néanmoins, la réciproque n'est pas vraie.

En effet, une confusion de patrimoines peut être constatée entre deux sociétés non fictives, à ce moment, les associés et les dirigeants des sociétés dont les patrimoines sont confondus n'ont pas cherché à dissimuler leur patrimoine, ils ont plutôt fait un mauvais usage du

---

<sup>525</sup> cass.com, 15 mars 1982 :D.1982, p.404, note Guyon(Y)

<sup>526</sup> Cass.com, 6 avril 1993, n°91-17-649

<sup>527</sup> Gauthier(T), Les dirigeants et les groupes de sociétés, Bibliothèque de droit de l'entreprise, éd. Litec, spéc p. 459

patrimoine dont ils disposaient. Si La fictivité se révèle par l'intention, la confusion quant à elle se matérialise par l'action.

## **II. Conséquences de la confusion des patrimoines**

Lorsqu'une procédure de redressement est ouverte à l'encontre d'une société d'un groupe et qu'une confusion de patrimoines a été prouvée, c'est le même sort qui est réservé à l'ensemble du groupe.

La confusion de patrimoines emporte extension de la procédure ouverte à l'encontre du débiteur initial à une ou plusieurs autres personnes : c'est donc une procédure unique qui s'appliquera à l'ensemble des personnes incluses dans le périmètre de la confusion. Cette unicité de la procédure a pour prolongement logique la constitution d'un patrimoine commun<sup>528</sup>, sans pour autant entraîner la disparition des personnalités morales<sup>529</sup>.

Mais cette extension ne se fait pas sur simple demande, elle est conditionnée par une procédure collective préexistante et une confusion de patrimoines décelée entre les différentes entités.

Elle peut être introduite à l'initiative de tous ceux qui ont qualité pour demander l'ouverture d'une telle procédure<sup>530</sup> en vertu des articles L. 631-4, L. 631-5, L. 640-4 et L. 640-5 du Code de commerce.

### **Section 2. Action pour insuffisance d'actif**

---

<sup>528</sup> CA Paris, 3e ch. A, 17 décembre 1986, Bull. Joly sociétés 1987, p. 402 ; Cass.com., 3 nov. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 358 ; cass.com, 5 février 1980, n°78-12.648 ; CA Aix-en-Provence, 25 avr. 1990 : Juris-Data n° 1990-048459

<sup>529</sup> Jacquemont(A) , op-cit

<sup>530</sup> Cass.com, 16 mars 1999, n° 96-19.537, Bull 1999 IV N° 67 p. 55 ; Cass.com, 4 janvier 2000 N°97-11.712, Bull 2000 IV N° 3 p. 2 ; CA Montpellier, 2e ch. B, 7 mars 2000, Juris-Data n° 2000-119019; Act. proc. coll. 2000, comm. 215, obs. C. Regnaut-Moutier

La levée du voile de la personnalité morale par le législateur, afin d'atteindre les dirigeants responsables de la cessation de paiement<sup>531</sup>, était une grande innovation dans le droit des entreprises en difficultés, l'intérêt de cette procédure ressort encore plus, dans le cadre des groupes de sociétés, celle-ci a en effet porté un coup de massue aux plans échafaudés par les concepteurs des groupes de sociétés, qui se croyaient, ainsi, à l'abri de tout tracasserie, camouflés par le voile de l'indépendance de la personne morale.

Cette action permet aux créanciers de mettre directement en cause la responsabilité des dirigeants sur une base extra contractuelle, lorsqu'ils ont commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société.

La nature juridique de cette action a été très controversée, pour certains auteurs<sup>532</sup>, c'est une mesure sanctionnatrice à l'encontre des dirigeants d'une entreprise en difficultés, pour d'autres<sup>533</sup>, ce serait plutôt une application spécifique du droit de la responsabilité civile de droit commun au droit des procédures collectives.

L'insuffisance d'actif nécessite, la réunion de plusieurs conditions. Certaines sont communes aux sanctions patrimoniales<sup>534</sup>, il s'agit de la mise en liquidation judiciaire d'une personne morale. D'autres sont spécifiques à l'action pour insuffisance d'actif, il s'agit de l'existence d'une insuffisance d'actif et de la preuve d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif.

### **I. Imputation de l'action en comblement du passif à la société mère**

---

<sup>531</sup> Larriou(J), les sanctions, dans la réforme e du droit des entreprises en difficultés, P.141, Montchrestien, 1995

<sup>532</sup> Obadia(E) & Sexer(Y) La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 1994 n° 6, P. 617

<sup>533</sup> Campana(M.J), La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire, Petites affiches, 20 avril 1994 n° 47 ; Daigre. (M) « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », Rev des sociétés 1988, p199

<sup>534</sup> Article L. 651-2, alinéa 1er

L'action en comblement de passif est un outil qui permet d'atténuer les effets de la séparation des patrimoines et de limitation de la responsabilité induits par la technique de la personnalité morale dans les groupes de sociétés. En effet, dans beaucoup de cas, les difficultés d'une filiale sont le résultat naturel d'une gestion intempestive ou d'une immixtion inopportune de la société mère<sup>535</sup>, et pourtant, cette dernière arrive à s'en sortir indemne, laissant la filiale, seule face à son sort incertain.

Si le principe fondamental doit demeurer celui-là, il s'avère quand même inadéquat, voire inéquitable ; surtout quand la filiale s'adonne à des activités présentant un haut degré de risque ; de laisser celle-ci, affronter et endosser, seule, les effets d'une mauvaise gestion. Dans ces conditions, il serait plus convenant de privilégier la transparence du groupe et percer le voile social.

La jurisprudence américaine est un bon exemple à suivre, car celle-ci a été parmi les premières à préconiser la levée du voile social lorsqu'une société « a conscience que les activités qu'elle entreprend contiennent un risque élevé de causer un dommage à un tiers »<sup>536</sup>.

Cette action a pour fondement non la sanction d'un dirigeant incapable mais la réparation du dommage subi par les créanciers incomplètement payés en raison de l'insuffisance d'actif social<sup>537</sup>.

Mais l'imputation ou pas de l'administrateur d'une filiale<sup>538</sup> n'exclut pas une obligation légale à la charge de la société mère<sup>539</sup>, soit en qualité de dirigeant de droit, ou de fait, d'autant plus que cette dernière détient presque toujours le véritable pouvoir de décision au sein du groupe.

---

<sup>535</sup> Comme vu supra

<sup>536</sup> Schwartz(E), *Products liability, corporate structures and bankruptcy : toxic substances and the remote risk relationship* : *Journal of Legal Studies* 1980, p. 716, cité par P. Le Goff, *Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ?*, R.I.D.C. 1999, p. 593

<sup>537</sup> Bourrié-Quenillet(M), *la faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 8, 18 Février 1998, I 112

Mais en fait, déclencher une action contre un dirigeant de fait résulte plus compliquée que celle contre un dirigeant de droit, vu qu'il s'agira de démontrer, en plus, du lien de causalité entre la faute et le dommage, une activité positive dans la gestion.

L'obligation de combler le passif social, reste aujourd'hui, le seul recours dont dispose un créancier contre son débiteur insolvable, et ce, depuis l'abrogation par l'ordonnance du 18 décembre 2008 de l'obligation aux dettes sociales. Il faut dire que cette action ne découle pas automatiquement d'une procédure de redressement judiciaire, comme c'est le cas pour l'obligation des associés de répondre indéfiniment et solidairement du passif<sup>540</sup>. Celle-ci est plutôt une décision du tribunal<sup>541</sup> de la procédure collective, qui a une grande liberté pour choisir la personne susceptible de se voir appliquer, l'ouverture d'une telle procédure<sup>542</sup>; encore plus, il peut apprécier le montant de la condamnation en fonction du nombre et de la gravité des fautes commises<sup>543</sup>, ou ne prononcer aucune condamnation, même en présence de ces fautes.

En effet, la présence d'un dirigeant de fait, n'exonère<sup>544</sup> pas le dirigeant de droit de sa responsabilité dans la gestion, ne serait-ce que pour avoir fait preuve d'un manque d'intérêt et de diligence concernant la société<sup>545</sup>, et ce, même s'il n'a joué aucun rôle effectif dans la

---

<sup>538</sup> CA Rouen ch. civ. et com., 3 mars 2011, n° 10-01471, dans le cas d'espèce le dirigeant de fait d'une Sarl fut assigné et reconnu coupable d'une faute de gestion, qui résidait dans l'embauche d'un grand nombre de personnes, en son nom propre, représentant une grande charge financière pour la société, alors qu'il a avait la qualité de directeur de fabrication, le dirigeant de droit par contre n'a pas été attrait

<sup>539</sup> Cass. Com., 2 nov. 2005, n° 02-15895

<sup>540</sup> Guyon(Y), Droit des affaires, 6° édition, Economica

<sup>541</sup> cass.com 30 janvier 1979, n°77-11.534

<sup>542</sup> Courtier(J.L), « hommes de paille » et dirigeants de fait, petites affiches, 12 juillet 1996 n° 84, P. 35

<sup>543</sup> Cass. Com., 10 juillet 2012, n° 12-13256, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 2012 n° 11, P. 817

<sup>544</sup> CA Paris 3e ch. sect. B, 19 nov. 1999, n° 1999/06185, Fabre c/ Me Pellegrini ès-qual

Bull Joly Sociétés, 01 mars 2000 n° 3, P. 263 ; Cass.com, 27 juin 2006, n°04-15831, Bull 2006 IV N° 151 p. 161

<sup>545</sup> CA Montpellier, 2e ch. B, 18 janv. 2005, Aussel c/ Secco : Juris-Data n° 2005-275770

gestion de celle-ci<sup>546</sup>, ce dispositif n'épargne ni les dirigeants de fait ni les dirigeants de droit<sup>547</sup>, il peut même être déclenché à l'encontre des deux parties.

L'action vise toute autre personne qui a effectivement le pouvoir de gestion et ne distingue pas selon que le dirigeant est une personne physique ou morale<sup>548</sup>, dès lors, une société mère peut être appelée à répondre du passif d'une de ses filiales, soit en qualité de dirigeant de droit, soit en qualité de dirigeant de fait.

### **1. Imputation de la société mère en qualité de dirigeant de droit**

Sont dirigeants de droit, les organes légaux de la personne morale, régulièrement désignés, ayant le pouvoir d'agir au nom de la société<sup>549</sup>. Ces dirigeants peuvent se voir imputer des responsabilités, même s'ils n'exercent pas réellement leurs fonctions et peu importe, qu'ils soient des dirigeants minoritaires ou majoritaires, en effet pour les tribunaux, « la qualité d'associé, même majoritaire, n'emporte pas nécessairement celle de dirigeant de fait, car, elle ne peut être considérée en elle-même comme impliquant une participation effective à la gestion sociale »<sup>550</sup>.

---

<sup>546</sup> Cass.com 9 mai 1995, n° 93-11.338,

<sup>547</sup> L'article L.651-2 du code de commerce

<sup>548</sup> L'article L.624-6 du code de commerce

<sup>549</sup> Cass.com 26 janvier 1988, rev.soc, 1988, 284, note Chaput

<sup>550</sup> CA Paris, 6 janvier 1977 : D. 1978, jurispr. p. 144, note M. Vasseur ; CA Nancy, 15 déc. 1977 : JCP G 1978, II, 18912, note J. Stoufflet. ; CA Paris, 17 mars 1978 : D. 1978, inf. rap. p. 420, obs. M. Vasseur ; CA Paris, 21 mai 1981 : BRDA 1981, n° 13, p. 11 ; voir aussi CA Paris, 3e ch. B, 11 janvier 1987 : Express. doc. 29 janvier 1988, p. 17

Ainsi, dès lors qu'ils se sont rendus coupables d'une carence dans la surveillance de l'activité de la société, les dirigeants seront considérés comme ayant coopéré aux actions ou omissions fautives, en relation avec la formation du passif<sup>551</sup>.

Ces dirigeants sont :

- Les gérants dans les sociétés en nom collectif, en commandite ou à responsabilité limitée ;
- Le président du conseil d'administration dans les S.A.<sup>552</sup> ;
- Le président du directoire (ou le directeur général unique) dans les S.A. à système dualiste d'administration ;
- Le président dans les sociétés par actions simplifiées ;
- Les liquidateurs si la société est dissoute et en cours de liquidation ;

À côté de ces personnes, d'autres, en raison de pouvoirs, qui leurs sont décernés, soit par voie de représentation légale, soit en vertu d'une loi, peuvent être engagées vis-à-vis des tiers. C'est le cas des présidents d'association ou syndicats<sup>553</sup>...par exemple.

Il faut dire qu'un dirigeant de droit est susceptible d'engager sa responsabilité, même s'il n'a pas exercé effectivement ses fonctions<sup>554</sup>, du moment que celles-ci ont été mentionnées dans

---

<sup>551</sup>Hannoun(C), **JurisClasseur Commercial, redressement et liquidation judiciaires, dirigeants sociaux. Sanctions patrimoniales, responsabilité pour insuffisance d'actif. Obligation aux dettes sociales, Fasc. 2905**

<sup>552</sup> Cass.com 16 février 1972, n°71-10.787 ; voir aussi, cass .com, 25 juin 1991, n°88-14373, inédit

<sup>553</sup> Cass.com 15 janvier 1974, n°72-13.960 ; voir aussi Rev. Sociétés 1982, p. 564, note Hémard

<sup>554</sup> Dondero(B), **Chronique de jurisprudence de droit des sociétés, Gazette du Palais, 26 janvier 2013 n° 26, P. 37**

les statuts<sup>555</sup>, ou s'il n'a fait qu'obtempérer aveuglement aux consignes du dirigeant de fait sans réagir.

## **2. Imputation de la société mère en qualité de dirigeant de fait**

La direction de fait n'a jamais été définie, et ne peut être présumée, mais on peut la définir comme l'exercice direct ou par personne interposée, en toute indépendance, de façon continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction du débiteur<sup>556</sup>. Un seul acte de gestion ne suffit pas à caractériser la direction de fait<sup>557</sup>, comme l'écrit M Tricot<sup>558</sup> « on ne devient pas dirigeant de fait par un acte unique ».

Aussi, il s'agira pour les juges de faire usage de leur pouvoir d'appréciation et de motiver spécialement leur décision<sup>559</sup>, à chaque fois qu'ils ont à trancher en la matière<sup>560</sup>. M.Houin qualifie la situation « Comme un moyen jurisprudentiel de compléter la loi, de tourner même quelquefois la loi, d'aller au-delà de la loi<sup>561</sup> ».

Même si la direction devrait, en principe, être dissociée de l'administration, puisque cette dernière<sup>562</sup> suppose plutôt la surveillance de la mise en œuvre et le règlement de toute question intéressant la bonne marche de la société, alors que la direction<sup>563</sup> est la conduite des

---

<sup>555</sup> CA Paris, 2 mars 1993, Juris-Data n° 1993-021572 ; Cass. Com, 8 oct. 2003 : Juris-Data n° 2003-020526

<sup>556</sup> C.A de Paris, 7 octobre 1997, RJDA 1/98, p.35, n°55 ; 20 décembre 1988, Rev. Pro. Coll.1989, p.244, note Chaput

<sup>557</sup> M.Guyon dit qu'il faut faire « la preuve d'agissements qui excèdent un éventuel rôle de simple surveillance et de nature à peser durablement sur les pouvoirs du dirigeant de droit » propos rapportés in vie jud du 4 au 10 sep 1995, n°2578, p 3

<sup>558</sup> D.Tricot, les critères de la gestion de fait, droit et patrimoine, janvier 1996, p 24

<sup>559</sup> Mellotée « dirigeant de droit et dirigeant de fait », LPA 25 mai 1988 p30

<sup>560</sup> cass.com, 2 février 1982, n° 80-14.773 ; cass.com, 8 décembre 1975, n°74-12.574 ; cass.com, 20 février 1979, n°76-14.510 ; cass. Com, 23 juin 1982, n° 81-12.171

<sup>561</sup> Houin(R), Rapport général sur les situations de fait, Travaux de l'Association H. Capitant, 1957, t. XI, p. 320.

<sup>562</sup> L'article L. 225-35 relatif au conseil d'administration de la S.A.

<sup>563</sup> L'article L. 225-56 du Code de commerce dispose que « Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de

affaires d'une société et la représentation de celle-ci auprès des tiers, en fait, la frontière entre le simple avis ou observation et la véritable prise de décision est souvent difficile à établir. En pratique, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent, pour tout type de sociétés, sans exception, que les termes « direction », « gestion » et « administration » expriment, au sens large, la même réalité, c'est-à-dire qu'elles désignent les pouvoirs reconnus aux personnes qui ont la qualité de dirigeant de droit<sup>564</sup>.

Aussi, une société ou, en l'occurrence, un groupe de sociétés peuvent être engagés par toute personne, même non habilitée, et alors que ce pouvoir ne lui a pas été régulièrement attribué<sup>565</sup>, du moment que les tiers ayant traité avec cette personne ont cru légitimement que cette dernière disposait des pouvoirs nécessaires, et que les circonstances les ont dissuadés de vérifier les limites exactes de ce pouvoir<sup>566</sup>. On retrouve là une application du mandat apparent<sup>567</sup>. Si le dirigeant de fait est le plus souvent apparent, c'est au demandeur à l'action de prouver ce statut.

Dans tous les cas, le mandataire n'est pas censé faire au-delà du pouvoir qui lui a été effectivement conféré<sup>568</sup>; C'est ce qui ressort d'une décision émanant de la cour d'appel d'Aix en Provence. Dans le cas d'espèce, Mme Joséphine X. avait attaqué en justice M. René Z, par l'intermédiaire de qui, elle avait souscrit un placement financier (d'une valeur 100. 000 F) de la société l'Épargne de France.

---

**l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers »**

<sup>564</sup> Ndong(N), le dirigeant de fait en droit privé français, thèse, université Nancy 2, 2008

<sup>565</sup> 3 L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juin 1987, Bull. Joly 1987, p. 719, n° 299 ; Rev. Sociétés 1987, p. 629, constitue la parfaite illustration de cette assimilation. En l'espèce, la Cour refuse d'attribuer la qualité de gérante de fait d'une SARL à la personne poursuivie au motif qu'elle n'avait pas exercé en fait la direction de la société.

<sup>566</sup> Ass.Plénière civile 13 décembre 1962, n° 57-11.569 ; voir aussi, cass.civ1, du 19 octobre 1977

N° 76-11.519

<sup>567</sup> Voir la théorie de l'apparence op-cit

<sup>568</sup> C.A. d'Aix en Provence, 6 septembre 2007, n° 06/16756

Il s'est avéré par la suite que M. René Z... ne travaillait plus pour la société l'Épargne de France et qu'il avait escroqué Mme Joséphine X... qui après avoir reçu 9. 750 F de Z..., Mme Joséphine X... ne revit plus son argent.

Si M. Joséphine X a eu gain de cause devant le tribunal de grande instance de Toulon, auprès de qui elle avait assigné, et la société l'Épargne de France, et M. René. Z en qualité de mandataire apparent de cette première, en faisant valoir sa légitime croyance en l'existence d'un mandat. Elle a par contre débouté par la cour d'Appel d'Aix en Provence l'a par contre débouté, suite à l'appel introduit par la compagnie d'assurances abeille Vie venant aux droits de la société Épargne de France. Cette dernière avançait comme argument, qu'elle ne peut être tenue vis- vis d'un tiers , en dehors de tout mandat, par les agissements d'un escroc qui se fait passer pour son mandataire, alors que les circonstances objectives de la remise des fonds par ce tiers au « mandataire » ,auraient du attirer son attention, et partant ,qu'elle ne peut prétendre qu'elle a pu légitimement croire que le mandataire agissait en vertu d'un mandat et dans les limites de celui-ci .

Tout d'abord, il semble acquis qu'aucune responsabilité de principe ne peut-être déduite de la seule qualité de dirigeant de fait de la société mère, quoique lorsqu'une des sociétés du groupe est soumise à une procédure collective, les organes de la procédure et les créanciers tentent souvent d'établir qu'une autre société du même groupe ou la société-mère, s'est immiscée dans la direction de celle qui est en difficulté.

Le but de cette démarche est d'obtenir du tribunal, l'attribution de la qualité de dirigeant de fait aux sociétés qui ont participé à la gestion de celle qui est en difficulté, afin de leur imputer, en qualité de dirigeant de fait, la responsabilité de tout ou partie du passif social<sup>569</sup> de cette société.

---

<sup>569</sup> Art. L. 651-2 du code de commerce relatif à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Le problème qui se pose est que, au sein d'un groupe de sociétés, les rapports généralement entretenus entre la société mère et ses filiales peuvent généralement être très étroits, au point qu'il devient difficile de discerner entre les actes de gestion et les actes de bonne gouvernance. Mais en général, cette direction de fait sera notamment caractérisée par une immixtion régulière de la société mère dans la gestion de sa filiale.

Certains actes communément pratiqués au sein de groupes de sociétés orientent les tribunaux pour conclure à l'existence d'une direction de fait de la société mère ; ainsi c'est ainsi le cas pour :

- L'absence d'autonomie dans les décisions de gestion stratégiques<sup>570</sup> ;
- La subordination des dirigeants de droit de la filiale à la société mère<sup>571</sup> ;
- L'absence d'autonomie économique et commerciale de la filiale<sup>572</sup> ;
- L'octroi de pouvoirs étendus à des salariés de la société mère<sup>573</sup>.

---

<sup>570</sup> Cass. Com. 6 juin 2000, n° 96-21.134, dans cette décision émanant de la haute cour a conclu à la qualité de dirigeant de fait de la société Becob qui exerçait une activité positive de gestion et de direction, en toute souveraineté et indépendance, et détenait à ces fins les différents documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires aux prises de décision, alors que sa filiale SMBA ne contrôlait que les actes de gestion de la vie courante dont la trésorerie et le personnel ne faisaient pas partie ; C.A Paris, chb 15,19 octobre 1994,n°jurisdata :1994-600184 ; cass .com 4 mars 1997,n°95-10756

<sup>571</sup> Cass. Com.2 nov. 2005, n° 02-15.895; Cass. Com. 6 juin 2000 n° 96-21.134;

<sup>572</sup> CA Paris, 25 janv. 1999, RJDA 4/99 n° 448, dans le cas de figure, la direction de fait a été retenue à l'encontre d'une société mère dont la filiale avait comme unique activité le développement d'un système breveté par la société mère, laquelle avait désigné l'ensemble des sous-traitants de la filiale .

<sup>573</sup> Cass. Com. 13 novembre 2002, RJDA 4/03 n° 386, dans le cas d'espèce, la Cour de cassation a retenu la qualité de dirigeant de fait à la société mère dont le directeur financier, qui ayant reçu pouvoir des dirigeants de droit, contrôlait toutes les opérations bancaires de la filiale

## **II. les conditions de l'obligation du comblement du passif**

L'action en insuffisance d'actif a beaucoup de points en commun avec le droit de la responsabilité civile, comme ce dernier, elle exige les trois éléments fondamentaux de la responsabilité civile comme condition de la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant : un préjudice matérialisé par l'existence d'une insuffisance d'actif, en plus des deux autres conditions de fond nécessaires à la mise en œuvre de cette action : la faute et le lien de causalité.

Le tribunal compétent, responsable de l'ouverture d'une telle procédure, est le seul à pouvoir statuer sur l'existence cumulative de ces conditions, mais ce qui est certain, c'est que ces fautes de gestion doivent avoir été commises antérieurement au jugement d'ouverture et être à l'origine de cette insuffisance pour être prises en considération.

### **1. La faute de gestion génératrice de la responsabilité de la société mère**

La faute à la quelle fait allusion le législateur est celle ayant contribué à l'insuffisance de l'actif social<sup>574</sup>, mais cette formulation assez vague, et source de beaucoup de questionnements. S'agit-il d'une faute légère ou grave, d'une faute de commission ou d'omission ? Et dans quelle mesure cette faute a-t-elle contribué à l'insuffisance d'actif ? S'agit-il de fautes commises à la création de la société ou en cours d'exploitation ?

#### **1.1. Faute commise au moment de la création**

La faute de gestion peut être appréciée tout au long de la vie d'une société, du moment de sa création jusqu'à sa disparition. Ainsi, l'appréciation de l'erreur peut se faire dès le départ, et tout au long de la vie de l'entité.

---

<sup>574</sup> Art. L651-2 C.com « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion... ».

Le dirigeant peut faire preuve de faux pas déjà au moment d'entreprendre son projet de société. L'erreur peut ainsi apparaître, déjà lors du choix du financement, c'est le cas d'une sous capitalisation de l'entreprise, de l'absence de fonds propres<sup>575</sup>, une mauvaise analyse financière<sup>576</sup>, des conditions de financement mal étudiées<sup>577</sup>, une fixation initiale d'une rémunération disproportionnée par rapport au résultat escompté<sup>578</sup>, des investissements improductifs et le défaut de modification après l'obtention de résultats réels inférieurs aux prévisions<sup>579</sup>, l'inadaptation des mesures prises en matière d'effectifs et de service commercial<sup>580</sup>, une expansion trop importante par rapport à la trésorerie, des charges d'exploitation trop coûteuses, la non-convocation des assemblées<sup>581</sup>, mauvaise appréciation de la rentabilité de l'entreprise<sup>582</sup>, une prise de risque imprudente<sup>583</sup>, sont autant de manquements, qui constituent toujours des fautes de gestion<sup>584</sup>.

## **1.2. Faute commise en cours d'exploitation**

Celles-ci sont les plus nombreuses, l'étude d'une jurisprudence riche permet de dégager quelques comportements à la base d'une action pour insuffisance d'actif :

- la tenue d'une comptabilité frauduleuse : une comptabilité sincère et régulière, reflète dans beaucoup de cas l'état de santé de l'entreprise en question, aussi une comptabilité incomplète,

---

<sup>575</sup> C.A Paris ,5 décembre 1997, Bull.Joly 1998, P253, §94, note J-J Daigre

<sup>576</sup> cass.com, 19 mars 1996, Juris-Data n° 000989 ; JCP G 1996, I, 3960, n° 17, obs. M. Cabrillac

<sup>577</sup> cass.com, 3 janvier 1995, Bull.joly 1995, p.432, §152, note A.Couret

<sup>578</sup> Cass.com, 20 juin 1995, n° 93-16.431

<sup>579</sup> CA Rennes, 13 déc. 1995 : Juris-Data n° 052352

<sup>580</sup> Cass.com, 17 janvier 1995, n° 91-18.724

<sup>581</sup> Cass.com, 31 janvier 1995, n° 92-21.548, Bull. civ. 1995, IV, n° 29

<sup>582</sup> CA Colmar, 1re ch., 12 mars 1986, Juris-Data n° 1986-040376

<sup>583</sup> 13 CA Paris, 17 mai 1996, Juris-Data n° 022142.

<sup>584</sup> Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20.653 : Juris-Data n° 1991-002221 ; RJDA 1991, n° 852, dans ce cas de figure, est également considérée faute de gestion le fait pour un dirigeant de n'avoir pas accordé toute son attention à la gestion d'une entreprise naissante et fragile, comptant sur des subventions aléatoires et sur le soutien des banques pour se constituer une trésorerie et n'étant présent au siège qu'une journée par semaine, déléguant la plupart de ses pouvoirs à des collaborateurs

irrégulière<sup>585</sup>, fictive<sup>586</sup> ou absente<sup>587</sup> dissimule en général des actes répréhensibles de la part des dirigeants.

- l'inaction ou la passivité : le fait de se désintéresser de la gestion<sup>588</sup>, de ne se livrer à aucun contrôle efficace de l'activité sociale<sup>589</sup>, des salariés<sup>590</sup>. Dans un arrêt de la cour d'appel d'Orléans, celle-ci a retenu comme faute de gestion, l'incurie du gérant de droit vis-vis des agissements du gérant de fait, qui était, par ailleurs, interdit d'activité commerciale.

- les actes de gestion frauduleux : sont considérés comme actes frauduleux, tous les manquements graves et répétés aux lois et règlements<sup>591</sup>, des actes de concurrence déloyale...

Dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles<sup>592</sup>, celle-ci a considéré comme faute de gestion, la mise en place d'un montage juridique permettant aux associés de vendre des actions de la société qu'ils dirigeaient à un holding, qu'ils contrôlaient par ailleurs, sans faire appel au marché et alors que la situation de la société se dégradait au point que la poursuite de son activité ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements.

---

<sup>585</sup> CA Rennes, Chb 2, 22 Avril 1982, Juris-Data n° 640701 ; Cass. com, 18 janv. 2000, n° 96-18.512 , Bull. Joly Sociétés 2000, p. 498, § 103

<sup>586</sup> Cass.com., 9 mai 1995, n° 92-21.607, Inédit

<sup>587</sup> cass.crim, 17 Novembre 2004, jurisdata n°2004-026323 ; CA Paris, 3e ch., sect. C., 5 déc. 1997, Magistrello c/ Guillemonat, JurisData n° 1997-210144 ; Cass. com, 22 juin 2010, n° 09-14.214, BRDA 2010/15-16, info 9, p. 5

<sup>588</sup> CA Montpellier, 2e ch., 7 févr. 1985, Juris-Data n° 034230 ; CA Colmar, 1re ch., 9 oct. 1985 , Juris-Data n° 1985-042550; Cass. com., 3 janv. 1995, n° 91-18-660 , Juris-Data n° 1995-002240 ;voir aussi Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20.653 : Juris-Data n° 1991-002221 ; CA Paris, 8 nov. 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 123, note Y. Guyon

<sup>589</sup> CA Orléans, ch. civ, sect. 2, 9 juill. 1985, Juris-Data n° 1985-041431 ; CA Bordeaux, 2e ch., 17 févr. 1986 , Juris-Data n° 1986-040295; CA Paris, 2 juill. 1996 : Juris-Data n° 021684

<sup>590</sup> CA Orléans, ch. civ., sect. 1, 2 mai 1985 , Juris-Data n° 1985-041439 ; Cass. Com., 3 février 1982, JCP CI 1982, I, 11025, n° 17, obs. Cabrillac et Vivant

<sup>591</sup> Laender(M.H), Droit des sociétés n° 5, Mai 2000, chron. 9

<sup>592</sup> CA Versailles, 4 mai 1995 : Bull. Joly Sociétés 1995, p. 788, note Couret

- la poursuite d'une activité déficitaire<sup>593</sup> : évaluer ce comportement est une tâche très périlleuse pour le juge parce qu'on ne peut pas reprocher à un dirigeant d'avoir essayé de sauver son entreprise. Aussi, les juges prennent en considération cet aspect des choses au moment de la qualification de la faute de gestion, en plus de la durée de la poursuite de cette activité déficitaire, plus longtemps l'activité est poursuivie<sup>594</sup> alors qu'elle est défaillante, pire est la situation pour le dirigeant qui a fait preuve d'un espoir sans fondements sur la reprise de ses affaires, sa continuité accentuant encore plus sa précarité<sup>595</sup>.

Un autre argument joue en défaveur du dirigeant, c'est celui d'avoir poursuivi une activité défaillante dans son intérêt personnel<sup>596</sup>. Ce cas de figure a été relevé également dans le cadre d'un groupe de sociétés, une société<sup>597</sup> a essayé de prêter main forte à une société sœur du même groupe par la reprise d'un fonds de commerce, cette action n'a fait que grever encore plus ses comptes qui n'étaient pas très bons, chose qui s'est conclue par un dépôt de bilan. La haute cour a considéré cet effort comme une faute de gestion grave de la part des dirigeants de la société, puisque ses finances ne le lui permettaient pas.

## **2. Insuffisance d'actif résultant de la faute**

Pour déclencher l'action pour insuffisance, il faut produire les preuves d'un lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif. À la différence de l'action en responsabilité civile, l'action pour insuffisance d'actif présente une particularité, c'est que la faute à l'origine de l'action n'est pas nécessairement péremptoire, il suffit qu'elle ait concouru avec d'autres

---

<sup>593</sup> Cass.com, 3 mars 1981, BRDA 1981, n° 11, p. 77 ; Cass. com, 2 juin 1987, Consorts Crépy c/ Theiller, syndic, Bull Joly Sociétés, 01 juin 1987 n° 6, P. 510 ; cass.com, 14 mai 1991, n° 89-19.081, Bull. civ, 1991, IV, n° 164 ; Cass.com, 8 déc. 1998, n° 96-16.339 ; cass.com, 31 mai 2011, n°09-13.975 ; 593 Cass. com, 3 mars 1981, BRDA 1981, n° 11, p. 77 ; Cass.com, 8 déc. 1998, n° 96-16.339, Inédit

<sup>594</sup> CA Aix-en-Provence, 20 juin 1995 : Juris-Data n° 034155

<sup>595</sup> CA Paris, 16 avril 1996, Bull joly 1996, P.698, §252

<sup>596</sup> Cass.com, 23 mai 2000, Juris-data n° 002128, cité par C. Saint Alary-Houin, La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté, Colloque « Les dirigeants sociaux », Toulouse 17 novembre 2000, n° 3 supplément à la semaine juridique n° 24 du 14 juin 2001, p. 30

<sup>597</sup> cass.com, 30 mars 1999, RJDA 6/99, n°704

éléments à cet état de fait, puisque les termes « ... en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif » n'exigent qu'un lien de causalité partiel.

Si le législateur avait écrit « ayant causé », on se serait heurté pratiquement à une impossibilité de preuve. En effet, dans beaucoup de cas, les fautes de gestion s'enchevêtrent au cours de la vie de l'entreprise et il est quasiment impossible d'établir le rapport direct qui aurait pu exister entre tel acte et telle conséquence.

La doctrine<sup>598</sup> y voit la consécration légale de la théorie de l'équivalence des conditions, selon laquelle tous les événements qui ont conditionné un dommage sont équivalents et doivent être considérés comme l'une des « causes » de celui-ci. En effet, un dirigeant est présumé responsable, et peut être amené à payer l'intégralité<sup>599</sup> du dû, si sa faute a contribué à cette insuffisance d'actif<sup>600</sup>. Cette présomption automatique de responsabilité du dirigeant découle de la difficulté de déterminer et d'appréhender<sup>601</sup> sa part contributive.

Certaines juridictions de fond ont entrepris d'étendre des procédures collectives sur le fondement de l'existence du groupe « entité économique » même dans des hypothèses dans lesquelles on n'a pas pu qualifier ni la fictivité de la société, ni une confusion de patrimoines.<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> Petel(P), Commentaire de l'arrêt du 30 novembre 1993, Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 410, § 122

<sup>599</sup> Cass.com, 27 février 2007, n° 06-13.649, JurisData n° 2007-037790

<sup>600</sup> Cass.com, 3 janvier 1995, n° 91-18.109, Bull. Joly Sociétés 1995, p. 266, § 84, note Couret. CA Paris, 3e ch., sect. B, 25 oct. 2002, Martinelli c/ SCP Perney et Angel, RJDA 2003/2, n° 172, p. 146, dans le cas d'espèce la cour d'appel de Paris a relevé une absence de lien de causalité entre la tenue d'une comptabilité incomplète et l'insuffisance d'actif.

<sup>601</sup> Delattre(C), Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R. 651-5 du Code de commerce), Revue des procédures collectives n° 1, Janvier 2010, étude 2

<sup>602</sup> Répertoire des sociétés Dalloz, Groupe de sociétés, Germain et Pariente, p.22

### **Section 3. Solidarité des sociétés du groupe en tant qu'entreprise unique**

L'intérêt de l'étude de l'unité économique dans un groupe de sociétés réside dans le fait que pour certains juges, elle peut être un motif pour l'extension d'une procédure collective à l'encontre de la société mère dans un groupe de sociétés. Traditionnellement, seules l'action en comblement du passif ou la confusion de patrimoines sont à l'origine d'une telle procédure, pourquoi et dans quels cas l'unité économique peut également en être une ?

La théorie de l'entreprise unique est incontestablement intéressante puisqu'elle justifie le traitement du groupe de sociétés en difficulté de façon consolidée<sup>603</sup>, mettant ainsi en avant « des intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres »<sup>604</sup>. Après la reconnaissance du groupe par le droit fiscal, par le droit comptable ou par le droit social, pourquoi ne pas permettre au droit des procédures collectives d'appréhender le groupe dans son ensemble et plus seulement ses composantes en état de cessation des paiements<sup>605</sup> ?

Si le droit fait de l'entreprise une notion incontournable<sup>606</sup>, il ne l'a quand même pas défini, utilisant tantôt le terme entreprise, tantôt son support juridique la société, alors que l'entreprise et la société sont deux choses fondamentalement distinctes<sup>607</sup>, et quand il en parle, il le fait d'un point de vue économique et non juridique, vu que le droit positif actuel ne

---

<sup>603</sup> Bouillot (C), *Le centre des intérêts principaux à l'épreuve du groupe transnational de sociétés*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2010

<sup>604</sup> Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) Trente et unième session : Vienne, 11-15 décembre 2006

<sup>605</sup> Lucas (F.X), *les filiales en difficultés*, Petites affiches, 04 mai 2001 n° 89, P. 66

<sup>606</sup> Supiot (A), « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise » *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1985 n°624

<sup>607</sup> Paillusseau(J), *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP E 1984, II, n°14193

reconnaît pas la personnalité morale à l'entreprise, ambiguïté merveilleuse du droit qui utilise un mot mais refuse de le définir<sup>608</sup>.

La jurisprudence par contre, la définit comme suit : "La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement"<sup>609</sup>, d'après cette définition, on peut déduire qu'aucune forme juridique n'exclut a priori la qualification d'entreprise, l'essentiel étant le caractère économique de l'activité concernée<sup>610</sup>, ainsi, le groupe peut parfaitement être qualifié d'entreprise.

L'entreprise est, en fait, une réalité économique qu'on ne peut éluder et qu'il faudrait gérer même en absence d'une définition juridique<sup>611</sup>, d'ailleurs la création d'une société conduit inévitablement à la création d'une entreprise, si la société est la structure juridique de l'entreprise, l'entreprise est la représentation logistique ou organisationnelle de celle-ci, il y a donc, en principe, une concordance entre l'entreprise et la société<sup>612</sup>.

C'est la Cour d'appel de Paris qui a initié ce mouvement, en prononçant une extension de procédure à la société mère d'une filiale privée, vu le fait que toutes les entreprises appartenant au groupe formaient une unité<sup>613</sup> économique et financière comme c'est consacré au niveau du droit social.

Cette approche a été chaudement applaudie par une formation doctrinale, qui a vu dans cette

---

<sup>608</sup> Lhuillier(G), Le « paradigme » de l'entreprise dans le discours des juristes : *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 48e année, n° 2, 1993. pp. 329-358.

<sup>609</sup> CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 1979

<sup>610</sup> Grynfogel(C), Fasc. 268, Abus de position dominante, Article 102 du TFUE, *JurisClasseur Commercial*

<sup>611</sup> même si le droit ne définit pas l'entreprise, il l'a quand même personnalisé, exp : l'article 5 de la loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 sur le nantissement du matériel et de l'outillage, l'article 10 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises...

<sup>612</sup> Paillusseau(J), le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle, *Recueil Dalloz* 2003 p. 260

<sup>613</sup> Paris, 20 mars 1986, *Rev.sociétés* 1987, p.98 note Guyon

décision une nouvelle formule pour procéder à la responsabilisation des groupes de sociétés<sup>614</sup>, la cour de cassation, quant à elle, continue d'exiger la fictivité de la société ou une confusion de patrimoines<sup>615</sup> ça prouve qu'elle n'est pas très convaincu par cette thèse.

Le reproche qui peut être formulé à cette notion d'unité économique et financière est qu'elle est vaste et assez flou d'où la nécessité de trouver des paramètres plus précis qui permettraient de mettre à découvert les liaisons qui peuvent naître entre les différentes entreprises, comme la nature des activités ,leur complémentarité ,leur secteur d'activité, la clientèle...<sup>616</sup>

C'est sur cette notion que se fonde la jurisprudence rendue en droit du travail et qui atteste que des sociétés juridiquement distinctes peuvent constituer, un ensemble économique et social homogène<sup>617</sup>, mais ce n'est pas la seule matière, la jurisprudence en fait une application systématique qui montre enfin la transparence des personnalités et l'opacité des responsabilités<sup>618</sup>.

Ainsi par exemple, certaines juridictions en absence de toute fictivité ou confusion de patrimoines ont condamnés des sociétés in solidum sur le fondement d'une communauté d'intérêts, d'objectifs et de moyens<sup>619</sup>; Sachant que l'article L.620-2 du code de commerce ne prévoit cette procédure que pour les personnes morales de droit privé, et que ce dernier ne

---

<sup>614</sup> Daigre (J.J), P.A, 19 février 1988, p.19 ; Pariente(M) , Bulletin Joly Sociétés, 01 mars 1994 n° 3, P. 317 ; Schmidt (D) , La responsabilité civile dans les relations de groupe de société, Rev.sociétés 1981, p.734, qui avant l'arrêt de la CA de Paris, avait déjà proposé de fonder une responsabilité solidaire au sein du groupe sur la notion d'entreprise unique empruntée au droit du travail, qui connaît la notion d' « unité économique et sociale » lorsque les activités des sociétés membres sont entièrement connexes et complémentaires

<sup>615</sup> cass .com. 8 novembre 1988, Rev.sociétés 1990, p.71 ; cass.com, 20 octobre 1992, Bull.civ.IV, n°313 et 314 ; cass. Com, 5 avril 1994, Bull. Joly 1994, p.644

<sup>616</sup> Pariente(M), Bull Joly sociétés, 01 mars 1994 n°3, p.317

<sup>617</sup> Catala(N), L'Entreprise, Dalloz 1980, n°117

<sup>618</sup> Armand&Viandier, Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités ? Revue des sociétés 1986 - Page 558

<sup>619</sup> C.A d'Agen ,17 Janvier 1989

reconnaît pas la personnalité morale aux groupes de sociétés, il serait, en conséquence, impensable de parler de redressement ou de liquidation judiciaire

Cette situation est à notre avis, favorisée, par l'absence d'une législation sans équivoque en matière de groupes de sociétés, ces derniers, étant généralement décrits comme des entités composées de «plusieurs entreprises ou sociétés juridiquement indépendantes mais économiquement unies»<sup>620</sup>, ou peut-être que la considération de cette unité économique est nécessaire pour des solutions plus conformes à la réalité des groupes de sociétés.

### **I. Le groupe de sociétés comme entreprise unique**

La jurisprudence française comme communautaire<sup>621</sup> perçoivent le groupe de sociétés, comme une entité économique unique réunissant, des sociétés juridiquement indépendantes, mais dans le cadre d'une organisation unitaire reposant sur les jeux complexes des liens du contrôle<sup>622</sup>.

Cette notion économique suppose que " les sociétés membres du groupe soient en étroite dépendance les unes par rapport aux autres, sans être fictives et sans avoir des patrimoines confondus, mais qu'elles soient liées par un réseau dense de relations financières, commerciales, personnelles, qui les rendent économiquement solidaires"<sup>623</sup>.

Le concept d'entreprise met en avant donc, cette dichotomie entre l'unité économique et l'indépendance juridique.

---

<sup>620</sup> Petitpierre-Sauvain(A), *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Genève, 1972, p. 1

<sup>621</sup> *Aalborg Portland e.a./Commission*, 7 janvier 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P : Rec., p. I-123

<sup>622</sup> Lamarche(T), la notion d'entreprise, RTD Com.2006, p.2006

<sup>623</sup> Daigre(J.J), Le redressement judiciaire des groupes de sociétés, les Petites Affiches 19 février 1988

### **1. Critère économique**

L'entreprise est une activité de production, de transformation, de distribution de biens et de prestations de services ou de certaines de ces fonctions<sup>624</sup>, l'entreprise est de fait, le cadre dans lequel s'organise la représentation des salariés, c'est un centre d'intérêts mais c'est aussi et surtout, un centre de décisions et de pouvoir<sup>625</sup>.

Cette entreprise, matérialisée juridiquement par la société, peut-être à son tour reliée, à d'autres sociétés pour former un groupe de sociétés, cette organisation peut-être éclatée, d'autant plus dans un groupe de sociétés, en ce sens que les activités sont diverses et dispersées<sup>626</sup>.

Ainsi, l'indépendance économique et l'absence de la personne morale, s'avèrent les principales caractéristiques de l'entreprise et c'est un point en commun qu'elle a avec le groupe de sociétés puisque tous les deux, sont des entités économiques qui n'existent pas juridiquement, et ne peuvent être qualifiés de sujet de droit.

L'analyse selon laquelle l'interdépendance financière, l'intégration économique, la participation de la société mère dans le pouvoir de décision du groupe de sociétés et l'apparence qu'il s'agit d'une entreprise unique intégrée<sup>627</sup> a vocation à interférer dans l'établissement d'un for principal en matière d'insolvabilité<sup>628</sup>.

La résolution du conflit entre l'autonomie juridique et l'unité économique que structure le groupe de sociétés met d'une part en évidence la théorie de l'entreprise unique. Le groupe de sociétés est ainsi défini à travers l'étude de la notion d'entreprise qui caractérise une unité de

---

<sup>624</sup> Paillusseau(J), Qu'est-ce que l'entreprise ? L'Entreprise nouveaux apports, Economica, 1987, p 11 et suivante

<sup>625</sup> Paillusseau(J), op-cit

<sup>626</sup> Le droit des groupes de sociétés sous la direction de J.Paillusseau, Dalloz, 1991

<sup>627</sup> Faillite internationale et conflit de juridictions, Bruylant, 2007, p. 90 sous la direction de G. Affaki

<sup>628</sup> T. com, Paris, 2 août 2006, D. 2006. Jur. 2329, note Dammann(R)&Podéur(G)

décision économique<sup>629</sup> ou encore une unité économique réelle qui s'oppose à un fractionnement juridique apparent<sup>630</sup> de fait, il peut exister une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales.

## **2. Critère juridique**

La doctrine précise que « ça et là l'entreprise tente de parvenir à la vie juridique, mais ses contours ne sont pas encore suffisamment dessinés dans le monde des catégories juridiques pour que le maintien d'une telle notion n'aille pas sans difficultés ni incertitudes »<sup>631</sup>. En fait, les juristes ont été amenés à repenser le droit en évoquant l'entreprise comme un sujet de droit naissant en un centre autonome de décision<sup>632</sup>.

Ainsi, même si la contrainte juridique est toujours présente pour imposer le cloisonnement des patrimoines et le compartimentage des personnes morales, on devrait pouvoir passer outre, et mettre plutôt en avant la corrélation, « la communauté d'intérêt »<sup>633</sup> et l'interaction qui existent au sein de cette forme sociale qui ne forme, enfin de compte qu'une seule et même entité économique. En effet, l'absence de la personnalité juridique caractéristique du groupe, ne doit pas présenter une entrave pour une juste mise en cause, " Sinon, cela signifierait que le droit, figé dans des notions du passé, n'est plus apte à remplir l'une de ses tâches

---

<sup>629</sup> Despax(M), *L'entreprise et le droit*, th. Toulouse, L.G.D.J, Paris, 1957. p. 8

<sup>630</sup> Lazarus(C.L), *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, Paris, 1977, p. 50

<sup>631</sup> Citation G. Vedel, *Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises*, Rapport à la société suisse des juristes, RDS 1973 II, p. 572

<sup>632</sup> Lamarche(T), *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006, p. 716

<sup>633</sup> Theron(J) de la « communauté d'intérêts », RTD civ.2009 p.19 ; G. Farjat, *Droit économique* PUF, Thémis 1982, pages 143 à 397

essentielles, celle de régler avec efficacité, soit avec prise sur la réalité économique, la vie et les relations des grandes entreprises"<sup>634</sup>.

Le droit de la concurrence, à côté du droit social, comptable et fiscal reconnaît qu'une pluralité de sociétés peut ne constituer qu'une seule société et même entreprise lorsque dans le cadre d'un groupe, il y a un seul centre de décision, normalement situé au niveau de la société mère qui donne des directives à l'ensemble de ses filiales<sup>635</sup>.

C'est sur ce critère d'interdépendance économique que s'était appuyée la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 16 décembre 1987 pour étendre la procédure de redressement judiciaire à l'ensemble des sociétés formant un groupement d'intérêt économique, parce que les entités composant ce dernier étaient administrativement et financièrement liées.

Le principe d'autonomie des GIE est, en effet, fréquemment tenu en échec tant par le législateur que par la jurisprudence. En effet, bien qu'ils aient indiscutablement la personnalité morale<sup>636</sup>, leur autonomie est fréquemment mise à mal. Pour Monsieur Jean-Pierre Gastaud comme pour d'autres auteurs<sup>637</sup>, la personnalité juridique de la société étant par trop achevée, il s'agit d'en déjouer les effets. De fait, la personnalité morale ne dresse pas toujours un écran d'une totale opacité entre elle et ses membres.

Le Tribunal de grande instance d'Orléans<sup>638</sup> considérait ainsi que :

---

<sup>634</sup> Mach(O), *L'Entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence*, Georg - Genève 1974 p. 181

<sup>635</sup> Corruble(P), *Droit européen des affaires*, Dunod, Paris 1998, p. 100

<sup>636</sup> L'article L251-4 du Code de commerce ne consacre expressément que « le groupement d'intérêt Économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité

<sup>637</sup> Gastaud(J.P), *Personnalité morale et droits subjectifs*, LGDJ, 1977, tome 149, n° 78, p. 111 et s ; Burst(J.J), « Une personnalité morale ambiguë : la personnalité morale du groupement d'intérêt économique », JCP éd. G, I, 2783 ; Pellerin(J), « La personnalité morale et la forme juridique des groupements volontaires de droit privé », RTD com. 1981, p. 471, n° 61

<sup>638</sup> TGI Orléans, 8 janvier 1980, Dame veuve Bocquet /Centre immob. Orléanais, D. 1980, 1ère partie, p. 176, note Guyon (Y.)

« S'il est exact que les GIE jouissent de la personnalité morale... cette assertion revêt un caractère théorique... A cet égard, il convient de rappeler que le GIE est [...] essentiellement différent d'une société dans la mesure où (notamment) les membres du groupement sont solidairement tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre ».

Toujours dans le même sens, la cour d'appel de Poitiers<sup>639</sup>, pour inclure la société Sopremi dans la liquidation de la société Poitiers distribution, a relevé l'existence d'une unicité et d'une imbrication d'intérêts résultant de l'interdépendance des engagements financiers entre les deux sociétés.

Le droit communautaire de la concurrence est sur la même longueur d'onde, puisqu'il permet d'imputer à une société mère les pratiques anticoncurrentielles de ses filiales<sup>640</sup>. C'est le cas lorsque celle-ci peut ou exerce effectivement une influence déterminante sur ses filiales<sup>641</sup>. La mère pourra toutefois se désengager de cette responsabilité, si elle arrive à prouver que la filiale est maîtresse de ses actes et jouit d'une autonomie réelle, et de droit et de fait. Aussi faute d'indépendance économique<sup>642</sup>, chacune des deux sociétés assumera individuellement les conséquences de ces actes.

## **II. Les effets juridiques de l'unité économique**

Cette solidarité économique va et doit nécessairement avoir des effets de droit, dont le plus logique est la prise en charge de l'une des sociétés, des dettes de l'autre.

---

<sup>639</sup> Cass.com, 20 octobre 1992, n°90-21.070, Bull. civ. IV, n° 314, p. 223 ; cass.com 1 octobre 1997, n°95-14.578, ; voir aussi Trib.com Paris, 19 novembre 1986, P.A, 10 décembre 1986, p 22

<sup>640</sup> CJCE 21 févr. 1973, Europemballage Corporation. V. B. Goldman, Lyon-Caen (A) et Vogel (L), Droit commercial européen, Dalloz, 5e éd., 1994, n° 477

<sup>641</sup> Decocq(G), La société mère est présumée responsable des pratiques anticoncurrentielles commises par ses filiales détenues directement ou indirectement à 100 %, Bulletin Joly Sociétés, 01 avril 2011 n° 4, p. 318

<sup>642</sup> CJUE 20 janvier 2011, n° C-90/09, General Quimica SA c/ Commission, D. 2012. 577, obs.D. Ferrier ; RTD com. 2011. 365, obs. A. Constantin ; RTD eur. 2011. 417, obs. L. Idot

### **1. Solidarité entre les sociétés du groupe**

D'après l'article 1202 du code civil : « la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité aurait lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi ». Aussi, on pourrait penser d'emblée que la solidarité parfaite entre la mère et la fille n'est envisageable que par un acte stipulant leur solidarité<sup>643</sup>.

Mais en matière commerciale, la théorie est renversée, et à défaut d'une convention formelle pour exclure l'obligation in solidum et la solidarité<sup>644</sup>, cette dernière est de règle entre débiteurs<sup>645</sup>. La solidarité, qu'elle soit active ou passive, ou encore imparfaite, intéresse des obligations ayant une pluralité de sujets<sup>646</sup>. En effet, si la notion d'autonomie de la personnalité morale interdit au créancier d'une société d'un groupe de poursuivre une autre société du même groupe, il en va différemment si ce dernier démontre l'existence de faits suffisamment graves conférant aux structures du groupe l'apparence d'une entité unique doublée d'une confusion d'intérêts<sup>647</sup>.

Selon J. Carbonnier « La solidarité de plein droit gravite toujours autour de l'une ou l'autre des deux idées suivantes : intérêt commun, responsabilité commune »<sup>648</sup>.

L'unité de domination en tant qu'élément d'identification du groupe de sociétés a pour corollaire l'état de dépendance économique des sociétés groupées au service d'une

---

<sup>643</sup> cass.civ, 19 février 1991, n°88-19.136, bull civ.I n°71 p 46 ; C.A Paris, 8 décembre 1989, Bull Joly 1990, p.195

<sup>644</sup> Civ.3e, 24 octobre, 1968, JCP 1969, 15951

<sup>645</sup> cass.com 23 avril 1966, bull.civ.III, n°196 ; voir aussi cass.com du 6 juillet 1999, n°96-14689, inédit

<sup>646</sup> Le Tourneau(P) & Julien(J), solidarité, Rép.civ.Dalloz, Janvier 2010

<sup>647</sup> CA Versailles, 7 janv. 2010 : BRDA 7/2010, n° 5 ; RJDA 5/2010, n° 521

<sup>648</sup> Droit civil, Les obligations, 21e éd., 1998, coll. Thémis, PUF, n° 345

communauté d'intérêts, autre élément de reconnaissance du groupe<sup>649</sup>. Et cette dépendance doit alors être compensée par les contreparties diverses retirées de leur appartenance à cette entité économique (avantages financiers, commerciaux, technologiques ...)<sup>650</sup>. On peut dire dès lors que lorsque plusieurs personnes ont un intérêt commun, toute l'activité que génère cet intérêt est à l'origine de dettes, de créances, d'acquisitions. Aucun patrimoine n'étant affecté à cet intérêt ; dettes, créances et biens en cause doivent être communs<sup>651</sup>.

La solidarité se présument entre débiteurs commerçants, on peut éventuellement estimer que, dès lors que les sociétés groupées ont un objet unique, ou que leurs activités sont complémentaires ou annexées, de considérer qu'elles sont solidaires au regard des droits des créanciers.

La présomption de solidarité en matière commerciale, qui n'est et qui n'a, au demeurant, jamais été mentionnée au niveau du code de commerce, a percé dans l'arrêt<sup>652</sup> « pionnier » rendu par la chambre des requêtes le 20 octobre 1920, arrêt reposant sur la commercialité de l'acte.

Dans le cas d'espèce, la cour d'appel avait condamné des codébiteurs, à payer solidairement une dette qu'ils avaient contractée ensemble, l'un des mis en cause objectant la condamnation, a introduit un pourvoi qui a été débouté, dès lors que les tribunaux de commerce reconduisant une coutume précédant la rédaction du code de commerce, et usant de leur pouvoir d'appréciation, considérèrent que la solidarité entre débiteurs et créanciers, se justifie par leur

---

<sup>649</sup> d' Hoir-Lauprêtre(C), L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés, Recueil Dalloz 1993 p. 248

<sup>650</sup> d' Hoir-Lauprêtre(C), id

<sup>651</sup> Theron(J), op-cit

<sup>652</sup> Req.20 oct.1920,DP 1920,1,161, Dondero(B), la présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer, Recueil Dalloz 2009 p. 1097

intérêt commun. On voit donc comment « La jurisprudence a institué une présomption générale de solidarité »<sup>653</sup>.

En dépit de cette aggravation du sort du codébiteur solidaire, la loi elle-même s'emploie à prononcer la solidarité passive entre des codébiteurs qui ne l'eussent peut-être pas spontanément stipulée<sup>654</sup>.

D'ailleurs, Il n'est guère aujourd'hui d'obligations comportant plusieurs débiteurs, même particuliers, où la solidarité ne soit stipulée entre les sujets passifs, principaux ou subsidiaires<sup>655</sup>. La présomption de solidarité peut être contractuellement écartée, et si ce n'est pas le cas, ça veut dire que c'est la solidarité qui va primer, en l'occurrence, si une société mère n'inclut pas contractuellement sa volonté d'écartier sa solidarité avec sa filiale, celle-ci s'impose<sup>656</sup>.

## **2. Dangers de la solidarité**

En combinant entre les dispositions suscitées, et la notion économique du groupe, la jurisprudence en a tiré des conséquences effectives.

Ainsi, l'existence d'une solidarité des sociétés groupées dans le cadre d'une procédure collective va faire que la procédure en question va inclure non seulement la société faillie, mais l'ensemble des sociétés du groupe<sup>657</sup>. Depuis la loi du 25 janvier 1985, cette jurisprudence continue. Ainsi, une procédure unique de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de trois sociétés qui constituaient une "entité unique"<sup>658</sup>. De même, douze sociétés

---

<sup>653</sup> Henry(C), Rép. Com. Dalloz, v° Solidarité, n° 3.

<sup>654</sup> C.com., art L.221-1, C.com., art L.222-1, C.com., art 226-1, C.com., art L.511-44

<sup>655</sup> Martin(D.R) , L'engagement de codébiteur solidaire adjoint, RTD Civ. 1994 p. 49

<sup>656</sup> cass.com 6 juillet 1999, n°96-14.689, inédit ; voir aussi cass.com 11 octobre 1994 n°93-12.275

<sup>657</sup> T. Com. Marseille, 6 septembre, 1977, Revue des sociétés - Page 318 - Note B. Oppetit ; Paris 12 mai 1987, D. 1989, Som.P.5, obs.Derrida qui note que la solution dégagée" suppose une personnification implicite du groupe".

<sup>658</sup> Corn(T), Paris, 13 février 1986, Gaz Pal. 1986, 1, page 220, obs. Marchi

qui étaient en outre membres d'un groupement d'intérêt économique<sup>659</sup>, ont été soumises à une même procédure de redressement judiciaire.

Soumettre au même régime les différentes personnes juridiques qui participent à l'exploitation ou qui se partagent la propriété des biens d'une même entreprise<sup>660</sup>, est très au goût des créanciers, puisqu'il est normal que les créanciers de chaque débiteur puissent déclarer leurs créances à l'égard de tous, et que la déclaration des créances faite entre les mains du mandataire judiciaire vaille pour n'importe laquelle des sociétés du groupe dont les passifs ont été confondus<sup>661</sup>. Elle l'est moins par contre du côté des débiteurs, vu qu'une telle procédure risque de faire basculer sur cette voie une ou des sociétés en très bonne santé financière.

L'extension d'une procédure collective sur la base d'une unité économique est intéressante parqu'elle permet d'amplifier et de diversifier les causes d'extension de procédure qui sont actuellement très limitées, quoique la haute cour est plutôt encline à rejeter une procédure commune en dehors de la confusion des patrimoines ou de la fictivité des sociétés<sup>662</sup>.

## **Chapitre 2. La reconnaissance de la responsabilité environnementale de la société mère**

En matière environnementale, comme d'ailleurs dans toutes les matières de droit ; à quelques exceptions près ; le principe demeure celui de l'autonomie des personnes morales, et partant, une société n'est jamais solidaire en matière de dettes dans un groupe de sociétés.

Cet état de fait est confirmé par la rigueur jurisprudentielle dont a fait preuve la cour de cassation en la matière, puisqu'elle s'est opposée à plusieurs reprises<sup>663</sup> à toute levée de voile

---

<sup>659</sup> Versailles, 16 décembre 1987, D. 1988, Som. P.383, obs. Derrida

<sup>660</sup> Jacquemont(A), Fasc. 2165 : sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires Exploitation en commun et confusion des patrimoines

<sup>661</sup> Cass.com, 1er octobre 1997, Bull. Joly sociétés 1997, p. 1087, § 392, obs. J.-J. Daigre

<sup>662</sup> cass.com, 9 avril 1991, Bull civ IV, p.92, n°128

<sup>663</sup> Cass.com, 19 avr 2005, n° 05-10.094, Bull. civ. IV, n° 92, p.95; Bull. Joly 2005. 690, note C. Saint-Alary-Houin ; Cass com., 26 mars 2008, ADEME C/ Société Elf et Société VGF, 07-11.619

social, et a confirmé son respect du principe de l'autonomie de la personnalité morale des sociétés constituant un groupe, en refusant de condamner une société mère à réparer le préjudice causé par une filiale.

Mais, il est quelque peu sommaire de s'en tenir au principe d'autonomie patrimoniale pour s'interdire de poursuivre les autres sociétés du groupe surtout lorsque l'une des filiales est en difficulté. Si le principe fondamental doit demeurer celui-là, on pourrait imaginer lui préférer la transparence du groupe quand il s'agit de la responsabilité environnementale et encore plus, lorsque l'activité exercée par la ou les filiales est une activité risquée.

L'enjeu est de savoir s'il y aurait moyen de revoir les mécanismes d'imputabilité classique dans les groupes de sociétés afin d'assurer une meilleure justice dans la recherche des responsabilités, en faisant céder ce principe de l'autonomie de la personnalité juridique face à une action intentée contre les différentes sociétés appartenant à un groupe<sup>664</sup>, principalement dans le cadre d'un dommage environnemental ?

En effet, le principe de la responsabilité civile classique s'avère inapproprié pour la réparation d'un dommage environnemental vu les caractéristiques de ce dernier. Ceci peut être envisagé soit en colmatant les brèches existant en matière de législation environnementale, soit en instaurant une responsabilité de plein droit de la société mère.

---

<sup>664</sup> LeCannu(P) &Dondero(B), Haro sur le groupe de sociétés ? L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JO 5 août 2009, p. 13031, art. 53 ; Projet de loi portant engagement national pour l'environnement, TD Com. 2009 p. 759

### **Section 1. Les fondements de la responsabilité environnementale de la Société mère**

La prise de conscience croissante en matière environnementale a fait que l'étau se resserre de plus en plus sur les groupes de sociétés accusés d'être les plus gros pollueurs. Ainsi, en cas de dommage environnemental, on essaie d'atteindre tous les acteurs ayant provoqué ou contribué à cet état de fait.

L'engagement de la responsabilité environnementale des sociétés mères en cas de pollution causée par leurs filiales, est toujours à l'ordre du jour, puisque l'autonomie juridique régnant à l'intérieur de ces groupes dérange plus d'un.

Certes, une société mère peut se faire un devoir de soutenir sa filiale mais si elle vient à son secours, ce sera spontanément, sans pouvoir y être contrainte<sup>665</sup>. En effet, certaines sociétés mères proposent même de prendre en charge des obligations incombant à leurs filiales défaillantes, qu'elles soient fautives ou pas, la qualification juridique de cette offre généreuse reste discutable.

Lorsqu'un dommage à l'environnement survient, sa réparation suppose l'identification d'un responsable, et encore mieux s'il est solvable. En pratique, la question de la solvabilité du débiteur de l'obligation de réparation se pose d'une manière plus accentuée et plus insistante en matière environnementale du fait du caractère collectif de tout ce qui est relatif à l'intérêt environnemental.

---

<sup>665</sup> L'article L. 233-5-1 du Code de commerce ; Cass.com, 26 mars 2008, n° 07-11.619, ADEME c/ Sté Elf Aquitaine. dans le cas d'espèce, la haute cour confirme qu'une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations, même si celle-ci est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général.

Pourquoi devrait-on mettre à la charge de la société mère des dettes qui ne sont pas les siennes ? La responsabilisation environnementale de la société mère est vite justifiée. Pour M.Lucas, chaque nouveau sinistre environnemental est l'occasion de s'interroger sur la responsabilité des sociétés appartenant à un groupe. Le plus souvent l'auteur du dommage est incapable de le réparer et la question se pose immanquablement de savoir, lorsqu'il s'agit d'une société, s'il ne serait pas possible de solliciter sa société mère au titre de ce passif considérable que la filiale impécunieuse n'est pas en mesure d'assumer<sup>666</sup>.

### **I. les particularités de la responsabilité environnementale**

En principe, l'action devant le juge judiciaire en réparation du dommage causé appartient à tous ceux qui en ont personnellement souffert, et à charge de démontrer le fait générateur, le dommage et le lien de causalité, la procédure devrait être la même en cas de dommage environnemental.

Mais, en l'état actuel du droit, il serait difficile de recourir à ce dispositif dans le cadre d'une responsabilité pour dommage à l'environnement, vu qu'il existe un décalage entre la notion d'intérêt à agir, essentiellement centrée sur des intérêts individuels, et le phénomène collectif des atteintes à l'environnement<sup>667</sup>, qui soulève la question de savoir qui peut en demander réparation, de plus, le préjudice environnemental se distingue des préjudices individuels, économiques et moraux, qui résultent des atteintes à l'environnement. C'est un préjudice écologique « pur » c'est-à-dire un préjudice qui affecte la nature, indépendamment des répercussions sur l'homme<sup>668</sup>.

Le dommage environnemental présente, en effet, un certain nombre de caractéristiques propres à lui.

---

<sup>666</sup> Lucas(F.X), Développement durable et droit des sociétés, Bull. Joly 2008, p. 267

<sup>667</sup> Demeester(M.L), Neyret(L) répertoire du droit civil, environnement et droit de la responsabilité civile, Dalloz ,2007

<sup>668</sup> Jourdain(P), Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique, RTD Civ. 2013 p. 119

### **1. L'action pour atteinte à un intérêt collectif**

À la différence d'autres dommages, le dommage environnemental suppose l'atteinte à un intérêt collectif et indirect, le développement de l'action collective répond à des raisons sociologiques, elle découle des « délits à grande échelle »<sup>669</sup> générant des préjudices de masse. Le préjudice écologique peut ainsi être analysé comme un préjudice collectif, en ce sens « qu'il porte atteinte à des biens qui sont à l'usage de tous »<sup>670</sup>.

Faute de définition, le préjudice collectif se comprend d'abord à contrario<sup>671</sup>. Il n'est pas, en principe, un préjudice que subit un groupement à titre individuel, car il ne concerne pas les intérêts égoïstes d'une personne mais les intérêts d'un groupe de personnes qui peuvent être ou ne pas être ses membres<sup>672</sup>. D'ailleurs, c'est ce que visait, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005, qui proposait de définir le préjudice comme « la lésion (...) d'un intérêt individuel et collectif »<sup>673</sup> et ce, afin de permettre aux tribunaux d'admettre notamment l'indemnisation du préjudice écologique. Aussi, cette absence de définition rend la tâche difficile pour les juges qui doivent caractériser un préjudice par définition abstraite<sup>674</sup>.

Ainsi, si en droit commun le préjudice doit être direct et personnel pour donner droit à réparation, en matière environnementale la preuve du caractère personnel est bien souvent difficile à faire parce que « la nature » est un bien collectif et la réparation du dommage

---

<sup>669</sup> Calais-Auloy(J), Les délits à grande échelle en droit civil français, RID comp. 1994. 379

<sup>670</sup> Viney(G), « le préjudice écologique », RCA 1998, n°spécial mai, p.6

<sup>671</sup> Dreveau(C), « réflexions sur le préjudice collectif », RTD civ.2011, 249

<sup>672</sup> Boré(L), La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, LGDJ, 1997 spéc. n° 14

<sup>673</sup> Projet d'article 1343 du code civil, in P. Catala (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La Doc. fr., 2006, p. 173

<sup>674</sup> Dreveau(C), « réflexions sur le préjudice collectif », op-cit

écologique, outre son caractère indirect, incertain et futur, devrait pouvoir être mis en œuvre par toute personne qui en a souffert.

De même, dans le dommage écologique il n'est pas exigé que le responsable ait commis une faute<sup>675</sup>, c'est ce que résulte des articles 1,2 et 3 de la charte de l'environnement. Dans tous les cas, la démonstration du lien entre la faute et le dommage est dans ce cas toujours plus difficile à faire. En conséquence, la requérant est admis avec plus d'indulgence quant à la production de la preuve. Les présomptions et risques appréciés souverainement par les juges, suffisent souvent à emporter la responsabilité.

A travers le retentissant procès de l'Erika<sup>676</sup>, qui d'ailleurs n'est pas le seul en la matière<sup>677</sup>, la jurisprudence a clairement affirmé l'autonomie du préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement. Cette affirmation est d'autant plus claire que dans l'énumération des préjudices réparables pour les dommages causés par la pollution des hydrocarbures de l'Erika, les juges ont retenu de manière séparée deux préjudices de droit commun (le préjudice matériel et le préjudice moral) mais surtout le préjudice «résultant de l'atteinte à l'environnement, qui est par contre un préjudice original, collectif, admis en dehors de toute répercussion personnelle.

Il convient dès lors d'élargir la conception classique d'intérêt personnel à agir afin d'y inclure plus largement l'intérêt collectif en lien avec l'environnement<sup>678</sup>. Il s'agit en outre des

---

<sup>675</sup> Article L162-1 du code de l'environnement

<sup>676</sup> cass.crim, 25 septembre 2012, affaire Erika

<sup>677</sup> Cass.com, 19 avril 2005, n° 05-10.094 : JurisData n° 2005-028189 ; Cass.Crim. 3 novembre 2010, Bull. crim. n° 172. Au niveau international, l'affaire Amoco International Oil Company, <http://altlaw.org/v1/cases/486488>

<sup>678</sup> Demeester(M.L) & Neyret(L), op-cit

dommages répercutés, dans la mesure où ils portent atteinte d'abord à un élément naturel et par ricochets aux droits des individus<sup>679</sup> .

## **2. La prescription de l'action**

L'action en responsabilité civile pour atteinte à l'environnement se prescrit par dix ans en matière délictuelle<sup>680</sup> et par trente ans en matière contractuelle<sup>681</sup> . Dans les deux cas, le point de départ du délai de prescription sera l'exigibilité de l'obligation<sup>682</sup> .

La question qu'on peut se poser est que, est-il judicieux d'appliquer le même terme à l'action en prescription de la responsabilité environnementale, si les dommages sont différents, les degrés d'atteinte ne sont pas les mêmes ...? Les dommages à l'environnement sont complexes par nature, ils devraient être étudiés dans une institution spécialisée, et déterminer ainsi des délais différents pour chaque situation pour les considérations suivantes<sup>683</sup> :

En matière environnementale, ce concept de prescription est, en fait, plus difficile à déterminer, la réaction de la nature face à des dommages environnementaux peut ne pas être instantanée et prendre des années, voir des décennies pour se montrer, étant donné que certaines situations dommageables se forment sur le long terme, par un effet

---

<sup>679</sup> Prieur (M), *Droit de l'environnement*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1991, p.730

<sup>680</sup> Article 2270-1 du code civil

<sup>681</sup> Article 2262 du code civil

<sup>682</sup> Terré(F) et alii *Droit civil. Les obligations*, 9e éd., 2005, Précis Dalloz, n° 1490 : survenance du préjudice, manquement au contrat

<sup>683</sup> Huglo(C), *L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif Les suites de l'arrêt Erika de la Cour de cassation*, AJDA 2013 p. 667

d'accumulation<sup>684</sup>. Or, le délai entre la naissance du dommage et sa découverte par le dépassement du seuil de tolérance peut dépasser trente ans<sup>685</sup>.

Pour ces raisons, la responsabilité pour les actions par un dommage environnemental pur doit être imprescriptible, et le même sort doit être retenu pour les dommages causés à la santé des personnes à la suite de ces dommages à l'environnement, ou tout au moins, être soumis à des délais plus longs que ceux de la prescription pour dommages civils traditionnels.

Il faut signaler en matière de prescription, que si l'action civile en réparation du dommage environnemental est portée devant le juge pénal, la prescription de l'action publique n'a aucune incidence, depuis que la solidarité des prescriptions a été supprimée<sup>686</sup>.

### **3. la nature de la réparation**

Les dommages environnementaux, il est vrai, affectent des choses non appropriées et sans valeur marchande, ce qui soulève des difficultés juridiques particulières conduisant les tribunaux à se montrer très réservés sur la réparation de ce dommage, de plus, on pourrait se demander aussi si la réparation du dommage doit se faire en argent ou par une remise en état de site ?

Bertrand de Jouvenel déclarait il y a plus de trente ans : « Que fait-on quand on indemnise en argent le propriétaire d'un bien qui a été atteint par une pollution, on le désintéresse au sens

---

<sup>684</sup> Demeester(M.L), Neyret(L), op-cit

<sup>685</sup> Ce délai est le même que celui retenu par la directive n° 2004-35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JOUE n° L. 143 du 30 avril 2004, p. 56)

<sup>686</sup> Loi. N° 80-1042 du 23 décembre 1980 portant réforme de la procédure pénale relative à la prescription et au jury d'assises

fort du terme, car il n'est nullement assuré ni obligé d'affecter la somme reçue à la réparation effective du bien atteint »<sup>687</sup>.

Le moyen idéal pour réparer les dommages environnementaux dans la doctrine est la réparation en nature, qui consiste à remettre les biens endommagés à l'état où ils se trouvaient avant le préjudice subi. La norme stipule ainsi que la responsabilité pour dommages à l'environnement, doit recevoir une réparation en nature, et ce n'est que dans le cas où la restauration des ressources naturelles endommagées serait matériellement ou techniquement impossible, que la réparation serait pécuniaire<sup>688</sup>. Ainsi, les sommes versées par exemple aux communes littorales dans l'affaire Erika ont permis ou compensé des actions de nettoyage ou de repeuplement plus adéquates et plus utiles pour le milieu.

Il reste sur ce sujet une double objection : d'une part, parce que la réparation pécuniaire n'est pas toujours la plus adéquate et, d'autre part, dès lors qu'une personne publique reçoit des fonds, c'est toute la question du contrôle de l'affectation qui va se poser<sup>689</sup> (du fait de la répartition entre la gestion des actions et le bénéfice final pour l'environnement qui peut faire difficulté).

## **II. difficulté d'appréhender le préjudice environnemental par les mécanismes de la responsabilité civile classique**

Il faut reconnaître que la responsabilité civile n'est pas un instrument juridique créé pour la défense de l'environnement, ce qui est protégé, c'est le patrimoine des personnes et leur santé, la protection de l'environnement en est une conséquence.

---

<sup>687</sup> Cité par Michel Despax, *Traité de droit de l'environnement*, Litec, 1980, note 33, p. 792

<sup>688</sup> Huglo(C), *L'inéluctable prise en compte du dommage écologique par le juge administratif Les suites de l'arrêt Erika de la Cour de cassation*, AJDA 2013 p. 667 ; L.Neyret, *Nauffrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement*, Recueil Dalloz 2008 p. 2681

<sup>689</sup> Huglo(C), *op-cit*

Le dommage à l'environnement a son propre concept doctrinal et caractéristiques, comparé aux dommages civils traditionnels. Aussi, le conflit sur cette question ne peut être résolu efficacement avec les règles du Code civil, les articles 1832 et 1834 deviennent insuffisants, il faudrait un cadre juridique pour réglementer correctement et réparer les dommages environnementaux, pour une défense efficace de l'environnement et une réparation effective du dommage.

Cette question présente en général beaucoup d'importance, du fait de l'implication et de l'intérêt des créanciers, mais pas seulement, le vrai intérêt quand il s'agit de questions environnementales réside dans le fait qu'on dépasse la sphère d'intérêts privés pour rentrer dans un périmètre plus large englobant l'intérêt général et le bien collectif, d'où la question qui se pose de savoir si le régime classique de la responsabilité est susceptible d'appréhender cet état de choses ?

Autrement dit, y aurait-il une technique juridique permettant, par un système d'éviction d'un intérêt au profit d'un autre, d'affirmer la « suprématie de la société sur l'individu »<sup>690</sup>, le droit de l'environnement est censé être considéré comme un impératif supérieur à ce principe d'indépendance des personnes morales dans le cadre d'un groupe de sociétés, d'autant plus qu'en matière environnementale, on peut considérer que l'intérêt général est toujours en jeu<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> Aubert(J.L), et alii, *Les obligations*, 1. L'acte juridique, A. Colin, coll. U, 11e éd., 2004, n° 277

<sup>691</sup> Treballe(F.G), *L'environnement en droit des affaires*, Mélanges en l'honneur d'Y. Guyon, Aspects actuels du droit des affaires : Dalloz 2003, p. 1035

### **1. Application de la théorie classique à un dommage environnemental**

Pour initier une action en dommages-intérêts pour dommage à l'environnement, il est nécessaire de connaître ces dommages, cela implique connaître ou pouvoir connaître, le triptyque dommage, fait générateur et lien de causalité, mais souvent, il n'est pas facile de connaître les raisons du dommage ou on ne peut pas identifier son auteur, ce qui rend plus difficile l'exercice de cette action.

La dégradation de l'environnement peut prendre de nombreuses formes : elle peut être continue, permanente, progressive et dépassé. Sur ce dernier point, un auteur dit : "il est possible qu'un comportement nuisible, produise quelques dégâts, mais au fil du temps, la même conduite peut dégénérer en un dommage différent" <sup>692</sup> , ce qui rend difficile, dans ces cas, de déterminer le moment où commence le calcul du délai de prescription. Le bon sens dicterait de calculer ce délai au cas par cas, une imprescriptibilité des actions pour dommage environnemental ou de nature collective est même recommandable.

La première difficulté, résulte donc du fait de l'absence de répercussions personnelles dans un préjudice environnemental, alors que l'on sait que les parties à une action justifient bien d'un intérêt à agir<sup>693</sup> , celui-ci est une condition sine qua none de la mise en action d'une responsabilité civile. Donc, dans le domaine de la réparation des atteintes à l'environnement, c'est avant tout la preuve du caractère personnel qui se révèle difficile<sup>694</sup> , et même en cas

---

<sup>692</sup> De Miguel Perale(C) , "La Responsabilidad Civil por Daño al Medio Ambiente, Segunda edición revisada y actualizada, Editorial Civitas S.A., Madrid España, 1997, p. 346

<sup>693</sup> Art 31 du nouveau code de la procédure civile

<sup>694</sup> Neyret(L), La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire, Recueil Dalloz 2008 p. 170

d'identification réussie, l'assainissement de l'environnement dépendra de la volonté de cette victime d'obtenir réparation du dommage subi<sup>695</sup>.

En outre, particulièrement au sein des groupes de sociétés, une autre difficulté réside dans le fait que la cohabitation de plusieurs personnes morales indépendantes, induit à l'imputation de l'infraction à une seule personne morale (l'auteur matériel) même si l'intention coupable est collective, le groupe de sociétés peut être une technique pour éluder des responsabilités.

En effet, pour que le dommage soit sujet à réparation de la part de la société mère, celui-ci doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de celle-ci, s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'œuvre du sort, dont chacun doit accepter la portée, mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il est dû à la réparation<sup>696</sup>.

Si l'on reprend les solutions offertes par le droit commun, pour tenter de dégager des lignes directrices, la société-mère engage sa responsabilité personnelle principalement, lors de l'exercice de son contrôle<sup>697</sup>, ou pour les engagements qu'elle aura pris vis-à-vis des tiers<sup>698</sup> seulement.

Mais, ce dispositif n'a pas tardé à dégager des faiblesses, force a été de constater que ces règles civiles qui plaçaient uniquement l'homme au centre des préoccupations et de protection se sont avérées inadaptées à protéger efficacement l'environnement et régir les dommages environnementaux, du fait, d'une part, de leur faible propension à la prévention ; Et d'autre

---

<sup>695</sup> Mossoux(Y), l'application du principe pollueur-payeur à la gestion du risque environnemental et à la mutualisation des coûts de la pollution, *Lex Electronica*, vol. 17.1 (Été/Summer 2012)

<sup>696</sup> Mazeaud(L) & Tunc, *Le traité théorique et pratique de la responsabilité*, T. II, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1966, p. 24

<sup>697</sup> Article L233-3 du code de commerce

<sup>698</sup> Voir supra,

part, les exigences de la preuve de la matérialité du dommage dans le chef de celui qui a causé le dommage est problématique pour les risques issus de l'activité industrielle comme les risques professionnels et les risques environnementaux<sup>699</sup>, il en va de même pour l'établissement de la causalité.

La protection de l'environnement, par contre, bien collectif, devrait pouvoir s'enclencher par la simple éventualité d'une menace, sans qu'il y ait besoin de faire la preuve scientifique de l'atteinte. Ce désaccord entre responsabilité civile et responsabilité environnementale se confirmait et n'allait pas tarder à donner naissance à une responsabilité autonome ou intermédiaire qui a pour pivot le dommage écologique.

Aussi, le droit a progressivement généré plusieurs techniques de gestion du risque notamment dans les cas où les institutions classiques de la responsabilité civile ne suffisaient pas à assurer la réparation du dommage subi.

En responsabilité civile, deux systèmes cohabitent : le système de la responsabilité «subjective» et le système de la responsabilité «objective»<sup>700</sup>. En matière environnementale, la responsabilité subjective s'avère inopérante, de sorte que la doctrine et de nombreux systèmes juridiques en viennent à la théorie de la responsabilité objective, par rapport à des faits issus d'activités industrielles potentiellement dangereuses, auxquelles devront répondre, celui ou ceux qui ont profité de ces activités nuisibles<sup>701</sup>, même en absence de faute, cette dernière a donc été remplacée par l'activité à risque<sup>702</sup>.

---

<sup>699</sup> Jonas(H), *Le principe responsabilité, Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, coll. Champs-Essais, 1990 (1979), trad. Greisch(J), p. 180

<sup>700</sup> Dreveau(C), « réflexions sur le préjudice collectif », RTD civ.2011, 249

<sup>701</sup> Art. L162-1 du code de l'environnement

<sup>702</sup> Josserand (L), *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1938, n° 556-558 ; ID., note sous Lyon, 12 janvier 1907, Dalloz, 1907, II, p. 245 ; R.Saleilles, note sous cass. fr., 30 mars 1897, Dall., 1897, I, pp. 433-439

Se référant aux théories du risque créé<sup>703</sup> et du risque profit<sup>704</sup>, qui sont un corollaire de celle du principe de polluer-payeur<sup>705</sup>, elles préconisent que c'est le premier, qui prend le risque de faire une activité dangereuse ou risquée, qui est tenu d'indemniser les dommages qu'elle peut causer ; ainsi, dans la responsabilité objective la réparation ne dépend pas d'un élément subjectif, la culpabilité, elle dépend seulement d'un fait objectif, la survenance du dommage. Dans la responsabilité objective, c'est le défendeur qui doit prouver qu'il n'a pas commis de dommage, connu en droit procédural comme «le renversement de la charge de la preuve" en effet :

- le dommage environnemental se base sur la présomption de responsabilité de l'agent, c'est lui qui contribue également à résoudre le problème de la détermination de la causalité.
- La responsabilité objective est d'inspiration éminemment social, qui cherche à favoriser la partie lésée, il ne serait pas juste d'exiger de la victime, en plus d'avoir subi des dommages, de prouver qui les a causés.

On peut dire que la responsabilité environnementale est toujours objective, parce que les dommages environnementaux sont toujours le résultat d'activités à risque pour l'environnement, l'application de la responsabilité objective dans le cadre de la responsabilité environnementale a pourtant ses détracteurs a pourtant ses détracteurs, de beaucoup pensent que ça serait porter un rude coup aux initiatives d'investissement et de prise de risque et l'innovation<sup>706</sup>.

---

<sup>703</sup> Selon la théorie du risque créé, « la personne qui introduit une activité à risque dans la société le fait à ses risques et périls et non à ceux d'autrui », voir sur ce point J.Flour, J.-L.Aubert ET E.Savaux, Les obligations, vol. II, Le fait juridique, Paris, Sirey, 2009, 13 éd., p. 79, n°70

<sup>704</sup> On fait peser la charge du dommage sur celui qui a agi et cherché un bénéfice plutôt que sur celui qui n'a rien fait

<sup>705</sup> L'article 191, § 2, alinéa 1er du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

<sup>706</sup> Mossoux(Y), op-cit

## **2. La rigidité du principe de la personne morale face à la responsabilité environnementale**

Le principe de l'autonomie de la personnalité juridique des sociétés obligeant, la loi considère comme règle générale, que la responsabilité des sociétés mères ne peut être mise en cause pour l'exécution des obligations de prévention et de réparation des dommages environnementaux causés par leurs filiales<sup>707</sup>.

De nombreuses catastrophes écologiques survenues les dernières décennies ont sollicité la charge financière en matière environnementale d'entreprises qui dépassaient très souvent leurs ressources. Dès lors la tentation était grande de rechercher des débiteurs plus solvables, notamment au sein d'un groupe de sociétés ; seulement que là, on se retrouve face à la barrière infranchissable de l'écran de la personnalité morale imposé par le droit français ; en conséquence, les associés ou actionnaires d'une personne morale ne sont pas tenus des dettes de leur société<sup>708</sup> ou, en l'occurrence, de leur groupe.

En fait, le choix même de la forme sociale est généralement conditionné par son effet de limitation de responsabilité qui permettrait de déjouer toute tentative de recherche d'une obligation aux dettes, puisque les associés ne sont responsables qu'à concurrence de leurs apports<sup>709</sup>. Les sociétés qui constituent le groupe de sociétés conservent, en conséquence, leur autonomie juridique, même si divers textes posent des règles, qui permettent d'établir les liens capitalistiques existant au sein des groupes<sup>710</sup>.

---

<sup>707</sup> **Ruffié(J.P), Conditions de la responsabilité des sociétés mères, Revue des procédures collectives n° 5, Septembre 2012, comm. 167**

<sup>708</sup> **TGI Paris, ord. réf, 21 mars 2003 : Environnement 2003, comm.98, note B. Rolland**

<sup>709</sup> **CAA Paris, 17 oct. 2003, Sté J. Fayolle et fils : Environnement 2004, comm. 8, note P. Trouilly**

<sup>710</sup> **Monsérié-Bon (M.H) & Grosclaude(L), Droit des sociétés et des groupements : Montchrestien 2009, n° 1212**

Même si l'idée de rendre responsable une société-mère pour les actes de sa filiale, voire de personnifier le groupe de sociétés est ancienne<sup>711</sup>, un cadre législatif dissuasif et efficace, peine à voir le jour.

N'empêche que consciente de la réalité et des agissements des groupes de sociétés, aussi bien le législateur que la jurisprudence, se prononcent de plus en plus souvent pour donner des réponses à des questionnements qui surgissent en cas de catastrophe écologique provoquée par une société appartenant à un groupe, d'autant plus que souvent, l'auteur du dommage est incapable de le réparer et la question se pose immanquablement de savoir, lorsqu'il s'agit d'une société, s'il ne serait pas possible de solliciter sa société mère au titre de ce passif considérable que la filiale impécunieuse n'est pas en mesure d'assumer<sup>712</sup>.

Le droit de l'environnement apparaît en fait comme un impératif supérieur à ce principe d'indépendance des personnes morales<sup>713</sup> et doit passer outre.

Il n'est nonobstant pas impossible d'engager la responsabilité de la société-mère pour le fait dommageable de la filiale en matière environnementale, indépendamment de la spécificité de la situation de groupes de sociétés. Ainsi, des passerelles peuvent s'ériger simplement comme le contexte particulier d'application d'une règle générale, c'est le cas par exemple en cas d'exercice d'un pouvoir de contrôle<sup>714</sup>, pour les engagements qu'elle aura pris vis-à-vis des tiers, ou de celles où elle subit une extension de responsabilité du fait de sa filiale.

Des avancées importantes ont quand même vu le jour dans le domaine de la responsabilité environnementale, la plus marquante est certainement, loi portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle II.

---

<sup>711</sup>Hannoun(C), la responsabilité environnementale des société-mères, op-cit

<sup>712</sup>Lucas(F.X), Développement durable et droit des sociétés : Bull. Joly 2008, p. 267

<sup>713</sup>Hannoun(C), op-cit

<sup>714</sup>TGI Paris, 11e ch., 16 janv. 2008, n° 9934895010 : Environnement 2008, comm. 109, note L. Neyret

## **Section 2. Apport et évaluation de la loi grenelle II**

Les activités et les actes d'une filiale sont profitables à la société mère d'une manière ou d'une autre, c'est la finalité avouée ou inavouée lors de sa constitution<sup>715</sup>.

Nonobstant, lorsqu'une filiale supporte de trop lourdes charges sociales ou environnementales, le groupe l'immole sans aucun regret, elle est ainsi mise en liquidation judiciaire<sup>716</sup>, ce qui mène la suspension des poursuites individuelles lors de la clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, et partant à l'effacement de ses dettes. De là, la commodité et l'irresponsabilité des associés au groupe qui peuvent mettre aisément en faillite leurs filiales en difficulté sous couvert de l'écran de la personnalité morale.

Devant cette impunité, il s'est avéré urgent d'adopter des textes permettant une mise en jeu, facilitée, des responsabilités entre les sociétés d'un même groupe, et une remontée des dettes à l'égard de la société mère, la responsabilité de ces dernières peut être engagée en leur qualité d'exploitant<sup>717</sup>. La loi grenelle II a supposé une grande avancée en la matière.

### **I. Évaluation de la loi grenelle II**

Devant la gravité des infractions commises pour atteintes à l'environnement, le législateur ne pouvait rester passif, aussi une salve de dispositions ont été prises, même si pratiquement, elles ont été peu effectives, ou devrait-on dire, plus tôt, qu'elles sont susceptibles d'être améliorés, c'est le cas de la loi Grenelle II.

---

<sup>715</sup> Rolland(B), « Les échappatoires réservées par le droit des sociétés et des faillites » : Journée d'étude sur « Les incertitudes juridiques affectant la gestion des sites contaminés », Université de Metz, 25 juin 2003

<sup>716</sup> Lucas(F.X), a-t-on le droit de céder une filiale en difficulté ? Bull. Joly sociétés, 01 juillet 2008, n°7, p.555

<sup>717</sup> La loi du 1er août 2008 définit l'exploitant comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui exerce ou contrôle effectivement, à titre professionnel, une activité économique lucrative ou non lucrative »

**1. les conditions requises pour la proposition de cette action en responsabilité ?**

Malgré les avancées connues en matière de responsabilisation des sociétés mères pour les faits de leurs filiales, principalement, en droit d'environnement, celles-ci ne résolvent pourtant pas tous les cas de figure.

En effet, d'après La loi grenelle II du 12 juillet 2010, celle-ci prévoit dans son article L. 512-17 que : « Lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'État dans le département, peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité »

Aussi, attirer la société mère dans le sillage de la responsabilité de sa filiale n'est pas automatique, pour que cette imputabilité soit effective, il faut préalablement répondre à un certain nombre de conditions :

- Une insuffisance d'actif de la filiale, c'est-à-dire que le passif de la société soit supérieur à l'actif et donc l'impossibilité pour elle d'honorer ses créanciers.
- Une procédure de liquidation contre la filiale, une société mère supportera la charge du passif environnemental de sa filiale dans le cas particulier d'une liquidation judiciaire, et seulement, si la preuve d'une faute caractérisée ayant contribué à une insuffisance d'actif est

rapportée<sup>718</sup>, cette faute caractérisée peut être la conséquence d'un mauvais exercice de contrôle<sup>719</sup>.

- La société en liquidation doit-être une installation classée pour la protection de l'environnement, c'est-à-dire qu'elle présente des dangers ou des inconvénients pour la commodité du voisinage, la santé, la sécurité, la salubrité publique, l'agriculture, la protection de la nature, de l'environnement et des paysages.

- L'établissement d'une faute caractérisée de gestion<sup>720</sup> de la société mère. Même si l'article ne l'explique pas, cette faute doit être grave, au-delà d'une faute simple, le plus souvent, il s'agit d'une faute intentionnelle classique. Bon nombre d'arrêts reproduisent les termes de la loi, visant ainsi simultanément " la mauvaise foi " du dirigeant, sa "connaissance", sa "conscience», ou sa négligence consciente du caractère contraire à l'intérêt de la société de ses agissements<sup>721</sup>.

- Selon la rédaction de l'article L. 512-17 du Code de l'environnement, la société mère n'est pas responsable du paiement des dépenses de tous les dommages causés à l'environnement, mais uniquement de ceux liés à la remise en état des sites pollués en fin d'activité, c'est-à-dire les coûts de la dépollution du terrain. Cette remise en état peut être une simple prise de mesures pour le réhabiliter<sup>722</sup>.

Le même article dispose qu'au cas où la société mère, filiale d'une autre société « grand-mère » n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état des sites en fin d'activité

---

<sup>718</sup> Cass.Com., 26 mars 2008, n° 07-11.619, JurisData n° 2008-043377, cette décision confirme la société mère n'est pas tenue de réparer les dommages environnementaux d'une filiale qui n'est pas en cessation de paiement

<sup>719</sup> Cass.Com., 26 février 2008, Bull. Joly 2008, p. 602, note Ch. Hannoun ; Cass. Com., 26 mars 2008, n° 07-11.619, Bull Joly 2009, p. 908, note F.G. Trébulle.

<sup>720</sup> C. com., art. L. 651-2 modifié par ord. n° 2010-1512, 9 déc. 2010, art. 6 et C. env., art. L. 512-17 modifié par L. n° 2010-788, 12 juillet 2010, art. 227

<sup>721</sup> Cass. crim., 16 février 1971, Bull. crim. 1971, n° 53; Cass.Crim, 26 juillet 1971, Bull. crim. 1971, n° 242

<sup>722</sup> Circ. du 8 février 2007 du Ministère de l'écologie, relative aux sites et sols pollués

signalées par cet article, l'action peut être engagée contre cette société « grand-mère », pourvu qu'une faute de sa part contribuant à une insuffisance d'actif de sa filiale soit établie.

On peut voir par conséquent que la loi Grenelle II, présente des traits communs avec le mécanisme de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, à la différence près que la procédure peut être déclenchée sur l'initiative du Préfet.

## **2. Les insuffisances de la loi Grenelle II**

- La grande ressemblance avec l'action en insuffisance d'actif ne passe pas inaperçue, et partant, le risque de conflit ; encore plus si les deux actions sont déclenchées en même temps, puisque l'initiative n'émane pas de la même autorité, préfet pour la responsabilité environnementale et ministère public, autorité de saisine du tribunal en cas d'insuffisance d'actif. Il ne s'agit donc pas de l'introduction d'un nouveau principe en droit français mais plutôt d'une application à la responsabilité environnementale de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif prévue à l'article L. 651-1 du code de commerce.

- L'impossibilité de couvrir tous les types de lien pouvant unir la société mère et ses filiales. Ainsi, l'action en responsabilité prévue pour la loi Grenelle II n'est ouverte qu'à l'encontre des sociétés détenant plus de 50% du capital de la société objet de la procédure de liquidation judiciaire, de sorte qu'il y a des sociétés qui échappent à ce dispositif<sup>723</sup>, au sens de l'article L.233-3 du code de commerce. Il faut dire que le lien exigé entre l'exploitant de l'installation et la société mère est le plus strict de tous les liens de subordination. Pourquoi s'être restreint à la définition de l'article L. 233-1 du Code de commerce et ne pas avoir fait référence « au contrôle d'une société par une autre »<sup>724</sup> ?

---

<sup>723</sup> Seules sont concernées les filiales au sens de l'article L. 233-1

<sup>724</sup> Dupouy(S), La responsabilisation environnementale des groupes de sociétés par le Grenelle : enjeux et perspectives, Droit des sociétés n° 11, Novembre 2012, étude 16

- La nécessité d'une faute caractérisée, pour engager la responsabilité de la société mère, soulève la question de devoir démontrer cette « faute caractérisée ». La qualification de la faute venant ici subordonner la responsabilité éventuelle. Déjà le concept en soi est difficile à cerner, l'exigence d'une faute de la société mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de sa filiale suppose de rapporter la preuve que la société mère a, en agissant, réduit les actifs de la filiale, de telle sorte que celle-ci s'est trouvée dans l'impossibilité de subvenir à ses coûts de fonctionnement et d'assurer le paiement de ses dettes.

## **II. Nécessité d'une responsabilité de plein droit de la société mère**

Même si loi Grenelle II portait dans ses pans un projet ambitieux, les apports sont médiocres et restent en deçà des attentes. On est toujours en présence d'une responsabilité pour faute et même pour « faute caractérisée », ce qui complique plus la chose, et limite sérieusement les possibilités de faire supporter à la société-mère la réparation du dommage. Il n'en demeure pas moins que le principe de cette responsabilité est admis et avec lui l'idée qu'un actionnaire, même non dirigeant<sup>725</sup>, peut avoir à assumer certaines dettes sociales.

L'article 5 de la charte de l'environnement annonce que « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertain en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

Ainsi, la prise en charge automatique de la société mère devrait être possible que ça soit pour les cas où il existe un risque ou une menace imminente qu'un dommage survienne ou pour la réparation, une fois le dommage survenu.

---

<sup>725</sup> Lucas(F.X), risques et responsabilités induits par les procédures collectives, Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2013, dossier 13

L'avant projet Catala de réforme du droit des obligations<sup>726</sup> a déjà proposé d'assimiler clairement la remontée des dettes à un mécanisme de responsabilité civile. Ce faisant, il crée un nouveau cas de responsabilité civile du fait d'autrui, non fondé sur la faute, mais fondé sur l'idée de contrôle, quoique se poseront toujours alors des problèmes relatifs à la preuve<sup>727</sup>, et à l'exercice du contrôle.

Ainsi, dans les groupes de sociétés, la mise en jeu de la responsabilité environnementale entre les sociétés du groupe ne serait possible que par une technique juridique spécifique adaptée et entièrement nouvelle<sup>728</sup>, puisqu'il faut reconnaître que la responsabilité civile n'est pas un instrument juridique créé ni adéquat pour la défense de l'environnement.

---

<sup>726</sup> L'avant projet Catala propose d'introduire dans le Code civil un article 1360, alinéa 2 : « Est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle ». Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales... »

<sup>727</sup> Article 1360, alinéa 2 : « ... lorsque la victime établit que le fait dommageable ... »

<sup>728</sup> Hannoun(C), la responsabilité environnementale des sociétés-mères, Environnement n° 6, Juin 2009, dossier 7

### **Conclusion 1ère partie**

Comme ça a été exposé, il existe en droit français des brèches par lesquelles on peut s'infiltrer pour lever le voile juridique séparant, en théorie, les filiales de leur société mère, et de chercher ainsi, la responsabilité de cette dernière, mais ces instruments juridiques sont loin d'assurer une efficacité à toute épreuve quant à la responsabilité de la société mère. En effet, beaucoup de plaintes introduites restent sans suite freinées par le bouclier de l'autonomie de la personne morale, qui dilue la responsabilité de la société mère, de là les voix qui se soulevées et qui se soulèvent encore en réclamation d'une refonte de la législation existante pouvant aboutir à une incrimination de la société « contrôlante ».

Un moyen d'y accéder serait d'utiliser la notion de contrôle et la relation de pouvoir que la société-mère exerce sur la filiale et qui entraînerait une responsabilité du fait d'autrui, indépendamment du principe d'autonomie juridique. Il est, en effet, nécessaire de revoir cette notion de responsabilité, et d'étendre cette obligation de vigilance, de contrôle et de précaution à la charge de la société-mère, qui existe d'ailleurs déjà, en d'autres matières, comme en droit comptable, en droit du travail, droit de la concurrence, droit de l'environnement, et qui permettent, notamment, de tirer les conséquences en termes de responsabilité sociale, environnementale ou économique des sociétés du groupe, même si l'approche du phénomène du groupe a été différente dans chaque domaine.

Effectivement, la législation en vigueur est largement perfectible, comme en témoigne le caractère fortement hétérogène des pratiques. De fait, le couronnement de cette construction partielle pourrait consister en la reconnaissance d'une responsabilité plus générale de la société mère pour les actes de ses filiales. Dans cette optique, la doctrine, a tenté d'universaliser le principe de la responsabilité du fait d'autrui à la société mère par maintes

propositions<sup>729</sup>, et ce, depuis des années maintenant, mais qui peinent à voir le jour, faute de volonté et soutien de la part du législateur.

La dernière tentative en date à ce niveau, et qui n'a d'ailleurs toujours pas abouti, est celle du projet de loi Canfin qui inclut le devoir de vigilance, et qui exige des groupes de sociétés (principalement les multinationales), qu'elles prennent en compte et préviennent les impacts négatifs en matière de droits humains, d'environnement et de droits des travailleurs, pouvant découler de leur activité.

---

<sup>729</sup> **Rapport Cousté, déposé en 1970 et 1978 sur le bureau de l'assemblée nationale, rapport Marini rendu public en 1996, avant-projet Catala 2005, rapport Terré, 2008**

2ème partie

La responsabilité de la société mère du fait de  
ses filiales au niveau transnational

## **Partie 2. La recherche de la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales au niveau transnational**

L'essor constant du commerce international a eu pour corollaire le développement de l'activité internationale des sociétés<sup>730</sup>, entraînant au passage un foisonnement des filiales de groupes multinationaux un peu partout dans le monde<sup>731</sup>. De fait, les multinationales réalisent plus du quart du produit intérieur brut mondial et dominant, directement ou indirectement, les deux tiers du commerce planétaire<sup>732</sup>.

En effet, dans leurs stratégies d'externalisation des coûts et des risques, les entreprises multinationales veillent à la délocalisation de leur production vers des pays où les salaires sont bas, où la législation sociale laisse beaucoup à désirer ou est inexistante, où les normes pour la protection de l'environnement n'existent pas ou ne sont pas respectées, sans aucun scrupule pour les populations autochtones ou leurs intérêts. Profit et éthique ne semblent pas faire bon ménage dans le cadre des activités des entreprises multinationales.

De ce fait, les activités des groupes multinationaux européens, nord-américains et asiatiques, en raison de la mondialisation des structures économiques, ont augmenté plus fortement vers le Sud. Ce qui dans un premier temps les promoteurs de ce processus, considéraient comme

---

<sup>730</sup> Cohen(D), la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit international privé, *Revue critique de droit international privé* 2003 p. 585

<sup>731</sup> Barnevik( P), président du groupe industriel helvético-suédois Asea Brown boveri (ABB), parlait par exemple de la globalisation comme suit : « Moi, je définirais la globalisation comme la liberté pour chaque société de mon groupe d'investir où et quand elle veut, de produire ce qu'elle veut, d'acheter et de vendre ce qu'elle veut, tout en supportant le moins de contraintes possibles découlant de la législation sociale. » cité par Ozden Malik : sociétés transnationales et droits humains, CETIM (Centre Europe-Tiers monde). Genève, 2005, p .3

<sup>732</sup> Carroué(L), « Entreprises : le règne des transnationales », *L'Atlas des mondialisations, Le Monde/La Vie, Hors-série, 2010-2011, p. 84*

une occasion pour parvenir à des améliorations économique, politique et sociale, a vite montré ses inconvénients<sup>733</sup>.

La création ou la délocalisation de ces filiales vers des territoires soumis à des souverainetés étatiques étrangères, a permis l'émergence de sociétés groupées, reliées et obéissant à une stratégie économique commune qu'on appelle couramment les entreprises multinationales<sup>734</sup>.

La constitution de sociétés filiales semble, en l'occurrence, être un instrument juridique efficient au développement du commerce international, puisqu'il est le miroir de la stratégie des groupes de sociétés dans leurs relations économiques internationales<sup>735</sup>. Un même toit regroupe « l'ensemble des services que l'on peut rendre aux entreprises agissant hors de leurs frontières »<sup>736</sup>, combinant ainsi entre une diversité géographique (une installation territoriale dans deux ou plusieurs pays), et une unicité du centre décisionnel.

Aussi, le cadre étatique, avec sa législation et ses juridictions nationales, s'avère parfois, inapproprié pour encadrer des grandes entreprises, principalement, en raison de leur dimension internationale, ou à la nature de leurs activités. En effet, le moteur de la mondialisation est assurément ce que d'aucuns décrivent comme la firme sans frontières, détachée de toute origine : la firme multinationale<sup>737</sup>. D'ailleurs, aujourd'hui se pose la question de savoir si une entreprise ayant une vocation internationale pourrait répudier tout

---

<sup>733</sup> Stiglitz(J), *Un autre monde : Contre le fanatisme du marché*, Ed : Fayard, 2006, l'auteur dit que la mondialisation nuit à l'environnement, aggrave les inégalités, affaiblit la diversité culturelle et favorise les intérêts des grandes firmes aux dépens du bien-être des simples citoyens

<sup>734</sup> Leben(C), « Le juridique : Problèmes de définition » dans Claude Lazarus et alii, dir. *L'entreprise Multinationale face au droit*, Paris, Litec, 1977, 44 à la p. 67

<sup>735</sup> Bouillot(C), *op-cit*

<sup>736</sup> Gendarme(R), *des sorcières dans l'économie : les multinationales*, Cujas, Paris, 1981, p. 319

<sup>737</sup> Langlois(P), *la mondialisation rend-elle obsolètes les modèles de développement nationaux ? le cas du Québec et des économies de marché coordonnées*, Thèse, Université du Québec À Montréal, 2009

rattachement étatique sur le plan législatif et juridictionnel, et se constituer en société « internationale »<sup>738</sup>.

Si on parle fréquemment, indistinctement d' «entreprise multinationale » ou « société transnationale » pour désigner une société de grande envergure, exerçant son activité dans différents pays, l'expression n'est, en fait, pas juridiquement correcte, car une entreprise internationale est constituée selon la loi d'un pays donné, dont on dit qu'elle a la nationalité du pays en question ; par contre, dans les autres pays où son activité s'exerce, la société est donc considérée comme une société étrangère<sup>739</sup>, alors que la société internationale se crée toujours par un traité ou un accord entre deux ou plusieurs États<sup>740</sup>.

Aussi, même si en principe, chaque filiale, d'une entreprise internationale est assujettie aux réglementations du pays d'implantation, l'entreprise internationale en soi, n'est entièrement responsable vis-à-vis d'aucune législation et d'aucun État, ce qui laisse la porte ouverte et la société « délinquante » et à sa mère de se soustraire aux responsabilités qui leur incombent, comme conséquence de leurs activités. Le champ d'activité mondial des sociétés transnationales ne correspond, en effet, à aucun système mondial cohérent de responsabilisation de ces sociétés<sup>741</sup>.

La capacité des entreprises multinationales à être en même temps dans plusieurs endroits et nulle part, leur permet d'éviter les juridictions nationales. Leur grand pouvoir, l'aide que leur offre quelques grandes puissances étatiques et la complicité de nombreux gouvernements des

---

<sup>738</sup> Loussouarn(Y), Recueil, V° Sociétés commerciales, Rép. Soc. Dalloz, 1971

<sup>739</sup> La société sera toujours considérée comme étrangère si elle agit par l'intermédiaire de succursales, il ya possibilité quand même qu'elle soit considérée comme une société locale, si elle agit par l'intermédiaire d'une filiale (encore, dans ce cas, la filiale peut-elle être considérée elle-même comme une société étrangère, dans la mesure où il est fait application du critère du contrôle). À signaler qu'on ne fait pas référence ici à la société internationale du droit public qui se crée toujours par un traité ou un accord entre deux ou plusieurs États

<sup>740</sup> Hmoda(F), La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse université de Franche – Comté, 2013

<sup>741</sup> Rapport du secrétariat général, sous commission des droits de l'homme des Nations-Unis.(E/CN.4/sub2/1996/12) paragraphe 72°

pays d'accueil, leur permettent de violer, souvent en toute impunité, les législations nationales et internationales<sup>742</sup>.

Le droit international public est, par sa nature, l'un des domaines spécialisés du droit, les plus controversés pour les personnes privées impliquées dans les relations qu'il régit<sup>743</sup>. Ainsi, des organismes véritablement internationaux<sup>744</sup> ont vu le jour sur la base de traités, (c'est-à-dire régis par leurs statuts et non par une loi interne) pour essayer de contrecarrer le vide juridique existant, ou du moins venir en aide aux législations nationales en matière de fonctionnement et surtout d'infractions commises par les entreprises multinationales.

En effet, la discordance entre la théorie et la pratique, et encore plus grande, quand il s'agit de sujets non reconnus officiellement par le droit international, voire même, par la grande majorité des droits nationaux, fait que la responsabilité internationale de ces entreprises devient quasi inattaquable.

---

<sup>742</sup> **La responsabilité des entreprises multinationales : pour un contrôle de leurs méfaits, Séminaire international consacré à la responsabilité des entreprises et aux droits des travailleurs, organisé par le réseau IRENE à l'Université de Warwick, Coventry, Royaume-Uni, les 20 et 21 mars 200**

<sup>743</sup> **Shelton (D), Remedies in International Human Rights Law, Oxford University Press, Second Edition, 2006, P. 36**

<sup>744</sup> **Le programme du pacte mondial, la déclaration de l'OIT entre autres**

## **Titre 1. La responsabilité des entreprises transnationales**

Les entreprises multinationales ou les entreprises transnationales comme elles peuvent également être appelées<sup>745</sup>, sont des entités économiques ou groupes d'entités économiques qui opèrent dans deux ou plusieurs pays, dans lesquelles, il est possible d'identifier un centre unique, responsable des décisions stratégiques applicables à toutes les entités impliquées, auquel il serait juste et souhaitable d'imputer la responsabilité de quelque nature quelle soit en cas de poursuites judiciaires.

### **Chapitre 1. Les entreprises multinationales**

Avant de procéder à l'examen des mécanismes qui peuvent être à la base d'une responsabilisation de la société mère du fait des actes de ses filiales à l'échelle internationale, il convient de s'interroger sur l'organisation d'un groupe multinational et les liens entre les différentes composantes de celui-ci. En effet, L'application ou pas d'une législation sur les groupes multinationaux est tributaire d'une série d'exigences liées à la nature des liens existants entre les différentes composantes, ainsi qu'aux critères de rattachement entre la dite entreprise et le pays d'accueil.

#### **Section 1. Notion d'entreprise multinationale**

Il n'existe pas de définition simple, précise et communément admise de la notion d'entreprise multinationale. On évoque du reste souvent qu'une définition rigoureuse n'est pas indispensable, la "multinationalité" sociétariale résulte essentiellement de l'implantation par la société mère ou par ses filiales, des sociétés-filiales à l'étranger, lesquelles sont intégrées dans

---

<sup>745</sup> Juridiquement parlant, il est plus approprié de parler « d'entreprise multinationale » que de « société transnationale » vu que c'est un terme plus général qui n'implique pas l'existence de la personne juridique pour définir une entreprise multinationale

l'activité entière du groupe, et travaillent à dominer le marché international par leurs productions<sup>746</sup>.

L'entreprise multinationale consiste donc en une société nationale (société mère) qui, plutôt que de faire affaire directement à l'étranger, procède par l'intermédiaire de filiales dont chacune revêt la nationalité du pays d'accueil où elle s'établit, conférant ainsi à l'ensemble de l'entreprise son caractère multinational<sup>747</sup>.

En effet, l' " entreprise multinationale " recouvre un ensemble de situations très variées allant de l'entreprise nationale qui cherche à étendre son action au-delà des frontières, jusqu'aux entreprises ou groupes d'entreprises qui échappent, par leur structure comme par leur organisation, à tout contrôle national et qui affrontent directement de multiples partenaires, privés et publics, nationaux et internationaux<sup>748</sup>.

Les entreprises multinationales, sont donc composées d'un centre de décision, localisé dans un pays, et de centres d'activités, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays<sup>749</sup>, il reste qu'une caractéristique essentielle d'une entreprise multinationale, réside dans la non-dispersion des actions des sociétés membres du groupe et dans l'exercice de la direction des sociétés constituant l'entreprise multinationale par la société mère.

---

<sup>746</sup> Al-Shaarawy(Z), *Nationalité des sociétés commerciales (société anonyme)*, Dar Al- Nahda Al-Arabia, 1989, p. 17

<sup>747</sup> Hadari(Y), "the structure of private multinational Enterprise", 1972-73 71 Mich.L.Rev, 729,757-767

<sup>748</sup> Merle(M), « Sociologie des relations internationales », Paris, Dalloz, 1982

<sup>749</sup> La résolution de l'Institut de droit international, les entreprises multinationales, session d'Oslo, 1977 ; la définition du conseil économique et social français va dans le même sens « ...un siège social dans un pays déterminé qui exerce une activité dans un ou plusieurs pays, par l'intermédiaire de succursales ou de filiales que la société mère coordonne », Rapport de P. Moch, Les entreprises multinationales, Conseil économique et Social, Paris, 1972 ; « [o]n appelle entreprise multinationale un groupe multinational de sociétés, c'est-à-dire un ensemble de sociétés réparties dans des États différents et obéissant à une stratégie commune définie par une ou plusieurs sociétés mères »

Le mode organisationnel des groupes multinationaux est bien connu, mais cette réalité économique connaît toutes les difficultés à être transposée en droit<sup>750</sup>, car il est quasiment impossible de retranscrire leur mode organisationnel avec acuité. Les défauts inhérents à la nationalité des entreprises sont démultipliés lorsque l'on applique cette dernière aux entreprises multinationales<sup>751</sup>.

Les groupes de sociétés peuvent être des structures simples ou très complexes, avec de nombreuses filiales en propriété exclusive ou partielle, filiales d'exploitation, sous filiales, holdings, sous-holdings, sociétés de service, sociétés inactives. Ils peuvent aussi, surtout en cas de groupes multinationaux, comprendre d'autres types d'entités juridiques, inconnues dans certains pays du même groupe, c'est le cas des fiducies, des sociétés unipersonnelles, des partenariats<sup>752</sup>.

En droit, la transnationalité renvoie à un cadre précis, qui consiste à définir le sujet (en l'occurrence la société transnationale), par le fait qu'il est régi par des lois promulguées et appliquées par des instances juridiques trans ou supra nationales<sup>753</sup>. Ce qui n'est pas applicable à une entreprise. L'entreprise n'est pas apatride : le siège est soumis aux lois du pays dans lequel l'entreprise est enregistrée, ses filiales et établissements sont soumis aux lois du pays dans lequel ils sont installés.

Les principes du droit des sociétés, tels qu'ils sont développés dans la plupart des pays, considèrent les sociétés comme des personnes juridiques indépendantes, disposant chacune d'une seule nationalité, celle de leur État. Or les États ont adopté des législations, des

---

<sup>750</sup>Menjuq (M), *Droit international et européen des sociétés*, Coll. « Précis Domat. Droit privé », Paris, Montchrestien, 2001, p. 259

<sup>751</sup>Menjuq(M), *ib*

<sup>752</sup>Hmoda(F), *La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés*, op-cit

<sup>753</sup>Uzunidis(D), *nature financière et économique des STN et besoin d'un cadre légal mondial d'accumulation*, Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique Céligny, Genève, 4-5 mai 2001, Edi : CETIM/AAJ

réglementations et des pratiques différentes, et parfois contradictoires. On pourrait se voir confrontés à des définitions divergentes relatives au même objet, ce qui pourrait déboucher sur la condition plurinationale de cette personne<sup>754</sup>.

le problème de la pluralité nationale peut survenir pour les entreprises multinationales à l'occasion de l'exercice de leurs activités au niveau mondial, il n'explique cependant pas la problématique relative à la réalité des sociétés multinationales, car on ne se trouve pas en l'occurrence, devant un conflit entre plusieurs lois étatiques portant sur une seule société, mais en présence d'une grande entreprise composée d'un nombre de sociétés, disposant chacune de sa nationalité propre, mais différente des autres sociétés de son groupe.

Ceci résulte du fait que les groupes multinationaux veulent, de fait, harmoniser deux choses contradictoires : conserver leur personnalité morale (patrimoine et organes de décision propre) et être placées sous une direction économique unique, c'est souvent le rôle d'une société holding, qui a pour tâche de concentrer la prise de décision et de distribuer aux filiales leurs rôles opérationnels<sup>755</sup>.

### **I. L'organisation des entreprises multinationales**

Si les sièges des entreprises multinationales se concentrent financièrement, ils sont aussi très concentrés spatialement. Plus de 80 % des entreprises multinationales sont originaires des pays développés (Cnuced, 2002). Parmi les cent premières entreprises du monde (par leur chiffre d'affaires), celles qui sont originaires des pays européens représentent 35 % du chiffre

---

<sup>754</sup> Farag Hmoda, *La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés*, thèse université de Franche –Comté, 2013

<sup>755</sup> Champaud(C) & Danet(D), *Groupe de sociétés. ISF. Notion de « holding animatrice »*, *Biens professionnels*, RTD Com. 2007 p. 390, affirme que « l'équilibre se réalise précisément lorsque les filiales disposent d'une certaine autonomie de décision opérationnelle à l'intérieur d'un cadre stratégique strictement planifié et contrôlé par la holding »

d'affaires total, des États-Unis 31 %, du Japon 30 %, le reste étant partagé entre le Canada, le Venezuela, l'Australie et la Corée (Cnuced, 2002)<sup>756</sup>.

La réglementation juridique de la transnationale ne reflète pas le processus social réel, l'appareil normative ne suffit pas à identifier le centre de décisions stratégique, plusieurs paramètres interviennent, il reste qu'une caractéristique essentielle d'une entreprise multinationale réside dans la non-dispersion des actions des sociétés membres du groupe, et dans l'exercice de la direction des sociétés constituant l'entreprise multinationale par la société-mère, soit au moyen d'un contrôle, direct ou indirect, des actions détenues, soit par un autre moyen<sup>757</sup>.

### **1. La société mère ou société contrôlante**

La loi française a décliné la notion de contrôle en plusieurs cas de figure, suivant la politique ou la réalité économique et financière de l'entreprise<sup>758</sup>. En effet, la notion de contrôle est polymorphe, en ce sens qu'elle peut résulter de différents moyens (droit de vote<sup>759</sup>, accord d'actionnaires)<sup>760</sup>. Une société-mère est une société ou une autre entité qui possède, directement ou indirectement, la majorité des actions d'autres sociétés, constituant une entreprise multinationale ou qui contrôle sous une autre forme, directement ou indirectement, de telles sociétés, mais elle n'est pas nécessairement, une entreprise exploitante qui se livre à la production ou à la distribution de biens ou de services.

---

<sup>756</sup> Rozenblat (C), « Les entreprises multinationales : un processus urbain dans un environnement international et transnational », L'Information géographique, 2007/2 Vol. 71, p. 43-66

<sup>757</sup> Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres, Institut de droit international. Session de Lisbonne, août-septembre 1995, Revue critique de droit international privé 1996 p. 383

<sup>758</sup> L'article L.233-3 du code de commerce

<sup>759</sup> le pourcentage de capital détenu ne correspond pas toujours au pourcentage des droits de vote, en raison des décalages éventuels entre les deux pourcentages, qui peuvent résulter notamment de l'existence d'actions soit d'actions « ordinaires », soit d'actions de préférence, ces dernières ont été créées l'Ordonnance du 24 juin 2004

<sup>760</sup> Paillusseau (J), le droit des groupes de sociétés, réussir en affaires, Dalloz, 1991, p.52

Ce contrôle se concrétise par le truchement des organes sociaux de la filiale : assemblée générale ordinaire ou extraordinaire respectivement<sup>761</sup>, ce contrôle peut être soit direct, consistant pour une société à « se faire élire et siéger en tant que personne morale, au conseil d'administration de la société contrôlée »<sup>762</sup>, soit indirect, en désignant un de ses propres administrateurs ou actionnaires au conseil d'administration de la société contrôlée. La propriété d'une société-mère peut appartenir à un petit groupe ou même à un individu, mais plus couramment, celle-ci est dispersée dans le public et ses actions sont traitées en bourse<sup>763</sup>, et en règle générale, les actionnaires d'une société ou d'une entité similaire sont présumés n'être pas responsables des obligations de la société dont ils détiennent des actions.

L'article L.2331-1 du code du travail, qui instaure le comité de groupe, dépasse les définitions du contrôle du code de commerce en envisageant d'autres critères :

Est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise qui exerce une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

L'existence d'une influence dominante est supposée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ; cette référence à la désignation de plus de la moitié des membres des organes collégiaux est prévue à propos des comptes

---

<sup>761</sup> Paillusseau (J), *le droit des groupes de sociétés*, id

<sup>762</sup> Vanhaecke(M), *Les groupes de sociétés*, thèse Doctorat, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, Paris, 1962, p. 117

<sup>763</sup> *Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres*, Institut de droit international, op-cit

consolidés, mais le texte exige que cette désignation ait eu lieu au cours de deux exercices successifs ;

- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;
- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.

Le groupe d'entreprises de dimension européenne, connaît quant à lui, une autre définition du groupe puisqu'il est dit à l'art L.2341-1 du C.trav que le groupe d'entreprise comprend au moins mille salariés dans les États membres de l'union, et qui comporte au moins une entreprise de cent cinquante salariés dans au moins deux de ces États. Dans une telle situation, la loi française en conformité avec la directive communautaire impose la création d'un Comité d'entreprise européen dont les fonctions se rapprochent du Comité de groupe du droit français.

Toutefois, les États peuvent, dans des circonstances délimitées<sup>764</sup>, appliquer leur loi (y compris leurs règles de conflit) pour imputer la responsabilité découlant des obligations d'une société à une entité qui détient seule, ou en qualité de membre d'un groupe de sociétés qui constitue l'entreprise multinationale, la totalité ou la quasi-totalité des actions de la société en question ou qui exerce sur elle un contrôle effectif.

---

<sup>764</sup> **La responsabilité civile contractuelle entre une société et un tiers peut être imputée par une juridiction à la société-mère ou à une autre entité de contrôle d'une entreprise multinationale lorsque celle-ci :**  
- a participé à la négociation, à l'exécution ou à la terminaison du contrat sur lequel se fonde l'action en responsabilité, d'une manière telle que le demandeur puisse être raisonnablement induit à présumer la responsabilité de celle-ci ;  
- s'est livrée à une fraude ou à une pratique trompeuse à propos de l'obligation sur laquelle se fonde l'action en responsabilité ; ou  
- lorsque une société membre d'une entreprise multinationale cesse ses activités, entre en liquidation, ou est mise en faillite, afin de contribuer à l'indemnisation de ses employés conformément à la loi du lieu d'activité ou d'engagement. On remarque que les cas dans lesquels la société mère pourra être poursuivie pour les actes de sa filiales opérant à l'étranger sont les mêmes que pour les filiales opérant au niveau national , et déjà vus dans la 1ère partie de cette recherche à savoir l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale, une apparence trompeuse et l'extension de la procédure à la société mère en cas de procédures collectives

## **2. La filiale ou société contrôlée**

Selon le droit français, « la filiale est une société dont plus de la moitié du capital social est détenu par une autre société »<sup>765</sup>. Ce pourcentage du capital est pour M. Grimonprez<sup>766</sup>, une présomption d'absence d'autonomie de la filiale en faveur de la société-mère. Autrement dit, le dit groupe est composé de sociétés, qui disposent de leur propre capital social, jouissant de la personnalité juridique et d'un patrimoine sur lequel répondent les dettes de chaque société.

Aussi, l'exercice par la société mère de son pouvoir de contrôle, et partant, la dépendance des filiales, est toutefois susceptible de degrés, Madame Catel-Duet<sup>767</sup> en a dénombré six, sur une échelle allant de l'autonomie des sociétés à leur intégration totale au groupe.

Dans les groupes multinationaux, le degré d'autonomie des filiales dépend, en outre de la politique culturelle du groupe, qui peut être "ethnocentrique" (lorsque le modèle de référence est celui du pays de la société mère), "polycentrique" ou "régiocentrique" (lorsque c'est la culture du pays ou de l'ensemble régional dans lequel sont implantées les filiales qui dicte leurs choix stratégiques), ou "géocentrique" (lorsque les décisions stratégiques du groupe sont intégrées dans un système global opérant suivant une logique de réseau)<sup>768</sup>.

L'activité principale et les intérêts de l'entreprise internationale restent profondément enracinés dans le pays d'origine, ses filiales à l'étranger, souvent très spécialisées, lui sont très étroitement subordonnées, et par exemple, les postes clés de ces filiales sont aux mains des ressortissants du pays d'origine.

---

<sup>765</sup> Article L. 233-1 du Code de commerce

<sup>766</sup> Grimonprez(B), Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, Rev soc 2009, p.720

<sup>767</sup> Catel-Duet(A), Être ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique, op-cit

<sup>768</sup> Meier(O) & Schier(G), Entreprises multinationales. Stratégie. Restructuration. Gouvernance, Ed. Dunod, 2005, p. 61 et s

Il faut dire que l'existence d'un pouvoir de contrôle n'est pas toujours aisée à établir en pratique, en effet, chaque système juridique et branche du droit, a, en son sein, sa conception propre<sup>769</sup>, et cette complication s'accroît en cas de participations croisées, circulaires ou encore de participations indirectes.

Qu'en est-il par exemple en présence d'une chaîne de contrôle, c'est-à-dire lorsque le contrôle est exercé par une société sur une autre société qui, le cas échéant, en contrôle une ou plusieurs autres, directement ou indirectement ? Ceci pourrait supposer par exemple un problème au moment de la détermination la nationalité de la filiale<sup>770</sup>, jusqu'où faut-il alors remonter la chaîne du contrôle ?

## **II. L'approche du groupe multinational**

Le groupe multinational peut être approché, soit en tant qu'organisation morcelée privilégiant l'aspect multiple de ses composantes, soit en tant qu'entité unique compacte, mais cette dernière hypothèse n'a pas tardé à montrer son insuffisance.

### **1. La recherche de l'unité du groupe multinational**

Le groupe transnational ou multinational de sociétés est généralement présenté comme étant le reflet d'une unité économique réelle qui s'oppose à un fractionnement juridique apparent<sup>771</sup>. Il existe, en effet, en droit des approches qui ont tenté d'appréhender cette situation, l'une d'elles est l'approche dite unitaire, qui voit dans le groupe la réunion de

---

<sup>769</sup> Ainsi, on peut parler d'un contrôle en fait ou en droit, majoritaire ou minoritaire, institutionnel ou contractuel, etc

<sup>770</sup> Synvet(H), *L'organisation juridique du groupe international de sociétés (conflit de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale)* : Thèse dactyl. Rennes, 1979

<sup>771</sup> Lazarus(C.L), *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, Paris, 1977, p. 50

plusieurs entités dans un ensemble économique international s'inscrivant dans une unité économique à finalité commune<sup>772</sup>.

D'après cette définition, on pourrait inclure les entreprises moyennes, mais les groupes multinationaux sont en général des S.A, constituent le collectif le plus puissant et le plus observé par l'opinion publique vu le pouvoir économique<sup>773</sup> (et de nuisance des fois) de ces organisations.

L'analyse économique de l'entreprise contribue ainsi à ce que « l'unité de contrôle soit l'expression d'un unique centre autonome de décision, d'une seule et même entreprise »<sup>774</sup> mais, les limites à la personnalité morale de filiales membres d'un groupe de sociétés supposent d'être soulignées. Comment faire alors abstraction de la personnalité morale de la filiale et dégager une conception unitaire du groupe de sociétés ?

Par ailleurs, en débordant les espaces nationaux, le groupe multinational de sociétés tire avantage des disparités qui existent entre les législations, aussi, admettre que le groupe est une entité unique reviendrait à le priver de tous les avantages que représente la transnationalité, comme ça serait le choix du lieu d'implantation des filiales<sup>775</sup>, ou la possibilité de se dérober à la contrainte étatique de quelque nature qu'elle soit<sup>776</sup>.

---

<sup>772</sup>Menjuq(M), *Droit international et européen des sociétés*, Coll. « Précis Domat. Droit privé », Paris, Montchrestien, 2001, p. 259

<sup>773</sup> Dans beaucoup de cas, le pouvoir économique de certains groupes multinationaux dépasse de loin celui de certains États, à titre d'exemple le chiffre d'affaires cumulé des 10 premières sociétés transnationales dépasse le PIB de l'Inde et du Brésil, « De l'impunité des multinationales », *Journal le Monde*, le 23.04.2012

<sup>774</sup> Lamarche(T), *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006, p.729

<sup>775</sup> Beaucoup de groupes multinationaux optent pour s'installer dans un État ou un autre suivant les avantages qui peuvent leur être accordés par le pays d'accueil

<sup>776</sup> Bode(M), *Le groupe international de sociétés Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Publications universitaires, Ed. Peter Lang, p.193

Pourtant, et procédant d'une volonté de retranscrire juridiquement la réalité économique des groupes multinationaux, une certaine doctrine a proposé l'adoption d'une approche unitaire tendant à soumettre l'ensemble des sociétés d'un groupe à une même loi nationale, une « *lex concilii societatum*<sup>777</sup> », à savoir la loi du siège de la société dominante<sup>778</sup>. Cette approche n'a, pourtant pas tardé à soulever des critiques virulentes, mais, néanmoins, pertinentes portant d'une part, sur les nombreux obstacles juridiques à l'application d'une loi unique et, d'autre part sur l'opportunité de l'introduction d'une telle règle de rattachement, tant d'un point de vue économique que d'un point de vue juridique.

La théorie unitaire du groupe échoue à retranscrire l'élément relationnel qui découle des rapports contractuels. Or, pour avoir une vision précise du groupe, il est essentiel que l'analyse prenne en compte lesdites relations, l'adoption d'une loi unique présenterait les défauts mis en avant dans la distinction qui doit s'opérer entre nationalité et *lex societatis*, et qui sera développé par la suite.

Un autre argument, et non des moindres, qui joue en défaveur d'une éventuelle adoption de la position proposée par le concept unitaire du groupe, rentre dans le cadre du critère de contrôle, une de ses faiblesses réside dans le caractère fluctuant des détenteurs du capital du groupe. Le critère du centre de décision serait une source d'instabilité juridique trop importante. En effet, les détenteurs du capital changent de manière fréquente et régulière, or, il serait néfaste d'avoir un changement de loi à chaque fois que se réaliserait un changement de contrôle dans le capital. Les filiales verraient leur rattachement à une loi nationale évoluer au gré des marchés et de l'évolution des différentes prises de contrôle qui peuvent, dans l'absolu, changer plusieurs fois en une journée.

---

<sup>777</sup> Ce terme a été utilisé par M. Bode, *op-cit*, p. 173

<sup>778</sup> Hannoun(C), *le droit et les groupes de sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 261, n° 399

L'apport de la théorie de l'entreprise unique oriente la réflexion sur l'établissement d'un for tenant compte de l'unité de décision économique<sup>779</sup> à l'intérieur du groupe transnational de sociétés, le destin des filiales peut en conséquence se former de manière centralisée et dépendra du conseil d'administration de la société mère<sup>780</sup>, mais l'organisation du groupe multinational relevant pour l'essentiel des lois nationales respectivement applicables à chaque société qui le compose. Autant dire que la conception unitaire du groupe, défendue par une partie de la doctrine internationaliste, n'a jamais été en mesure de détrôner la conception pluraliste qui prévaut en droit positif, et dont s'accommode fort bien la pratique.

Aussi, l'approche unitaire semble inopportune pour régir les relations intragroupes dès lors que les intérêts mis en cause ne sont pas forcément pris en compte par la loi de la société mère et ne peuvent être sauvegardés que par les lois de la filiale. Le contraire supposerait de soumettre toutes les sociétés du groupe à la loi de la société mère<sup>781</sup>, et doit être, partant, écarté à cause de principes juridiques et pour des raisons d'opportunité<sup>782</sup>. En effet, chaque société du groupe est règlementée par une loi nationale propre, d'où la tendance est de plutôt opter pour un concept du groupe compartimenté ou morcelé.

---

<sup>779</sup> Lamarche(T),op-cit, p. 714

<sup>780</sup> Peter(H), L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990

<sup>781</sup> La théorie de l'entreprise unique peut pourtant s'avérer intéressante, puisqu'elle peut par exemple justifier le traitement du groupe de sociétés en difficulté de façon consolidée, c'est « la promotion des intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres » qui sera prise en compte, voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) Trente et unième session : Vienne, 11-15 décembre 2006

<sup>782</sup> Bode(M), op-cit

## **2. Le groupe multinational en tant qu'entité morcelée**

Les entreprises à la tête d'activités multiétatiques, tirent parti du caractère disparate des législations internes pour se soumettre aux ordres juridiques les moins contraignants, une filiale est une société qui appartient à une autre société faisant partie du même groupe de sociétés ou qui est contrôlée par une telle société. Celle-ci est habituellement constituée conformément à la loi de l'État dans lequel elle est établie<sup>783</sup>. A l'inverse pour le groupe multinational, ses composantes sont toujours complétées par une pluralité juridique de leurs institutions.

Chacune des sociétés membre du groupe jouit de sa personnalité propre, et ainsi, de tous les effets qui en découlent, dont le principal atout est la nationalité distincte. En fait les groupes multinationaux font tourner à leur avantage les activités multiétatiques de leurs filiales en profitant des ordres juridiques internes généralement plus avantageux et moins contraignants que ceux des États d'origine<sup>784</sup>, c'est effectivement cette démultiplication des filiales étrangères et cette pluralité juridique des personnes morales composant le groupe qui permettent de limiter les risques liés à leurs activités par la dissociation entre pouvoir et responsabilité et le cantonnement de leurs conséquences au seul cadre de la filiale<sup>785</sup>.

Du fait de leur activité internationale les groupes de sociétés, en tant qu'opérateurs clés du commerce mondial, leurs moyens de production, de distribution ou leurs mouvements financiers ne sont plus localisés en une seule place. En effet, dès lors qu'une pollution industrielle intervient par le biais d'une filiale, qu'un produit de consommation soit entaché

---

<sup>783</sup> Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres, Institut de droit international. Session de Lisbonne, août-septembre 1995, *ibid*.

<sup>784</sup> Les avantages de nature juridique ou fiscale sont les principaux critères sur lesquels se base un groupe multinational au moment de choisir le pays d'implantation, mais pas les seuls. Ex.une OPA qui n'était pas prévue dans le plan d'investissement

<sup>785</sup> Menjucq(M), Droit international et européen des sociétés, Montchrestien, 2e éd., 2008, p.265

d'un défaut de conformité, que l'appel public à l'épargne soit réalisée à l'étranger, qu'une des filiales embauche clandestinement un salarié ou que l'activité soit exercée dans un pays autre que celui de l'établissement de la société mère, la question du forum shopping est à même de se poser<sup>786</sup>.

Sur ce sujet, la doctrine majoritaire est plutôt portée sur une application distributive des lois entre les diverses sociétés composant le groupe multinational<sup>787</sup>. Aussi, si on est plus enclin à considérer l'entreprise multinationale en tant qu'entité morcelée, il s'agira alors de la rattacher à un ordre juridique, surgit alors la difficulté de ce choix, puisque les règles de rattachement traditionnelles s'avèrent inadaptées à la réalité de ces entreprises.

## **Section 2. L'inadéquation des critères de rattachement classiques aux groupes multinationaux**

La réglementation juridique de la transnationalité ne reflète pas toujours la réalité sociale, et les instruments juridiques existant ne sont pas toujours à même d'identifier le centre des décisions stratégiques, qui est, en général, déterminé par d'autres composantes (détention du capital, droit de vote ...), aussi les critères de rattachement généralement utilisées pour la détermination de la loi applicable ne sont pas toujours effectifs dans le cas des entreprises multinationales et commandent le recours à d'autres mécanismes.

---

<sup>786</sup> Cohen(D), Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, Recueil Dalloz, Recueil Dalloz 2010 p. 975

<sup>787</sup> L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans la fameuse affaire Fruehauf : CA Paris, 22 mai 1965, J.C.P., II, 1965, 14274 bis ; Gaz. Pal. , 14-17 août 1965, D., 1968, p. 147 et note Contin

**§1 .La recherche de critères appropriés à la réalité des groupes**

**multinationaux**

La méthode de désignation de la loi et de compétence juridictionnelle en présence d'un groupe multinational fractionné juridiquement, a fait couler beaucoup d'encre. En effet, les juges nationaux exercent leur pouvoir d'appréciation, quant à la localisation et qualification d'un centre des intérêts principaux, ceci sans omettre la réalité des sièges sociaux qui constituent ,en fait, les vrais meneurs des affaires du groupe.

La méthode de localisation d'une entre des intérêts est davantage caractérisée par un faisceau d'indices<sup>788</sup>, structurant celle-ci concurremment à la présomption posée en faveur du siège statutaire, mais les lieux de réunion du conseil d'administration et celui des relations d'affaires avec les banques créancières, les principaux partenaires opérationnels du groupe, conjugués au domicile des dirigeants peuvent laisser transpercer une réalité économique différente de celle prévue par les statuts de chaque société<sup>789</sup>.

**I. Les instruments de rattachement classiques dans les relations internes de l'entreprise multinationale**

Les entreprises multinationales sont composées de multiples entités, qui revêtent de nombreuses formes juridiques aussi différentes les unes des autres, et qui, malgré ces différences, sont réunies sous le chapeau d'une société mère. Ce groupe multinational est rarement appréhendé par les droits nationaux dans sa globalité, ou seulement dans certains cas particuliers<sup>790</sup>. Ce groupe, ou entreprise multinationale joue donc un rôle sur les filiales qui le

---

<sup>788</sup> CA. Versailles., 4 sept. 2003, D. 2003, p. 2352, note Vallens(J.-L)

<sup>789</sup> T. com. Beaune 2e ch., 16 juil. 2008, n° 001586, J. R. c/ SAS Marie Brizard et Roger international, Bull. Joly. janvier 2009 n° 1, p. 53, note M.-L. Coquelet

<sup>790</sup>Menjucq(M), Droit international et européen des sociétés, Coll. « Précis Domat. Droit privé », Paris, Montchrestien, 2001, p. 259

composent, et qui doit nous amener à nous interroger sur l'influence qu'il opère sur celles-ci, cette influence va s'infuser soit parce que la société mère est le centre de décision ou le centre de contrôle du groupe, soit parce qu'elles ont une nationalité commune et partant, le droit appelé à les gouverner devrait-lui même être unique<sup>791</sup>.

### **1. Le critère de la nationalité du groupe**

Les groupes multinationaux sont composés d'au moins deux sociétés personnifiées sous l'empire de lois distinctes, mais dépourvus en tant que tels de personnalité juridique, avec tous les effets qui en découlent, ceci peut être à l'origine de plusieurs problèmes dont la détermination de la nationalité du groupe, parce qu'être mondialisé ne signifie aucunement devenir apatride<sup>792</sup>.

Même si souvent, la question de la loi applicable à la société, se résume à la question de la nationalité, et qu'il existe en effet entre ces deux notions une forte similitude, expliquant que ces deux concepts sont souvent confondus, ils doivent, néanmoins, être distingués<sup>793</sup>.

On ne peut pas savoir si la cour de cassation française a entendu affirmer que les sociétés en question sont soumises au droit de l'État où leur siège social se situe, ou, si elles doivent être considérées comme des sociétés disposant de la nationalité de l'État où leur siège social se situe. La nationalité, est approchée aujourd'hui par la doctrine majoritaire, comme étant l'outil permettant de déterminer, notamment, les droits auxquels l'entité pourra prétendre à la jouissance<sup>794</sup>.

---

<sup>791</sup> Synvet(H), *l'organisation juridique du groupe international de sociétés.t.1*, p.71

<sup>792</sup> Lemaitre (F), *la mondialisation du patriotisme économique*, le Monde, 12/08/2005

<sup>793</sup> Lévy(L), *la nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984

<sup>794</sup> Loussouarn(Y) & Trochu(M), « Nationalité des sociétés », JCP droit international commercial, 1995, Fasc. 564-10, note 60, p. 4

Le critère (selon le système juridique mis en cause) généralement retenu, est celui du siège social, car il semblerait être le critère le plus apparent, et le plus incontestable pour l'établissement de la nationalité, mais dans le cas des entreprises multinationales il n'a pas suffi.

La cour internationale de justice a estimé que, dans sa recherche de la nationalité d'une entité, elle doit se référer au droit interne<sup>795</sup>, elle a ainsi adopté la conception selon laquelle, chaque entité doit être étudiée de manière individuelle, et non dans le cadre d'un groupe, et s'est contentée de constater ou non, le respect du critère d'attribution de la nationalité selon les législations internes.

Déterminer la nationalité d'un groupe de sociétés multinational, et partant, la loi qui lui sera applicable revient à déterminer la nationalité de la personne morale<sup>796</sup>, mais à défaut d'une personne morale pour le groupe multinational, il faudra procéder à la détermination de la nationalité des personnes morales des filiales.

La structure de l'entreprise multinationale amène la question de savoir, pourquoi elle serait rattachée à un État plus qu'à un autre, alors qu'elle est présente dans un ou plusieurs. Il a été énoncé qu'il se pourrait que l'entreprise multinationale ait de multiples nationalités, et ce, du fait, des liens qu'elle possède avec ces différents États<sup>797</sup>. Celle-ci obéit aux mêmes critères que ceux qui gouvernent la nationalité de n'importe quelle société. Le droit français ayant retenu le critère du siège<sup>798</sup>, sera ainsi considéré comme ressortissant française, toute filiale

---

<sup>795</sup> **Affaire Barcelona Traction Light and Power Company (2ème Phase) (Belgique c. Espagne), 5 février 1970, C.I.J. rec., n° 38, p.33-34**

<sup>796</sup> **Batifol(H) & Lagarde(P), traité du droit international privé, Paris, L.G.D.J., 2ème éd., 1993, n°192**

<sup>797</sup> **Merciai(P), Les entreprises multinationales en droit international, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.29**

<sup>798</sup> **En droit français, le siège social est le lieu où se situe la direction de la société. Cette notion comporte un double aspect :**

**- un aspect formel résultant de la mention du lieu dans les statuts de la société déterminé par le greffe du tribunal de commerce compétent pour immatriculer la société au registre du commerce et des sociétés ; toute société dont les statuts précisent qu'elle a son siège social en France doit être immatriculée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel elle a son siège ;**

d'un groupe multinational, dès lors que "son siège réel, défini comme le siège de direction effective et présumé être le siège statutaire" se trouve localisé en France »<sup>799</sup>.

La nationalité détermine, en général, une relation entre une personne et son État de rattachement<sup>800</sup>, elle implique une relation entre l'État et l'individu (personne physique ou morale), mais la nationalité telle que nous la traitons ne fait pas référence à l'établissement de cette relation cette relation, il s'agit, en l'occurrence de savoir, à quelle loi serait soumise la société dans le cadre de sa constitution, son fonctionnement et sa liquidation.

Avant de déterminer la loi applicable à une société et sa condition, il est un préalable nécessaire qui réside dans sa reconnaissance par l'État en cause. Il s'agit de savoir si cet État admet l'existence de la personnalité morale, c'est-à-dire s'il reconnaît que la société est valablement constituée dans un autre État. À défaut de reconnaissance, la société ne peut effectuer aucun acte juridique sur le territoire de l'État qui ne l'a pas reconnu, et ne peut donc pas s'y établir<sup>801</sup>.

En effet ,chaque filiale est incorporée dans le pays d'accueil où elle maintient également son siège social<sup>802</sup>.Selon les principes du droit international<sup>803</sup> ,cela veut dire que, chaque société revêt la nationalité de son état d'accueil, et même si l'idée d'une nationalité unique pour

---

- un aspect matériel, le centre de la direction effective de la société, défini depuis longtemps par la jurisprudence comme le lieu où se situent « la direction supérieure et le contrôle de la société » et caractérisé par le lieu où se réunissent les organes sociaux

<sup>799</sup> Cass. ass. plén. 21 déc. 1990 : Rev. crit. DIP 1992, p. 70, note Duranton ; D. 1991, II, 305, concl. Döntenwille

<sup>800</sup> La CIJ considère dans l'affaire Nottebohm que « la nationalité est le lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs », (Liechtenstein c. Guatemala ), CIJ, 6 avril 1955, recueil CIJ, 1955, p. 23

<sup>801</sup> Menjucq(M), Droit international des sociétés, Répertoire de droit des sociétés, mai 2009

<sup>802</sup> « La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'état sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire elle a son siège » affaire de la Barcelona traction (Belgique c. Espagne) 5 février 1970, Rec CIJ, 1970, p.43

<sup>803</sup> Pironon(V), Groupes multinationaux, op-cit

toutes les sociétés d'un même groupe a pu être émise<sup>804</sup>, elle s'est heurtée à l'absence de personnalité morale du groupe. Un arrêt rendu par la cour de cassation française<sup>805</sup>, réunie en chambre civile, a tout simplement écarté dans son attendu toute mention relative à la notion de nationalité de la société.

Dans cette affaire, il s'agissait pour la Chambre civile d'apprécier la validité d'un cautionnement donné par un dirigeant d'une société de droit étranger. Dans l'arrêt en question, la Cour de cassation française énonce, qu'a justifié sa décision la cour d'appel qui retient que « le siège de la société General accident était situé en Écosse », et que « l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relevait de la loi dont dépendait la société, la loi française étant sans application en la matière ».

Cette solution a l'avantage d'être assez claire. On ne retrouve pas de correspondance ou de référence à une quelconque nationalité, ou loi nationale. La solution est claire, pour une société constituée à l'étranger, la loi française ne trouve pas application, seule la loi étrangère est compétente dans un premier temps.

En cas de dispersion des organes, on est heurté à l'absence de personnalité morale du groupe, la jurisprudence recherche quel est le centre prédominant en recourant à la technique du faisceau d'indices. C'est ainsi qu'elle prend en compte le lieu de réunion des assemblées générales<sup>806</sup>, mais aussi celui où existent les services administratifs, où sont conclus les principaux contrats et où sont tenus les comptes de la société. La réunion de plusieurs indices en un même lieu caractérise le siège réel de la société.<sup>807</sup>

---

<sup>804</sup> Goldman(B), La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne, Travaux du comité français de DIP 1966-1969, P. 240 et s

<sup>805</sup> Cass.civ, 8 décembre 1998, n°1872 P, Sté General accident/ BNP et autres, Bull. Joly, Avril 1999, p.459-464, §95, note Michel Menjuq

<sup>806</sup> CA Paris, 19 mars 1992, Bull. Joly 1992. 759, note Y. Reboul

<sup>807</sup> M. Menjuq, Droit international des sociétés, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, 2009

Cette question en recoupe une autre : celle de savoir s'il faut tenir compte du siège de la société mère ou de la nationalité des personnes physiques qui la contrôlent pour déterminer la nationalité de la filiale, question encore obscurcie lorsque la nationalité des associés n'est pas la même que celle des membres des organes collégiaux ou des représentants légaux.

Si elle est appréciée pour sa certitude et sa prévisibilité, la détermination de la nationalité basée sur le lieu d'incorporation d'une société est néanmoins critiquée car, dans certains cas, elle peut s'avérer inappropriée. La professeure Mabry estime par exemple qu'à l'heure de la mondialisation économique, le fait qu'une société soit constituée en vertu d'une législation d'un État quelconque ne signifie pas nécessairement que cette société s'identifie à cet État ou qu'elle y mène des activités économiques importantes<sup>808</sup>.

De son côté, le professeur De Schutter remarque que l'adoption du seul critère du lieu de l'incorporation comporte le risque que les États négligent de réglementer les sociétés qui ont pourtant des liens significatifs avec leur territoire<sup>809</sup>. À l'inverse, une société peut se prévaloir de la nationalité d'un État sans que cet État ne tire un quelconque bénéfice des activités de cette société<sup>810</sup>.

## **2. Le critère du centre de décision**

L'expansion internationale des groupes d'entreprises requiert une communication et un transfert d'information permanent avec le siège social, ainsi « qu'une planification financière

---

<sup>808</sup> Mabry,(L.A) «Multinational Corporations and U.S. Technology Policy : Rethinking the Concept of Corporate Nationality», (1999) 87 Geo. L. J. 563, p.587

<sup>809</sup> Olivier De Schutter, «Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the human rights accountability of transnational corporations», Catholic University of Louvain and College of Europe, Report prepared as the background paper to the seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights in Brussels on 3-4 November 2006, Décembre 2006, en ligne : <http://www.reports-and-materials.org/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction- Dec-2006.pdf>

<sup>810</sup> United Nations Conférence on Trade and Development (UNCTAD), Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Geneva, 1999 à la p. 38

permettant la formulation d'une stratégie globale »<sup>811</sup>. Cela se traduit par la mise en place d'un contrôle permettant d'exercer une influence dominante sur le destin de la société dominée<sup>812</sup>. Ainsi et malgré un certain degré d'autonomie et une certaine marge de manœuvre concédés aux filiales, le pouvoir des composantes du groupe demeure délimité et subordonné<sup>813</sup>. En fait, le groupe de sociétés surgit à partir du moment où se dégage une certaine unité de direction et où l'influence dominante est exercée par des personnes autres que celles qui dirigent la société considérée comme dépendante<sup>814</sup>.

Le cadre décisionnel des dirigeants de filiales d'un groupe se trouve effectivement affaibli, puisque les fonctions d'administration en matière stratégique, financière et commerciale sont très souvent du ressort de la société mère<sup>815</sup>. Les fonctions de la filiale, sont alors de simples tâches d'exécution, la centralisation décisionnelle<sup>816</sup> au sein d'un groupe transnational de sociétés est alors mise en évidence.

Il y a en effet, souvent, la présence d'une entreprise dominante, qui se traduit par l'adoption d'une structure organisationnelle, qui lui permet de décider pour d'autres entreprises faisant partie du groupe<sup>817</sup>.

La notion de centre des intérêts principaux<sup>818</sup> est donc définie selon un faisceau d'indices. Ce dernier privilégie « la localisation de la direction générale, effective et opérationnelle du

---

<sup>811</sup> Investissement international et entreprises multinationales,

<sup>812</sup> M. Cozian, *op-cit*, p. 569.

<sup>813</sup> H. Peter, *L'action révocatoire dans les groupes de sociétés*, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing und Lichtenhahn, 1990, p. 48

<sup>814</sup> Le Cannu(P)&Dondero(B), *Droit des sociétés* 3ème éd. 2009

<sup>815</sup> T. com., Paris, 2 août 2006, p. 37

<sup>816</sup> L'interprétation extensive de la notion de centre des intérêts principaux corrobore l'idée d'unité économique

<sup>817</sup> Bruno(R), «Access of Private Parties to International Dispute Settlement: A Comparative Analysis», Harvard Jean Monnet Working Paper, n°13/97, note 97, en ligne, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/97/97-13.html>

groupe de sociétés, par exemple, le domicile du président directeur général de l'ensemble des entités du groupe, la centralisation de la direction générale, dans la mesure où l'essentiel des décisions intéressant le groupe y est pris<sup>819</sup>.

Ainsi, la centralisation directionnelle, en matière de ressources humaines, marketing et de direction financière conduit à l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité au siège d'une des sociétés, à l'encontre de l'ensemble des filiales dudit groupe<sup>820</sup>.

Une affaire jugée par la haute cour précise les critères de centralisation décisionnelle qui permettent d'ouvrir une procédure d'insolvabilité au siège de la société mère<sup>821</sup>.

La prise en considération du contrôle exercé sur les sociétés du groupe pour en déduire leur nationalité, permet, toutefois, à l'occasion, de tenir pour étrangère une société, dont le siège se situe pourtant en France, afin par exemple, de la priver de la jouissance des droits réservés aux Français, en particulier, celui d'investir librement dans certains secteurs de l'économie française<sup>822</sup>.

Le cas des filiales communes ou joint-ventures partagés entre différents groupes doit être signalé, parce que celles-ci sont et peuvent être à la base de situations inextricables. Concrètement, si les groupes multinationaux sont eux-mêmes rattachés à des systèmes juridiques différents selon le critère de centre de décision, à quel groupe et sur quelle base peut-on rattacher les filiales communes ?

---

**818 Article 3§1 du Règlement 1346/2000 (CE) relatif aux procédures d'insolvabilité du Conseil du 29 mai 2000**

<sup>819</sup> T. com. Roubaix-Tourcoing, 21 avr. 2008, n° 2008-131, Sté Illochroma-Belgique, Bull. Joly. décembre 2008 n° 12, p. 993. note F. Melin.

<sup>820</sup> Une société soumise à une procédure d'insolvabilité principale ouverte à l'étranger : Trib. Com. Nanterre 19 mai 2005, D. 2005, n° 26, p. 1787

<sup>821</sup> Robine(D) & Jault-Seseke(F), Affaire Emtec, Bull. Joly. mai 2006, p. 575

<sup>822</sup> Menjuq(M), Droit international et européen des sociétés, op-cit n° 20 et s

En définitive, « le critère du centre de décision résulte du constat de la distorsion entre l'autonomie juridique de la filiale et sa dépendance économique »<sup>823</sup>. Si le centre décisionnel ou la direction unique du groupe de société reflète le pouvoir de domination de la société mère sur ses filiales, certains auteurs évoquent alors une garantie de fait<sup>824</sup> accordée par la société mère, et permettant à la filiale du groupe d'être financièrement avantagée par rapport à une situation où la société se trouve isolée.

L'idée de rattacher le groupe de société au centre d'exploitation a aussi été proposée, mais elle a un certain nombre de limites, notamment, le fait, par exemple, que les techniciens ne sont pas des opérateurs indépendants, ils ne décident pas de la politique de la société, et notamment sur la quantité de production à réaliser<sup>825</sup>.

### **3. Le critère du centre de contrôle**

Le contrôle est en conséquence multiforme et assemble des mécanismes contractuels et financiers dont l'objet est d'élargir le périmètre d'intégration, faisant alors prévaloir une unité de décision au sein du groupe de sociétés. Elle peut alors découler d'une participation en capital, d'un contrat ou de liens personnels. Mais quelque soit le mode de domination, le contrôle est nécessairement combiné à la direction unique<sup>826</sup>.

Le critère du centre de contrôle se réfère à la nationalité des individus qui composent principalement la société. En effet, il consiste à adopter la loi de la nationalité des associés

---

<sup>823</sup> Menjuq(M), *Droit international et européen des sociétés*, op-cit p. 23

<sup>824</sup> Le raisonnement se fonde alors soit sur l'apparence : L. Leveneur, *Situation de fait et droit privé*, LGDJ, Paris, 1990, p. 175 soit sur des techniques d'imputation d'obligations envers une société mère (voir infra p. 69 : arrêt Swissair qui évoque une responsabilité sur la confiance)

<sup>825</sup> Centros C.J.C.E., 9 mars 1999, Centros Ltd c.Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, aff.C-212/97, Rec. C.J.C.E. 1999, p.1-1459

<sup>826</sup> Bouillot(C), *Le centre des intérêts principaux à l'épreuve du groupe transnational de sociétés*, op-cit

majoritaires qui exercent le contrôle de la personne morale. Aussi du fait que les filiales sont de simples instrumentistes qui exécutent leur partie, à savoir les décisions reçues de leur société mère, la loi applicable à cette dernière leur serait spontanément étendue<sup>827</sup>.

La solution du contrôle est une notion d'application non systématique du fait de ses nombreux désavantages. La notion de société exerçant un contrôle sur une autre n'est pas aisée à appréhender, car les textes juridiques qui la régissent, bien que multiples, ne lui donnent aucune définition particulière. De façon générale, l'existence d'un pouvoir de contrôle n'est pas toujours aisée à établir en pratique, étant précisé que chaque système juridique et branche du droit, a, en son sein sa conception propre<sup>828</sup>.

La détention entendue, en l'occurrence, ne porte en effet que sur la majorité des droits de vote, qui n'est pas forcément en lien avec celle du capital social<sup>829</sup>, sachant que l'on peut être majoritaire dans une assemblée, sans être majoritaire en capital. En outre, les actions changent souvent de mains et il serait dangereux d'admettre que la nationalité de la personne morale puisse changer au gré des transactions commerciales. Comme l'expriment Goffaux-Callebaut et Gastaud « tous les auteurs s'accordent aujourd'hui à dire que l'on assiste, depuis quelques années, à la désacralisation du droit de vote, qui n'a plus le lustre qui était le sien à la fin du siècle dernier »<sup>830</sup>.

La réunion des critères susceptibles d'engendrer un lien de dépendance est nécessaire. Néanmoins, la preuve du contrôle de la société mère sur une ou plusieurs filiales se vérifie par l'établissement de faits, qui varient sensiblement d'un groupe à l'autre. Certains critères

---

<sup>827</sup> Laborde(J.P), « droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », Mélanges Derruppé, les activités et les biens de l'entreprise, Litec 1991, p.53

<sup>828</sup> Le contrôle peut être en fait ou en droit, majoritaire ou minoritaire, institutionnel ou contractuel, etc

<sup>829</sup> Le Cannu(P), Nouvel élément dans la définition du contrôle par l'article L. 233-3 du Code de commerce, RTD Com. 2005 p. 775

<sup>830</sup> Goffaux-Callebaut(G) & Gastaud(J.P), du contrat en droit des sociétés, essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés, L'Harmattan, 2008, n° 174, p.127

mesurent l'importance de l'influence d'une société sur l'autre. Pour une partie de la doctrine, la caractérisation du contrôle constitue la trame du statut juridique des filiales<sup>831</sup>. L'organisation fractionnée du groupe requiert donc l'identité d'associés et de dirigeants<sup>832</sup> car en règle générale les groupes de sociétés sont dirigés par des directeurs et les membres du conseil d'administration<sup>833</sup>.

Par le biais de ce contrôle, les sociétés membres d'un groupe dépendent les unes des autres, eu égard au contrôle directorial détenu par la société mère et ses dirigeants, leur permettant ainsi, de maîtriser l'ensemble des filiales du groupe.

Ce contrôle centralisé va permettre d'éliminer de pures sociétés de portefeuilles qui n'ont pas pour fonction de contrôler, de diriger ou d'organiser les activités d'autres entreprises, et de ne retenir que des sociétés dont les diverses entités sont intégrées techniquement et sont financièrement interdépendantes.

## **II. Les problèmes soulevés par la réalité des groupes multinationaux**

Le problème de la qualification en droit international privé est celui du choix des critères juridiques qui permettent d'intégrer une situation concrète, donnée, dans une catégorie de rattachement, alors que le droit applicable à cette situation n'est pas encore connu et peut dépendre de cette opération, et comme en commerce international, les acteurs privés sont pour la plupart des sociétés commerciales, dès qu'une société exerce une activité internationale, il devient alors nécessaire de connaître, quelle loi lui appliquer, en particulier,

---

<sup>831</sup> Bouillot(C), *Le centre des intérêts principaux à l'épreuve du groupe transnational de sociétés*, op-cit

<sup>832</sup> Champaud(C), *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006, Paris, p. 43

<sup>833</sup> Scarano(J.P), *Dictionnaire de droit des affaires*, Ellipses, Paris, 2007, p. 181

lorsque cette société dispose d'établissements éparpillés. Cette loi applicable sera avec les statuts de la société qui sont applicables à la base de la gouvernance de celle-ci.

### **1. la difficulté d'adoption d'un critère d'attachement unique**

Le rattachement unique est adopté par le législateur lorsqu'il estime qu'une seule loi est la plus indiquée pour certaines catégories de faits. Le rattachement unique toutefois peut se heurte en pratique à des difficultés, qui demandent des ajustements, ces difficultés sont les suivantes :

- un rattachement non univoque :

Il est admis en droit international, qu'il appartient à chaque État de décider à qui attribuer la nationalité, pour peu qu'il existe un lien factuel suffisant entre cet État et la personne bénéficiaire de la nationalité<sup>834</sup>. Dans la pratique, les États accordent leur nationalité aux sociétés multinationales sur la base de critères variés<sup>835</sup>. Une société multinationale, par exemple, peut être cotée en bourse en France, avoir son siège social aux États-Unis et employer des ouvriers chinois, quels sont les critères de rattachement susceptibles de lui être appliqués ?

Les rapports de domination incitent à appréhender juridiquement le groupe de sociétés comme un tout autonome par rapport à chaque société qui le compose. Une telle analyse s'avère cependant complexe lorsque les sociétés composant le groupe ne sont pas implantées sur le

---

<sup>834</sup> Lowe(V), «Jurisdiction» , Malcolm D. Evans, dir., *International Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, 335 aux pp. 345-346

<sup>835</sup> Zerk (J), *Multinationals and Corporate Social Responsibility- Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge Univ. Press, 2006, p. 151

même territoire national<sup>836</sup>, et surtout, vu l'absence de la personne morale du groupe. Cette approche entrevoit la possibilité de soumettre l'entreprise internationale à une règle de conflit unique<sup>837</sup>, pouvant parfaitement être celle de la nationalité de la société mère.

Avoir recours à la géométrie de l'entreprise multinationale n'est pas statique mais évolutive, les centres de décisions au sein d'un même groupe sont de plus en plus déconcentrés, et ne correspondent pas nécessairement à un lieu unique<sup>838</sup>. Ce critère est, d'ailleurs, l'objet de nombreuses critiques, du fait de la grande instabilité qu'il engendre car il suffirait alors que la majorité du capital passe aux mains d'actionnaires d'une autre nationalité pour que la loi applicable soit elle-même modifiée, ce qui créerait une instabilité juridique dommageable pour la société.

Aussi, les critères généralement adoptés pour le choix de la législation appliquée, sont difficilement applicables à un groupe multinational, c'est pourquoi, le critère d'incorporation semble le plus à même de s'ajuster à la réalité versatile et polymorphe des groupes de sociétés.

## **2. L'intérêt du rattachement par l'incorporation**

L'incorporation est un critère d'origine anglo-saxonne, consistant à rattacher la société à la loi du territoire de l'État sur lequel les formalités de constitution ont été accomplies<sup>839</sup>, en ayant très peu d'égard, quant l'origine des capitaux, le lieu du siège social, etc. Incorporée en

---

<sup>836</sup> Couret(A), **les groupes multinationaux-filiales et succursales**, in Béguin/Menjuq, **Droit du commerce international**, p.233et s

<sup>837</sup> Bode(M), **la notion de groupe de sociétés en droit international privé**, op-cit, p.178

<sup>838</sup> Bode(M), **la notion de groupe de sociétés en droit international privé**,op-cit,p.178

<sup>839</sup> Mabry(L.A), «**Multinational corporations and U.S. technology Policy: Rethinking the concept of corporate nationality**», (1999), 87, **Geo. L.J.**, p. 583

France, par exemple, une société sera soumise aux lois françaises, et ce, quel que soit le pays où elle exerce effectivement ses activités.

Les arguments en faveur de ce critère se basent sur le fait qu'à la base de la naissance de toute société, il y a toujours une procédure orientée par un cadre législatif se manifestant par l'accomplissement de certaines formalités d'enregistrement, ces dernières ayant pour vocation d'officialiser un acte juridique originel, par conséquent, la personne morale dans ce système n'existe que par la loi qui lui donne naissance<sup>840</sup>.

L'avantage d'un tel mécanisme réside dans la clarté et la stabilité, il permet aux associés de choisir la loi applicable à la société en choisissant le lieu d'incorporation. En effet, ce critère repose sur la considération selon laquelle, toutes les sociétés se créent formellement dans le cadre d'un système juridique, celui qui a été choisi par les fondateurs de la société, c'est ainsi que les statuts vont donc désigner le pays choisi, comme le lieu du siège statutaire de la société.

En outre, alors que la détermination du siège réel peut s'avérer délicate, la détermination du lieu d'incorporation d'une société ne laisse place à aucun doute, il est aisément identifiable. De plus, ce critère a l'avantage d'être souple, dans la mesure où il préserve la liberté d'action de la société. En effet, le système de l'incorporation facilite le transfert de l'établissement principal de la personne morale, qui demeure sans influence sur la loi applicable, qui reste la même, même si la société déplace ses activités ou son centre de gravité, ou si elle vient à entretenir aussi des liens plus étroits avec un autre État.

Cependant, ces avantages sont affaiblis par le caractère très formel du critère, qui peut s'avérer très loin de la réalité et conduire à des risques de décalage entre le rattachement

---

<sup>840</sup> **Audit(B), Droit international privé, 3ème Ed., Paris, Economica, 2000, p.910-911, n°1081**

formel et la réalité de l'entreprise. De plus, la faiblesse de son niveau d'exigences, fait qu'une société incorporée dans un pays, n'est pas obligée d'y exercer une activité et une direction effective.

Mais ce procédé ne reçoit généralement pas de récriminations de la part des États d'incorporation, bien au contraire, ils auront tout intérêt à voir des entreprises s'installer, encore plus, ils peuvent même leur offrir tous les arrangements pouvant faciliter leur installation dans le pays. C'est le cas lorsqu'une société s'incorpore dans un paradis fiscal afin qu'elle puisse profiter des avantages de cet État.

Cette situation ne cesse de soulever des interrogations, certains auteurs<sup>841</sup> se posent la question de savoir « jusqu'à quel point, il peut paraître normal qu'une société ayant opté pour le critère de rattachement par incorporation échappe à l'application de la loi de l'État dans lequel elle exercerait le plus clair de ses activités ».

## **§.2 Les instruments de rattachement de l'entreprise multinationale dans ses relations avec les tiers**

Les entreprises multinationales présentent ainsi un problème fondamental qui réside dans la détermination de la loi qui va leur être appliquée en cas de contentieux, ou pour être plus précis, celui de la qualification de la relation qui doit exister entre l'entité et l'État qui va prétendre exercer la protection diplomatique à son égard. La question est de savoir comment qualifier cette relation afin d'assurer le respect du « caractère national de la réclamation ».

Les théories sur la qualification sont nombreuses, depuis la qualification selon le droit du for à la qualification *lege causae* en passant par la voie médiane ou la structure

---

<sup>841</sup> Jacquet(J.M) et alii, *Droit du commerce international, précis, Dalloz 2007*

primaire/secondaire<sup>842</sup>. Ainsi, une personne morale désirant exercer son activité sur un territoire doit avoir la reconnaissance de celui-ci, qui a la liberté de le reconnaître ou pas et partant de déterminer quelle loi lui sera appliquée<sup>843</sup>.

Elle a estimé qu'il était nécessaire de requérir un lien effectif ou genuine link, pour établir le rattachement de l'entité à un État<sup>844</sup>. La qualification *lege fori*, élargie en « qualification par la fonction » des auteurs modernes domine en fait, sans que les controverses aient cessé<sup>845</sup>, l'étude d'une notion telle que la *lex fori* appelle nécessairement un positionnement dans l'opposition entre l'universalisme et le particularisme<sup>846</sup>.

Le groupe multinational caractérisé par l'implantation des sociétés qui le composent sur le territoire de différents États, compte tenu de sa dimension internationale, il s'avère nécessaire de s'interroger sur la détermination des législations nationales appelées à régir son organisation et son fonctionnement. Toute l'opération consiste à établir un lien entre une situation concrète comportant des contacts avec plusieurs ordres juridiques et le droit qui devra la régir. La démarche pour créer ce lien peut partir soit du droit, soit de la situation<sup>847</sup>.

Or, l'on sait que l'idée d'une séparation nette entre la justice du droit international privé et la justice matérielle n'a plus guère cours<sup>848</sup>. En effet, l'évolution de la matière a vu s'effriter la neutralité du droit des conflits de lois, au fur et à mesure que se développaient des méthodes

---

<sup>842</sup> W. Wengler, « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », (1954)43 R.C.D.I.P. 661

<sup>843</sup> Droit international et européen des sociétés, droit des sociétés, éd.Larcier, 2009, p.8

<sup>844</sup> De Velasco(M.D), « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », R.C.A.D.I., Tome 141, 1974-1, note 92, p.127 (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye)

<sup>845</sup> Batiffol (H) & Lagarde(P), Droit international privé, t. 1, 7e éd., Paris, L.G.D.J., 1981, n°291 s.

<sup>846</sup> Kerckhoveove(E), Particularisme et universalisme dans les conflits de lois, th. Lille II, 1988

<sup>847</sup> Lalive(P), « Les tendances et méthodes en droit international privé », R.C.A.D.I. 1977,11

<sup>848</sup> Archer (D), impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats, thèse, université de Cergy-Pontoise , 2006

visant à prendre en compte, à un stade quelconque du processus de désignation de la loi applicable, le contenu matériel de cette dernière<sup>849</sup>.

Cette remise en cause de la règle de conflit atteint son paroxysme avec les lois de police dont la teneur matérielle en commandera l'application à une situation comportant un ou des éléments d'extranéité<sup>850</sup>. Ainsi, les tribunaux ont utilisé une variété d'approches pour sélectionner le droit à appliquer à un conflit interétatique, dont les suivantes :

### **I. Le rattachement par la lex societatis**

Il convient de commencer par dire que la loi applicable aux sociétés, n'est pas la nationalité qui leur est attribuée, même si dans l'immense majorité des cas, cette question de la loi applicable à la société se résume à la question de la nationalité et qu'il existe entre ces deux notions, une forte similitude expliquant que ces deux concepts sont souvent confondus, ils doivent néanmoins être distingués<sup>851</sup>.

la jurisprudence a adopté le judicieux usage de qualifier les sociétés quand le besoin s'en ressentait comme étant des sociétés de droit étranger et non comme des sociétés étrangères, ce qui dénote une fois de plus l'inadéquation de la notion de nationalité des sociétés.<sup>852</sup>»

Le champ de la lex societatis recouvre en fait, l'ensemble des normes de droit matériel régissant les liens d'affiliation, ainsi que la constitution et le fonctionnement des groupes de

---

<sup>849</sup> Loussouarn(Y), « la règle de conflit est-elle une règle neutre ? » TCFDIP 1980-1981III, Pédone, Paris, p.43

<sup>850</sup> Archer(D), op-cit

<sup>851</sup> Lévy(L), la nationalité des sociétés, LGDJ, 1984 ; F.Guillaume, « Lex societatis. Principe de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privés suisse », Etudes suisses de droit international, vol.116, Shultess, 2001

<sup>852</sup> Cour de Cassation, Com., 9 avril 1991, Sté professionnelle des papiers de presse (SPPP) c/ Sté Interpart, Rev. Sociétés, p.746-760, note Rémy Libchaber, « La loi applicable aux sociétés et aux pouvoirs des dirigeants sociaux », en l'occurrence, la haute cour, il est fait mention d'une « société de droit espagnol » et non pas de société espagnole

sociétés<sup>853</sup>. La *lex societatis* a pour vocation essentielle de régir l'organisation interne à la société, il faut en effet distinguer, entre, la loi qui sera appliquée à la société, et celle qui sera appliquée dans le cadre de ses relations avec des tiers.

Concernant la détermination de la *lex societatis*, il n'existe pas de règle de conflit universelle unique, ce qui explique que le juge français, ainsi que le juge belge et allemand par exemple, aient traditionnellement opté pour le critère du siège social réel. Ce critère « doit représenter le centre réel de direction de l'entreprise et ne doit pas avoir été choisi par les fondateurs de façon purement fictive »<sup>854</sup>.

La loi du lieu du siège social est donc la règle de conflit consacrée en droit français par l'article 210-3 du Code de commerce qui dispose que : «Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ».

De plus, l'article 1837 du Code civil dispose que « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ». La jurisprudence exige un siège social réel et sérieux, c'est à dire un lieu d'installation effective des organes principaux, que sont les lieux d'administrations, lieux où se réunissent les organes sociaux etc. Cette condition marque donc la volonté de choix par le législateur du critère du siège social réel, plutôt que statutaire, bien qu'ils coïncident le plus souvent.

---

<sup>853</sup> Jafferali(R), « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis*, R.D.C., 2004, p. 78

<sup>854</sup> Guillaume(F), « *Lex societatis*. Principe de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privés suisse » *op.cit.*, p135,

Le choix entre le siège réel et le siège statutaire a toujours fait l'objet d'attribution, mais la doctrine majoritaire actuelle<sup>855</sup>, opte pour le siège social statutaire, elle énonce que le critère du siège social réel ne peut être indiscutablement établi, comme étant le critère de détermination de la loi applicable<sup>856</sup>, il serait nécessaire que les sociétés constituées à l'étranger, mais dont le siège social serait dans un autre État, soient soumises à la lex fori dans les cas où les fondateurs n'auraient commis aucune fraude.

La détermination de la Lex Societatis est particulièrement importante. Quasiment toutes les sociétés voient leur existence et leurs règles de fonctionnement dépendre de la loi d'un État. En effet, l'existence des statuts de la société ne saurait dispenser la société de son rattachement à la loi d'un État, et il serait inconcevable qu'une société puisse être considérée en deux pays différents comme soumise à deux lois différentes. En effet, la lex societatis, en plus d'être la loi applicable à un acte ou à un fait juridique déterminé dans le cadre de la société, elle doit fournir une certitude aux tiers et aux associés sur l'existence et les règles de fonctionnement de la société. Cette règle ne connaît, de ce fait, que de très rares exceptions telles que la Société européenne ou la société internationale.

Aussi, de manière générale, deux critères sont théoriquement possibles pour déterminer la lex societatis, à savoir le siège social et le lieu d'incorporation de la société. Mais en dehors de ces deux critères, deux critères supplémentaires existent pour la détermination, non de la lex societatis, mais de la nationalité de la société : le lieu de son principal établissement et le critère du contrôle ; mais, logiquement, ces deux derniers critères, ne sont en général, même

---

<sup>855</sup> Synvet(H), *l'organisation juridique du groupe international de sociétés*, t.1, n°94

<sup>856</sup> Menjucq(M), *Op. Cit.*, p.88, n°72

pas indiqués pour la détermination de la loi applicable : leur difficulté d'application pratique et leur grande marge d'incertitude et de variabilité n'y sont pas étrangères<sup>857</sup>.

Une application stricte des textes impliquant une détermination exclusive de la *lex societatis* par le critère du siège social doit être retenue. Le critère du contrôle, ainsi que les autres critères communément avancés, doivent être écartés, pour retenir l'utilisation du siège social statutaire et non du siège social réel. Le siège statutaire est considéré comme le lieu désigné dans les statuts, il s'apparente au domicile<sup>858</sup> de la société. Le siège social réel se distinguerait du siège social statutaire, il aurait pour objectif de contrebalancer les abus possibles dans le cadre du siège statutaire, il permettrait de s'assurer que le siège statutaire n'est ni fictif ni frauduleux<sup>859</sup>.

Les solutions reçues dans les droits étrangers sont diverses : alors que le critère de l'incorporation est souvent retenu (cas des États-Unis, de l'Angleterre, des Pays-Bas ou encore de la Suisse<sup>860</sup> (notamment), celui du siège social connaît également des applications (droit italien notamment). Le siège social constitue en droit français le facteur de rattachement de la loi applicable à la société<sup>861</sup>, sans qu'il soit nécessaire ni même simplement opportun de recourir à la notion de nationalité dans le domaine du conflit de lois<sup>862</sup>.

En ce sens, la première chambre civile de la cour de cassation, dans un arrêt en date du 8 décembre 1998<sup>863</sup>, se réfère uniquement au siège social, pour désigner la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux. Les articles L. 210-3 du code de commerce et 1837 du code civil, qui étend la règle à toutes les sociétés, ne font aussi référence qu'au siège social.

---

<sup>857</sup> voir cependant pour l'utilisation du critère du lieu de principal établissement pour la détermination de la *lex societatis* en droit belge : Cour d'appel de Bruxelles, 11 févr. 1988, JDI 1989.423, note RP 69, Art.

<sup>858</sup> Guillien(R) & Vincent(J), *Lexique des termes juridiques*, Edition Dalloz, 10ème édition, p.507

<sup>859</sup> Loussouarn(Y) & Trochu(M), « Nationalité des sociétés », JCP droit international commercial, 1995, Fasc. 564-10, note 60, p.20, n° 167 et s  
154 et s. LDIP

<sup>861</sup> Voir l'article 1837 C. civ. pour toutes les sociétés et L. 210-3 C. com. pour les sociétés commerciales

<sup>862</sup> Menjuq(M), op-cit, n° 35 et s

<sup>863</sup> Civ. 1re, 8 déc. 1998, RCDIP 1999. 284, note M. Menjuq

La jurisprudence n'a jamais refusé d'appliquer le droit français à une société immatriculée en France bien que son centre de décision soit situé dans un autre État<sup>864</sup>. Le siège réel n'interviendrait que dans l'autre hypothèse, où la société est immatriculée dans un pays étranger alors que son centre de décision est en France. Le siège statutaire est le critère de principe en matière de *lex societatis* sauf en cas de fraude.

## **II. Le rattachement par « les lois d'application immédiate »**

Du fait qu'une société opérant dans un pays ne peut déroger aux principes d'ordre public en application dans l'État en question, une partie de la doctrine a préconisé le recours aux « lois d'application immédiate ». Ces règles se caractérisent par une terminologie floue, puisqu'on trouve aussi les règles d'application nécessaire, d'application territoriale, de lois d'ordre public ou de lois de police<sup>865</sup>. Elles s'appliquent directement à une situation internationale en raison de leur contenu, elles sont, soit créées par les États unilatéralement pour protéger les valeurs fondamentales de leur société,<sup>866</sup> sans la médiation d'une règle de conflit<sup>867</sup>, c'est pourquoi, certains auteurs utilisent parfois l'expression de « règles d'application immédiate » pour les désigner<sup>868</sup>. Concrètement, le mécanisme d'application immédiate fait faire

---

<sup>864</sup> Béguin(J), « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Mélanges en l'honneur de P. Catala, Paris, Litec, 2001, p.865

<sup>865</sup> Masmejan(D), *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, p.205, librairie Droz, Genève, 1994

<sup>866</sup> Kessedjian(C), *public order in European law*, *Erasmus Law Review*, volume 01,2007, "...These mandatory rules have different sources They are either created by the states unilaterally to protect the fundamental values of their society, or they are created at the regional level, or even at an international/multilateral level..."

<sup>867</sup> Kessedjian(C), *public order in European law*, op-cit,"... when a loi de police is deemed applicable, there is no need and in fact no power to look for a foreign law that may be applicable to the situation at stake..."

<sup>868</sup> Francescakis(Ph), *Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, RCDIP 1966 p.1

« l'économie d'un raisonnement »<sup>869</sup>. Mais si le recours à ce dispositif peut paraître pratique et aisé, il n'est pas exempt d'un certain nombre d'insuffisances.

Les lois d'application immédiate est une expression utilisée pour la première fois par Francescakis<sup>870</sup>, il s'agit de règles de droit international privé, qui définissent le champ d'application international de certaines règles matérielles internes, sans recourir à la méthode conflictuelle, d'où le terme d'application immédiate, qui s'oppose à l'application indirecte d'une règle matérielle par le truchement d'une règle de conflit.

Ces règles étendent à certaines situations internationales des règles matérielles prévues pour les relations internes, parce que leur application y paraît absolument indispensable, au regard du but qu'elles poursuivent. Les lois d'application immédiate apparaissent en quelque sorte comme une projection en droit international de la notion d'impérativité en droit interne<sup>871</sup>.

En présence d'une loi d'application immédiate du for, le juge est tenu de l'appliquer, quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit. La méthode des règles d'application immédiate préempte celle de la règle de conflit<sup>872</sup>, les tribunaux justifient parfois ce résultat en parlant de « loi d'ordre public »<sup>873</sup>.

Selon la méthodologie du conflit de lois systématisée depuis Savigny<sup>874</sup>, la présence d'un élément d'extranéité dans une situation de droit privé doit déclencher en toute hypothèse le recours à une règle de conflit, pourtant, la loi de police est d'application spontanée, elle n'a

---

<sup>869</sup> Francescakis(Ph) cité par Bernard. *Audit, Droit international privé*. 6e édition. Paris : Economica, 2010. p. 108-110

<sup>870</sup> La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé, Paris 1958, p.1 et ss

<sup>871</sup> Archer(D), *impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits des lois)*, université Cergy-Pontoise, 2006

<sup>872</sup> Niboyet(M.L), & de la Pradelle(G.G), *Droit international privé*. 3e édition. Paris, LGDJ. p. 213

<sup>873</sup> Poillot-Peruzzetto(S), *Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire*. TCFDIP, 2002-2004. 65. Il est aujourd'hui expressément réservé par le règlement Rome'

<sup>874</sup> *Traité de droit romain*, T.V.III,1849, (trad Guénoux 1856), nouvelle édition de l'ouvrage : *Traité de droit romain*, Paris, Panthéon-Assas, L.G.D.J, 2ème éd,2002

pas besoin de passer par l'intermédiaire de la règle de conflit pour désigner la loi compétente. La règle de conflit rattache une matière à une loi substantielle, la loi d'application immédiate est en elle-même une règle de fond servant à résoudre directement le litige.

L'approche du problème est différente d'une matière à une autre, la méthode conflictualiste part d'une situation concrète qu'elle tente de rattacher à une loi en mesurant l'intensité de ses liens avec les différentes nations en concours. S'agissant des lois de police, le raisonnement est inversé. Le point de départ est le champ d'application de la loi dans l'espace, il faut rechercher l'existence d'une loi locale qui revendique impérativement son application, et c'est la loi d'application immédiate, qui fixe, elle-même, son domaine d'intervention.

La loi de police n'écarte pas l'application de la loi étrangère normalement compétente en vertu de la règle de conflit en raison de son caractère choquant comme en matière d'ordre public international. Le contenu du droit étranger est même totalement indifférent puisque la loi d'application immédiate fait sentir ses effets avant même que la règle de conflit ait désigné la loi choisie.

La loi d'application immédiate étrangère qui revendique son application, peut être issue de l'État dont la loi est désignée comme compétente par le jeu classique de la règle de conflit du for la loi, dans ce cas la mise en œuvre de cette loi ne suscite aucune objection, car la loi de police s'applique en vertu de la règle de conflit, la situation est tout autre s'il y a une concurrence entre la règle de conflit et la loi d'application immédiate d'un État tiers.

En général, les lois d'application immédiate se rencontrent dans les secteurs où le législateur souhaite protéger la partie faible, et c'est le cas en France<sup>875</sup>, mais ce rattachement peut être paraître choquant de prime abord. En effet, le caractère foncièrement civiliste du droit des

---

<sup>875</sup> Meyzeaud-Garaud(M.C), *droit international privé*, éd.Boréal, 2008

sociétés, celui-ci ne saurait admettre l'application de lois de police dès lors que celles-ci se veulent protectrices plutôt « de l'organisation politique, sociale ou économique du pays<sup>876</sup> ».

### **III. Le rattachement par la théorie d'origine américaine « better law »**

La démarche conflictuelle classique s'amorce par l'analyse, se présentant comme un ensemble harmonieux constitué de règles très générales et très abstraites, auquel on a, en principe, recours chaque fois qu'un tribunal a à connaître d'un litige comportant un élément d'extranéité susceptible d'être rattaché à deux ou plusieurs États<sup>877</sup>. Ainsi, le tribunal se réfère à son propre système de droit international privé pour déterminer la loi applicable par référence à celui-ci, le conflit des lois a principalement pour mission d'atteindre « la meilleure solution spatialement »<sup>878</sup> plutôt que « la meilleure solution matériellement »<sup>879</sup>.

Mais des opposants à cette approche conflictuelle se sont manifestés, lui reprochant sa rigidité outrée, la généralisation excessive du contenu des règles de droit international privé et le manque d'orientation vers la solution juste<sup>880</sup>, font que les juges « ont les mains liées » par un syllogisme rigoureux et mécanique, basé principalement sur les deux théories celle du rattachement et celle de la qualification. Ainsi, les tribunaux se voient dans l'obligation d'adopter des « dispositifs d'évacuation » qui peuvent aller à l'encontre ou être au détriment de l'intérêt des résultats équitables, voire produire des résultats absurdes<sup>881</sup>, étant donné que les États, dans certaines situations sont fondamentalement intéressés par l'application de leurs propres lois.

---

<sup>876</sup> Encyclopédie juridique Dalloz, répertoire de droit international, 1ère éd. v° conflits de lois, n°137

<sup>877</sup> Castel(J.G), Internationalisation du droit, internationalisation de la justice, cours judiciaires suprêmes francophones, 3ème congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010

<sup>878</sup> Kegel (G), "paternal home and dream home: traditional conflict of laws and the American reformers", 27 Am.J.Comp. L.615,1979, 616-617

<sup>879</sup> Kegel(G), ib

<sup>880</sup> Castel(J.G), Internationalisation du droit, internationalisation de la justice, op-cit

<sup>881</sup> Wiegand(S), Officious Intermeddling, Interloping Chauvinism, Restatement (Second), and Leflar: Wisconsin's Choice of Law Melting Pot, Marquette Law Review, Volume 81, 3 Spring 1998, Article 4

La doctrine américaine a été la pionnière en la matière, avec les apports de Robert A.Leflar<sup>882</sup>. Ce dernier a, en effet, proposé un critère de rattachement original. Pour cet auteur, la loi qui est censée être appliquée dans un contentieux de nature internationale, et donc avec un élément d'extranéité, est la loi dont le contenu matériel serait le meilleur pour une situation donnée.

L'approche par la « better law » sort de sentiers battus et propose quelque chose de radicalement différent, elle n'implique pas un processus de classification d'une situation de fait donnée dans les catégories de droit privé, en appliquant des facteurs de rattachement prédéterminés à eux, que la méthode classique fait, il ne s'agit non plus d'un processus de suivi des politiques sous-jacentes des lois concernées en particulier les situations de fait, que la méthodologie moderne fait, la méthode de la « better Law » évalue plutôt le bien-fondé des lois concernées. Alors que les approches classiques et modernes ne font pas une « évaluation » qualitative des lois, pour la méthode de la « better law », c'est tout ce qui compte<sup>883</sup>.

Il a ainsi proposé une liste non hiérarchisée de cinq « considérations influençant le choix de lois »<sup>884</sup> pouvant guider les tribunaux dans la résolution des conflits des lois, tout en précisant que cette liste ne donne pas de priorité à une hypothèse ou une autre, mais varie plutôt " selon le domaine du droit impliqué, et doit être considérée indépendamment de la zone spatiale"<sup>885</sup> :

- La prévisibilité des résultats
- Le maintien de l'ordre interne international

---

<sup>882</sup>Leflar(R.A), "choice influencing consideration in conflict laws", *New York University Law Review* 41 (1966), 267-327

<sup>883</sup>Peari(S), *what is wrong with the better law approach?*

[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/SagiPeari.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/SagiPeari.pdf)

<sup>884</sup>Symeonide(S), *american private International Law*, p.102,193

<sup>885</sup>Leflar(R.A), "choice influencing consideration in conflict laws", *op-cit*

- La simplification de la tâche judiciaire
- La prise en considération de la tâche du forum et
- L'application de la meilleure règle de droit

Le professeur Leflar soutient qu'en utilisant ces arguments, les tribunaux font l'exposé des motifs réels ce qui permet de remplacer des règles établies à partir d'approches mécaniquement élaborées, par des règles matérielles justes<sup>886</sup>.

Un autre auteur américain, le professeur Cavers, va dans le même sens, et rejette l'approche conflictuelle traditionnelle, car il estime que pour rendre justice aux parties dans chaque cas d'espèce, le tribunal doit examiner le contenu matériel ou substantiel des lois en conflit. Il doit choisir une loi particulière et non une unité juridique particulière dont le droit est généralement applicable<sup>887</sup>.

Toujours selon le même auteur, les règles de conflit ne peuvent pas être impersonnelles, elles doivent correspondre aux faits particuliers propres à chaque cas d'espèce, et partant, ne peuvent ou plutôt ne doivent être impersonnelles et définitives

Pour arriver à une solution juste, il est nécessaire de grouper les points de contact, c'est à dire les facteurs de rattachement possibles, ce qui permet au tribunal de désigner la loi de l'État vers lequel la convergence est la plus forte et dont, par conséquent, la loi doit s'appliquer<sup>888</sup>. Il n'est pas question de compter ou d'additionner ces points de contact, mais d'évaluer leur importance dans le contexte considéré.

---

<sup>886</sup> Symeonide(S), *american private International Law*, op-cit

<sup>887</sup> Castel(J.G), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, op-cit

<sup>888</sup> Castel(J.G), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, op-cit

Il faut dire en général, que tant les États concernés, que l'approche de la « better law » ont tendance à appliquer la *lex fori*<sup>889</sup> en vue de la détermination de l'instance qui a le plus grand intérêt à ce que sa législation soit appliquée, soit parce que l'autre loi est réputée être inapplicable<sup>890</sup>, soit parce que selon l'approche de la « better law », elle est réputée être la plus adéquate.

Aussi, on peut voir que même si économiquement parlant, le groupe multinational est une unité, c'est loin d'être le cas en matière juridique, en effet, à une unité économique, et faute d'une loi propre à la société mère, correspond une pluralité de lois suivant les intérêts en question.

Aussi, le choix d'une loi ou une autre peut devenir une pratique arbitraire entre les mains des tribunaux qui vont user d'un subjectivisme judiciaire pour aboutir à la personnalisation des solutions, ce qui peut s'avérer très dangereux. Le seul moyen efficace de rendre compte de la spécificité des rapports internationaux est d'adopter un droit matériel ou substantiel appelé à les régir<sup>891</sup>, ce qui n'est, malheureusement pas pour demain.

## **Chapitre 2. La relative consécration de la responsabilité des sociétés multinationales dans les instruments juridiques internationaux**

Opérant, par définition, au-delà des frontières, les entreprises transnationales ont longtemps été considérées comme dépassant les capacités de réglementation de tout système étatique. Sur le plan international, leur nature d'acteurs non étatiques ne permet pas non plus de trouver un régime juridique directement contraignant pour ces entreprises.

---

<sup>889</sup> Drobniç(U.M), conflict of laws, encyclopedià Britannica,

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1445474/better-law-approach>

<sup>890</sup> Une loi peut être réputée inapplicable, par exemple lorsque l'autre État, partie au conflit est désintéressé, ou lorsqu'il ya un soi-disant «faux conflit»

<sup>891</sup> Castel(J.G), Internationalisation du droit, internationalisation de la justice, op-cit

Persuadé qu'une règle unique ne peut régir toutes les situations où l'on met en cause la responsabilité des entreprises multinationales pour des actes accomplis par des sociétés membres, établies sous le régime de la loi d'un État déterminé, il s'avère souhaitable de donner aux États et aux entreprises multinationales une orientation au sujet de la conformité de telles règles avec le droit international<sup>892</sup>.

Les pays développés refusaient toute idée de réglementation internationale des entreprises multinationales, et prônaient simplement l'adoption de traités internationaux pour améliorer le climat de l'investissement international, ce qui serait en fin de compte, selon eux, profitable également aux pays en développement<sup>893</sup>.

Effectivement, on constate depuis quelques décennies maintenant, le développement de conventions internationales visant à contrôler ou à réprimer certaines activités, menées à l'échelle internationale (fiscalité, corruption, blanchiment). Ces activités ne sont pas visées en tant qu'activités menées par des entreprises multinationales, même si, dans un grand nombre de cas c'est bien de cela qu'il s'agit<sup>894</sup>.

Compte tenu de ces difficultés, c'est prioritairement une approche volontariste, qu'il faut aborder, puisqu'il n'existe aucune réglementation internationale mettant en place un quelconque droit des groupes multinationaux. Dans ces conditions, on voit, dans quelques rares cas, certains tribunaux étatiques, étendre à des groupes multinationaux de sociétés les jurisprudences internes visant à « lever le voile » de la personnalité juridique distincte des sociétés<sup>895</sup>, en les assignant par-devant diverses juridictions afin de répondre des accusations portées contre elles.

---

<sup>892</sup> Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres, Institut de droit international. Session de Lisbonne, août-septembre 1995, op-cit

<sup>893</sup> Leben(C), Entreprises multinationales et droit international économique, RSC 2005 p. 777

<sup>894</sup> Leben(C), id

<sup>895</sup> Leben(C), id

Mais le pouvoir des instances internationales publiques reste limité, et les consensus sont très difficiles à obtenir entre États, et cela pour cause que les activités économiques sont en train de dépasser le droit international car, face aux sociétés transnationales, il n'y a pas de réponse unie des États, mais des réactions de droit commercial ou social interne, généralement soldé par une faillite consommée par le biais des contrats internationalisés, de plus ces multinationales se laissent difficilement appréhender par un ordre juridique déterminé, comme le voudrait le dogme traditionnel de la souveraineté territoriale<sup>896</sup>. Aussi Les juristes ont remarqué la prolifération progressive de certains instruments, appelés instruments de la soft law, dont la portée juridique et politique, contrairement au droit des traités, n'était pas clairement définie.

### **Section 1. La responsabilité de la société mère sur la base de la soft law**

Dans un monde de plus en plus international, où les échanges ne se font plus seulement à l'échelle nationale, mais globale, la nécessité d'avoir des règles de droit reposant sur des principes communs devient évidente, la législation et la jurisprudence nationales se referent et se basent, de plus en plus sur les règles et pratiques en vigueur dans d'autres pays.

Dans ce contexte, nous assistons à l'émergence d'un droit transnational qui dépasse le cadre étatique et national, par le biais d'une approche comparative, qui permettra de rechercher des principes communs de droit ou de suivre la voie du droit uniforme, du droit européen ou du droit international, public ou privé.

L'évolution des pratiques juridiques au niveau international a par ailleurs conduit à ce que le droit dur ne soit pas, ou plus, l'instrument juridique le plus typique, de nouveaux modes d'intervention se démarquent des catégories connues du droit, pour offrir des solutions de

---

<sup>896</sup> Stern(B) une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale, revue québécoise de droit international RQDI, volume 3 (1986)

rechange à la régulation classique<sup>897</sup>. Ainsi, la doctrine a vu dans l'émergence de ces sources formelles privées, la preuve de l'exigence de normes (...) techniques et (...) l'existence de pouvoirs privés économiques<sup>898</sup>.

En effet, d'innombrables intervenants transnationaux échappent de nos jours largement au contrôle souverain des États et peuvent parfois, au contraire, infléchir leurs politiques publiques (notamment leur diplomatie), voire les mettre en échec dans l'accomplissement de leurs principales fonctions régulatrices<sup>899</sup>.

Aussi, face au droit dur qui peut restreindre le comportement des acteurs, mais aussi leur action souveraine, le soft law propose des instruments dynamiques, adaptables selon les circonstances plus ou moins incertaines. Ces instruments sont en particulier modulables, selon les préférences, les intérêts ou les valeurs des acteurs et leur force d'influence.

### **§1. Le recours à la soft law**

La soft law semble être une réponse sociale et juridique à la complexification de l'ordre international<sup>900</sup> du fait de sa notion de juridicité atténuée<sup>901</sup>. Si ce critère constitue le principal attribut de la soft law, d'un point de vue conceptuel, d'un point de vue juridique, l'usage du concept de soft law « pourrait se révéler fouillant et dangereux, menaçant l'intégrité de

---

<sup>897</sup> Farjat(G), *Droit économique*, 2ème Ed, PUF, 1982, p.761-762 ; Mireille Delmas-Marty dans son ouvrage *le pluralisme ordonné* : « ...L'État n'est plus le seul acteur et son territoire n'est plus l'espace normatif », Ed. Seuil, 2006, p.27

<sup>898</sup> Farjat(G), « réflexions sur les codes de conduite privés » dans *le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p.56-57

<sup>899</sup> Laroche(J), *De l'élaboration à la prescription normative : contribution des ONG à une gouvernance mondiale*, [www.dauphine.fr/globalisation/laroche.pdf](http://www.dauphine.fr/globalisation/laroche.pdf)

<sup>900</sup> Le droit dans la mondialisation. Une perspective critique, Paris, PUF, 2001 aux pp. 59-76 ; Crépeau(F), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, 1997

<sup>901</sup> Chatzistavrou(F), *L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit*, *Le Portique*, 15/2005

l'ordre juridique »<sup>902</sup>, et ce pour des raisons diverses, Par exemple un texte ou un instrument juridique international qui a une force obligatoire, doit ou devrait produire un effet de droit, pour le cas de la soft law, cet effet est discutable. C'est pour cette raison que, les gouvernements nationaux et les acteurs non étatiques (dont les entreprises multinationales) vont préférer recourir à la soft law afin d'éviter les engagements et les effets contraignants au niveau international produits par une loi dure.

Par ailleurs, le recours à la soft law, va permettre aux états de limiter la délégation de leur autorité à d'autres centres de pouvoir<sup>903</sup>, puisque, le recours à la soft law permet aux pays de favoriser des solutions souples leur ménageant<sup>904</sup> des échappatoires, quoique, il ne faut pas toujours voir dans ces énoncés « une stratégie d'évitement du droit, déployée par différents acteurs internationaux »<sup>905</sup>.

Mais dire que la soft law est dépourvue de cette « qualité » qui est la force de la loi, et son caractère coercitif, ne veut point dire qu'elle est privée de tout effet juridique, de fait, les soft law produisent, neuf fois sur dix un effet, ce qui est par contre, plus compliqué, c'est de déterminer et d'évaluer ce que peuvent être l'étendu et les effets de l'énoncé de cette soft law<sup>906</sup>.

### **I. Définition et caractéristiques de la soft law**

La soft law désigne « des règles dont la valeur normative serait limitée, soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les

---

<sup>902</sup> Eisemann(P.M), « Les Gentlemen's agreements comme source du droit international », *Journal du droit international*, 1979, p. 326-348

<sup>903</sup> Abbott(K.W) & Snidal(D) , «Hard and soft law in international governance», *International Organization*, vol. 54, n° 3, Summer 2000, p. 453

<sup>904</sup> Jacquet (J.-M.), « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009, p. 332.

<sup>905</sup> Cazala(J), « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/1 (Volume 66)

<sup>906</sup> Cazala(J), id

dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »<sup>907</sup>.

La soft law exprimerait un nouveau courant de pensée, qui une tentative d'appropriation par le droit des actes, qui d'ordinaire étaient présentés comme se situant en amont de celui-ci. À travers l'hypothèse d'une juridicité naissante, le courant de la soft law voudrait conférer quelque force obligatoire à des instruments juridiques internationaux qui en sont apparemment dépourvus, en utilisant les sources du droit classique.

Parallèlement aux législations nationales, il est nécessaire de disposer de normes internationales qui soient directement contraignantes pour les entreprises multinationales. Les États s'y sont longtemps opposés, parce qu'imposer de telles obligations donnerait aux entreprises un statut en droit international, ce qu'ils estimaient dangereux<sup>908</sup>, parce que ça reviendrait à traiter un État et une multinationale d'égal à égal.

Afin d'éviter d'intenter un procès ou d'y être impliqué, les entreprises multinationales cherchent et prévoient à la fois des mécanismes de règlement des différends en cas de litige<sup>909</sup>.

Parmi ces formes de régulation, la soft law qui se caractérise par sa mollesse. En effet, celle-ci désigne le processus normatif qui encadre les relations entre des acteurs économiques

---

<sup>907</sup> Cazala(J), id

<sup>908</sup> **La responsabilité des entreprises multinationales : pour un contrôle de leurs méfaits.**

**Quelles possibilités, initiatives et stratégies juridiques pour la société civile ? Séminaire international consacré à la responsabilité des entreprises et aux droits des travailleurs, organisé par le réseau IRENE à l'Université de Warwick, Coventry, Royaume-Uni, les 20 et 21 mars 2000**

<sup>909</sup> **Claire Marzo, la responsabilité sociale des entreprises : à mi chemin entre la soft law et le jus cogens : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales,**

internationaux sans pour autant faire appel à la contrainte juridique, assimilée, bien souvent à la sanction judiciaire<sup>910</sup>.

En fait, la force obligatoire d'une norme s'évalue à l'usage qui en est fait par les acteurs juridiques concernés, qu'il s'agisse d'acteurs qui l'appliquent (les sujets de droits visés par les Principes directeurs, on l'a vu, sont au premier chef les entreprises mais aussi les ONG et les syndicats) ou de ceux qui la font appliquer (arbitres, magistrats)<sup>911</sup>.

La soft law permet aussi d'élargir le cercle des acteurs impliqués dans la création des normes internationales. Des acteurs non étatiques, qui ne sont pas reconnus comme des sujets de droit à part entière par la théorie positiviste en droit international, créent des normes dans leurs domaines respectifs, qui sont devenues internationales dans la pratique<sup>912</sup>.

Les actes de la soft law sont ainsi devenus applicables en vertu, des engagements réciproques pris par les parties contractantes. Ils incorporent des règles de conduite, sans pour autant impliquer la création, la préservation, le renforcement, la modification ou l'extinction des droits et des obligations, selon les règles classiques du droit international public<sup>913</sup>. L'intention des États et des organisations internationales, qui font usage des instruments de la soft law, (du moment que cette conduite est jugée acceptable) est d'influencer leur conduite mutuelle de façon normative, permissive ou prohibitive<sup>914</sup>.

---

<sup>910</sup> Isabelle Duplessis, Institut international d'études sociales, *La mollesse et le droit international du travail : mode de régulation privilégié pour société décentralisée*, Genève, 2007

<sup>911</sup> Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales *Un statut juridique en mutation*, juin 2007, Sherpa

<sup>912</sup> Duplessis(I), *le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international*, *Revue québécoise de droit international (Hors-série)*, (2007)

<sup>913</sup> Chatzistavrou(F), « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *op-cit*

<sup>914</sup> Chatzistavrou(F), *op-cit*

L'intérêt de La soft law ressort à travers son rôle de sensibilisation préliminaire d'introduction d'une loi, elle peut ainsi planter les premiers jalons du processus législatif à suivre, Les actes de la soft law sont, en fait, sans effet juridique, si ce n'est qu'elles doivent être concrétisées à un stade ultérieur, sous la forme d'actes des institutions<sup>915</sup>, un autre usage intéressant de la soft law est d'accompagner un acte institutionnalisé, quand le dossier concerne des matières qui se chevauchent et qui ne permettent pas d'être traitées avec les mêmes outils juridiques<sup>916</sup>.

## **II. la RSE approchée par la soft law**

La responsabilité sociale de l'entreprise, plus connue sous son acronyme RSE, est un concept né des demandes de la société civile et des ONG. Ce mouvement est ,en fait, le fruit de la mondialisation, et est perçu comme un moyen de réguler un espace dont la dimension ne permet pas aux législations nationales, de surcroît non harmonisées, de jouer leur rôle régulateur<sup>917</sup>.

Ainsi, suite aux tapages médiatiques inspirés par les grands scandales internationaux de nature environnementale Erika (1999), ou financiers comme Enron (2002), pour ne citer que les plus connus, et dont les échos ont fini par convaincre les opinions publiques que croissance économique et progrès social n'allaient pas forcément de pair. Partant, et conséquemment aux nombreuses protestations menées par des ONG et des associations de consommateurs, les grandes multinationales se sont mises à adopter des codes de conduite reflétant leur engagement volontaire pour une conduite des affaires qui prendrait en compte les progrès sociaux, la protection de l'environnement et les principes d'une concurrence économique saine.

---

<sup>915</sup> Chatzistavrou(F), op-cit

<sup>916</sup> Chatzistavrou(F), op-cit

<sup>917</sup> Draï(E), Responsabilité sociétale des entreprises : un mouvement créateur de valeur, P.A, 14 mars 2008 n° 54, P. 4

La RSE s'est imposée au fil des années comme une incorporation par l'entreprise, des concepts de développement durable intégrant les principaux aspects, environnemental, social et économique, ceci n'est pas un élément de marketing quoique ça peut l'être dans certains cas<sup>918</sup>, mais procède d'un authentique souci d'organiser la relation entre l'entreprise et les parties prenantes afin de lui permettre de continuer à opérer sur le terrain dans la durée<sup>919</sup>

Même si le droit de la RSE est avant tout un droit mou, puisque les démarches adoptées sont volontaires, et en aucun cas contraignantes, elles ont évolué parallèlement aux actions des États, avec pour objectif fondamental, l'instauration d'un cadre propice au développement durable, il arrive de plus en plus que la RSE puise sa source dans une réglementation contraignante qui oblige l'entreprise à agir<sup>920</sup>.

En droit français, la prolifération de règles impératives se constate dans de nombreux domaines, dont la gouvernance d'entreprise<sup>921</sup> et l'environnement<sup>922</sup>. Ainsi, l'article L. 225-102-1 du code de commerce, impose aux sociétés françaises cotées sur un marché réglementé de rendre compte de leur gestion sociale et environnementale dans leur rapport annuel. Cette obligation a été renforcée dans le cadre de la loi « Grenelle II », modifiée en 2012, puisque l'article L. 225-102-1 du code de commerce prévoit désormais un élargissement de la catégorie des sociétés tenues par l'obligation de reporting, un affinement des informations à publier autour de plusieurs thématiques RSE (informations sociales, environnementales

---

<sup>918</sup> plusieurs sociétés transnationales participent activement, et travaillent avec l'ONU pour maintenir ces lignes directrices volontaires sur la base de la responsabilité sociale des entreprises, qui ne sont pas conçus pour arrêter ou punir les violations des droits de l'homme par les sociétés transnationales. Ce sont des normes non contraignantes, qui n'ont pas de mécanismes d'application et qui sont basés sur les propres rapports des sociétés transnationales de leur performance prétendument responsable, alors que les crimes d'entreprises et atteintes aux droits humains sont systématiques

<sup>919</sup> Herbel(P), La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise), D. 2013,p.1570

<sup>920</sup> Family(R), La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, D. 2013,p. 1558

<sup>921</sup> Valuet(J.P), Conformité à la loi, conformité aux codes, JCP E 2012, n° 1471, p. 29 s., spéc. nos 4 s.

<sup>922</sup> Huglo(C), La conformité, la pierre angulaire du droit de l'environnement, JCP E 2012, n° 1473, p. 40 s.

et sociétales en faveur du développement durable), enfin, une obligation de vérification par un organisme tiers indépendant.

## **§2. Le cadre normatif en matière de réglementation des actions des multinationales dans le cadre de la RSE.**

Ce cadre normatif est composé de deux volets : le premier volet composé<sup>923</sup> comprend des actes à faible caractère contraignant, à savoir les déclarations protocolaires, les résolutions, les communications, les recommandations, les chartes, les programmes, les déclarations d'intention, les guidelines, les principes et autres positions prises en commun ou encore, des accords adoptés par les États des initiatives prises par des organisations internationales, Cette liste peut aussi être étendue aux communiqués, aux déclarations, aux conclusions, aux accords informels, aux opinions, aux actes, aux accords inter – institutionnels, aux concertations et aux accords de nature purement politique (gentlemen's agreements)<sup>924</sup>, et le deuxième volet est formé par les actions susceptibles d'être adoptées par les entreprises elles-mêmes.

### **I.L'action des organismes internationaux**

Il existe quelques organismes internationaux, qui ont l'œil sur les activités des entreprises multinationales et qui ont veillé à contrôler leurs actions en leur imposant des obligations, on peut citer l'Organisation des Nations Unis, l'Union Européenne ou encore l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, entre autres, qui ont déjà mis en place des programmes entièrement dédiés à la création et promotion d'un code éthique pour et en partenariat avec les entreprises.

Les codes de conduite offrent l'avantage de montrer au public que les entreprises multinationales ne sont pas vraiment des « hors la loi » et contribuent à leur image de civisme.

---

<sup>923</sup> Salomon(J), dictionnaire du droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001

<sup>924</sup> Chatzistavrou(F), « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », Le Portique, 15 /2005

Les accords internationaux contribuent en plus, à la reconnaissance des entreprises multinationales comme acteurs internationaux valables et légitimes<sup>925</sup>.

Le programme du pacte mondial proposé par l'ONU, L'OCDE avec ses principes directeurs à l'intention des multinationales dans les domaines des droits de l'homme, droit du travail, la corruption et de la responsabilité vis-à-vis de l'environnement, l'Organisation Internationale du Travail avec la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales sont les plus importants.

### **1. Le programme du pacte mondial proposé par l'ONU**

Le Pacte mondial des Nations Unies<sup>926</sup> est à la fois un ensemble de politiques et un cadre pratique, à l'intention des entreprises qui ont pris l'engagement du développement durable et de pratiques commerciales responsables<sup>927</sup>.

En tant qu'initiative visant le niveau directorial, et approuvée par les hauts responsables des entreprises en question, le pacte mondial vise à l'alignement des activités et stratégies des entreprises du monde entier sur dix principes universellement reconnus, dans les domaines des droits de l'homme, du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption.

L'objectif recherché est la création d'un code de conduite universel, qui renforcerait le contrôle national sur les activités des multinationales et inciterait celles-ci à accroître leur contribution à la réalisation des priorités nationales de développement.

Ces principes sont inspirés des divers textes internationaux, dont la déclaration universelle des droits de l'homme, la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT et la déclaration de rio sur l'environnement et le développement entre autres<sup>928</sup>.

---

<sup>925</sup> Van den Bulcke(D), *Entreprises multinationales et pays en voie de développement : vers une déréglementation ?*, In: *Tiers-Monde*,1988, tome 29, n°113, pp. 27-51

<sup>926</sup> <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>

<sup>927</sup> Des milliers de participants répartis dans plus de 100 pays sont adhérents à ce pacte

Par ce processus, les entreprises peuvent faire en sorte que les marchés, le commerce, les technologies et le secteur financier progressent au service de l'économie et de la société en général, partout dans le monde, et contribuer à une économie mondiale plus durable et plus intégrante.

Le Pacte mondial des Nations Unies n'est pas un instrument de régulation ; il s'agit plutôt d'une initiative volontaire, fondée sur la responsabilité publique, la transparence, le dialogue et une information ouverte à tous ; à cet égard, le pacte mondial vient compléter les mesures de régulation et offre un espace d'innovation, c'est en fait un acte auquel adhèrent les entreprises.

Cette adhésion devient effective à la suite d'une contribution peu significative (entre 500 et 10 000 dollars US), et par l'envoi d'une lettre du Directeur général (mentionnant si possible, également, l'approbation du Conseil d'administration) au Secrétaire général des Nations Unies indiquant le soutien de l'entreprise au Pacte mondial et à ses principes<sup>929</sup>.

Le Pacte mondial des Nations Unies invite les entreprises à adopter, soutenir et mettre en œuvre, dans leur sphère d'influence, un ensemble de valeurs fondamentales en matière de droits de l'homme, de normes du travail, d'environnement et de lutte contre la corruption et ce, sur la base de dix principes<sup>930</sup>.

### **Droits de L'homme**

---

<sup>928</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, AG Res. 217A (III), 10 décembre 1948, UN Doc. A/810 ; déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adopté conférence internationale du travail en juin 1998 ; déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992

<sup>929</sup> Responsabilité sociale des entreprises «Identifier les initiatives et les instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises», parlement européen, direction générale des politiques internes, affaires juridiques, Étude 2012

<sup>930</sup> [www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org)

**Principe 1** : Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme ;

**Principe 2** : à veiller à ne pas se rendre complices de violations des droits de l'homme.

### **Droit du travail**

**Principe 3** : Les entreprises sont invitées à respecter la liberté d'association et à reconnaître le droit de négociation collective ;

**Principe 4** : Élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligatoire ;

**Principe 5** : Abolition effective du travail des enfants ;

**Principe 6** : Élimination de toute discrimination en matière d'emploi et de profession.

### **Environnement**

**Principe 7** : Les entreprises sont invitées à adopter le principe de précaution face aux problèmes d'environnement ;

**Principe 8** : à prendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement ; et

**Principe 9** : à favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement.

### **Lutte contre La corruption**

**Principe 10** : Les entreprises sont invitées à lutter contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin.

Le Pacte Mondial a un caractère strictement facultatif, et principalement volontariste, en général, les entreprises qui sont déjà très engagées dans une action en faveur du personnel ou

de l'environnement estiment que les principes du pacte mondial ne vont pas assez loin. De plus, il vaudrait mieux promouvoir, à leurs yeux, les moyens de vérifier que les entreprises signataires mettent effectivement en œuvre les principes énoncés.

Il faut souligner que les entreprises ne sont que conviées et certainement pas obligées à respecter les droits de l'homme, il n'y a aucune sanction particulière de prévue dans le cas contraire<sup>931</sup>. Le deuxième principe est de "veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme", ce qui est la moindre des choses. Mais toujours pas de sanctions prévues<sup>932</sup>. Mais pour certains<sup>933</sup>, ce sont surtout les entreprises multinationales qui ont tiré profit de l'œuvre du pacte mondial, qui ont ainsi bénéficié d'une opération de médiatisation, qui en fin de compte ne les compromet pas trop.

## **2. La déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale**

La déclaration sur les multinationales est le seul instrument de l'Organisation internationale du travail<sup>934</sup> contenant des recommandations pour les entreprises aussi bien nationales qu'internationales ainsi qu'aux gouvernements et aux organisations d'employeurs et de travailleurs.

---

<sup>931</sup> Responsabilité sociale des entreprises «Identifier les initiatives et les instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises», op-cit

<sup>932</sup> John Ruggie, représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales avait relevé que la crise actuelle des entreprises et des droits de l'homme tient essentiellement à un problème de gouvernance : le décalage, provoqué par la mondialisation, entre le poids et l'impact des forces des acteurs économiques et la capacité des sociétés à en gérer les conséquences néfastes.

<sup>933</sup> Gherari(H), le profil juridique et politique du Pacte mondial, in Le Pacte mondial des Nations Unies, 10 ans après, Université de Genève, Plateforme académique Suisse-ONU, Céric, Genève 29 octobre 2010, spéc. p. 28

<sup>934</sup> Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/@emp\\_ent/documents/publication/wcms\\_124923.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf)

L'objectif de la Déclaration sur les multinationales est d'encourager les entreprises à contribuer positivement au progrès économique et social, ainsi que de minimiser et de résoudre les difficultés que leurs diverses opérations peuvent soulever. Elle contient des recommandations sur la manière dont les entreprises devraient appliquer les principes dérivants des normes internationales du travail en matière d'emploi, de formation, de conditions de travail et de vie, et de relations professionnelles. Elle vise à orienter les entreprises multinationales (qu'elles soient publiques, mixtes ou privées), les gouvernements, et les organisations patronales et syndicales dans leurs pays d'origine ainsi que dans les pays d'accueil.

L'OIT compte actuellement 184 États membres, ce qui en fait «le point de référence universel de la responsabilité sociale dans le monde du travail<sup>935</sup>». La déclaration ayant été adoptée de concert par les gouvernements et les organisations d'employeurs et de travailleurs, cela en fait le seul texte international, qui, sur la responsabilité sociale, propose des articulations entre soft law et hard law, des points de contact tangibles entre l'espace privé et l'espace public et, par conséquent, des liens entre des normes privées de responsabilité sociale et des normes publiques sur les droits des travailleurs<sup>936</sup>, mais l'objet de la déclaration de l'OIT ne porte que sur les questions entrant dans le mandat de l'OIT, et ce, afin d'éviter toute superposition avec une autre batterie de normes internationales sur les entreprises multinationales élaborées par d'autres institutions publiques internationales.

Si la déclaration de l'OIT est limitée du point de vue de son contenu, ses interlocuteurs sont par contre plus nombreux puisque elle s'adresse aux états, aux entreprises multinationales, aux employeurs et aux salariés, à un moment où d'autres traités s'adressent principalement

---

<sup>935</sup> BIT, Guide de la Déclaration de Principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, programme des entreprises multinationales, BIT, Genève 2002

<sup>936</sup> Responsabilité sociale des entreprises «Identifier les initiatives et les instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises», op-cit

aux Etats<sup>937</sup>. La Déclaration s'adresse spécialement aux gouvernements des pays du siège social de l'entreprise parce qu'ils ont vraisemblablement, plus que les pays hôte, la capacité d'influencer les entreprises multinationales pour que leurs pratiques soient conformes à la loi locale et aux normes internationales.

Les principes sanctionnés dans la déclaration reflètent les bonnes pratiques que toutes les entreprises (multinationales et nationales) devraient adopter. Toutes les entreprises devraient faire l'objet des mêmes attentes en ce qui concerne leur conduite en général et leurs pratiques sociales en particulier. Et c'est là où le bât blesse, car la déclaration souffre justement de la spécialité de son champ matériel réservé aux droits sociaux alors que la responsabilité sociale de l'entreprise va au-delà de la question sociale<sup>938</sup>.

### **3. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales**

Les Principes directeurs de l'OCDE<sup>939</sup> à l'intention des entreprises multinationales comprennent des recommandations non contraignantes adressées par les gouvernements aux entreprises multinationales opérant depuis ou sur leur territoire, visant à encourager un comportement responsable des entreprises à travers le monde, et à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les

---

<sup>937</sup> Daugareilh (I), op-cit

<sup>938</sup> Daugareilh (I), op-cit

<sup>939</sup> Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE)

législations applicables et les normes internationalement les plus reconnues<sup>940</sup>. De ce fait, les principes directeurs constituent, en matière de conduite responsable des entreprises, le seul code exhaustif convenu à l'échelon multilatéral que les gouvernements se sont engagés à promouvoir<sup>941</sup>.

Les Principes directeurs relèvent donc de l'action normative de l'OCDE<sup>942</sup>, exprimée par voie de recommandations<sup>943</sup> ou de décisions<sup>944</sup>, ils constituent à ce titre des résolutions normatives émanant d'une organisation internationale et l'on peut distinguer :

- D'une part, l'action normative interne<sup>945</sup> qui a mis en place les outils d'application des principes directeurs, en l'occurrence, les points de contact nationaux et le Comité d'investissement et leur a octroyé un nombre de pouvoirs décrits. Les Lignes directrices de procédure ont été adoptées par la voie d'une décision du conseil de l'OCDE qui a une portée obligatoire. Cette action normative interne a pour destinataires les États a une tâche des plus délicates à assurer, qui est celle de veiller sur le bon et l'efficace fonctionnement des points de contact nationaux qu'on verra par la suite ;

---

<sup>940</sup> Les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique/901/responsabilite-sociale-des-22057/les-referentiels-internationaux-et/article/les-principes-directeurs-de-l-ocde>

<sup>941</sup> Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales <http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>

<sup>942</sup> L'article 5 de la Convention constitutive de l'OCDE, in Jurisclasseur Droit International, Fasc. 14 §40

<sup>943</sup> Article 5 b) des statuts,

[http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr\\_2649\\_34483\\_1915884\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr_2649_34483_1915884_1_1_1_1,00.html)

<sup>944</sup> Article 5 a) des statuts

[http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr\\_2649\\_34483\\_1915884\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/7/0,2340,fr_2649_34483_1915884_1_1_1_1,00.html)

<sup>945</sup> Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Un statut juridique en mutation, Sherpa, juin 2007

- D'autre part, l'action normative externe<sup>946</sup> visant les activités des entreprises multinationales et leur contribution au développement durable, a été adopté sous forme de déclaration régissant l'investissement international, et est donc de nature non astreignante ;

Au-delà de cette distinction sur le caractère interne ou externe des normes mises en place par les principes directeurs, leur nature juridique est généralement associée à celle d'un instrument prénormatif, situé entre l'acte politique et l'acte juridique et dont la valeur contraignante reste incertaine<sup>947</sup>.

Pour veiller à l'application des principes directeurs éthiques à l'intention des entreprises multinationales, différents mécanismes institutionnels ont été mis en place pour veiller à la mise en application et au respect de ces principes, parmi lesquels on peut compter les points de contacts nationaux

### **3.1. Le rôle du point de contact national (PCN)**

Le PCN est une structure institutionnelle, mise en place dans les années 2000, par tous les pays membres de l'OCDE<sup>948</sup>, les pays membres non-adhérents<sup>949</sup> et certaines organisations

---

<sup>946</sup> **Ibid**

<sup>947</sup> « Il est deux façons d'entendre l'adjectif 'prénormatif'. Celui-ci peut désigner des actes dits 'mous' du point de vue formel (soft law), situés entre l'acte politique et l'acte juridique. Il peut aussi désigner des actes préparatoires à l'adoption d'un acte juridique. », In Jurisclasseur Droit international, Fasc. 14 §39

<sup>948</sup> En France, le Point de contact national prend la forme d'une structure tripartite rassemblant les syndicats, les représentants patronaux et l'administration publique par le biais de plusieurs ministères impliqués. Son activité est coordonnée par la Direction générale du Trésor au ministère de l'Économie et des Finances, [http://www.tresor.economie.gouv.fr/3623\\_le-point-de-contact-national-pcn](http://www.tresor.economie.gouv.fr/3623_le-point-de-contact-national-pcn)

<sup>949</sup> Les pays souscrivant aux principes directeurs de l'OCDE sont 45, 34 membres adhérents qui sont l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie, et 11 pays membres non-adhérents, qui sont l'Argentine, le Brésil, la Colombie, l'Égypte, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Pérou, la Roumanie et la Tunisie. Quoiqu'elle ne soit pas formellement un point de contact national, certains considèrent la communauté européenne comme telle, vu qu'elle travaille pour la réussite des principes directeurs

internationales qui permettent de recevoir les plaintes concernant les pratiques des multinationales, qui violent les dispositions des principes directeurs de l'OCDE.

Dans ce cadre, le PCN est chargé de mener un examen visant à statuer, si, dans le cadre d'une situation précise, dite « circonstance spécifique », une entreprise est en violation des principes directeurs. Ainsi, Le PCN œuvre pour faire connaître les principes directeurs, contribuant ainsi, à les rendre plus efficaces. Parallèlement, il répond à des demandes de renseignements, et peut jouer, le cas échéant, un rôle de médiation entre les multinationales et les personnes qui invoquent une violation de ces principes directeurs.

La dernière affaire qu'a eue à examiner le PCN français était l'affaire du Rana Plaza (filrière textile-habillement), accident survenu le 24 avril 2013, qui a causé la mort de plus de 1100 personnes et fait plusieurs centaines de disparus et 2 500 blessés. La Ministère du commerce extérieur, Madame Nicole Bricq avait saisi, le 17 mai de la même année le point de contact national français de l'OCDE, pour qu'il précise la portée des principes directeurs face à un tel drame, et éclaircisse la portée de la responsabilité des donneurs d'ordres au sein de leur chaîne d'approvisionnement textile.

### **3.2. Ses défaillances**

Beaucoup de gouvernements, dont le français, mettent un point d'honneur à ne pas trop importuner les actions des multinationales, ceci se reflète sur le fonctionnement des PCN qui peuvent finir par être de simples administrations sans de vrais pouvoirs d'action et de décision, alors que le but de leur création était principalement et foncièrement, celui de protéger les droits des plus faibles.

En effet, un État peut prétendre défendre les principes assis par l'OCDE pour redorer son blason vis-à-vis de la communauté internationale, tout en réduisant l'efficacité de son point de contact national, et ce, en le dotant de moyens humains et matériels insuffisants, par exemple.

La conséquence, ce sont des procès inéquitables, à cause des nombreuses défaillances qu'ils peuvent présenter :

- manque de moyens pour enquêter et établir les faits ;
- manque de volonté d'évaluer et de reconnaître les violations des lignes directrices ;
- difficultés de saisir le « lien d'investissement » dans le cadre des multinationales et dans les cas où sont impliqués des sous-traitants ou chaînes d'approvisionnement ;
- la réticence des multinationales qui rebutent, des fois, toute collaboration avec les PCN ;
- la concurrence avec des procès parallèles<sup>950</sup>;
- traitement inégal vis-à-vis des ONG et des multinationales
- décisions très peu dissuasives se résumant à de simples recommandations<sup>951</sup>, le PCN recommande, veille à, prend note, propose ...

---

<sup>950</sup> C'était le cas dans l'affaire Socapalm opposant 4 ONG et associations camerounaises, française, et allemande concernant les activités de la société camerounaise Socapalm implantée au Cameroun Comme ayant contrevenu à certains Principes directeurs relevant des chapitres sur les principes généraux, l'emploi et les relations professionnelles et l'environnement. Dans le cas d'espèce le PCN français a été saisi, vu que la société Bollore SA, actionnaire de la société Socapalm, est domiciliée en France, mais des procédures judiciaires parallèles, était déjà en cours, suite au dépôt de plaintes en diffamation par le groupe Bollore, dont une à l'encontre d'un des plaignants.

<sup>951</sup> Le PCN français a été saisi en 2004 par l'ONG « les amis de la terre » concernant le projet de construction d'un barrage hydroélectrique baptisé "Nam Theun 2" au Laos par le consortium NTPC dont EDF était le principal actionnaire. Les conclusions du PCN ont abouti à un non lieu, objectivité ou par partialité ? EDF étant le premier producteur et fournisseur d'électricité en France et dans le monde. En décembre 2008, le point de contact britannique a été saisi « d'une circonstance spécifique » par Survival (organisation anglaise travaillant pour les droits des peuples indigènes) contre l'entreprise Vedanta ressources, de nationalité britannique. Cela a engendré une enquête de neuf mois (de janvier à septembre 2009) sur le projet d'exploitation. Le PCN a conclu qu'un changement de comportement de la compagnie était essentiel et il a émis plusieurs recommandations. L'examen du suivi de celles-ci a été confié à Survival et à l'entreprise en cause. Vedanta Resources a déclaré catégoriquement qu'elle

Toutes ces déficiences nuisent à l'efficacité normative des plaintes déposées auprès des PCN. Aussi, une mise à jour des principes directeurs<sup>952</sup> de l'OCDE, adoptée le 25 mai 2011, a introduit de nouvelles règles : accessibilité, visibilité, transparence et responsabilité, dans le but de renforcer le rôle et les performances des points de contact nationaux, et ce, en rendant les procédures plus claires plus accessibles et plus équitables.

Parallèlement, une refonte du règlement interne du PCN français a été effectuée en mars 2014 puisqu'on lui reprochait sa faible communication, sa lenteur dans le traitement des circonstances spécifiques, la confidentialité à tous les stades de la procédure, partialité trop présente..., c'est pourquoi, une refonte. Mais nonobstant, les rectifications intervenues, on peut toujours relever des défaillances, dont la plus flagrante, est celle relative à sa composition, en effet, celle-ci n'inclut toujours pas toutes les parties prenantes et notamment les ONG, et ce, malgré leur pouvoir grandissant quant à la régulation des actions des multinationales.

Dans tous les cas, un PCN, même en assurant sa mission de manière honnête et objective, peut toujours être taxé d'un partie pris, aussi, et comme l'a proposé un auteur, il serait préférable que les manquements aux principes directeurs fassent l'objet d'une médiation au sein d'un point de contact international géré par l'OCDE<sup>953</sup>.

## **II. L'action des entreprises**

La responsabilité sociale des entreprises a été consacrée au niveau international dans le cadre de la norme ISO26000, quelle est cette norme et comment elle a été transcrite au niveau des codes de bonne conduite ?

---

**n'acceptait pas les conclusions du PCN, qu'elle considérait les critiques formulées étaient inexactes et inappropriées.**

<sup>952</sup> L'article A1 des principes généraux qui prévoit que « les entreprises devraient contribuer aux progrès économiques, environnementaux et sociaux en vue de parvenir à un développement durable »

<sup>953</sup> Cuzacq(N), Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law, Communication présentée au colloque du RIODD, avril 2012

### **1. La norme ISO 26000**

La RSE a été concrétisée internationalement dans le cadre de la norme ISO 26000<sup>954</sup>, cette dernière définit la responsabilité sociétale comme la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et l'environnement, se traduisant par un comportement transparent et éthique.

Toute organisation décidant de respecter cette norme doit optimiser ses processus, systèmes de gestion et activités liés à la responsabilité sociétale, contribuant ainsi, indirectement et également au développement durable à l'échelle mondiale.

Cette préoccupation et implication pour le sort de notre environnement par les entreprises ayant adopté la norme ISO 26000, supposera un avantage concurrentiel sur les autres n'ayant fait l'objet d'aucune évaluation par rapport à la norme et, par conséquent, incapables de démontrer la performance de leur comportement socialement responsable.

La norme ISO 26 000, publiée en 2010, est l'unique norme internationale relative à la responsabilité sociétale des organisations, de fait, elle donne un cadre international de comportement à tout type d'organisation quels que soient sa taille et ses domaines d'action.

Pour définir le périmètre de leur responsabilité sociétale, la norme ISO 26000 invite les organisations à articuler leur démarche autour de sept questions centrales: la gouvernance de l'organisation, les droits de l'Homme, les relations et conditions de travail, l'environnement, les bonnes pratiques des affaires, les questions relatives aux consommateurs et l'engagement sociétal. Ces questions centrales visent à identifier les domaines d'actions pertinents sur

---

<sup>954</sup> **Publiée en novembre 2010 et issue de négociations entre de nombreuses parties prenantes, la norme iso 26000 représente un consensus international contenant des lignes directrices et non des exigences, elle ne se prête donc pas à la certification contrairement à d'autres normes très connues. Son grand avantage réside dans le fait qu'elle permet de clarifier la notion de responsabilité sociale ou sociétale, d'aider les entreprises et organisations à traduire les principes en actes concrets et de faire connaître les meilleures pratiques en matière de responsabilité sociale, dans le monde entier. Elle vise les organisations de tout type, quelle que soit leur taille et localisation.**

lesquels l'organisation va pouvoir se baser pour fixer ses priorités et mettre en place ses propres actions.

Contrairement à une norme telle que l'ISO 9001<sup>955</sup>, l'ISO 26000 présente des lignes directrices et non des exigences. C'est pour cette raison qu'elle n'est pas certifiable. Par ailleurs, les réponses en termes de responsabilité sociétale sont uniques et dépendent du contexte de chaque organisation.

## **2. Les documents éthiques**

L'élaboration des documents éthiques inspirée dans beaucoup de cas, de la norme ISO 26000 concrétisent le plus souvent les normes d'entreprises par le biais de codes de bonnes pratiques ou les chartes éthiques, ceux-ci sont introduits le plus souvent dans un processus d'autorégulation, les codes de bonne conduite se répandent au sein des sociétés françaises sous l'impulsion du phénomène de Corporate gouvernance<sup>956</sup>, ainsi beaucoup de groupes multinationaux prennent l'initiative d'établir des codes de bonnes conduites auxquels ils seront assujettis, ceci a un double objectif, réduire les risques juridiques auxquels l'entreprise sera exposée tout au long de son activité, l'autre objectif est plutôt sournois, parce que sous la façade des préoccupations sociales et environnementales, plus qu'un outil de RSE, beaucoup d'entreprises utilisent ces codes comme un outil de communication pour redorer leur blason vis-à-vis de leurs interlocuteurs ou parties-prenantes.

La difficulté fondamentale que soulèvent les codes de bonne conduite relève de l'appréciation de leur valeur normative, celle-ci varie, de fait, en fonction de l'autorité qui met en place le code, de son pouvoir de réglementation, du degré d'engagement qu'elle entend prendre en édictant ce code, mais il faut souligner d'ores et déjà, que les entreprises qui ont adopté la

---

<sup>955</sup> **Système de Management de la Qualité**

<sup>956</sup> **Bayer(A), L'impossible éthique des entreprises, éd. Organisation 2002**

démarche des codes déontologiques, est faite dans l'objectif de les situer en dehors de la sphère du droit. Mais celle-ci devraient revoir leur politique, puisque la RSE en tant que droit mou est entrain de muter en droit dur<sup>957</sup> et les engagements de bonnes conduites sont dorénavant susceptibles de produire des effets juridiques<sup>958</sup>. En effet, si ces engagements éthiques sont introduits dans un contrat, tout manquement à ceux-ci est considéré comme une inexécution contractuelle<sup>959</sup>, et ceci sur la base de l'article 1134 du C.civ, les pratiques commerciales trompeuses subissent le même sort, et ce sur la base des lois n° 2008-3 du 3 janvier 2008 et n° 2008-776 du 4 août 2008<sup>960</sup>.

## **Section 2. Évaluation de l'approche par la soft law**

le droit déclaratoire marque un consensus politique qui engage moralement tous les États, à défaut de les lier juridiquement, du fait que la communauté internationale n'a aucun moyen, aujourd'hui, d'appréhender efficacement les violations des droits de l'homme, réglementation du travail, de l'environnement... mais quels sont les difficultés liées à son application et présente-t-elle des insuffisances ?

### **I. Les difficultés relevées pour l'application de la soft law aux entreprises multinationales**

En effet, les outils prénormatifs existants (notamment le programme du pacte mondial, les Principes directeurs de l'OCDE, la Déclaration tripartite de l'OIT sur les multinationales) sont

---

<sup>957</sup> Neyret(L), Chronique «Éthique de l'entreprise», P.A, 20 août 2014 n° 166, P. 6

<sup>958</sup> Et ce dans le cadre de la loi NRE, entrée en vigueur janvier 2003, et qui a pour objectif de réduire les effets néfastes des dysfonctionnements internes et de la mondialisation, en exigeant des sociétés françaises de publier dans le rapport de gestion annuel, parallèlement à leurs informations comptables et financières, des données sur les conséquences environnementales et sociales de leurs activités.

<sup>959</sup> Ferrari(J), la société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre d'une RSE, Droit des affaires, revue Lamy, novembre 2012

<sup>960</sup> Ces lois sont la transposition de la Directive n° 2005/29/CE, 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis de consommateurs dans le marché intérieur

expressément qualifiés de « volontaires » et ne proposent pas de structure pour en assurer l'application effective.

Les instruments de soft law créés sous la houlette d'une organisation internationale jouissent d'une certaine force morale, mais ne peuvent en aucun cas se comparer ou prendre la place des normes édictées par les organismes étatiques nationaux et interétatiques internationaux, et ce, pour plusieurs raisons, dont le fait qu'ils sont hétérogènes, fragmentaires, et parfois contradictoires et surtout parqu'il n'existe aucun dispositif de contrôle extérieur. Aussi, les codes de conduite peuvent étayer la décision du juge lorsqu'il qualifie une faute et retient une responsabilité. En revanche, le manquement à leurs dispositions ne saurait engendrer, à lui seul, un contrôle de légalité<sup>961</sup>.

Par ailleurs, la lenteur des négociations et les difficultés pour arriver à un consensus, qui parfois n'aboutit qu'à des faibles obligations substantielles, plaident en faveur d'un système de régulation privée. On comprendrait tout à fait que cette tendance trouve qu'un écho relatif, puisqu'elle ne repose sur aucune obligation et qu'elle pourrait conduire à des frais rendant l'objectif de performance de l'entreprise difficile à atteindre<sup>962</sup>.

L'apparente « bonté » de ces règles, et leur « neutralité », comprises principalement, comme un complément à la conformité avec les normes juridiques, cachent, en fait, un but sous-jacent important : remplacer les systèmes juridiques nationaux, caractérisés par, l'impérativité, la coercition et le contrôle judiciaire, par du volontariat, de l'unilatéralité et le dans le meilleur des cas, par des audits spécialisés en dehors des règles de fonctionnement du système judiciaire.

---

<sup>961</sup> « Au coeur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Arch. phil. dr.*, Dalloz, 2008, t. 51, p. 362

<sup>962</sup> Marzo(C), la responsabilité internationale des entreprises à mi-chemin entre la soft law et le jus cogens : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales, le rapport de recherches « Droits des pauvres, pauvres droits. Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux », RIDC, n° 2, 2011

En effet, ces règles ne sont pas émises par un législateur, mais par une entreprise, une personne morale privée. Dans une démarche similaire à celle d'un gouvernement, qui amène le législateur à prescrire des normes s'appliquant à l'ensemble de sa population, le juriste d'entreprise prépare des normes internes, adoptées par la direction générale, et s'appliquant à tous les employés de l'entreprise, parfois aussi à ses fournisseurs et partenaires.

Pour certains auteurs, l'apparition de la soft law fait que la loi ait perdu de sa majesté, ayant ainsi « cessé d'être le mode d'expression de la volonté générale, pour devenir le lieu d'incarnation de valeurs transcendantes, dont le législateur n'a pas le monopole »<sup>963</sup>, pour beaucoup d'autres, le problème réside plutôt dans le fait qu'un droit non contraignant n'est pas du droit<sup>964</sup>, et que le phénomène est déterminant dans l'inflation législative<sup>965</sup> et dénaturant même de la notion même de loi. Ainsi, le rapport 2006 du Conseil d'État, constate que le droit mou peut créer des conditions d'insécurité juridique<sup>966</sup>.

Le professeur Weil<sup>967</sup>, a essayé de repérer ce « seuil de normativité » évanoui, dans une étude qui a fait l'écho d'un vaste débat, il écrivait : « Qu'il ne soit pas toujours facile de tracer la frontière entre le pré-juridique et le juridique, nul n'en disconvient (...). Il n'en demeure pas moins que le seuil existe : en aval de la frontière naît une obligation juridique dont il peut être fait état devant un juge ou un arbitre et dont la méconnaissance constitue un acte internationalement illicite générateur de responsabilité internationale, en amont il n'y a rien de

---

<sup>963</sup> Libchaber(R), L'extériorisation progressive de la loi (CE 3 déc. 1999, Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire (AOMSL), RTD civ. 2000, p. 194

<sup>964</sup> Puig(P), Hiérarchie des normes : du système au principe, RTD Civ. 2001 p. 749

<sup>965</sup> Le Conseil constitutionnel, depuis 2004, censure les dispositions législatives sans portée normative comme contraires à la notion de loi ressortant de la constitution, mais il ne censure pas les dispositions de portée normative incertaine, qui constituent à proprement parler cette "soft law" qui prescrit un comportement mais ne le rend pas expressément obligatoire.

<sup>966</sup> Delmas-Marty (M), Les forces imaginantes du droit, Le relatif et l'universel, La couleur des idées Seuil, octobre 2004, p. 182

<sup>967</sup> Weil(P), « vers une normativité relative en droit international ? », 87 R.G.D.I.P. 1 (1982), pp 5-47

tel, les obligations pré-juridiques ne sont ni de la soft law ni de la hard law : elles ne sont tout simplement pas law du tout »<sup>968</sup>.

Aussi, la percée de l'influence de ces grandes entreprises dans les domaines jusque là considérés comme prérogatives de l'État, ne pouvait laisser passifs un grand nombre de juristes et d'organisations internationales, qui se sont donné pour mission d'essayer d'encadrer l'activité de ces mastodontes économiques sur la base d'une charte éthique globale<sup>969</sup>. Mais les problèmes que suscite la réalité juridique de ces entités ont vite fait de souligner la faiblesse de ce mécanisme.

La difficulté certaine pour la législation internationale d'encadrer de manière appropriée l'ensemble des activités des entreprises multinationales a favorisé l'implication explicite des entreprises dans les prérogatives de l'État. Le professeur Daugareilh<sup>970</sup>, n'hésite pas à parler d'une véritable mainmise du monde des affaires sur le droit. Les « acteurs non étatiques », du fait de leur emprise de plus en plus importante, et de leur activité de plus en plus croissante dans la vie internationale, peuvent se hisser en acteur autonome, à même de se prendre en charge et d'assumer ses propres droits et obligations, sans passer par l'intermédiation ou l'intervention de l'État, ce dernier n'étant plus le point de passage obligé entre la sphère interne et la sphère internationale<sup>971</sup>. Les entreprises voulant ou simulant faire des affaires, produiraient en fait, des normes.

On peut résumer les difficultés d'approche de l'entreprise multinationale par la soft law dans les points suivants:

---

<sup>968</sup> Pellet (A), le « bon droit » et l'ivraie plaidoyer pour l'ivraie

<sup>969</sup> Clavet (R), Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises, Institut international d'études sociales, Genève, 2007

<sup>970</sup> Daugareilh (I), Publié en langue espagnole sous le titre "Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica" in Cuadernos de relaciones laborales, n°1, vol.27, p.93-123, 2009.

<sup>971</sup> Decaux (E), Déclarations et conventions en droit international, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21, Dossier : La normativité, janvier 2007

- L'inexistence, au niveau international, d'une conception homogène de la notion de groupe multinational avec à la tête une société mère ou société dominante, pouvant servir d'élément de rattachement à une loi unique (censée pourtant servir de facteur de rattachement à la loi unique)<sup>972</sup> ;
- Les accords conclus entre les états et les entreprises multinationales n'ont pas vu le jour sous la forme d'un acte à caractère obligatoire ayant des effets juridiques contraignants, ce qui laisse le loisir, aussi bien pour les États, que pour les entreprises multinationales, d'adhérer ou pas aux principes issus d'un commun accord et sans que leur responsabilité ne puisse être mise en cause pour défaut de s'y conformer ;
- l'auto-imposition de règles strictes allant au delà du droit applicable reste dans la plupart des cas une initiative très peu attractive en termes de coût /avantage<sup>973</sup> ;

Aussi, vu l'organisation économique et juridique assez complexe des multinationales, celle-ci rend de facto leur régularisation par la soft law assez difficile et fort aléatoire.

## **II. Insuffisance de la soft law internationale pour la régularisation des entreprises multinationales**

Les efforts entrepris pour réglementer les activités des firmes multinationales ont été nombreux et principalement le fait de plusieurs organismes internationaux.

Dans la majorité des cas, l'approche retenue n'est que fragmentaire, l'objectif poursuivi étant de résoudre un problème spécifique aux opérations transnationales : transfert de technologie<sup>974</sup>, pratiques restrictives de commerce<sup>975</sup>, politiques sociales<sup>976</sup>, normes

---

<sup>972</sup> De là, la proposition américaine de better law. En effet, il serait difficilement concevable au niveau international de parler de loi unique mais plutôt de meilleure loi

<sup>973</sup> Gouvernance, Droit international et responsabilité sociétale des entreprises, Institut international d'études sociales, Genève, 2007

<sup>974</sup> Un code de conduite sur le transfert de technologie est élaboré par la CNUCED.

internationales de comptabilité, etc. En fait, seules les directives de l'OCDE à l'endroit des multinationales opérant sur le territoire des pays-membres, et le code de conduite des Nations unies sur les sociétés transnationales, tentent véritablement une approche globale du phénomène multinational.

Cette insuffisance se manifeste à travers les aspects suivants :

- Même en présence d'une charte d'éthique, les entreprises multinationales ne peuvent contrôler l'action en aval des différentes entités les composant, du moment que beaucoup de filiales et sous-traitants échappe au contrôle de la société mère.
- les transformations rapides dans la sphère des activités internationales sous le coup de l'évolution de l'économie mondiale ou à cause des pressions liées au développement des sciences et de la technologie rend en un tournemain obsolète les lois créées pour cette fin ;
- le caractère coercitif faisant défaut, le foisonnement d'initiatives éthiques des multinationales, codes de bonne conduite, chartes de développement durable ou autres labels ...sont généralement destinés davantage à servir à redorer le blason des multinationales dans le cadre des stratégies de greenwashing ou de fairwashing<sup>977</sup> ;
- la difficulté, voire l'impossibilité réduire la soft law à un corps normatif homogène<sup>978</sup> ;
- la mise en œuvre d'une soft law n'est guère contrôlée et sa violation encore moins sanctionnée<sup>979</sup> ;

---

<sup>975</sup> Résolution 35/63 adoptée par l'Assemblée générale à sa trente-cinquième session, le 5 décembre 1980

<sup>976</sup> Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204e session (Genève, novembre 1977), telle qu'amendée par le Conseil à sa 279e session (Genève, novembre 2000) et à sa 295e session (mars 2006)

<sup>977</sup> Bourdon (W), *face aux crimes du marché, quelles armes pour les citoyens ?* éditions la découverte, février 2010

<sup>978</sup> Responsabilité sociale des entreprises, «Identifier les initiatives et les instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises», parlement européen, étude, 2012

son champ d'application géographique est déterminé par le rattachement de l'entreprise à l'un des États membres, soit parce qu'elle opère à partir de l'un d'eux (domiciliation du siège), soit parce qu'elle agit sur l'un d'eux. Les Principes ne jouissent ainsi que d'une universalité relative<sup>980</sup>.

Aussi, pour que la soft law acquière de l'efficacité, il faut veiller à la transposition de celle-ci dans le cadre d'une législation normale juridiquement contraignante pour tous. Et contrairement à ce qu'on pourrait penser, les multinationales n'écartent pas automatiquement l'idée d'une réglementation de la responsabilité sociétale des entreprises, parce qu'il y en a qui appliquent déjà elles mêmes de facto ces principes, et souhaitent que ce qui leur est médiatement et économiquement imposé, le soit juridiquement aussi, et pour tous, afin d'éviter la concurrence déloyale des plus petites entreprises, qui développeront un avantage comparatif en pratiquant le dumping social dans l'ombre<sup>981</sup>.

Mais, même sans force de loi, cette réglementation n'est pas dépourvue d'avantages. En effet, de nature plus flexible qu'un traité, sa conclusion peut être atteinte dans un temps raisonnable, et son langage peut s'avérer plus spécifique et performant qu'un acte obligatoire rédigé en termes vagues et généraux<sup>982</sup>, de plus, la soft law ne pouvant pas, par définition, avoir la valeur d'une loi, elle a le mérite de contraindre l'entreprise à respecter ses propres engagements puisque non dépourvue de conséquences juridiques et pallie, dans certains États, aux lacunes du législateur local.

---

<sup>979</sup> Bourdon (W), *face aux crimes du marché, quelles armes pour les citoyens ? op-cit*

<sup>980</sup> Ce qui correspond à environ 85 % des investissements à l'étranger ainsi couverts, rapport OCDE 2012

<sup>981</sup> Gouvernance, Droit international et responsabilité sociétale des entreprises, Institut international d'études sociales, op-cit

<sup>982</sup> Trotier(B), « Le contrôle juridique des entreprises multinationales », les Cahiers de droit, vol. 27, n° 2, 1986, p. 419-435

## **Titre 2. La recherche de la responsabilité extraterritoriale de la société mère sur la base de la législation normale**

Les États et les organisations internationales, ne sont plus les seuls sujets du droit international<sup>983</sup>, de fait, le système international ancien, et qui est devenu obsolète était pensé comme une « arène », dont les seuls « gladiateurs » étaient les États<sup>984</sup>, mais aujourd'hui, les « acteurs non étatiques » ont pris une part de plus en plus active dans la vie internationale, pour le meilleur et pour le pire<sup>985</sup>.

Le droit international s'applique désormais directement aux personnes privées, leur conférant des droits et des obligations, notamment en matière de sanctions internationales ou d'incriminations pénales, mais elles peuvent parfois également l'invoquer, sans passer par le filtre étatique (abandonnant le jeu classique de la protection diplomatique) par exemple en matière d'investissements ou de droits de l'homme, bien plus, les personnes privées peuvent « créer » le droit, comme on le voit avec l'adoption de codes de bonne conduite ou d'engagements volontaires de la part des entreprises.

L'application extraterritoriale du droit consiste donc en l'usage par un État de son droit national à des événements ou circonstances ayant eu lieu au delà de ses propres frontières sur le territoire d'un autre état et n'ayant aucune relation avec son territoire. Ce principe est, de fait, controversé et fait l'objet de nombreux discours, sur la manière, et dans quelle mesure, un État, conformément au droit international, peut appliquer sa propre législation à des situations ayant eu lieu en dehors de son territoire<sup>986</sup>.

---

<sup>983</sup> Le colloque du Mans de la Société française pour le droit international, *Le sujet du droit international*, Pedone, 2005.

<sup>984</sup> Badie(B), « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », in *Relations internationales*, P.U.F, 2005, p.100

<sup>985</sup> Decaux(E), *op-cit*

<sup>986</sup> Schachter(O), *International Law in Theory and Practice*, 1991, p. 250 ss

« Il y a extraterritorialité de l'application d'une norme, si tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'État qui l'a émise. L'application d'une norme étant une opération complexe..., il y a bien des façons pour celle-ci d'être extraterritoriale »<sup>987</sup>.

« Lorsqu'il effectue une imputation extraterritoriale au moment de l'application d'une de ses normes, l'État auteur de celle-ci prend en compte des faits ou des situations juridiques extérieurs au territoire pour appliquer sa norme, certes sur son territoire, mais en atteignant malgré tout indirectement des éléments extraterritoriaux. Lorsqu'il cherche à effectuer une application extraterritoriale stricto sensu d'une de ses normes, l'État auteur de celle-ci veut qu'elle produise des effets juridiques directs à l'extérieur du territoire<sup>988</sup> »

Compte tenu de l'égalité souveraine des États, le concept de loi d'application extraterritoriale est ainsi en rapport avec le heurt des souverainetés, se cristallisant à travers la notion de conformité internationale, c'est le cas, lorsqu'une loi d'application extraterritoriale empiète sur les titres de compétences d'autres sujets de droit international ou les méconnaît<sup>989</sup>.

Dans le contexte de la responsabilité des entreprises transnationales se pose le problème de l'application extraterritoriale de la loi, en ce sens qu'elle représente une possibilité de poursuivre les sociétés mères chez elles<sup>990</sup> pour des violations de nature diverses commises en

---

<sup>987</sup> Stern(B), Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale, RQDI 1986.51

<sup>988</sup> B. Stern, Le concept d'extraterritorialité, in colloque de CEDIN (Paris I et Paris X) sur Le phénomène de l'extraterritorialité et la gestion des problèmes qui en résultent, tenu le 5-6 janv. 2004 à Paris sous les auspices de la Commission européenne

<sup>989</sup> Une simple implication de titres de compétence concurrente entre États à gérer la situation présentant l'extranéité n'est cependant pas synonyme de heurts des souverainetés car, contrairement à la compétence d'exécution, « les compétences législatives sont interpénétrables » (Rousseau(C), L'aménagement des compétences en droit international, RGDI publ. 1930.225). N'implique pas le droit international public ou le heurt des souverainetés toute compétence d'édiction extraterritoriale, de même que n'est pas contraire au droit international public, toute compétence d'édiction extraterritoriale, mais cela ne signifie pas que le droit international autorise toute compétence d'édiction extraterritoriale.

<sup>990</sup> Le siège des grandes multinationales est généralement situé en Europe ou en Amérique du Nord

dehors de ses frontières ; ce qui permettrait de tirer profit de leurs systèmes juridiques relativement bien construits et suffisamment rôdés.

En effet, l'apparition d'un pouvoir « transnational », issu des grandes entreprises multinationales fait ombre au droit étatique et souligne au passage, le déclin des souverainetés des états face à l'extranéité des problèmes de droit soulevés par ces entités<sup>991</sup>. L'intérêt du recours à l'extraterritorialité de la loi à ce niveau, réside dans le fait, que le droit international est un droit interétatique, basé sur le principe du respect absolu de la souveraineté des États, aucune nation ne peut prétendre à l'application universelle de son droit, faisant fi de la souveraineté des états<sup>992</sup>. Mais cette procédure n'est néanmoins pas sans faille, elle pose de nombreux problèmes à la fois juridiques et pratiques, dont le principal et le plus complexe, consiste à déterminer à partir de quel moment une situation est localisée sur un territoire donné, alors que les techniques modernes de communications, la structure transnationale de certaines entreprises, la mondialisation économique et financière gommant les frontières<sup>993</sup>.

Aussi, comment un État pourrait-il prétendre imposer sa législation vis-à-vis d'organismes ne relevant pas de ses compétences ou ne faisant pas parti de ses sujets ? De là ressort l'intérêt du recours à l'application de règles extraterritoriales du droit.

Le groupe multinational n'a pas de personnalité juridique, mais les entreprises le composant, sont des personnes morales de droit privé, tout comme les personnes physiques, elles peuvent être des sujets de droit international, même si elles ne sont pas des personnes morales internationales, qualité dont seuls jouissent les états et les organisations internationales.

---

<sup>991</sup> Bouillot(C), *op-cit*

<sup>992</sup> Kramer(L), "more notes on methods and objectives in the conflicts of laws", *Cornell International Law Journal* 1991, pp. 245-278

<sup>993</sup> Ascencio(H), l'extraterritorialité comme instrument, *Travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises*, 10 décembre 2010

Cette absence de personnalité morale ne doit, nonobstant pas, supposer une absence de responsabilité, aussi, on va voir dans ce qui suit, comment est-ce qu'il serait possible de rechercher la responsabilité d'un groupe multinational dans le cadre de la législation internationale dure.

### **Chapitre 1. L'extraterritorialité comme instrument de sanction**

L'apparition d'un pouvoir « transnational », issu des grandes entreprises multinationales fait ombre au droit étatique et souligne au passage le déclin des souverainetés des états face à l'extranéité des problèmes de droit soulevés par les entreprises multinationales<sup>994</sup>, mais là surgit la difficulté que le droit international est un droit interétatique, basé sur le principe du respect absolu de la souveraineté des États, aucune nation ne peut prétendre à l'application universelle de son droit, faisant fi de la souveraineté des états<sup>995</sup>.

Aussi, comment un état pourrait-il imposer sa législation vis-à-vis d'organismes ne relevant pas de ses compétences ou ne faisant pas parti de ses sujets, de là ressort l'intérêt du recours à l'application de règles extraterritoriales du droit.

En effet, il peut s'avérer très périlleux pour l'économie d'un pays ( pays d'accueil), surtout, le fait que cette économie soit dominée par des firmes étrangères fait que , la portée extraterritoriale des politiques voire même la législation du gouvernement du pays d'origine et la protection diplomatique que celui-ci peut accorder à « ses » entreprises, sont autant de défis à la souveraineté de l'État-hôte<sup>996</sup>.

---

<sup>994</sup> Bouillot(C), op-cit

<sup>995</sup> Kramer(L), op-cit

<sup>996</sup> Trotier(B), op-cit

Étant dépourvue de statut juridique et de la personnalité morale<sup>997</sup>, la responsabilité juridique d'une entreprise multinationale fait l'objet de controverses en droit et en économie. Mais du fait de son rôle d'acteur majeur de la mondialisation de l'économie, il s'avère inéluctable d'un point de vue juridique de reconstituer une entreprise « en morceaux »<sup>998</sup>, pour qu'à l'unité économique corresponde une unité juridique.

Il faut dire que l'application extraterritoriale de la loi interne est devenue un phénomène très commun, il ne peut guère en être autrement dans le contexte de « mondialisation » qui est celui des systèmes économiques internationaux, le va-et-vient des échanges et des transferts de toute nature montre que les activités économiques ne peuvent se cantonner dans les limites de la juridiction territoriale d'un seul et même État, ou dans le cadre de l'ordre juridique d'un seul et même État »<sup>999</sup>.

Ainsi, la mondialisation a fait que les pays voient leurs capacités de régulation s'éroder : « ils sont désormais traversés par des flux de tous ordres, qu'ils sont incapables de contrôler, de canaliser et au besoin d'endiguer, le droit étatique perd toute prise directe sur des phénomènes qui se déploient sur une échelle infiniment plus vaste<sup>1000</sup> ».

Effectivement, l'expansion de plusieurs filiales éparpillées dans le monde entier, caractéristique des entreprises multinationales entrave sérieusement la poursuite judiciaire de leur responsabilité en vue de réparer les dommages produits à des pays, communautés,

---

<sup>997</sup> Morin(F) & Morin(M.L) , *La firme et la négociation collective. La question des frontières en économie et en droit*, Mélanges en l'honneur du Président M.Despax, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002, p.497

<sup>998</sup> Lyon-Caen(G), *Que sait-on de plus sur l'entreprise ?* in Mélanges en l'honneur du Président M.Despax, Presses universitaires des sciences sociales , Toulouse, 2002, p.33 et s

<sup>999</sup> Julliard(P) , « L'application extraterritoriale de la loi économique » dans *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du Cedin, n°3

<sup>1000</sup> Chevalier(J), « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », dans E.Loquin, C. Kessedjian , Dijon, 2000, p.45

personnes ou à l'environnement qui résultent de leurs actes illégaux ou pour leurs actions négligentes voire, dolosives parfois.

Pour des raisons pratiques, les filiales des entreprises multinationales élisent domicile en général, dans les pays où elles opèrent ; par conséquent, il leur est appliqué les normes internes du pays en question, il appert pourtant que la plupart des plaintes déposées par les victimes devant les tribunaux des États où sont domiciliés les sociétés-mères se trouvent rejetées, invoquant l'ingérence dans la souveraineté de l'État qui accueille<sup>1001</sup>. Mais les filiales sont en général une partie de l'affaire multinationale, ce ne sont pas toujours elles qui détiennent le plus de capital, encore plus, poursuivre judiciairement une filiale ne l'empêche pas de continuer à exercer ses activités dans le même pays sous une autre dénomination sociale, en créant une autre filiale ou par le biais de l'acquisition d'une entreprise déjà opérationnelle.

Ces acteurs économiques opèrent donc aujourd'hui dans le cadre de règles internationales du commerce, mais ne sont tenus légalement de respecter aucune règle internationale en matière d'environnement, de conditions de travail ou de droits de l'Homme... Cet état de fait laisse donc penser que leurs activités peuvent avoir d'impact négatif sur ces terrains.

De fait, cette carence normative fait que les entreprises transnationales bénéficient d'une quasi impunité, aucune règle ne permettant aujourd'hui, au niveau international, de mettre en jeu leur responsabilité en tant qu'acteur multinational, la personnalité juridique internationale d'un groupe multinational n'étant pas reconnue, chaque entité le composant reste soumise aux droits et obligations existant dans les États sur lesquels elles opèrent, le groupe dans son ensemble échappant à toute règle contraignante globale.

---

<sup>1001</sup> **Entreprises transnationales : sujet de (quel) droit ?, comité pour l'annulation des dettes du tiers monde, <http://www.cadtm.org/Entreprises-transnationales-sujet>**

Aussi, le nouveau contexte économique exige de nouvelles formes de régulation qui passent obligatoirement par des instruments juridiques : « il ne peut y avoir mondialisation des échanges économiques satisfaisante, qu'accompagnée d'une universalisation du droit<sup>1002</sup> », et à ce niveau, l'application extraterritoriale peut être la solution à ces situations générées par le développement économique et technologique.

### **Section 1. L'intérêt de l'extraterritorialité comme instrument de sanction**

En droit international, les entreprises multinationales ne bénéficient pas à l'heure actuelle de la personnalité juridique, elles jouissent de facto d'une immunité qui les protège contre toute mise en cause, mais d'un autre côté, et toujours en droit international, il y a un principe qui énonce que : « ... Chaque fois qu'on viole par action ou omission, un devoir établi dans toute règle de droit international, automatiquement, surgit une responsabilité juridique nouvelle »<sup>1003</sup>.

Il y a donc lieu d'examiner et d'évaluer la cause du recours à des mesures extraterritoriales, leur portée, ainsi que les moyens et l'efficacité de ces mesures.

#### **I. Recours à l'extraterritorialité faute d'une loi régissant les multinationales**

Au regard du droit international, le principe de la territorialité s'avère être l'un des principes les plus universellement reconnus et respectés, en ce qu'il se présente comme un bouclier contre la violation de la souveraineté des États. L'encadrement par le droit international

---

<sup>1002</sup> Frison-Roche(M), « Mondialisation économique et mondialisation juridique », *Le Monde*, déc.1996

<sup>1003</sup> Jiménez de Aréchaga (E), "El Derecho Internacional Contemporáneo". Editorial Tecnos, Madrid, 1980. Pág 310

public des compétences étatiques est principalement fondé sur trois principes : le principe de souveraineté, le principe de non-intervention et le principe de coopération<sup>1004</sup>.

Mais l'absence de réglementation internationale de l'entreprise multinationale impose l'utilisation de moyens dont disposent les législations nationales pour poursuivre la responsabilité des sociétés mères pour des violations de normes commises par leurs filiales opérant dans d'autres pays, principalement dans les pays en développement ou pour réparer les dommages causés par la négligence ou une faute intentionnelle de celles-ci.

Engager la responsabilité d'une entreprise multinationale ne pourra dès lors se faire qu'au niveau national, soit dans le pays d'origine de la société, soit dans son pays hôte.

Dans les pays d'origine des entreprises multinationales, à savoir là où est basée leur maison mère, différents systèmes ont été progressivement utilisés permettant de poursuivre les personnes morales pour leurs exactions, malgré la complexité de leur structure et de leur fonctionnement. Cette évolution est très importante puisque les personnes affectées par les activités de l'entreprise ont une probabilité souvent faible d'obtenir réparation dans leur propre État, pays hôte de l'investissement.

L'exercice de la compétence extraterritoriale ne repose pas seulement sur le lien entre l'État qui entend exercer cette compétence et l'auteur du comportement prohibé, celle-ci peut aussi être fondée sur le lien entre l'État désireux d'exercer cette compétence et l'acte prohibé, plus précisément les conséquences de cet acte<sup>1005</sup>.

L'absence de volonté politique ou de moyens juridiques suffisants des autorités locales des pays d'accueil (absence de législation adéquate, manque d'infrastructures, politisation ou

---

<sup>1004</sup> Ascensio(H), *L'extraterritorialité comme instrument*, Travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises, décembre 2010

<sup>1005</sup> Melchiade Manirabona(A), *La responsabilité pénale des sociétés canadiennes pour les crimes contre l'environnement survenus à l'étranger*, thèse, Université de Montréal, 2009

corruption du système judiciaire, inexistence de l'assistance judiciaire, etc.) due en partie à la pression exercée par l'attrait des investissements étrangers, sont en effet courants en ce domaine.

La compétence pleine et entière qu'a un État sur son territoire et sur toute personne ou objet qui s'y trouve, est une fonction de la souveraineté de l'État, la compétence extraterritoriale est une exception à cette règle. Aussi il s'agit dans un premier temps de comprendre pourquoi on a recours à une mesure extraterritoriale et dans quelle mesure un état a cette prérogative.

## **II. La finalité de l'application extraterritoriale d'une loi**

Le processus de mondialisation a entre autres conséquences, le fait que, les intérêts d'un pays ne sont plus exclusivement confinés à l'intérieur de ses frontières nationales. Aussi, il s'avère de plus en plus nécessaire pour un État d'envisager d'affirmer la compétence de ses lois au-delà de ses frontières et ce, afin de pouvoir réprimer des infractions intégralement commises à l'étranger par une entité nationale. Les tribunaux se voient, de fait, dans l'obligation d'exercer une compétence extraterritoriale.

En vertu de la territorialité des lois, les tribunaux ne sont appelés à juger que les infractions commises sur le territoire national, faisant fi de celles commises à l'étranger. En conséquence, un État sur le territoire duquel une infraction est commise, a la pleine compétence de punir l'auteur de ce crime, sans considération de sa nationalité ou de la nationalité des victimes.

Néanmoins, sauf exception, un État n'est pas compétent pour exercer son autorité sur des actes commis à l'étranger, même si leurs auteurs se trouvent sur son territoire<sup>1006</sup>. Cette règle est valable dans le cas inverse, même si un crime a été commis sur le territoire d'un État, si

---

<sup>1006</sup> La loi française a des dispositions lui conférant le droit de juger les criminels qui se trouvent sur leur territoire, quelle que soit leur nationalité ainsi que celle des victimes, lorsque les crimes commis à l'étranger sont si graves qu'ils sont considérés comme heurtant la conscience humaine. Il s'agit par exemple du crime de génocide, du crime contre l'humanité et des crimes de guerre, etc.

l'accusé ne se trouve plus sur son territoire, cet État ne pourra unilatéralement se permettre d'aller le chercher sur le territoire d'un autre État<sup>1007</sup>. Ceci est principalement motivé par la préoccupation des États de ne pas violer la loi d'autres pays pouvant être à la base d'incidents de nature politique ou diplomatique.

En effet, les lois nationales ne sont pas, en principe, d'application extraterritoriale<sup>1008</sup>, ce qui permet aux entreprises transnationales d'échapper à toute responsabilité devant le juge du siège social pour un dommage extraterritorial, c'est-à-dire un dommage commis à l'étranger par des sociétés de droit étranger, et autonome juridiquement de la société mère et dont les victimes sont à l'étranger. Certes, cette absence de responsabilité a été source de beaucoup de controverses, ce qui a incité beaucoup de pays à œuvrer pour remédier à cette dangereuse défaillance.

Les particuliers ne sont pas la seule cible possible des mesures extraterritoriales, les États peuvent faire des lois concernant leurs entreprises opérant à l'extérieur de leurs frontières<sup>1009</sup>. Les pressions en ce sens ont nettement augmenté depuis quelques années, ce genre de réglementation peut avoir pour objet les obligations d'une multinationale, sa responsabilité civile et pénale, les dommages environnementaux ou d'autres facettes des activités de ces entités.

Le manque de responsabilisation des entreprises ayant des activités dans d'autres pays, principalement dans les pays en développement est un problème qui doit retenir l'attention de la communauté internationale d'une manière urgente, jusqu'ici, l'autoréglementation demeure

---

<sup>1007</sup> La situation est différente s'il existe un traité en matière pénale entre les deux pays, à ce moment il y aurait possibilité de recourir à une extradition

<sup>1008</sup> Le principe de non intervention interdit les actes de contrainte exercés par un état sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier

<sup>1009</sup> Melchiade Manirabona(A),op-cit

le moyen de choix pour contrer ce comportement, malgré les nombreuses critiques qui la jugent insuffisante pour régler les problèmes<sup>1010</sup>.

### **III. La faculté d'un État à produire une réglementation à portée extraterritoriale**

Toute analyse de l'extraterritorialité engage nécessairement la capacité qu'a un État d'exercer son autorité par des moyens qui font intervenir et touchent des personnes, des lieux et des objets situés à l'extérieur de ses frontières. Dans le système judiciaire international, l'État est essentiellement une entité territoriale et chaque État jouit d'une entière compétence et d'un contrôle exclusif sur son territoire<sup>1011</sup>.

Ainsi, tout organe d'un État, qu'il soit législatif, exécutif ou judiciaire, peut affirmer sa compétence à l'extérieur de son territoire. Ce pouvoir extraterritorial peut s'exprimer sous la forme d'une loi qui criminalise un comportement à l'étranger, d'un décret imposant un embargo commercial sur des ports étrangers ou d'une ordonnance d'un tribunal pour la signification d'un acte de procédure à l'étranger<sup>1012</sup>.

Pendant longtemps, la compétence extraterritoriale de l'État est restée plus ou moins controversée<sup>1013</sup>, en effet, la compétence territoriale, c'est la règle, la compétence extraterritoriale est l'exception à cette règle, à elle s'oppose passionnément le « chauvinisme » juridique, qui considère le droit étranger comme une armée d'envahisseurs qu'un juriste patriote doit mettre en fuite<sup>1014</sup>; à cela s'ajoute les divergences d'interprétation de la Cour

---

<sup>1010</sup> Coughlan(S) et alii, « Portée mondiale et emprise locale : l'interprétation de la compétence extraterritoriale à l'ère de la mondialisation », la Commission du droit du Canada, 2006

<sup>1011</sup> Stern (B), Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit. In: Annuaire français de droit international, volume 32, 1986. pp. 7-52.

<sup>1012</sup> Coughlan(S) et alii, op-cit

<sup>1013</sup> Lankarani(L), une autre « loi d'application extraterritoriale » américaine, RTD Eur. 2006 p. 97

<sup>1014</sup> Goldschmidt(W), Système et philosophie du droit international privé, RCDIP 1955 p. 661

permanente de justice , quant à la compétence d'édition, par opposition à la compétence d'exécution ou opérationnelle des États.

La charte des Nations Unies dispose, en ses articles 2.1 et 2.7, que l'Organisation des Nations Unies et ses membres doivent agir conformément aux principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence, ce qui va à l'encontre de l'application extraterritoriale, qui implique de la part d'un État qu'il caractérise et sanctionne unilatéralement une pratique, alors que cette pratique intéresse plus d'un État.

Les principes d'égalité souveraine des États et de non ingérence permettent donc de douter de l'admissibilité de l'application extraterritoriale d'une norme au regard du droit international. Pourtant, force est de constater que lorsque cette question a été soumise à la Cour Internationale de Justice (CIJ), alors Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), dans l'affaire du Lotus<sup>1015</sup>, cette pratique n'a pas été condamnée.

Le droit international concernant l'exercice de leur compétence par les États peut s'exprimer simplement : l'exercice par un État de ses pouvoirs souverains ne peut empiéter sur la souveraineté d'un autre État. Cette hypothèse est plus facile à formuler qu'à appliquer, en effet, si le domaine d'application paraît évident lorsque la situation est délimitée, les hostilités peuvent éclater lorsqu'il y a une concurrence de compétence, là, où deux ou plusieurs États ont le droit d'exercer une certaine compétence sur une question donnée.

---

<sup>1015</sup> CPJI Affaire du Lotus, série A n° 10, 7 septembre 1927, En l'espèce, un paquebot français est entré en collision, en haute mer, avec un vapeur charbonnier turc, causant la mort de huit des ressortissants turcs présents à bord du vapeur-charbonnier. L'officier de quart français a été condamné par une cour criminelle turque du fait d'homicide par imprudence. Contestant la compétence de la Turquie pour connaître de l'affaire, la France a entrepris de nombreuses démarches diplomatiques, jusqu'à ce que les Parties s'accordent pour soumettre le différend à la CPJI. Les deux États ont signé un compromis, le 12 octobre 1926, afin que la Cour statue sur la question de savoir si la Turquie a agi en contradiction avec le droit international public.

Les intérêts d'un pays ne peuvent toujours se situer à l'intérieur de son territoire, il est donc tout à fait légitime que le pouvoir législatif d'un État adopte des lois ayant une portée extraterritoriale. Bien que le parlement puisse se préoccuper des considérations de courtoisie internationale et des dispositions du droit international, ni l'une ni l'autre celle-ci n'est toutefois habilitée à restreindre la compétence législative du parlement. Sur le plan constitutionnel, le Parlement peut adopter des lois qui contreviennent au droit international<sup>1016</sup>.

En effet, le pouvoir de prendre une mesure extraterritoriale que possède un organe de l'État dépend de la Constitution de l'État en question, et des pouvoirs qu'elle accorde ou qu'elle restreint.

À ce niveau, il faut dire que si la capacité de prendre des lois ayant une portée extraterritoriale est un aspect de la souveraineté d'un État, la force d'exécution de ces lois constitue une question distincte. Souvent, les lois ayant une portée extraterritoriale sont adoptées en vue de mettre en œuvre les obligations découlant d'accords internationaux, lesquelles sont assumées à titre d'exercice de la prérogative d'un État en matière d'affaires étrangères. Ainsi, outre l'allégation unilatérale de son autorité extraterritoriale, un pays peut aussi exercer sa compétence à l'étranger sous la forme d'ententes avec d'autres États. Ces ententes peuvent prendre la forme d'ententes bilatérales, d'accords multilatéraux ou d'obligations envers les Nations-Unies<sup>1017</sup>.

En matière de compétence extraterritoriale, outre la distinction entre les moyens par lesquels s'exerce la compétence extraterritoriale dans le cadre des processus, c'est-à-dire est-ce dans

---

<sup>1016</sup> Coughlan(S) et alii, op-cit

<sup>1017</sup> Coughlan(S) et alii, op-cit

un cadre législatif, exécutif ou judiciaire, une distinction s'impose celle, entre la compétence normative et la compétence d'exécution<sup>1018</sup>.

La compétence normative est le pouvoir qu'a un État d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels, c'est-à-dire qu'il peut prétendre « atteindre » des biens, des situations ou des personnes à l'étranger, sauf dans les hypothèses où cet exercice est interdit par le droit international<sup>1019</sup>. La compétence d'exécution, par contre, est le pouvoir que possède un État de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte étatique avec la possibilité d'exceptions reposant sur une règle internationale coutumière ou conventionnelle<sup>1020</sup>.

Il ne fait aucun doute que l'application extraterritoriale du droit pose problème aujourd'hui, la volonté qu'ont les pays d'atteindre les sociétés opérant à l'extérieur de leur territoire est une caractéristique de longue date du droit économique international qui, à ce jour, demeure irrésolue.

Ainsi, dans le cadre du commerce international, l'un des principaux enjeux politiques demeure celui de savoir, qui de l'État d'origine ou de l'État d'accueil va contrôler les entreprises multinationales, les activités multinationales de nombreuses personnes morales peuvent donner lieu à des applications extraterritoriales du droit de leur État de rattachement.

La technique que favorisent les autorités législatives et les tribunaux nationaux consiste à alléguer une extension de la compétence territoriale en raison de l'impact de l'acte infranational extraterritorial sur l'État en question, de là une application de la compétence

---

<sup>1018</sup> Stern (B), op-cit

<sup>1019</sup> Stern (B), op-cit

<sup>1020</sup> Stern (B), op-cit

territoriale objective<sup>1021</sup>. Mais cette action peut paraître un déni de la courtoisie entre gouvernements qui s'avère primordiale au bon fonctionnement des relations internationales.

Pour essayer d'enrayer les possibles tensions internationales qui peuvent en résulter, on a recours en matière de compétence à des critères plus soignés, exigeant que la conduite extraterritoriale des personnes morales ait un impact national important. Nonobstant, et en absence des résultats escomptés, les arrangements à l'amiable sont généralement privilégiés recherchant des solutions axées sur la coopération intergouvernementale<sup>1022</sup>.

Un aspect fondamental de la persistance des problèmes extraterritoriaux réside dans l'inégalité inévitable du pouvoir commercial et la diversité des politiques économiques entre les partenaires commerciaux.

Le recours à la technique de l'extraterritorialité est principalement motivé par l'absence d'une législation internationale uniforme concernant +les multinationales, ceci ressort du fait que les firmes multinationales ne sont prises en charge par le droit international, de là, la difficulté d'établir les liens rassemblant entre les différentes entités du groupe, pouvant aider à repérer la responsabilité de chacune des entités du groupe.

## **Section 2. Problèmes soulevés pour imputer à la société mère les méfaits de ses filiales**

Imputer à la société mère de faits répréhensibles causés par ses filiales au delà des frontières nationales s'avère difficile, la première complication réside dans le fait que le droit national ne peut avoir d'effet au-delà des frontières nationales, et même quand c'est possible, il faudra

---

<sup>1021</sup> Ce principe sera détaillé plus loin

<sup>1022</sup> Coughlan(S)&alii, « Portée mondiale et emprise locale : l'interprétation de la compétence extraterritoriale à l'ère de la mondialisation », op-cit

alors plonger dans les méandres des relations mère-fille pour arriver à repérer les liens unissant celles-ci, pouvant éventuellement incriminer la société mère.

### **I. Le vide juridique quant à l'incrimination de la société mère**

La plupart de ces États ne disposent pas de mécanismes juridiques contraignant les firmes multinationales à répondre d'éventuels méfaits contre l'environnement, les droits de l'Homme... qui sont susceptibles d'être commis sur leurs territoires. Ce vide juridique est une aubaine pour la société mère, qui a ainsi, la possibilité d'éviter les pressions exercées et les comptes à rendre, exigés par certains gouvernements, tout simplement en allant établir leur siège dans un état plus accommodant, ou en tirant profit du flou relatif à leur identité nationale pour déclarer ne pas être soumises aux lois des pays dans lesquels elles opèrent<sup>1023</sup>.

Les États jouissent effectivement d'une liberté absolue de ratifier les conventions internationales adoptées d'une part, et d'autre part de sanctionner ou non leur application, ils sont donc doublement impliqués pour ce qui est de l'efficacité et de l'effectivité du droit international conventionnel.<sup>1024</sup>

En tout état de cause, le droit international est, et n'est que, ce que les États en font, dès lors, l'ineffectivité de ce droit est très largement due à la faillite, la défaillance, l'impuissance, l'inertie, l'incurie ou, au contraire, à l'omnipotence des États<sup>1025</sup>, la plupart, en fait, hésitent à prendre des mesures coercitives, parqu'ils savent qu'elles provoquent le plus souvent une fuite des capitaux<sup>1026</sup>.

---

<sup>1023</sup> **La responsabilité des entreprises multinationales : pour un contrôle de leurs méfaits. Quelles possibilités, initiatives et stratégies juridiques pour la société civile ? Séminaire international consacré à la responsabilité des entreprises et aux droits des travailleurs, op-cit**

<sup>1024</sup> Daugareilh (I), op-cit

<sup>1025</sup> Daugareilh (I), op-cit

<sup>1026</sup> **Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement Nations-Unis, New York et Genève, 2009**

À cela, il faut ajouter les difficultés du fait que les dommages proviennent souvent d'une filiale située dans un pays tiers, tandis que la demande est dirigée ou doit être dirigée contre la société mère basée dans le pays d'origine.

Cela a des effets sur la légitimation passive de la société mère et nécessite plus de preuves pour justifier sa culpabilité ou pour lui attribuer les faits de sa filiale<sup>1027</sup>. C'est donc un véritable défi sur le plan juridique de faire en sorte que la société mère rende des comptes et soit amenée à réparer des dommages résultant de la commission d'infractions par ses filiales, à fortiori si elles ont été commises à l'étranger.

## **II. La société mère échappe à l'emprise du droit national au-delà frontières territoriales**

Considérées comme des personnes morales distinctes, la société mère (sauf les cas de coresponsabilité expressément prévus par le législateur) n'est pas en principe responsable des actes illicites commis par une filiale, même si elle en est la seule actionnaire, à moins que la filiale ne soit considérée comme un simple agent<sup>1028</sup>.

Le juge national est conduit à réaliser trois opérations, la première consistera à examiner sa propre compétence dans le litige, la deuxième le conduira à lever ou à percer le voile des personnes morales distinctes et la troisième à trouver un fondement juridique qui permette d'exiger des entreprises transnationales le respect des droits de l'homme et en cas de violation, de réparer les dommages commis à ce titre. A défaut de loi internationale qui permettra un enchaînement de ces trois opérations, le juge saisi est, pour l'heure, contraint de recourir aux instruments que lui offre son propre droit.

---

<sup>1027</sup> Ceci est une exception au principe de la séparation des patrimoines, il a lieu uniquement lorsque la société mère au moment de l'exercice de son pouvoir de direction a commis une faute de jugement, donnant ainsi lieu à des pertes de la société fille

<sup>1028</sup> pour illustration, voir les théories d'apparence de fiction traitées dans la première partie de cette thèse

Les entreprises transnationales, sujet de droit national, peuvent dans certains systèmes juridiques être responsables sur le plan civil et/ou pénal comme personne morale du respect des normes juridiques nationales vis-à-vis d'autres personnes privées<sup>1029</sup>. Mais, c'est loin d'être le cas dans la plupart des systèmes juridiques.

Par ailleurs, les lois nationales ne sont pas, en principe, d'application extraterritoriale, ce qui permet aux entreprises transnationales d'échapper à toute responsabilité devant le juge du siège social pour un dommage extraterritorial, c'est-à-dire un dommage commis à l'étranger par des sociétés de droit étranger et autonome juridiquement de la société mère et dont les victimes sont à l'étranger. Cette absence de responsabilité est actuellement très discutée et controversée dans les instances internationales et nationales. Dans certains pays, on a essayé de trouver des palliatifs.

Les entreprises transnationales sont donc des personnes morales, sans personnalité juridique sur le plan international et, par conséquent, sans obligation juridique, voire sans morale selon Georges Ripert<sup>1030</sup>. C'est pour cela qu'elles ne sont pas destinataires du droit international conventionnel et qu'elles y échappent. Ultra puissantes, dominant bien des États, elles sont irresponsables sur un plan juridique, sauf lorsque le juge national se prête à une application extraterritoriale de la loi nationale, comme en témoigne la jurisprudence américaine ou comme l'a souhaité le législateur belge.

A défaut de régler ce qui apparaît toujours comme une anomalie juridique criante, des institutions internationales ont, déjà depuis les années soixante dix, recouru à des instruments

---

<sup>1029</sup> C'est le cas en France en vertu de l'art.121-2 du code pénal.

<sup>1030</sup> Ripert(G), aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, Paris, 1995, p.354

de soft law pour mobiliser les entreprises transnationales sur la nécessité d'induire des pratiques respectueuses de l'homme et de son environnement.

### **III. La difficulté de la détermination des liens entre la société mère et la filiale**

L'étude de la réglementation des entreprises multinationales se heurte à plusieurs difficultés qui rend compliqué une approche circonscrite du phénomène ; il est en effet, très compliqué de traiter en même temps les diverses formes d'intervention des multinationales dans les pays d'accueil.

Un problème récurrent lorsque l'on cherche à établir la responsabilité de la société mère dans un pays autre que celui dans lequel elle opère effectivement, réside dans la manière dont ces entités organisent l'internationalisation de leurs activités. D'un point de vue juridique, une telle internationalisation peut s'opérer de trois manières<sup>1031</sup> :

- le groupe multinational peut être directement présent dans le pays d'accueil, en établissant une branche d'activité ou un siège dans ce pays, c'est une prolongation de l'activité elle-même au-delà des frontières. Dans ce cas de figure, aucune difficulté particulière n'est soulevée quant à l'imputabilité de l'acte délictueux et sa sanction. La législation est assez claire à ce niveau, les actions ou omissions de la société-mère, qu'elles se passent sur le territoire de l'État d'origine (la plupart du temps, c'est là où elle a son siège social ou lieu principal d'activité) ou sur le territoire de l'État accueillant ses activités, sont considérées comme les siennes propres. L'application de la législation de l'État d'origine à de tels actes n'est donc pas problématique.

---

<sup>1031</sup> Wladimir(A), « La déterritorialisation des multinationales : firmes globales et firmes-réseaux », *Cultures & Conflits*, 21-22, printemps-été 1996, URL : <http://conflits.revues.org/159>

- Le groupe multinational peut procéder différemment, et décider de créer une entité juridiquement séparée, soumise à la législation du pays d'accueil, mais qu'elle contrôle, par exemple en détenant la majorité de ses actions ou en nommant les gérants de la filiale. Une relation société mère-filiale est par là établie, qui peut prendre diverses formes et peut mener à un contrôle plus ou moins strict exercé par la société mère. Ainsi des États d'origine, comme les États-Unis, ont-ils conféré à certaines de leurs législations domestiques un caractère extraterritorial visant à influencer sur les activités des filiales à l'étranger<sup>1032</sup>.

- la société peut développer des relations contractuelles avec des partenaires locaux. L'entreprise multinationale n'investissent pas directement dans le pays d'accueil, mais fait appel à des sous-traitants qui ont leurs sites de production dans les pays d'accueil, en effet, l'entreprise multinationale peut externaliser des opérations de production à la fois, hors de la firme et de ses filiales étrangères, et hors de son territoire d'origine, dans le cadre de la sous-traitance internationale<sup>1033</sup>. A ce niveau, il faut dire que l'imputabilité à la société mère de l'entreprise multinationale, des violations commises par une filiale à l'étranger ou une autre entité active dans le cadre de sa chaîne d'approvisionnement, est certainement l'une des questions juridiques les plus complexes que soulève l'action en responsabilité à l'encontre d'une entreprise multinationale. Mais on s'attardera plutôt sur le 1<sup>er</sup> cas de figure suscité, à savoir l'imputabilité à la société mère des violations commises par une filiale à l'étranger, qui l'objet de notre recherche.

---

<sup>1032</sup> Black(R), Alii, *Multinational in contention : Responses at governmental and International levels, United States, Conference Board Report N° 749, 1978, p. 68-85*, cité par « *Le contrôle juridique des entreprises multinationales* », Benoît Trotier, les Cahiers de droit, vol. 27, n° 2, 1986, p. 419-435, <http://id.erudit.org/iderudit/042748ar>

<sup>1033</sup> Wladimir(A), « *La déterritorialisation des multinationales : firmes globales et firmes-réseaux* », op-cit, pour l'auteur « ...une relation de sous-traitance existe quand une entreprise (sous-traitant) intervient pour le compte d'une autre entreprise (donneur d'ordre) dans le processus d'élaboration et de réalisation de l'un de ses produits spécifiques ; elle est internationale lorsque les deux partenaires sont localisés dans des pays différents ».

## **Chapitre 2. La responsabilité extraterritoriale de la société mère du fait de ses filiales**

Rechercher la responsabilité de la société mère au niveau international est très complexe, du fait de la difficulté de la détermination du lien entre la société mère et l'acte répréhensible commis. En effet, comment pourrait-on imputer à la société mère, un fait délictuel ayant été commis dans une autre partie du monde, sachant qu'une société, en l'occurrence, la société mère n'a pas la possibilité d'être présente sur plusieurs endroits à la fois.

À l'occasion, il est possible, voire nécessaire de recourir aux instruments offerts par le droit international, qui n'interdit pas l'exercice d'une compétence normative extraterritoriale à l'égard de certaines personnes, de certains biens et actes situés hors du territoire<sup>1034</sup>.

En effet, si le principe demeure l'égalité souveraine des États, avec à la base un ordre conséquemment décentralisé<sup>1035</sup>, le droit international a toujours davantage traduit une logique de coordination qu'une logique de subordination dans la production et l'application du droit<sup>1036</sup>. À cet égard, il laisse aux États une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives, pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. C'est d'ailleurs cette liberté, que le droit international laisse aux États, qui explique la variété des règles qu'ils ont pu adopter sans opposition ou réclamation de la part des autres États.

Ainsi, des actions entre États ont lieu, de manière à permettre à ceux dont les intérêts sont en cause, d'agir, en surmontant les difficultés liées aux frontières, tout en respectant la souveraineté des autres États. La question n'est donc plus celle de savoir sur quels critères se fondent les États pour revendiquer une compétence extraterritoriale, mais plutôt comment venir à bout des conflits résultant de l'application extraterritoriale.

---

<sup>1034</sup> Stern(B), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire Français de Droit International*, 1986, p. 19

<sup>1035</sup> I.Duplessis, *Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international*, op-cit

<sup>1036</sup> I.Duplessis, *Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international*, op-cit

Contrairement au commerce et aux finances, où des accords internationaux existent depuis la deuxième guerre mondiale, l'expansion des entreprises multinationales a eu lieu dans un vide réglementaire<sup>1037</sup>.

Au niveau international, la question de la responsabilité juridique des entreprises transnationales pour leur participation à des violations dans le domaine de l'environnement, des droits de l'homme entre autres, est encore à un stade larvaire. Il n'existe pas encore un corps de règles universel, qui serait directement contraignant pour ces entreprises, le principe de territorialité est de fait, un obstacle à la construction d'un modèle international de la responsabilité de l'entreprise.

De ce fait, une approche multilatérale et extraterritoriale est préconisée parqu'elle offre par exemple, l'avantage de pouvoir résoudre les conflits sur le traitement des entreprises multinationales devant des juridictions différentes, en effet, la responsabilité pour faits illicites existe, au sein de tout ordre juridique<sup>1038</sup>. Cette approche est surtout utile quand les groupes multinationaux ont affaire à des obligations contradictoires émanant du pays d'origine et du pays hôte, par exemple dans le cas du problème de l'extra-territorialité<sup>1039</sup>.

L'extraterritorialité normative présente beaucoup d'avantages, toutefois sa mise en œuvre peut être compliquée par des conditions procédurales ou de fond, ces difficultés sont palpables en cherchant la responsabilité d'une société mère pour les actes de ses filiales à l'étranger, que ça soit d'un point de vue civil, pénal ou environnemental.

---

<sup>1037</sup> Van den Bulcke(D), *Entreprises multinationales et pays en voie de développement : vers une déréglementation ?* In : *Tiers- Monde*. 1988, tome 29 n°113. pp. 27-51

<sup>1038</sup> Troisième rapport de la CDI (Ago), p. 216, Anzilotti D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale. Partie prima : il problema della responsabilità di diritto internazionale*, pp. 25 et 62, Anzilotti (D), *Cours de droit international*, Editions Pantheon-Assas, L.G.D.J., 1999, p. 467 «l'existence d'un ordre juridique international postule que les sujets auxquels sont imposés des devoirs doivent également répondre de l'inaccomplissement de ces devoirs»

<sup>1039</sup> Van den Bulcke(D), *Entreprises multinationales et pays en voie de développement : vers une déréglementation ?*, op-cit

### **Section 1. Responsabilité civile extraterritoriale de la société mère**

Comme ça a été vu dans la première partie de cette thèse, pour engager la responsabilité civile de n'importe quelle personne (physique ou morale), la triptyque du dommage, fait générateur et liens de causalité s'impose. Il est donc évident que la responsabilité civile de la société mère n'entre en ligne de compte, que si l'on réussit à apporter la preuve que les préjudices subis ont effectivement été causés par les actes de la société mère ou l'une de ses sociétés contrôlées.

Les questions qui se posent alors sont multiples :

- Comment faire porter le chapeau à la société mère qui a une identité juridique différente de sa filiale opérant sur un autre territoire ?
- Comment demander des comptes à cette société mère pour les dommages résultant d'une activité qui est réputée illicite et sanctionnée par le droit international ou national mais que la loi nationale du pays d'accueil n'interdirait pas ?
- Et au cas où les faits seraient sanctionnés dans le pays d'accueil, quelle est la loi qui serait applicable et devant quelle juridiction ?

Il s'agit en fait de voir quelles sont les mécanismes juridiques actuels pouvant attirer une entreprise multinationale devant un juge civil national et international, et à ce niveau, le dispositif américain de l'ATCA<sup>1040</sup> peut s'avérer très intéressant.

#### **I. La responsabilisation de la société mère devant les juridictions internationales**

Opérant, par définition, au-delà des frontières, les entreprises transnationales ont longtemps été considérées comme dépassant les capacités de réglementation de tout système étatique. Sur le plan international, leur nature d'acteurs non étatiques ne permettait pas non plus de trouver un régime juridique directement contraignant pour ces entreprises.

---

<sup>1040</sup> Alien Tort Claims Act, ce mécanisme sera détaillé plus loin

Puisque les activités de la firme internationale dépassent la compétence d'un seul pays à la fois, en ce cas, il y a lieu d'envisager, voire d'imposer que pareilles firmes soient assujetties à un contrôle international.

Le problème d'une réglementation internationale des entreprises multinationales est en effet compliqué, s'il est clair, Sur la base d'accords internationaux<sup>1041</sup>, quels sont les droits et les obligations, que les entreprises sont censées respecter, les États montrent souvent peu de bonne volonté à mettre ces droits en application, la question est de savoir si l'on peut rendre les entreprises directement responsables de leur mise en application.

Les traités internationaux pour responsabilité civile privée connus, abordent surtout la responsabilité pour risques spécifiques d'activités bien déterminées, et même ainsi, il ya une faible ratification des pays, ce qui entrave l'entrée en vigueur de la majorité de ces traités<sup>1042</sup>.

Il serait possible juridiquement d'établir la responsabilité civile de la société mère d'une entreprise multinationale qui contrôle une filiale dont les actes ont provoqués de manière négligente, dolosive un dommage à des personnes communautés ou pays. La difficulté réside dans le fait d'établir, si les tribunaux du pays où est enregistrée la société mère sont compétents pour poursuivre la responsabilité de cette société du fait de ses filiales qui sont domiciliées ou qui opèrent dans d'autres pays.

---

<sup>1041</sup> Les recommandations de l'OCDE, l'OIT et le pacte mondial exposées auparavant

<sup>1042</sup> Certains des traités de responsabilité civile les plus connues sont la Convention internationale sur responsabilité pour les dommages causés par la pollution des mers par les hydrocarbures (1969), la Convention internationale sur la création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (1971), à la fois modifié et remplacé par les protocoles de 1992, la Convention de Lugano sur la responsabilité civile pour les dommages causés par des activités dangereuses pour l'environnement (1993, pas encore en vigueur), la Convention Sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport maritime de substances nocives et potentiellement dangereuses (1996, pas encore en vigueur), au Protocole de Bâle Sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages résultant de mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (1999, pas encore en vigueur) et la Convention internationale responsabilité civile pour les dommages causés par la pollution pétrolière dans l'entrepôt (2001, pas encore en vigueur)

L'option qui serait la plus efficace, est celle d'attirer en justice la société mère, du fait qu'elle détient le contrôle de toutes les filiales et celle qui concentre la partie la plus importante de l'entreprise multinationale.

Est-il possible d'imputer à une société mère les actions que peuvent avoir effectués ses filiales, domiciliées dans des pays étrangers ? Ça serait en fait possible, en ayant recours à la technique juridique de la levée du voile social, qui permet d'imputer à une société mère les conséquences des décisions qu'elle a prises via ses filiales dans différents pays.

Cette technique permet aux tribunaux d'attribuer les conséquences juridiques des actes effectués par les filiales de la société mère qui dirige la volonté de celles-ci, en lui attribuant directement par l'activité réalisée. La levée du voile social est appliquée par les tribunaux depuis des années, et a déjà mis en pratique à l'échelle internationale, en imputant à des sociétés domiciliées dans des pays étrangers des obligations décrétées par des tribunaux d'autres pays<sup>1043</sup>.

En outre, dans certains pays développés où sont domiciliés la plupart des sociétés mères, les lois internes reconnaissent la compétence directe des juridictions nationales de poursuivre les sociétés mères pour les transactions faites par leurs filiales dans d'autres pays causant des dommages à l'environnement, de la santé ou les droits humains<sup>1044</sup>.

Avant de pouvoir rechercher toute responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale, il faut commencer par repérer la nature des liens unissant ces deux entités, et qui pourraient, éventuellement donner lieu à la mise en jeu d'une quelconque responsabilité de la société mère.

---

<sup>1043</sup> La Cour de justice des Communautés européennes a jugé en 1973 que les amendes pour violations d'appliquer les règles de concurrence devraient être étendues à une filiale de la société mère si elle était domicilié dans un autre pays de l'UE (Cité dans Teitelbaum A. b. cité, p. 154).

<sup>1044</sup> 85% des sociétés mères dans le monde sont domiciliées dans l'Union Européenne, États-Unis et au Japon. (Voir CNUCED, World Investment Report 1996)

Bien que beaucoup de gouvernements nationaux aient montré beaucoup d'enthousiasme quand à la régulation des activités des entreprises multinationales, peu de volonté réelle de céder le pouvoir nécessaire aux organisations internationales s'est manifestée dans les faits, surtout dans les pays d'origine des multinationales. On devient aussi conscient du fait que, pour arriver à un code obligatoire, il faut obtenir la ratification d'un grand nombre de pays et qu'un tel processus est extrêmement complexe et long<sup>1045</sup>.

Dans quelle mesure, ces aspects peuvent-ils être réglementés par une législation nationale, voire internationale ? L'imputabilité à la société mère des actes délictueux commis par une filiale étrangère est certainement l'une des questions juridiques les plus complexes que soulève l'action en responsabilité civile à l'encontre d'une entreprise multinationale.

Deux hypothèses sont alors envisageables : la participation directe et indirecte de la société mère à l'acte à l'origine du dommage.

### **1. Responsabilité de la société mère pour participation direct à l'acte à l'origine du dommage**

La société mère de l'entreprise multinationale peut causer un dommage ou y participer directement :

- par action (elle prend part à la décision à l'origine dudit dommage) ;
- ou par omission (informée de la décision, elle omet d'agir alors qu'elle était en mesure de l'empêcher).

---

<sup>1045</sup> Van den Bulcke(D), *Entreprises multinationales et pays en voie de développement : vers une déréglementation ?*, op-cit

Dans ces cas, sa responsabilité relève des concepts juridiques classiques de la responsabilité directe, voire des responsabilités conjointe ou solidaire, si elle a agi conjointement avec une autre personne morale, filiale, sous-traitant ou autre fournisseur.

Juridiquement, ce cas de figure ne pose pas problème. Le problème est avant tout factuel : il est difficile d'apporter la preuve qu'une société mère a causé le dommage ou a directement participé aux faits litigieux.

Il en va de même lorsque l'entité à l'origine de la violation est une succursale, un bureau ou une agence. Puisqu'ils ne disposent pas d'une personnalité juridique propre, les violations qu'ils commettent sont imputables à l'entreprise dont ils dépendent juridiquement, et ce, même si leurs activités commerciales se déploient à l'étranger. En pratique cependant, il est rare, les banques exceptées, qu'une société exerce directement ses activités à l'étranger. De manière plutôt constante, les entreprises multinationales exercent leurs activités à l'étranger par l'intermédiaire de sociétés possédant une personnalité juridique distincte.

## **2. Responsabilité de la société mère pour participation indirecte à l'acte à l'origine du dommage**

Les sociétés mères ont tendance à opposer que les actes répréhensibles sont ceux de leurs filiales, afin que les juridictions se déclarent incompétentes pour traiter une affaire. Cette notion a d'ailleurs servi souvent d'isolant aux actionnaires et aux dirigeants d'entreprises pour se dissimuler derrière une personne morale afin de commettre des actes répréhensibles sans être inquiétés.

Ainsi, lorsque le lien entre la société mère et l'acte à l'origine du dommage n'est qu'indirect, le principe de la personnalité juridique des personnes morales inhérent au droit des sociétés rend difficile l'imposition à la société mère de l'entreprise multinationale d'une responsabilité pour les actes d'une filiale.

Ces entités, bien que reliées à la société tête de file par des liens capitalistiques (filiale) bénéficient d'une personnalité juridique propre et sont donc légalement responsables des actes qu'elles posent.

La solution presque unanimement adoptée par la jurisprudence en matière délictuelle, repose dans la levée du voile de la personnalité morale, en mettant à jour, l'intrusion de la part de la mère dans les affaires de sa filiale, qui d'ailleurs, peut être de nature diverse, contractuelle ,extracontractuelle ,voire une émanation de la filiale puisque celle-ci n'existe tout simplement pas , mais cette démarche peut s'avérer besogneuse ,puisque qu'elle exige fréquemment des preuves qui sont parfois difficiles à fournir<sup>1046</sup> . Identifier le rôle de la société mère est d'autant plus crucial, lorsque les avoirs de la filiale sont insuffisants pour dédommager les victimes.

En créant des entités juridiques distinctes, la société mère organise ses rapports avec les différentes entités du groupe d'une manière qui lui permette d'échapper à sa responsabilité juridique du fait de sa responsabilité limitée. Pourtant une entreprise multinationale méconnaît fréquemment la personnalité juridique d'une autre entreprise, et surtout, délègue à d'autres des activités dont elle sait pertinemment, ou à tout le moins ne peut ignorer, les conditions dans lesquelles elles sont exercées.

Il ne s'agit pas d'écarter l'écran de la personnalité morale, mais d'utiliser la voie du devoir de conseil de la société-mère à l'égard de sa filiale<sup>1047</sup> , en ce qui concerne les précautions à prendre, que ça soit directement par elle ou par le biais de ses filiales. Ainsi, deux cas de figure sont possibles :

---

<sup>1046</sup> Muir Watt(H), De la responsabilité d'une société mère en matière de santé et de sécurité des salariés de ses filiales, RCDIP 2013,P. 632

<sup>1047</sup> D'après John Ruggie, représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, les activités de l'entreprise sont « ce qu'elle fait comme ce qu'elle omet de faire » et ses relations commerciales sont ses « relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux », « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme »,Principe directeur 13.

Ou bien la société mère a signé des contrats avec sa filiale ou donné des directives concernant l'activité qui a causé le dommage, ou bien le dommage est survenu sur le territoire d'un autre État, en raison d'activités autonomes de la filiale qui ne dépendent d'aucune directive, ni d'aucune injonction ou obligation juridique imposée par la société mère.

Dans le premier cas, la responsabilité de la société mère peut être établie selon les règles juridiques de la responsabilité contractuelle. Dans le cas contraire, se pose les questions délicates de la fictivité et de l'apparence entre société mère et la filiale. Si la société mère possède une large majorité ou la totalité du capital de la société, c'est elle qui élit le conseil d'administration et la direction et définit la politique de la filiale, elle a un pouvoir tel sur son activité que sa responsabilité pourrait être construite sur la base du fait que la mère/fille ne font en réalité qu'une seule et même personne au regard de certaines obligations.

### **3. Limites à la responsabilisation de la société mère**

Imputer une société mère pour les mauvaises actions de sa filiale, relève du parcours du combattant, en effet, au vide juridique compliquant le déclenchement d'un procès, s'ajoute le fait que les multinationales les plus puissantes sont de loin les moins vulnérables, aussi bien d'un point de vue économique que juridique, au point qu'elles arrivent à soutirer l'appui de l'État national ou d'origine, comme ce fut le cas dans l'affaire Total devant les tribunaux américains en 1996, pour mauvais traitements contre des villageois birman<sup>1048</sup>.

---

<sup>1048</sup> Maziau(N), la responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme, Recueil Dalloz 2013 p. 1081

Le gouvernement français, a ainsi, introduit une requête « amicus curiae »<sup>1049</sup> en faveur de la société total, invoquant des arguments juridiques et non juridiques<sup>1050</sup>, et qui ont fini par convaincre les tribunaux américains et blanchir la multinationale Total.

Cette action de la France donne à penser , en effet, Si l'État français a défendu devant un État étranger, les exactions de Total, tout en connaissant l'ampleur des dégâts produits, privilégiant de la sorte des intérêts économiques sur tout autre chose, il serait difficile de penser ou d'espérer qu'il va faire des lois qui pourraient déranger ces mêmes intérêts.

Par ailleurs, la règle de forum non conveniens ne fait que compliquer les choses, en effet, les requérants recherchent, et optent souvent pour un système judiciaire qui soit généralement favorable à leurs intérêts<sup>1051</sup>, et ce, au mépris possible de la saisine du juge normalement compétent<sup>1052</sup>(qui peut être celui de la société mère) , ceci est principalement dû à des raisons

---

<sup>1049</sup> l'expression latine *amicus curiae* est une «notion de droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de fait ou de droit», J. Salmon, dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, pp. 62-63

<sup>1050</sup> Pour G. Cohen-Jonathan, l'*amicus curiae* « ...est le privilège accordé à un État national et qui est un vestige de la protection diplomatique... », Convention européenne des droits de l'homme, caractères généraux, système international de contrôle, Jurisclasseur Europe, 2001, Fascicule 6500 à 6510, n° 69

<sup>1051</sup> Une action collective a été engagée le 18 juillet 2002 devant le tribunal de New York (USA) par les actionnaires de la société Vivendi ayant acquis ou cédé des actions Vivendi entre 2000 et 2002, au motif que cette société, aurait violé les règles du droit boursier américain et dissimulé au marché, durant cette période, la réalité de sa situation financière, leur causant un important préjudice. Le groupe vivendi qui avait interpellé la justice française sur le caractère abusif de l'action a été rebuté par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 28 avril 2010, puisque le règlement Bruxelles I autorise notamment la saisine des juridictions du lieu de la réalisation du dommage ou de la production du fait générateur. Elle rejette ainsi le moyen tiré de l'incompétence du juge américain au motif que les requérants seraient français et que la société attaquée aurait son siège en France.

<sup>1052</sup> Cohen(D), Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, Recueil Dalloz 2010, p. 975

financières<sup>1053</sup>, à la recevabilité ou facilité d'action, et absence de coût du procès jusqu'au résultat final s'il est positif<sup>1054</sup>.

Cette règle, représente l'affirmation du pouvoir discrétionnaire qui est reconnu aux juges, principalement dans les pays de Common Law, de ne pas exercer leur compétence internationale à l'égard d'un litige qui relève pourtant de leur pouvoir juridictionnel, leur permettant, ainsi, de rejeter les demandes des victimes étrangères, dès lors qu'ils estiment qu'il serait plus opportun qu'il soit tranché par un for étranger également compétent<sup>1055</sup>. La mondialisation des échanges risque d'instaurer « un supermarché mondial de la justice »<sup>1056</sup> et tous ses travers<sup>1057</sup>.

## **II. La responsabilisation de la société mère devant les juridictions nationales**

Sur la compétence internationale directe des tribunaux nationaux, de manière générale, le droit français tend à transposer aux situations internationales, les règles internes de compétence territoriale pour déterminer si le juge français est compétent pour connaître d'un litige international, et ce, depuis l'arrêt Pelassa<sup>1058</sup> et Scheff<sup>1059</sup>. La globalisation de l'économie et le développement du démembrement des entreprises, pose le problème de connaître les instances de régulation compétentes comprises la réglementation nationale pour trancher sur des litiges ayant eu lieu en tout ou en partie sur un État étranger.

---

<sup>1053</sup> Beaucoup d'actions sont introduites devant les juridictions américaines sans présenter aucun lien avec les États-Unis, la véritable raison d'être d'une telle action résidant dans l'espoir de bénéficier de la générosité des juridictions américaines en matière d'allocation de dommages et intérêts, la théorie du forum conveniens dans les pays du common law, Petites affiches, 18 septembre 2006, n° 186

<sup>1054</sup> Cohen(D), Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, op-cit

<sup>1055</sup> Blair(P), The doctrine of forum non Conveniens in Anglo-American Law, Columbia Law Review, 29, colum.L.Rev.1(1929)

<sup>1056</sup> de Vareilles-Sommières(P), le forum shopping devant les juridictions françaises, Trav. Com. fr. DIP 1998-2000, p. 49 s., spéc. p. 51 et note 10

<sup>1057</sup> Cohen(D), Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, op-cit

<sup>1058</sup> Cass.civ, 1ère Chambre, 19 octobre 1959, Revue Dalloz, 1960, p. 37

<sup>1059</sup> Cass.civ, 1ère Chambre, 30 octobre 1962, Revue Dalloz, 1963, p.109, note Holleaux

## **1. Compétence des juridictions nationales**

En l'absence de législation ayant une portée extraterritoriale explicite en la matière, les juges nationaux sont tenus de se référer au droit existant et de proposer une nouvelle approche d'interprétation et d'adaptation des normes nationales pouvant suivre et prendre en compte les préoccupations et les valeurs essentiels de notre temps comme les droits de l'Homme, la protection de l'environnement ...

### **1.1. Principe de compétence des juridictions nationales**

La compétence des juridictions nationales est circonscrite par le concept impliquant territorialité et nationalité comme critères de base pour toute saisine de juridiction. Ainsi, en dehors de ce principe, les tribunaux nationaux se retrouvent normalement impotents pour chercher la responsabilité de n'importe quelle entité, et à l'occasion, celle de la société mère d'entreprises, qui opèrent au niveau international, et c'est le cas pour la loi française<sup>1060</sup> ne permet pas d'engager une telle action à l'encontre d'une personne morale pour des faits à propos desquels le lien de rattachement avec la France est inexistant<sup>1061</sup>.

En effet, l'article 42, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure civile dispose que « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur », l'alinéa 3 prévoyant que « si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger ».

---

<sup>1060</sup> Dans certains cas, des conventions internationales imposent à l'État d'établir la responsabilité pénale ou civile des personnes morales : Convention de Paris du 17 décembre 1997 sur la corruption, Convention de New York du 10 janv. 2000 sur le financement du terrorisme, Convention de New York du 15 novembre 2000 sur le financement de la criminalité transnationale organisée

<sup>1061</sup> La France ne reconnaît la compétence universelle de ses tribunaux, au civil comme au pénal, que dans la limite où un élément rattache l'affaire à la France : ainsi par exemple, au pénal, la présence de la personne accusée sur le territoire français ; cass.crim, 23 octobre, 2002, n° 02-85.379, Bull. crim. N° 195

En outre, l'article 46 du même code permet au demandeur en matière délictuelle de « saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : « (...) la juridiction du lieu du fait dommageable<sup>1062</sup> ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi »<sup>1063</sup>. Par ailleurs, si l'article 42, alinéa 2 du code de procédure civile dispose qu'en cas de plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux, les juridictions françaises sont incompétentes pour statuer sur une action civile initiée par des demandeurs étrangers pour des faits commis à l'étranger lorsque ne subsiste dans la cause que des défendeurs étrangers<sup>1064</sup>.

En outre, la charge de la preuve en ce qui concerne les faits revendiqués se trouve à la charge du demandeur, celui-ci est, en effet, tenu de présenter et prouver tous les faits qui justifient sa demande, ce qui est en soi, est une barrière presque insurmontable, car il est extrêmement difficile d'obtenir des informations ou de présenter des faits, sur l'organisation et le processus de prise de décision au sein des entreprises multinationales, souvent complexes, qui ont abouti à la commission d'infractions.

Par ailleurs, même avec des preuves à l'appui, le problème qui se pose, est que dans beaucoup de cas, le coût du dépôt d'une poursuite civile est très élevé, d'où le risque que le coût d'une procédure civile devient assez lourd pour le demandeur. C'est pourquoi, beaucoup de plaintes sont déposées devant les juridictions américaines, où il ya possibilité de recourir à la règle du contingency fees, technique très courante aux États-Unis, mais interdite en France, qui consiste à ce que les avocats proposent de proportionner leur rémunération à l'avantage qu'ils

---

<sup>1062</sup> Principe également posé par la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

<sup>1063</sup> Cass.civ. 1re, 8 février 1983, n° 81-14.573, Bull civ. I, n° 51

<sup>1064</sup> Cass.civ. 1re, 5 décembre 2012, n° 11-18.169, D. 2012. 2974

obtiendront pour leur client. Par conséquent, si le procès est perdu, l'avocat ne sera pas payé<sup>1065</sup>.

Le tribunal national reste, toujours compétent à raison du lieu pour connaître du litige. A cet égard, les tribunaux de l'État hôte de l'entreprise sont généralement compétents, mais, comme l'État d'accueil a souvent joué un rôle<sup>1066</sup> dans les violations, il a rarement la volonté d'agir. La seule juridiction vers laquelle les victimes peuvent se tourner afin d'obtenir une réparation sera ainsi souvent, celle de l'État où la société est constituée.

A ce niveau, il faut dire que les pays d'origine jouissent d'une position avantageuse sur le plan juridique, que leur octroie leur pouvoir de coercition sur la société-mère par la voie de leurs législations nationales, puisqu'elles peuvent les soumettre au respect des prescriptions édictées, et les contraindre de modifier leur comportement dans le sens désiré. Mais « le danger » ne disparaît pas car la société mère tente souvent d'utiliser les autres sociétés du groupe pour contourner les restrictions et prohibitions dont elle fait l'objet<sup>1067</sup>. Aussi, des États d'origine, notamment les États-Unis, ont-ils conféré à certaines de leurs législations domestiques un caractère extraterritorial, visant à influencer sur les activités des filiales à l'étranger<sup>1068</sup>.

De fait, les personnes affectées par les activités de l'entreprise multinationale ont une probabilité souvent faible d'obtenir réparation dans leur propre État, pays hôte de l'investissement. L'absence de volonté politique ou de moyens juridiques suffisants des

---

<sup>1065</sup> En France, cette règle est plus connue sous le nom d'honoraire de résultat ou de pacte de quota litis. Voir sur la question, Martin(R), *Déontologie de l'avocat*, Litec, 1995, p. 193 et s.

<sup>1066</sup> Ce rôle peut-être actif par une intervention direction ou passif par omission ou inaction pour contrôler les actions des multinationales

<sup>1067</sup> Trotier(B), « Le contrôle juridique des entreprises multinationales », op-cit

<sup>1068</sup> Pour un survol des politiques américaines face aux multinationales et des agences gouvernementales responsables de leur application, voir R. Black & alii, *Multinational in contention : Responses at governmental and International levels*, op-cit

autorités locales (absence de législation adéquate, manque d'infrastructures, politisation ou corruption du système judiciaire, inexistence de l'assistance judiciaire, etc.) due en partie à la pression exercée par l'attrait des investissements étrangers sont, en effet, courants en ce domaine.

Mais compte tenu de l'impossibilité d'assigner pour l'heure une entreprise multinationale par-devant une quelconque instance internationale, les juridictions nationales, tant civiles que pénales, ont un rôle central à jouer pour lutter contre les comportements « malhonnêtes » d'une entreprise multinationale.

L'État d'origine d'une entreprise multinationale éprouve encore aujourd'hui des difficultés à appréhender les mauvaises pratiques perpétrées par une filiale d'une entreprise multinationale à l'étranger. En effet, même si de nombreux États reconnaissent la notion de responsabilité des personnes morales, les notions d'autonomie juridique et l'extraterritorialité qui caractérisent le modus operandi des entreprises multinationales, à travers des dizaines d'entités distinctes soumises à des statuts juridiques différents, génèrent d'importantes difficultés en pratique pour mettre en œuvre la batterie normative existante<sup>1069</sup>.

Ainsi, si une relation juridique est née et a accompli des effets à l'étranger sans aucun point de contact avec le for. Si par la suite, le juge du for a à connaître de cette question, devra-t-il évincer sa règle de conflit et retenir celle du pays étranger ayant avec la situation litigieuse les liens les plus étroits ?<sup>1070</sup>.

---

<sup>1069</sup> Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : Un statut juridique en mutation, Queinnec(Y), juin 2007, [www.asso-sherpa.org](http://www.asso-sherpa.org)

<sup>1070</sup> Meyzeaud-Garaud(M.C), droit international privé, op-cit

## **1.2. Exceptions à la compétence nationale**

Le système juridique de chaque pays reflète les valeurs de sa société<sup>1071</sup>, en conséquence, les lois nationales et la structure des systèmes judiciaires nationaux varient considérablement d'un pays à l'autre, et on peut se heurter à des intérêts normatifs différents entre les pays, susceptibles de participer au « conflit de lois »<sup>1072</sup>. De nombreux types de situations juridiques, en l'occurrence, les transactions commerciales, ne se limitent pas à un seul pays ou même à une seule juridiction d'un pays. Les tribunaux de chaque pays concerné peuvent prétendre être compétent en la matière, et les lois de chaque pays concerné, peuvent être applicables dans certaines circonstances.

Les méthodes de résolution des conflits de lois, se caractérisent par le penchant à aller au devant de la loi étrangère<sup>1073</sup>, cela se produit, lorsque l'État et ses institutions entendent profiter du procès international pour étendre le champ de valeurs qui leur sont propres. La prévalence accordée à la loi du for peut alors être le résultat de nombreux procédés qui parsèment le régime de la résolution des conflits de lois<sup>1074</sup>.

L'œuvre doctrinale en matière de conflit de lois, semble donc des plus paradoxale<sup>1075</sup>, elle privilégie d'un côté l'égalité de la loi du for et de la loi étrangère au sein du conflit de lois (en accordant notamment une importance considérable à cette problématique du droit international privé), tandis qu'elle fournit, par ailleurs, les instruments théoriques pour élargir le domaine d'application de la loi du for, ce qui annule le premier effet escompté.

---

<sup>1071</sup> Ocampo(J.A) & Martin(J), **Mondialisation et développement Un regard de l'Amérique latine et des Caraïbes**, Publication des Nations Unies, avril, 2005

<sup>1072</sup> Bucher(A), **la dimension sociale du droit international privé**, les livres de poche de l'académie internationale du droit de La Haye, p.226 ,2011

<sup>1073</sup> Carlier(P), **l'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits des lois**, op-cit

<sup>1074</sup> Carlier(P), **l'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits des lois**, op-cit

<sup>1075</sup> Weiszberg(G), le « Raisonnable » en Droit du Commerce International, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003

Dans la résolution du litige international, ce sont, en effet, les deux moments où la loi étrangère peut être éludée. La présentation des utilisations de la loi du for dans le raisonnement conflictuel réclame alors de distinguer, d'une part, les méthodes de réduction de la désignation de la loi étrangère qui se retrouvent au moment de l'établissement de la règle de résolution des conflits de lois, et, d'autre part, les exceptions à la mise en œuvre de la loi étrangère, qui se manifestent postérieurement à la désignation de la loi applicable<sup>1076</sup>.

La justice propre au droit international privé est-elle pour autant totalement exempte de la politique du for d'étendre ses propres conceptions juridiques aux situations internationales qui se présenteraient devant lui ?

Dans une perspective contentieuse, il ne suffit pas d'attirer la mère et la fille devant le même juge et de leur appliquer la même loi, en l'occurrence, celle du juge français ; il s'agit plutôt pour le juge d'arriver effectivement, à faire peser une obligation sur la société mère, qui n'a pas la qualité d'employeur, qui est, dans bien des cas, le seul moyen de responsabiliser la société mère.

En effet, plusieurs voies judiciaires ont été explorées, avec un succès mitigé, la première solution retenue pour parvenir à attirer la société mère, et qui a le plus de chance d'aboutir, c'est de la qualifier de co-employeur<sup>1077</sup>, mais en matière de régulation interne, l'auteur de la règle de conflit, mettant en avant son propre intérêt de régulation, doit privilégier certaines règles, quant à la loi applicable aux situations internationales, et en l'occurrence, les situations internationales de co-employeur<sup>1078</sup>.

---

<sup>1076</sup> Peggy Carlier, *op-cit*

<sup>1077</sup> Les juges exigent pour la caractérisation de la qualité de co-employeur une confusion d'intérêts, d'activités et de direction résultant du même groupe, cass.soc, 12 septembre 2012, n°11-12.351

<sup>1078</sup> En mai 2012 la reconnaissance de la responsabilité d'Areva dans un procès

C'est sur la base de cette qualité qu' a été condamnée dans un premier temps la société Areva, en mai 2012, la reconnaissance de sa responsabilité d'Areva dans un procès qui opposait la famille Venel , en qualité d'ayant-droit ancien employé d'Areva au Niger, décédé d'un cancer du poumon après avoir travaillé de 1978 à 1985 dans les mines d'extraction d'uranium du groupe. La responsabilité a été basée sur la maladie de M.Venel ,qui a été imputée à la société-mère Areva, considérée comme co-employeur par le tribunal affaires de la sécurité sociale (TASS) sur les questions de sécurité et de santé.

Le tribunal a par conséquent constaté la faute inexcusable de la société-mère dans la maladie professionnelle, contractée par son ancien salarié et a condamné Areva à verser plus de 200.000 euros de dommages et intérêts à la famille de la victime, la rente accordée à la veuve de Serge Venel a été doublée. La multinationale a essayé de sauver sa cause en renvoyant la responsabilité sur la société Cominak, filiale du groupe de droit nigérien, mais l'argument a été rejeté par le tribunal.

Mais ayant fait appel, Areva a eu gain de cause puisque la cour d'appel de Paris dans son arrêt , a retenu qu'Areva n'était pas responsable de la mort d'un salarié d'une de ses filiales au Niger, la cour d'appel de Paris a estimé que, puisque Serge Venel avait signé son contrat de travail avec la société nigérienne Cominak, dont Areva n'est actionnaire qu'à 34%, le groupe français n'est pas responsable. Comme quoi à quelques exceptions près les sociétés mères arrivent toujours à sortir leur épingle du jeu. Reste que La famille Venel a toujours la possibilité d'introduire un pourvoi en cassation.

Dans une affaire beaucoup plus récente, et où il est toujours question de la responsabilité des sociétés mères sur les activités de leurs filiales à l'étranger notamment, dans les pays où l'accès à la justice reste aléatoire pour les victimes de dommages sociaux et/ou

environnementaux, dans le cas d'espèce, l'affaire remonte à 1991, en cette année, au Congo Brazzaville, une collision entre un train de voyageurs et une rame de la société minière Comilog, fait une centaine de morts, suite à cet incident, la société arrête l'acheminement des matières premières par voie ferrée et licencie 955 salariés sans préavis, ni indemnités. Douze ans plus tard, en 2003, la société Comilog est devenue une filiale du groupe français Eramet et elle négocie un accord à l'amiable avec les gouvernements du Congo et du Gabon. Le groupe verse alors un peu plus d'un million d'euros au Trésor public congolais, une somme qui n'a jamais été reversée aux victimes.

Vingt et un ans, après et comme aucune décision au fond n'est intervenue, le Collectif des anciens travailleurs de la Comilog décident de saisir les prud'hommes en France, par le biais d'une ONG française Sherpa. Si le conseil des Prud'hommes a rejeté la demande de Sherpa en 2011, la décision de la Cour d'appel rendue le 20 juin 2013 donne au contraire une suite au dossier, elle reconnaît en effet que les juridictions françaises sont compétentes pour statuer sur la plainte à l'encontre des sociétés Comilog France et Comilog International et demande à l'entreprise de produire différents documents pour la prochaine audience, prévue en juin 2014<sup>1079</sup>.

En l'absence de tout rattachement avec la France, et notamment lorsque le défendeur est de nationalité étrangère, la compétence internationale des juridictions françaises peut tout de même être admise, sur le fondement du déni de justice. Ce chef de compétence internationale, admis depuis bien longtemps par la jurisprudence, est caractérisé lorsqu'une partie se trouve dans l'impossibilité d'obtenir le règlement de son litige devant une juridiction quelconque.

---

<sup>1079</sup> **La Cour d'appel de Paris vient de rendre son arrêt dans l'affaire Comilog, Semaine sociale Lamy, n°1593**

Ainsi, dans une affaire<sup>1080</sup> opposant l'État d'Israël et la société Iranienne NIOC, la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 novembre 2000, ayant relevé que la société NIOC était dans l'impossibilité générale et durable de saisir les tribunaux étatiques de son pays et celui de l'État d'Israël (parties au litige), pour nommer un arbitre aux fins de constitution du tribunal arbitral, et, que dès lors qu'il existe un rattachement avec la France, même s'il était tenu, (dans le cas d'espèce, le président de la Chambre de commerce internationale (CCI) de Paris était désigné pour nommer un tiers arbitre en cas de litige) pouvait utilement servir de référence. Aussi, la cour d'appel de Paris s'est basée sur cet argument pour justifier la compétence internationale du juge français, décision qui a été par ailleurs confirmée par la cour de cassation.

### **1.2.1. Problème de conflit des lois**

En matière de loi applicable comme en matière de compétence juridictionnelle, pour les entreprises européennes, les règles sont principalement de source européenne, tout particulièrement, le règlement Rome 1, qui pose les règles de conflit de lois en matière de contrat, s'appliquant au contrat de travail aussi. Le règlement Rome 2, pour sa part, pose les règles de conflit de lois, en matière délictuelle, il s'applique de la façon la plus générale, y compris, donc, aux rapports de travail s'il y a lieu.

Les règlements Rome 1 et 2 prévoient par ailleurs la possibilité pour le juge saisi d'appliquer certaines règles, qualifiées de lois de police en matière de contrat (article 9 du règlement Rome 1), et de « dispositions impératives dérogatoires » en matière de délit (Article 16 du règlement Rome 2). Dans les deux cas, il s'agit bien du même mécanisme, celui qui permet à un juge d'appliquer certaines dispositions internationalement impératives de sa propre loi, y compris à l'encontre de la loi normalement applicable.

---

<sup>1080</sup> cass.civ, 1 février 2005, n°01-13.742, Bulletin 2005 I N° 53 p. 45

A l'échelon mondial, on est encore loin d'une unification complète des règles de droit international privé par voie conventionnelle<sup>1081</sup>, c'est à dire régler les relations internationales par l'élaboration de règles matérielles uniformes qui régissent le fond du droit. Il existe des règles matérielles ou substantielles d'origine internationale, qui s'appliquent seulement dans les relations internationales et qui laissent subsister dans les relations internes, le particularisme des législations nationales<sup>1082</sup>. Il est effectivement difficile, en l'absence d'une cour internationale suprême, qui donnerait une interprétation uniforme des dispositions de ces conventions, de concevoir une véritable unification des lois<sup>1083</sup>.

### **1.2.2. Problème de conflits des juridictions**

La compétence normative d'un État est le « pouvoir de celui-ci d'étendre ses lois et ses juridictions à des situations hors du territoire<sup>1084</sup> ». Vu son contexte international, l'action judiciaire intentée en France par une personne domiciliée à l'étranger et lésée par la filiale d'une société française, débutera par une analyse de la compétence du tribunal saisi, eu égard aux règles de droit international privé applicables. Ainsi, avant de voir si les juridictions d'un État sont compétentes, il faut commencer par déterminer le lieu des poursuites, puisque celui-ci peut reposer sur de nombreux critères. Il s'agit du lieu de violation des droits, du lieu de résidence des victimes, ou encore du lieu d'immatriculation de la société<sup>1085</sup>.

Dans de nombreuses affaires parmi les plus remarquables, surtout en Grande-Bretagne, les sociétés incriminées se sont battu bec et ongles, non pas sur le fond de l'affaire (qui

---

<sup>1081</sup> Castel(J.G), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, op-cit

<sup>1082</sup> Castel(J.G), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, op-cit

<sup>1083</sup> Castel(J.G), *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, op-cit

<sup>1084</sup> Stern(B), « L'extra-territorialité « revisitée » où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, 1992, Volume 38, p. 250

<sup>1085</sup> Dans l'affaire *Trafigura*, les autorités ivoiriennes ont initié des poursuites au Royaume-Uni, en raison de l'emplacement de son siège, aux Pays-Bas, en raison de l'adresse fiscale, et en France, en raison de la domiciliation de ses dirigeants. La Côte d'Ivoire a accepté d'abandonner les poursuites par un accord du 20 septembre 2009 en échange du versement de 22,5 milliards de Francs CFA

généralement les condamnait clairement) mais sur des questions techniques, liées au devoir de diligence, et plus particulièrement, au lieu du jugement et à la juridiction<sup>1086</sup>.

En droit international privé, il faut toujours regarder s'il existe ou non une norme internationale qui serait susceptible de régler le conflit de juridictions qui se présente. Aujourd'hui la compétence internationale des tribunaux français est pour l'essentiel dictée par le règlement communautaire<sup>1087</sup> n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, entré en vigueur le 1er mars 2002.

Selon ce règlement, le juge compétent est le juge du domicile du défendeur (article 2), mais une option de compétence s'offre au demandeur, qui peut choisir d'attirer le défendeur devant le juge du lieu du fait dommageable qui s'est produit ou risque de se produire (article 5-3). Dans le cas où le dommage et le fait générateur du dommage auront eu lieu sur deux territoires différents, le juge compétent pourra donc être soit celui du lieu du dommage soit celui du lieu du fait générateur.

Dans le cas où le dommage, son fait générateur et la victime sont situés sur un autre État que celui du juge saisi, il existe alors un risque, que le juge considère l'affaire comme n'ayant pas de liens assez proches avec son pays, c'est ce que l'on appelle, la théorie du forum non conveniens (littéralement, il s'agit d'un forum qui ne convient pas), qui est normalement interdite par le règlement, mais que certains juges anglais continuent à appliquer. En effet, les règles de droit interne ne sont pas applicables pour la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intracommunautaire, soumis aux

---

<sup>1086</sup> **La responsabilité des multinationales : pour un contrôle de leurs méfaits quelles possibilités, initiatives et stratégies juridiques pour la société civile, Séminaire international consacré à la responsabilité des entreprises et aux droits des travailleurs, op-cit**

<sup>1087</sup> Ce règlement est venu remplacer la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle qu'adaptée par les conventions d'adhésion lors des élargissements successifs de l'Union européenne

dispositions de la Convention de Bruxelles<sup>1088</sup>, cette convention s'applique à toutes les sociétés dont le siège est établi en Europe.

En effet, l'article 2 de cette convention stipule que le lieu de juridiction d'une action, est le pays où est établi le siège central de la société mère. La jurisprudence récente de la Cour de justice indique que les règles communautaires de compétence sont applicables même si le demandeur est domicilié dans un État tiers, il suffit que le défendeur soit domicilié dans un État contractant pour que la Convention de Bruxelles s'applique<sup>1089</sup>.

Mais, selon la loi anglaise, par exemple, une société incriminée peut toujours demander au tribunal d'ajourner, voire d'empêcher, une action sur cette base en recourant à la règle du forum non conveniens (lieu de jugement incorrect).

La cour de justice des communautés européennes a de son côté énoncé que les États membres de l'Union européenne ne pouvaient pas rejeter les actions à l'encontre d'entreprises domiciliées dans les États, sur la base du principe forum non conveniens.

Le point de départ est de considérer la décision *Owusu contre Jackson*<sup>1090</sup>. Dans cette décision, le demandeur, Monsieur Owusu citoyen anglais avait loué à un autre citoyen anglais, une villa en Jamaïque avec une plage privée, et avait souffert d'un grave accident lors d'une plongée à partir de cette plage et qui l'a laissé tétraplégique. Le demandeur, qui était domicilié en Angleterre, a introduit un recours contre les défendeurs (dont certains sont

---

<sup>1088</sup> Gaudemet-Tallon(H), de la détermination de la compétence internationale du juge saisi d'un litige d'ordre international intra-communautaire, RCDIP 2005, p. 732

<sup>1089</sup> L'arrêt *Josi opposant le Group Josi Reinsurance Company SA et Universal General Insurance Company*, CJCE, affaire C-412/98, 13 juillet 2000

<sup>1090</sup> CJCE, ECR-I-1283, 2005 a établi que la Convention de Bruxelles empêchait les tribunaux des États parties de se dessaisir d'une compétence qui lui était attribuée par cette Convention au motif qu'une instance d'un État non-contractant aurait été plus appropriée. Suite à cette décision, un tribunal britannique est obligé de statuer sur une action lorsque le défendeur est domicilié au Royaume-Uni même si le crime a été commis à l'étranger.

domiciliés en Angleterre et d'autres à la Jamaïque), qui sont les divers propriétaires et opérateurs de la plage, assignés sur les terrains contractuel et délictuel pour ne pas avoir assuré la sécurité des lieux ou prévenu les utilisateurs des dangers de la baignade.

Le demandeur a cherché à fonder la compétence sur l'article 2 du règlement, qui prévoit que :

" Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les personnes domiciliées dans un État contractant, quelle que soit leur nationalité, peuvent être poursuivies devant les juridictions de cet État. "

Les défendeurs jamaïquains ont essayé de retenir la Jamaïque (État ne faisant pas partie de la convention de Bruxelles) comme État compétent pour trancher dans le litige (le lieu du dommage). En première instance, le juge avait estimé que la Jamaïque était le forum approprié, et est a maintenu l'action contre toutes les parties (y compris le défendeur domicilié en Angleterre). Toutefois, le demandeur a également soutenu que le libellé de l'article 2 reconnaît à la cour d'Angleterre un pouvoir discrétionnaire pour suspendre les procédures contre le défendeur domicilié en Angleterre pour des raisons de forum non conveniens. Toute la question est précisément de savoir si l'exercice de la faculté de décliner discrétionnairement la compétence du for n'est pas de nature à affecter les intérêts collectifs des États contractants, même lorsque la compétence de leurs propres tribunaux n'est pas en cause<sup>1091</sup>

Mais la Cour en a décidé autrement, dès lors que le défendeur est domicilié dans l'Union européenne<sup>1092</sup> et que le litige présente un élément d'extranéité, la convention de Bruxelles est applicable, peu importe que l'élément d'extranéité se situe dans l'espace communautaire ou dans un État tiers.

---

<sup>1091</sup> Muir Watt(H), *La pratique du forum non conveniens est-elle compatible avec la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ?*, RCDIP 2003, p. 335

<sup>1092</sup> B. Audit, « Le critère d'application des conventions judiciaires multilatérales », *le droit international privé, Esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 19-35 ; Horatia Muir Watt, *La pratique du forum non conveniens est-elle compatible avec la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ?*, op-cit

En effet, les Conventions de Bruxelles et de Lugano<sup>1093</sup>, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, permettent de poursuivre les entreprises multinationales, et partant, la société mère dans son État de résidence<sup>1094</sup>. En outre, le règlement Bruxelles 1 du 22 décembre 2000<sup>1095</sup> de l'Union européenne donne compétence aux juridictions des États de l'union européenne pour connaître de toute plainte civile contre des personnes, y compris les personnes morales, domiciliées dans l'union européenne.

Dans l'ensemble, la figure est assez bien adaptée aux particularités des actions menées contre les groupes de sociétés. Parce que en pratique, même si les actions au fond ont des fondements différents, l'objectif procédural et ultime est toujours le même : attirer plusieurs sociétés du même groupe devant un seul tribunal ou directement la société mère en sa qualité de chef de file, et mettre ainsi à découvert le lien économique qui unit le groupe même en absence d'une lien juridique .

---

<sup>1093</sup> La convention de Lugano du 16 septembre 1988 qui étend l'application des dispositions de la convention de Bruxelles de 1968 à certains États membres de l'Association européenne de libre-échange, fut révisée le 30 octobre 2007 par la résolution RS 0.275.12, CLrev

<sup>1094</sup> Article 2 : « Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État »

<sup>1095</sup> Conseil européen, Règlement n°44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 22 décembre 2000

## **2. Compétence juridique des tribunaux américains : ATCA**

Depuis plusieurs années la responsabilité civile des personnes morales de droit privé est recherchée devant les juridictions fédérales américaines sur le fondement de l'Alien Tort Statute.

### **2.1. Principe de l'ATCA**

« Alien Tort Claims Act » ATCA<sup>1096</sup>, également dénommé l'Alien Tort Statute (ATS) est une disposition législative prévue à l'origine, pour réprimer la violation du droit international au préjudice de citoyens étrangers sur le sol des États-Unis. Ce texte qui établit un régime de responsabilité civile, prévoit que les tribunaux fédéraux américains disposent d'une compétence de principe sur toute action engagée par un étranger, pour un dommage commis en violation du droit des nations ou d'un traité auquel seraient parties les États-Unis.

Si dans un premier temps, cette procédure a été conçue et appliquée pour des personnes physiques, on y a eu recours dans une affaire impliquant des personnes morales dans l'affaire Doe contre Unocal Corp, concernant la construction d'un gazoduc en Birmanie, à laquelle ont participé les sociétés américaine Unocal et française Total<sup>1097</sup>. L' ATCA peut s'avérer un moyen pour poursuivre les entreprises multinationales pour des violations graves des droits de l'Homme ou d'atteinte à l'environnement dans les pays d'origine des entreprises multinationales, en poursuivant principalement la société mère, il y aurait ainsi une possibilité concrète de faire fonctionner le tribunal du siège et de déposer une plainte contre une multinationale pour une certaine violation de droits ou responsabilités. L'ATCA a une fois atteint la Cour suprême des États-Unis en 2004 : Sosa Case v Alvarez-Machain<sup>1098</sup>.

---

<sup>1096</sup> ATCA, 28 U.S.C. § 1350

<sup>1097</sup> Maziau(N), La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme, op-cit

<sup>1098</sup> SOSA V. Alvarez - Machain (03-339) 542 US 692 (2004)

L'ATCA est ainsi un des meilleurs moyens légaux pour inculper une multinationale. L'objectif premier d'une telle loi est de punir les auteurs de violations où qu'elles se produisent, elle peut ainsi s'avérer une arme efficace dans la lutte contre l'impunité dans les pays d'accueil. Cependant, les obstacles aux succès d'une plainte ATCA ne doivent pas être ignorés. En effet, la structure légale de l'entreprise, société mère ou filiale, l'appréciation de la sphère d'influence et la notion de complicité sont autant d'éléments qui rendent de telles actions complexes.

## **2.2. Conditions pour le recours à l'ATCA**

Exigences de la demande <sup>1099</sup>:

- Le candidat doit être un étranger.
- Le plaignant doit alléguer qu'il a été victime d'un préjudice ou d'un grief (qui se traduit en anglais «tort»).
- Mettre en place une action viable en vertu de l'ATCA, le grief doit être une violation du droit international général («droit des nations») ou d'un traité contraignant sur les États-Unis.

Exemple d'entreprises qui ont été poursuivis dans ce processus : Shell<sup>1100</sup>, Coca-Cola<sup>1101</sup>, Unocal<sup>1102</sup>, Rio Tinto<sup>1103</sup>, Pfizer<sup>1104</sup>, Exxon<sup>1105</sup>.

---

<sup>1099</sup> Bill Baue, "Win or Lose in Court: Alien Tort Claims Act Pushes Corporate Respect for Human Rights, Bus. Ethics", Summer 2006, P.12

<sup>1100</sup> The Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

<sup>1101</sup> Bigio v. Coca-Cola Co., 239 F.3d 440, 444 (2d Cir. 2000);

<sup>1102</sup> Unocal v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985)

<sup>1103</sup> Sarei v. Rio Tinto, (9th Cir. 2011),

<sup>1104</sup> Abdullahi v. Pfizer, Inc. (2d Cir. Jan. 30, 2009)

<sup>1105</sup> Allapattah Servs., Inc. v. Exxon Mobil Corp., 333 F.3d 1248, 1256 (11th Cir. 2003)

Ces affaires nous renseignent qu'il est possible d'intenter une action aux États-Unis, bien que les faits ont été commis ailleurs, en raison de la possibilité offerte par l'ATCA pour les victimes de violations du droit, ce qui donne à penser sur les voies possibles et les plus appropriées au moment du dépôt d'une plainte contre une entreprise multinationale.

L'ATS suppose une action en responsabilité civile pour une faute commise en violation du droit international coutumier. La loi française<sup>1106</sup>, par contre, ne permet pas d'engager une telle action à l'encontre d'une personne morale pour des faits à propos desquels le lien de rattachement avec la France est inexistant<sup>1107</sup>.

La Cour Suprême a désormais définitivement écarté l'application extraterritoriale de ce texte, rejetant ainsi la possibilité de mettre en cause devant les juridictions américaines la responsabilité civile de sociétés privées pour des violations de droits, commises à l'étranger<sup>1108</sup>, lorsque le rattachement avec les États-Unis apparaît très ténu, voire inexistant, à l'exception de requêtes présentées contre un nombre modeste de violations du droit international<sup>1109</sup>. En effet, une application extraterritoriale, trop large, de l'ATS risque de compromettre et d'avoir des conséquences pour la politique étrangère des États-Unis, en empiétant sur la compétence juridictionnelle d'autres États<sup>1110</sup>.

En relevant l'incompétence du juge fédéral pour se prononcer sur la responsabilité civile des sociétés, en raison d'une violation alléguée du droit international, et l'inapplicabilité de l'Alien Tort Statute (ATS) à des normes internationales qui ne seraient pas « spécifiques,

---

<sup>1106</sup> Dans certains cas, des conventions internationales imposent à l'état d'établir la responsabilité pénale ou civile des personnes morales : Convention de Paris du 17 déc. 1997 sur la corruption, Convention de New York du 10 janv. 2000 sur le financement du terrorisme, Convention de New York du 15 nov. 2000 sur le financement de la criminalité transnationale organisée

<sup>1107</sup> La France ne reconnaît la compétence universelle de ses tribunaux, au civil comme au pénal, que dans la limite où un élément rattache l'affaire à la France

<sup>1108</sup> Maziau(N), L'arrêt Kiobel : reconnaissance différée d'une responsabilité des sociétés multinationales pour les crimes contre les droits de l'homme ?, Recueil Dalloz 2013 p. 1316

<sup>1109</sup> La Cour dans son arrêt *Sosa c/ Alvarez-Machain*, 542 US 692, 714 (2004)

<sup>1110</sup> Id.

universelles et obligatoires » au sens de la jurisprudence de la Cour suprême, du fait de l'absence d'une norme coutumière de droit international reconnaissant la responsabilité des personnes morales pour les crimes les plus graves, la cour suprême américaine applique la présomption contre l'extraterritorialité des dispositions américaines à l'Alien tort statute, et rejette ainsi la compétence des juridictions fédérales dans des demandes de réparations civiles, produites sans lien direct avec les États-Unis. Dans cette décision, la cour suprême n'a pas simplement statué sur l'affaire Kiobel, elle a tranché, en passant, une question, depuis longtemps controversée, en faveur de la sauvegarde des souverainetés juridiques nationales<sup>1111</sup>.

Il faut dire que plus que la souveraineté juridique des nations, c'est plutôt les affaires étrangères et la courtoisie internationale, qui étaient et qui sont en question, c'est ce qui ressort de l'affaire Bauman contre DaimlerChrysler<sup>1112</sup>. L'argument est d'ailleurs extensivement développé par l'administration Obama dans un amicus curiae, déposé le 5 juillet 2013<sup>1113</sup> : «expansive assertions of general jurisdiction over foreign corporations may operate to the detriment of the United States diplomatic relations and its foreign trade and economic interests. (...) From a diplomatic perspective, foreign governments' objections to some domestic courts' expansive views of general jurisdiction have in the past impeded

---

<sup>1111</sup> Soudain(T), application extraterritoriale des règles de droit, *Supreme Court of United States*, 17 avr. 2013, *Kiobel v. Royal dutch Company*, n° 569 US(2013), Dalloz actualité 29 mai 2013

<sup>1112</sup> La cour suprême américaine s'est saisie au mois d'avril 2013 du litige initialement introduit par 22 plaignants (21 Argentins et 1 Chilien ) contre Daimler devant une cour d'appel de Californie qui avait jugé que le constructeur devait répondre personnellement d'accusations de violations des droits de l'homme commises par une filiale argentine, car le groupe détient une autre filiale qui distribue ses produits en Californie. Les plaignants affirment qu'ils ont, ou que leurs proches, ont subi des violations des droits de l'homme dans les années 1970 quand ils étaient employés par Mercedes-Benz Argentine.

<sup>1113</sup> Quelhas(D), le juge fédéral américain : garant des droits fondamentaux au plan universel ou protecteur du commerce et des investissements ? - L'Alien Torts Claim Act et la portée de la compétence personnelle des juridictions américaines, *Bulletin Sentinelle* – [www.sentinelle-droit-international.fr](http://www.sentinelle-droit-international.fr), 27 octobre 2013

negotiations of international agreements on the reciprocal recognition and enforcement of judgments”.

## **Section 2. Responsabilité pénale extraterritoriale**

Le principe est que « traditionnellement, les règles qui fondent la compétence pénale extraterritoriale ne sont pas définies par un traité, mais sont issues du droit international coutumier, du principe de réciprocité entre les nations et des règles internes de droit international privé »<sup>1114</sup>, mais du fait que le droit international pénal ne s'intéresse qu'aux personnes physiques<sup>1115</sup>, il y a donc une disharmonie entre l'existence des normes pénales et leur application effective aux entreprises multinationales. En effet, le caractère extraterritorial propre à l'activité des entreprises multinationales fait que celles-ci jouissent d'une impunité quasi absolue.

Si une personne morale est censée au même titre que n'importe quel individu, voir sa responsabilité engagée en cas de commission d'infractions, l'application de la loi pénale française aux entreprises multinationales doit tenir compte d'un double paramètre, l'absence d'une conception juridique unitaire des multinationales, et les difficultés inhérentes à la mise en œuvre du droit pénal national à des situations présentant un caractère d'extranéité<sup>1116</sup>.

Il est, en effet, particulièrement difficile pour des plaignants, de tenir pour responsable ou de faire répondre, par exemple, une société mère<sup>1117</sup>, des actes perpétrés par une de ses filiales

---

<sup>1114</sup> Cafritz (E.), Tene (O.), Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français, R.S.C, 2003, p. 733

<sup>1115</sup> Une proposition a été faite par la France lors de la convention de Rome de 1998 en vue d'introduire la responsabilité pénale des personnes morales, mais celle-ci est restée sans suite

<sup>1116</sup> Mauro(C), application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales, AJ pénal 2012, p.12

<sup>1117</sup> La complexité dans un groupe multinational est double parce même si la responsabilisation de la personne morale aurait été possible devant une juridiction internationale, un groupe de sociétés se caractérise par l'absence de cette personne morale

située dans un autre état et soumise à une législation autre que la sienne<sup>1118</sup>. Nonobstant, si la cour pénale internationale n'a pas compétence pour connaître des crimes commis par les personnes morales<sup>1119</sup>, le droit pénal international peut néanmoins être utilisé afin de juger les crimes internationaux commis dans le cadre de leurs activités. Du reste, il sera toujours possible d'étendre la législation pénale interne à des situations ayant vu le jour sous d'autres cieux, une telle compétence va s'organiser autour du critère de la défense d'un intérêt, un État peut se déclarer compétent pour connaître d'un crime dès lors que seront en jeu des intérêts, dont lui seul pourra légitimement assurer la défense<sup>1120</sup>, ceci par le biais de la compétence universelle, territoriale ou personnelle, si un certain nombre de conditions est réuni.

### **I. La poursuite de la société mère devant les juridictions internationales**

La justice pénale internationale est la répression, à l'échelle internationale, des crimes les plus graves. Une telle problématique est intimement liée à l'internationalisation des relations commerciales au niveau planétaire. Si ce fait peut être étudié sous divers angles, économique, politique, social, juridique... C'est sous le prisme du droit que se pose le problème le plus complexe, qui consiste en la détermination des règles de compétence en matière de justice pénale internationale, autrement dit, les conditions dans lesquelles une juridiction peut être saisie d'une affaire à caractère pénal international. En effet, l'incertitude qui entoure la définition de la responsabilité pénale des entreprises transnationales découle de la complexité

---

<sup>1118</sup> En France, une plainte a été déposée par l'association Sherpa en août 2002 à l'encontre du groupe pétrolier français Total pour la construction d'un gazoduc en Birmanie, au cours de laquelle des militaires birmans financés par le groupe pétrolier auraient enrôlé de force des travailleurs, les auraient séquestrés et contraints de travailler sur le chantier. Si cette procédure s'est soldée par un accord transactionnel le 29 novembre 2005, il n'en reste pas moins que cette procédure constitue une jurisprudence sur la possibilité pour les juges français d'examiner des cas d'infractions commises à l'étranger

<sup>1119</sup> Clapham(A), *Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, pp. 237-252

<sup>1120</sup> Bauchot(B), *sanctions pénales nationales et droit international*, thèse, Université Lille ,2007

du cadre juridique en la matière, entre normes internationales, communautaires, nationales et internes d'une part, loi dure et soft law, d'autre part<sup>1121</sup>.

La conception des normes devrait se répartir naturellement, entre le champ des droits et obligations, les comportements permis ou interdits, ainsi que les conséquences qui peuvent en résulter en cas de violation, et qui sont en général de nature civile et administrative, et le champ purement criminel, affectant l'ordre socio-économique et l'environnement. Mais l'universalité du phénomène juridique ne signifie pas son uniformité<sup>1122</sup>.

Aussi, l'installation d'un arrangement cohérent global qui recevrait application dans les structures juridiques nationales, est le moyen le plus efficace pour s'assurer de l'effectivité des actions sanctionnatrices entreprises par le collectif international, du moment que beaucoup d'insuffisances marquent toujours les organismes internationaux compétents, quant à leur efficacité pour sanctionner les infractions perpétrées au niveau mondial, et ce, malgré leur compétence internationale. Aussi, et faute de tribunaux internationaux spéciaux pour juger les infractions commises par les entreprises multinationales, et dont la création peut être longue, lente, coûteuse et surtout discutable, la solution serait de recourir aux juridictions pénales internationales existantes, qui sont de deux ordres : les tribunaux pénaux internationaux ad hoc (TPI) qui sont des juridictions temporaires, et la cour pénale internationale (CPI), juridiction permanente, mais ceux-ci sont-ils habilités à juger une entreprise multinationale ou une personne morale ?

---

<sup>1121</sup> La responsabilité pénale des multinationales, janvier 2012, AJPénal

<sup>1122</sup> Plançon(C), la représentation dans la production et l'application du droit, études de cas dans le droit de propriété foncière au Canada/Québec, en France et au Sénégal, thèse, Université Panthéon Sorbonne, 2006

## **1. La cour pénale internationale**

La cour pénale internationale en tant qu'institution permanente, a été instituée par le statut de Rome de 1998, elle a le mérite de vouloir remédier à la méfiance qui peut entacher, des fois, l'impartialité du juge interne et l'objectivité de sa décision, surtout dans une cause où se trouvent impliqués des sujets étrangers, sur qui, sa compétence est exercée pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale.

### **1.1. Les compétences de la CPI**

La CPI est, complémentaire des juridictions pénales nationales, et c'est dans cette perspective, que beaucoup de pays ( dont la France), outre la ratification de la quasi-totalité des traités et conventions portant sur les crimes transfrontaliers, ont adopté des lois qui incorporent, en droit interne ces dispositions, qui ainsi, même conduites au niveau national, n'en trouvent pas moins leur fondement dans le droit international, dont les principes sont posés par les normes internationales, principalement les sources conventionnelles<sup>1123</sup>.

Les justices nationales ont donc compétence concurrente avec l'ordre international, même si celui-ci conserve la primauté<sup>1124</sup>, aussi, la CPI est-elle compétente pour juger une entreprise multinationale ou sa société mère, du fait de l'absence de la personnalité morale de la première ?

---

<sup>1123</sup> Ascencio(H) et alii, (dir), *Droit International Pénal*, Ed. Apedone, Paris, 2000, p.871

<sup>1124</sup> Lemasson(A.T), *Justice internationale pénale (Institutions)*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2012

La CPI est une juridiction internationale permanente, en ce sens que sa compétence n'est pas limitée dans le temps<sup>1125</sup>, ni dans l'espace, puisque son statut s'applique à tous les États, dès lors que ceux-ci le ratifient ou y adhèrent.

Toutefois, la CPI a une compétence complémentaire à celle des États<sup>1126</sup> (article 1er), Le concept repose sur un principe de responsabilité partagée. Ainsi, la Cour n'est saisie qu'en dernier recours. Elle n'intervient pas lorsqu'une affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites dans un système judiciaire national (principe de complémentarité), sauf si ces procédures ne sont pas menées de bonne foi, par exemple si elles ont été engagées officiellement uniquement pour soustraire une personne à sa responsabilité pénale<sup>1127</sup>, ce qui signifie qu'en cas de conflit de compétences entre la CPI et la juridiction d'un État, la seconde prime, la CPI n'étant compétente que si l'État ne veut pas ou ne peut pas juger les auteurs de crimes relevant de sa compétence.

Par ailleurs, les crimes relevant de la compétence de la CPI sont le crime de génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre et le crime d'agression (article 5). Les poursuites devant la CPI peuvent être engagées, soit par un État partie, soit par le Conseil de sécurité des Nations Unies, soit par le Procureur (article 13). Toutefois, en vertu de la mission que lui confère le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité peut suspendre des poursuites engagées par la CPI (article 16).

L'article 5 du Statut de Rome énonce les crimes relevant de la compétence de la Cour, il dispose que `` la compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la Communauté Internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a

---

<sup>1125</sup> Le statut de la cour pénale internationale a été adopté le 17 juillet 1998, et est entré en vigueur le 1er juillet 2002

<sup>1126</sup> Statut de Rome de 1998 relatif à la cour pénale internationale, art 1

<sup>1127</sup> Goethais(E), L'émergence du droit humanitaire et du droit pénal international, 3ème congrès de l'Ahjucaf, 21-23 juin 2010

compétence à l'égard des crimes suivants : le crime de génocide les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, les crimes d'agression.

### **1.2. Les obstacles liés à la compétence matérielle de la CPI**

Même si les dégâts occasionnés par certaines multinationales , peuvent facilement être qualifiés de crimes contre l'humanité<sup>1128</sup>, déclencher une procédure auprès de la CPI s'avère impossible pour une double raison, d'un côté , la qualité des organes habilités à déclencher une action pénale auprès de la CPI sont un État partie<sup>1129</sup>, le Conseil de sécurité des Nations Unies, le Procureur , et ceux-ci sont rarement directement affectés par les mauvaises actions des multinationales, d'un autre côté, la compétence de la Cour est restreinte à l'égard des personnes physiques uniquement<sup>1130</sup>,aussi, une société mère en tant que personne morale pourra difficilement être poursuivie.

L'Assemblée nationale française<sup>1131</sup> a adopté un projet de loi en date du 10 juin 2008 visant à mettre en œuvre le Statut de la Cour pénale internationale. Ainsi aux termes de l'article 689-11 du code de procédure pénale, introduit par cette loi, les juridictions françaises peuvent certes poursuivre et juger une personne suspectée d'avoir commis à l'étranger un crime relevant de la compétence de la Cour pénale internationale, mais cette loi fait toujours ressortir des insuffisances, puisque la loi prévoit une compétence extraterritoriale limitée.

---

<sup>1128</sup> Le concept de crime contre l'humanité est assez vaste, l'article 7 du statut de la CPI se termine par une définition ouverte, qui qualifie de crime contre l'humanité « tout acte inhumain de caractère analogue [à ceux énoncés précédemment] causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale », ceci peut parfaitement être illustré dans les accusations portées contre le géant pétrolier français Total et ses partenaires américain (Chevron) et thaïlandais , de complicité d'assassinats ciblés et de travail forcé de villageois birmans

<sup>1129</sup> Les Etats partie sont ceux ayant signé et ratifié et ratifié le statut de Rome portant création de la CPI parqu'il ya des pays qui ont signé le statut et ne l'ont pas ratifié, c'est le cas de la Russie et des Etats-unis

<sup>1130</sup> Article 25 du statut de Rome, Conformément à la résolution RC/Res.6 du 11 juin 2010

<sup>1131</sup> Projet de loi définitivement adopté par l'assemblée nationale le 13 juillet 2010

En effet, selon les dispositions de cette loi, les délits reconnus par le Statut de Rome ne peuvent faire l'objet de poursuites en France que si les critères suivants sont remplis :

- le suspect réside habituellement sur le territoire français ;
- la poursuite s'exerce uniquement sur requête du ministère public ;
- la double criminalité, l'acte doit être illégal à la fois en France et dans le pays où l'infraction a été commise<sup>1132</sup> ;
- et enfin, seulement si la cour pénale internationale a décliné expressément sa compétence<sup>1133</sup>.

A la lecture de cet article, on se demanderait quelle est l'intention intime du législateur, parce que le texte est truffé d'entraves quant à la mise en œuvre des poursuites, le texte exige par exemple que le suspect réside habituellement en France, cette condition n'est pas facile à remplir, voire impossible, on se demanderait pourquoi cette dérogation à la position constante du législateur français concernant les crimes internationaux, qui se contentait de l'ubiquité et non de la résidence continue.

Par ailleurs, la condition de la double incrimination paraît étonnante, parce que dans beaucoup de cas, une infraction peut ne pas être incriminable dans un pays, est-ce que ça voudrait dire automatiquement qu'elle n'est pas répréhensible en France aussi ? D'ailleurs, la condition de double incrimination n'est prévue par le droit français que pour les délits, et non pour les crimes, de plus, tant de barrières pour accéder à la justice la rend inaccessible et le texte de loi en question quasiment inopérant et stérile.

---

<sup>1132</sup> Ce critère signifierait que la France reconnaît implicitement l'impunité. Par exemple, les tribunaux refuseraient d'exercer leur compétence pour un génocide si celui-ci n'est pas reconnu par la loi de l'État dans lequel il a été commis

<sup>1133</sup> Ce critère est contraire au principe complémentaire établi dans l'article 17 du Statut de Rome, qui stipule que la responsabilité première d'engager des poursuites incombe aux États Parties. La CPI est compétente lorsque l'État n'a pas la volonté ou la capacité de mener à bien l'enquête ou les poursuites

Si les tribunaux internes des pays où ces crimes sont commis gardent la priorité de les réprimer, selon l'actuelle pratique de la CPI, ces crimes peuvent aussi être réprimés par les tribunaux internationaux<sup>1134</sup>. La raison principale à cette alternative est d'abord le fait que les auteurs de ces crimes violent le droit international coutumier, ensuite, il y a le fait que les responsables de ces crimes peuvent ne plus être présents sur les territoires des pays où les infractions ont été perpétrées, ou encore que les tribunaux internes soient réticents ou incapables de les poursuivre pour plusieurs raisons<sup>1135</sup>.

## **2. Les tribunaux pénaux internationaux ad hoc**

On parle de juridictions pénales internationales ad hoc pour désigner les tribunaux internationaux dont la compétence est limitée aussi bien dans le temps que dans l'espace. Leur compétence est limitée dans le temps, dans la mesure où elle s'étend sur une période de temps clairement circonscrite, et est limitée dans l'espace dans la mesure où elle ne concerne que des crimes commis sur des espaces territoriaux bien définis. Ces juridictions ont une compétence prioritaire sur celle des États, ce qui signifie qu'en cas de conflit de compétences entre les juridictions nationales et les juridictions pénales internationales ad hoc sur des cas identiques, c'est la compétence de ces derniers qui l'emporte.

---

<sup>1134</sup> C'est notamment le cas des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex- Yougoslavie, 25 mai 1993, N.U. Doc. CS/RES/827 au para. 9 (2)) et pour le Rwanda (Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, 8 novembre 1994, N.U. Doc. CS/RES/955 au para. 8(2)). Ces tribunaux ont non seulement une juridiction concurrente avec celle des tribunaux nationaux mais aussi la priorité dans certains cas

<sup>1135</sup> En effet, dans la majorité des États où les graves violations du droit international sont perpétrées, il n'existe pas de système judiciaire indépendant, au vrai sens du terme, dans la mesure où les auteurs de ces crimes peuvent garder, pendant plusieurs années, une influence considérable sur le pouvoir judiciaire, soit parce qu'ils contrôlent le pouvoir politique, soit parce qu'ils contrôlent les institutions de sécurité ou les deux à la fois.

Les TPI sont des juridictions non permanentes créées par le conseil de sécurité, sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, relative à l'action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression.

Plusieurs TPI ont été créés par la Conseil de Sécurité :

- Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, en 1993 ;
- Le Tribunal international pour le Rwanda, en 1994.

Plus récemment, les Nations unies ont, avec les États concernés, créé des tribunaux pénaux mixtes (dont la création, la composition et le fonctionnement sont assurés autant par les Nations unies que par l'État en question) :

- Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, en 2002 ;
- Les Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens, en 2004 ;
- Le Tribunal spécial pour le Liban, en 2007.

Les premiers tribunaux pénaux ad hoc ont été créés au lendemain de la seconde guerre mondiale, pour juger les criminels internationaux, principalement allemands et japonais :

- Le Tribunal militaire international de Nuremberg, créé en 1945 par un accord entre les États-Unis, le Royaume-Uni, l'URSS et la France ;
- Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, créé en 1946.

Les statuts des juridictions internationales chargées de la répression des violations graves du droit international humanitaire, n'envisagent aucune possibilité de poursuivre pénalement des personnes morales publiques ou privées. Leur compétence, à l'égal de la cour pénale internationale, est limitée aux personnes physiques (agents de l'État ou personnes privées),

coauteurs, complices ou instigatrices, et représentants la personne morale<sup>1136</sup>. Seuls les dirigeants d'entreprises (et non les entreprises comme personnes morales) peuvent ainsi être poursuivis comme responsables de certains crimes, soit sur la base du chef de complicité<sup>1137</sup>, ou de donneur d'ordres.

En somme, aucune juridiction pénale internationale n'a été instituée et aucun régime juridique unitaire et global de source internationale ne permet jusqu'à présent de trancher d'une manière claire et définitive sur les infractions impliquant des entreprises internationales, les principaux obstacles qui se posent sont de nature technique, relatifs à la preuve de l'intention et le fait d'attribuer la responsabilité personnellement et directement aux sociétés transnationales. La doctrine commence à remédier à ces obstacles au moyen de la théorie de la gouvernance d'entreprise de la responsabilité, qui relie la culpabilité aux systèmes d'exploitation ou la propre culture de l'entreprise, ou encore à la théorie de due diligence. Dans tous les cas, la responsabilité pénale des entreprises multinationales reste à l'ordre du jour dans l'agenda des gouvernements de beaucoup d'États.

---

<sup>1136</sup> Voir les Articles 6 et 7 du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (Statut adopté le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de Sécurité), les Articles 5 et 6 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda (Statut adopté le 8 novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de sécurité). Voir aussi la Convention des Nations-Unies sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 (entrée en vigueur le 18 juillet 1976). Son article I(2) établit que sont « criminelles les organisations, institutions et individus qui commettent des crimes d'apartheid ». La responsabilité pénale directe des personnes peut donc être engagée internationalement sur cette base

<sup>1137</sup> Article 7(1) du Statut TPIY ; Article 6(1) du statut TPIR ; Article 25(3) (c) du Statut de la CPI

## II. La responsabilisation pénale de la société mère devant les juridictions nationales

La puissance souveraine des États se trouve de plus en plus atteinte par les intrusions fréquentes du droit international. Loinaine semble être l'époque où l'incrimination était laissée à la seule discrétion des États<sup>1138</sup>.

Le droit pénal français fait du principe territorial, une notion juridictionnelle fondamentale et incontournable, qui fait de la souveraineté territoriale, le point de référence. Il est ainsi généralement admis qu'un État puisse affirmer sa compétence sur son territoire, y compris les eaux territoriales, les eaux intérieures, l'espace aérien et certaines zones maritimes, mais ce principe de la territorialité peut non seulement asseoir la compétence des tribunaux lorsque les crimes ont été entièrement commis sur le territoire national, mais aussi lorsqu'ils n'y ont été commis qu'en partie<sup>1139</sup>.

Pour ce qui est des règles de compétence, les tribunaux pénaux d'un État sont en général habilités à connaître les infractions du fait d'une entreprise lorsque celle-ci ont été commises sur son territoire (principe de territorialité), quand elles ont été commises par l'un de leurs ressortissants (principe de personnalité active) ou contre l'un de leurs ressortissants (principe de personnalité passive). Concernant certains crimes graves, et indépendamment des principes susmentionnés, les tribunaux d'un État sont ainsi compétents au seul motif que ces crimes constituent une menace pour la communauté internationale dans son ensemble (principe de compétence universelle). Plus qu'un principe de compétence des États, il s'agit à ce moment, d'un devoir de poursuivre les auteurs.

---

<sup>1138</sup> **Bauchot(B), sanctions pénales nationales et droit international, thèse, op-cit**

<sup>1139</sup> **Lorsque le commencement de la commission de l'acte criminel est localisé sur le territoire français, la France peut être compétente à le réprimer en vertu du principe de la territorialité subjective même si elle s'est complétée à l'étranger. À l'inverse, si le commencement de la commission de l'acte criminel a lieu à l'étranger et que ses effets se sont produits en France**

Quand il s'agit d'examiner la problématique de la responsabilité civile par exemple, l'application de la théorie de la levée du voile social paraît irrécusable, la chose devient moins évidente quand on passe dans la sphère du système pénal, où le schéma de l'imputation se base sur l'action institutionnelle et sur le principe de la personnalité des sanctions.

En effet, certains crimes sont par nature des crimes purement nationaux, dont l'incrimination et la répression ne ressortent, en principe, que de la seule compétence des États, mais en raison de la gravité de certains crimes, le droit international est venu s'insinuer dans des domaines purement nationaux, dans une optique d'encadrement et de coordination des droits internes. Bien qu'ils ne présentent aucun caractère transnational, ces crimes se trouvent à la limite de deux ordres juridiques distincts, l'un international, l'autre national. En conséquence, le droit international n'a pas hésité à prescrire aux États des règles d'incrimination directe, c'est le cas des atteintes à l'environnement par exemple.

Ainsi, les critères de compétence des juridictions nationales en matière des crimes internationaux tiennent au principe de territorialité, de la personnalité active et passive ou de la compétence universelle.

### **1. La compétence universelle**

La Compétence universelle, est le fait d'envisager la compétence extraterritoriale d'un juge étatique, alors même que les protagonistes des faits infractionnels, auteur et victime, n'ont pas la nationalité du for<sup>1140</sup>, ceci est motivé par la volonté de mettre fin à l'impunité, qui a toujours été au cœur du combat pour un monde plus juste<sup>1141</sup>. Ce critère de rattachement basé

---

<sup>1140</sup> Giudicelli(A), **Compétence universelle : caractère suffisant de la présence en France de l'une des personnes soupçonnées d'avoir commis les faits**, RSC 2007, p. 566

<sup>1141</sup> Farchakh Fouret(L), **la compétence universelle comme instrument de lutte contre l'impunité**, institut de recherche et débat sur la gouvernance, [www.institut-gouvernance.org.fr](http://www.institut-gouvernance.org.fr)

sur le principe d'universalité, s'appuie sur l'idée selon laquelle un État est compétent pour juger des crimes internationaux<sup>1142</sup>.

Mais si pendant longtemps, cette bataille a été menée contre les États, en leur qualité de sujets traditionnels du droit international, l'émergence de la criminalité transnationale opérée par les acteurs non-étatiques a poussé les États à adopter certaines conventions et traités en vue d'en supprimer ou, à tout le moins, de minimiser les effets de ces actes coupables. Au niveau mondial, il n'y a pas de juridiction spécialisée instituée pour statuer sur les litiges nés de situations juridiques internationales impliquant des particuliers<sup>1143</sup>. Dans certains domaines, il existe, néanmoins, des organes internationaux de résolution des litiges, C'est le cas, notamment, en matière pénale<sup>1144</sup> et commerciale<sup>1145</sup>. En pratique, il serait tout à fait possible de laisser les arbitres internationaux se charger des litiges internationaux de façon à ce que ce type d'affaires puisse échapper à la connaissance des juridictions étatiques<sup>1146</sup>.

L'absence de tribunaux internationaux habilités à juger ces auteurs, a conduit les États à adopter, dans leurs législations internes, des mesures permettant aux tribunaux nationaux de mettre en œuvre les dispositions pénales contenues dans des traités et conventions

---

<sup>1142</sup> Article 1er Convention Genève 1949

<sup>1143</sup> En 1930, Prudhomme recommandait la création d'une juridiction internationale car il n'y a « pas de vrai droit international sans juge international », écrivait-il, « pas de vrai droit international sans contrôle par le juge international de l'application des règles de droit, qu'elles soient consacrées par le droit positif national ou par les traités diplomatiques », A. Prud'homme, *Le droit international privé dans son développement moderne*, JDI 1930 p. 932.

<sup>1144</sup> Cette juridiction présente néanmoins la défaillance de ne pas pouvoir juger des personnes physiques

<sup>1145</sup> Par exemple, les tribunaux arbitraux tels que la Cour permanente d'arbitrage, l'organe de règlement des différends de l'organisation mondiale du Commerce, voir le site internet de l'Organisation mondiale du commerce : [www.wto.org/indexfr.htm](http://www.wto.org/indexfr.htm).

<sup>1146</sup> Pour un exposé de l'essor de l'arbitrage international comme mode de règlement des litiges, voir Fouchard (Ph), *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie, Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche Paris, 1999 p. 381 s.

internationaux, ceci a été en grande partie favorisé par la reconnaissance croissante du principe de la responsabilité pénale des personnes morales dans les législations nationales<sup>1147</sup>.

En outre, compte tenu du caractère particulier de ces crimes internationaux, et parallèlement à l'effort international, certains pays se sont donné les moyens de les réprimer dans leurs ordres judiciaires internes indépendamment de leur lieu de commission. Ainsi, l'exercice de la compétence universelle ne repose pas seulement sur le lien entre l'État qui entend exercer cette compétence et l'auteur du comportement prohibé, mais elle peut aussi être fondée sur le lien entre l'État désireux d'exercer cette compétence et l'acte prohibé, plus précisément les conséquences de cet acte, quoiqu'en pratique, il faut bien admettre que l'exercice effectif de la compétence des tribunaux répressifs étatiques rencontre de nombreux obstacles<sup>1148</sup>.

D'un point de vue pénal, la législation de la plupart des États ne prévoit pas encore la poursuite d'une société en tant que telle, dans les États en question, une action est donc uniquement possible contre les dirigeants de ces sociétés. Cette situation est insatisfaisante et favorise l'impunité. Il est souvent impossible de déterminer, dans l'organisation complexe d'une entreprise multinationale, qui est l'individu qui a pris part à un crime donné et qui doit par conséquent être poursuivi.

Conscients de ce problème, de plus en plus d'États se dotent aujourd'hui d'une législation permettant de poursuivre directement les personnes morales au même titre que les personnes physiques sur le plan pénal. Dans les États qui ont décidé de franchir ce cap, une entreprise multinationale peut être poursuivie et condamnée au plan national pour sa participation à un crime international<sup>1149</sup>.

---

<sup>1147</sup> **Devant les juridictions internationales, ce n'est toujours pas possible**

<sup>1148</sup> **Stern(B), La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda, in German Yearbook of international law 1997, vol. 40, p. 292-296**

<sup>1149</sup> **L'affaire Erika en France**

Comme c'est le cas pour les individus, il n'est pas nécessaire que l'entreprise multinationale soit l'auteur principal d'un crime pour être incriminée, il suffit qu'elle y ait participé de manière substantielle. Elle peut donc être incriminée pour un crime qu'elle n'a pas directement commis si elle l'a instigué, ordonné, planifié, commandité, etc.

Il appartient au droit national de chaque pays de déterminer à partir de quel seuil une participation peut être considérée comme suffisamment importante pour engager la responsabilité pénale d'une entreprise.

De nombreuses personnes estiment que l'instauration d'un régime autorisant la responsabilité pénale des entreprises, au-delà de celle des individus qui y travaillent ou la dirigent, rendra la poursuite et la répression plus efficace et plus juste<sup>1150</sup>.

À défaut d'autorités internationales, le juge judiciaire étatique se révèle donc être le mieux placé pour statuer. Les États conservent ainsi une part de leur souveraineté dans l'appréhension de litiges qui dépassent leurs frontières. Ils jouissent, en outre, d'un élément indispensable à l'effectivité des règles juridiques : la contrainte, cette composante essentielle de la règle juridique, n'existe pas au niveau international<sup>1151</sup> parce que « le droit, en effet, suppose une autorité supérieure, acceptée ou subie par ceux qu'il doit régir, et les États souverains n'en reconnaissent pas »<sup>1152</sup>.

---

<sup>1150</sup> Rontchevsky(N), « Rapport français » in *La responsabilité. Aspects nouveaux* (Travaux de l'association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française), T. L., 1999, L.G.D.J., p.741

<sup>1151</sup> « L'ordre international ne dispose pas, comme les ordres juridiques étatiques, d'un ensemble d'institutions hiérarchisées permettant d'assurer globalement, par la coercition, l'application effective de l'ensemble des normes et des situations formellement valables », Touscoz(J) , *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ Paris 1964, p. 6.

<sup>1152</sup> Lainé(A), *Introduction au droit international privé*, T. I, Librairie Cotillon, Paris 1888, p. 20

Dans le cadre d'un groupe de sociétés où la personnalité juridique de la société-mère est différente de celle de ses filiales, la poursuite de la société mère est possible, s'il est prouvé que la réalisation d'une partie des événements ayant constitué des actes criminels commis à l'étranger, s'est déroulée sur le territoire français notamment avec la participation des cadres de la société-mère<sup>1153</sup>.

Tout d'abord, les États peuvent être tenus responsables des activités des entreprises sur le plan international, dans l'hypothèse où, ces entreprises sont considérées comme exerçant des fonctions contenant des éléments de l'autorité étatique. Les entreprises peuvent et devraient être contrôlées par l'État hôte dans l'exercice de leurs activités<sup>1154</sup>, et si ce dernier n'effectue pas toutes les mesures nécessaires afin d'enquêter sur les faits, poursuivre les auteurs et indemniser les victimes, il peut également être tenu responsable, pour manque de diligence raisonnable<sup>1155</sup>.

En effet, un auteur soulignait que « La liberté que le droit international laisse à l'État dans le choix des moyens pour l'accomplissement de ses devoirs, ne doit pas rendre ces devoirs moins effectifs ou incertains. Au contraire, un principe généralement admis énonce que les carences ou les vices de la législation d'un État ne l'exemptent pas d'accomplir ses devoirs internationaux, ni, en conséquence, excluent sa responsabilité<sup>1156</sup>».

---

<sup>1153</sup> Manirabona(A), «Le droit pénal des organisations face à l'internationalisation de la conduite criminelle : Le cas de la société Anvil Mining Ltd au Congo » (2009) 13 : 3 Canadian Criminal Law Review 217 aux pp. 230-231

<sup>1154</sup> La Grande Bretagne a ainsi, par exemple, introduit le 8 avril 2010 le Bribery Act qui permet de sanctionner les actes de corruption ayant eu lieu partout dans le monde, réalisés par des personnes morales installées sur son territoire

<sup>1155</sup> Concept développé à partir de l'arrêt Velasquez Rodriguez c. Honduras, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, jugement, 29 juillet 1988, Série C, no. 4, 28 ILM 291 ; voir : Comité des droits de l'Homme, Observation générale no. 31, un doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004.

<sup>1156</sup> Esposito(V), la liberté des états dans le choix des moyens de mise en œuvre des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme, Congrès international sur La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts, organisé par le ministère des Affaires étrangères et par la Société italienne pour l'organisation internationale, 6 juin 2002, Rome

Il est vrai que de prime abord, il est serait paradoxal, voire inadmissible de soumettre des litiges internationaux à des juridictions internes, puisque la fonction du juge judiciaire se limite à connaître des actions à caractère purement interne. Aussi, toute situation juridique dépassant ce cadre, devrait être exclue du domaine de la justice étatique. Pourtant, maints litiges présentant un élément d'extranéité sont susceptibles d'être examinés par des juridictions étatiques en toute légalité et légitimité, en effet, l'extraterritorialité n'est généralement pas interdite, du moment qu'on ne porte pas atteinte à la souveraineté d'un Etat, ceci peut être expliqué dans un premier temps par l'absence de juridiction internationale spécialisée pour connaître de ce type de contentieux.

Par ailleurs, l'universalité du droit d'accès à la justice suppose un environnement juridique stable, non-discriminatoire, qui fait qu'on ne peut renier ce droit même à une personne ressortissante d'un état, autre que celui par lequel le juge a été institué.

On se trouve alors confronté à deux risques : soit plusieurs juridictions se déclarent compétentes, soit au contraire plusieurs juridictions se déclarent incompétentes. La cour de cassation a admis la compétence des tribunaux français comme remède au déni de justice.

## **2. l'imputabilité de l'infraction à la société mère dans le cadre de la compétence universelle**

L'absence de personnalité en tant que tel du groupe multinational ne permet pas de rechercher en France sa responsabilité pénale directe. Cependant, les plaignants peuvent mettre en jeu la responsabilité de la société mère seule ou conjointe à celle de la filiale. Une société mère française peut-elle être responsable des faits commis à l'étranger par sa filiale implantée dans un pays tiers ?

Deux hypothèses sont envisageables :

- soit appliquer au droit pénal, le raisonnement développé et adopté en droit de la concurrence<sup>1157</sup>, qui est assimilée la filiale à sa société mère lorsque cette première est dépourvue de tout pouvoir de décision et ne fait qu'appliquer les injonctions de la société mère
- soit il ya une connivence entre la société mère et sa filiale, il ya alors responsabilité solidaire basée sur la complicité en qualité d'auteur principale et de complice active.

### **2.1. La poursuite de la société mère pour des faits commis par sa filiale**

Un des principes fondamentaux en matière pénale est que la responsabilité est personnelle<sup>1158</sup> comme ça a été traité dans la première partie de ce travail.

L'avant-projet Catala avorté, envisageait qu'est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation directe avec l'exercice du contrôle, et c'est le cas des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales.

La réalité économique l'emporte sur le principe juridique, les deux entités forment en fait une unité économique, les faits commis sont ou devraient être imputés à la société mère avec laquelle elle ne fait qu'un. C'est d'ailleurs l'argument avancé par la cour d'appel dans l'affaire Erika. La juridiction a retenu la responsabilité pénale de la société mère au lieu et place de sa filiale, parce que cette première était la seule à exercer un contrôle sur la marche de l'Érika, et

---

<sup>1157</sup> CJCE, 17 nov. 1987, BAT et Reynolds c/ Commission, cité par Blaise(J.B), Ententes, septembre 2003, Répertoire de droit communautaire

<sup>1158</sup> Article 121-1 du code pénal

non la filiale établie au panama, pourtant, seule partie engagée au contrat avec la société de location du navire<sup>1159</sup>.

La cour a ainsi fondé son jugement sur le fait que la filiale « n'avait aucun effectif, pas de locaux au panama où elle est immatriculée (...), pas d'autonomie ni juridique ni financière ». La cour a retenu plusieurs motifs comme le devoir du capitaine d'informer la société mère en l'occurrence Total en cas d'incident par le biais d'une ligne directe ou encore l'interdiction faite au capitaine d'accepter d'ordre d'autre personne sans l'accord de Total<sup>1160</sup>.

Par ailleurs, il n'existait, en fait, au moment des faits, aucune obligation légale contraignante pour la société mère, mais la cour a, néanmoins, caractérisé la faute pénale, sur le fondement que le groupe Total, s'est lui même et volontairement engagé, pour procéder directement à un contrôle technique des navires<sup>1161</sup>.

## **2.2. La responsabilité de la société mère pour complicité avec sa filiale**

L'article 113-5 du code pénal prévoit que « 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 ».

Aussi, en principe, il s'avère que qu'il n'y a aucune difficulté d'ordre légale entravant l'incrimination d'une société pour des actes ayant eu lieu en dehors des frontières nationales,

---

<sup>1159</sup> Cass.crim, 25 septembre 2012, n° 10-82.938

<sup>1160</sup> Daoud(E) & André(A), la responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ?multinationales , AJ Pénal, Janvier 2010

<sup>1161</sup> Daoud(E) & André(A), la responsabilité pénale des entreprises transnationales françaises : fiction ou réalité juridique ?op-cit

Nonobstant, ce texte pose des limites quant à sa mise en application, en effet, la poursuite ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public<sup>1162</sup>, de plus, le complice français d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger ne peut être poursuivi en France, qu'à la condition que ce crime ait été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère<sup>1163</sup>.

L'affaire Rougier est très illustrative à ce titre, dans le cas d'espèce, une plainte avec constitution de partie civile sur la base de la personnalité active avait été déposée en 2002 entre les mains du Doyen des juges d'instruction de Paris par sept agriculteurs camerounais et l'association les Amis de la Terre, à l'encontre des dirigeants de la société forestière de Doumé (SFID), société de droit camerounais, d'une part et à l'encontre de sa maison mère, la société Rougier SA, d'autre part. Cette plainte avait été introduite sur la base du chef de destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaire. Or, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris a rendu le 13 février 2004 un arrêt, confirmant l'ordonnance d'irrecevabilité de la plainte.

En vertu du principe de territorialité, l'État a toute compétence « à l'égard des biens et des personnes situés sur son territoire ou des événements se produisant sur son territoire<sup>1164</sup> ». En pratique, le principe de territorialité inclut d'une part, la territorialité subjective, en vertu de laquelle un État se reconnaît compétent en raison du commencement d'exécution de l'infraction sur son territoire, et d'autre part, la territorialité objective, fondée sur l'idée selon laquelle un État peut se reconnaître compétent, dès lors que l'infraction produit ses effets sur son territoire.

---

<sup>1162</sup> L'article 113-8 du code pénal français

<sup>1163</sup> L'article 113-5 du code pénal français

<sup>1164</sup> Stern(B), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, Année 1986, Volume 32, p. 23

Il convient de relever qu'actuellement, est à l'examen une proposition de loi, tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale, relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale<sup>1165</sup> Le projet de modification de l'article 689-11 du code de procédure pénale, s'il est ainsi adopté, ne devrait pas permettre la poursuite de personnes morales étrangères, même installées en France, pour des faits relevant de la compétence de la CPI, crimes contre l'humanité, crimes de génocide et crimes et délits de guerre, aucune lecture autonome de cette disposition ne paraissant possible<sup>1166</sup>.

### **3. Le principe de la compétence personnelle**

Ce principe repose, quant à lui, sur l'idée selon laquelle un État peut se reconnaître compétent dès lors que la situation litigieuse implique l'un de ses nationaux<sup>1167</sup>.

La compétence de l'État peut également se fonder sur le principe de protection en vertu duquel « l'État possède une compétence fondée sur sa souveraineté elle-même, sa sécurité, son intégrité territoriale, ses intérêts essentiels<sup>1168</sup> ».

---

<sup>1165</sup> L'art. 689-11 c. pr. pén. tel qu'adopté par la commission des lois du Sénat se lirait ainsi : « En dehors des cas prévus par le sous-titre Ier du titre Ier du livre IV du présent code pour l'application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale, ouverte à la signature à Rome le 18 juillet 1998, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne soupçonnée de l'une des infractions suivantes : 1° Les crimes contre l'humanité et crimes de génocide définis aux articles 211-1, 211-2, 212-1 à 212-3 du code pénal ; 2° Les crimes et les délits de guerre définis aux articles 461-1 à 461-31 du même code. La poursuite de cette personne ne peut être exercée, si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande sa remise ou son extradition, qu'à la requête du ministère public, lequel s'assure au préalable de l'absence de poursuite diligentée par la Cour pénale internationale ou un État compétent »

<sup>1166</sup> Maziau(N), La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme, op-cit

<sup>1167</sup> Vallat(J), Mondialisation du commerce illicite de bois et droit pénal français : un déficit de juridiction, RSC 2005, p.21

<sup>1168</sup> Friedel (E), « Pratiques restrictives de concurrence », Répertoire Dalloz de droit international, Mai 1999, p. 25

L'exercice de la compétence extraterritoriale en vertu du principe de la nationalité repose sur le postulat selon lequel l'État est constitué par un groupe de citoyens dont il a la responsabilité de protéger ou punir indépendamment du lieu où ils se trouvent<sup>1169</sup>, l'utilisation du principe de la nationalité pour exercer la compétence extraterritoriale se réalise de deux façons<sup>1170</sup>, D'une part, un État peut exercer sa compétence extraterritoriale pour réprimer les crimes dont ses ressortissants ont été victimes, c'est la compétence dite «personnelle passive». Bien que certains pays comme les États-Unis recourent souvent à ce principe de compétence personnelle passive, son exercice demeurerait néanmoins controversé à moins qu'il ne s'agisse de cas de lutte contre les crimes qui sont à la base d'une préoccupation internationale.

### **3.1. La compétence personnelle active**

La juridiction nationale est compétente lorsque l'auteur de l'infraction, bien que celle-ci ait été commise à l'étranger, est un national<sup>1171</sup>. Le recours au principe de la compétence personnelle active pour fonder la compétence extraterritoriale des tribunaux d'un État a pris une signification importante notamment à cause du fait que les États sont quelques fois réticents à extraditer leurs ressortissants vers d'autres États.

Cette réticence des États à extraditer leurs ressortissants pour être jugés à l'étranger est, entre autres, due au fait que les législations internes traitent les accusés étrangers de manière différente. Ainsi par exemple, un État qui ne pratique pas la peine de mort refuse généralement d'extraditer ses ressortissants dans un pays où ils risquent de subir cette forme de sanction. Il en serait aussi de même si, malgré la suppression de la peine de mort, l'État qui

---

<sup>1169</sup> Melchiade Manirabon(A), *La responsabilité pénale des sociétés canadiennes pour les crimes contre l'environnement survenus à l'étranger*, Université de Montréal, thèse, 2009

<sup>1170</sup> De Schutter(O), «Les affaires Total et Unocal : Complicité et extraterritorialité en matière d'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme» (2006) 52 A.F.D.I. 55 à la p. 91

<sup>1171</sup> La compétence universelle emporte la compétence de la loi française, recueil Dalloz 2004, p. 309

demande l'extradition d'un accusé, ne dispose pas de règles procédurales susceptibles de garantir la tenue d'un procès équitable.

Lorsque l'accusé est une personne morale, l'extradition est difficile, voire même impossible, à moins qu'il ne s'agisse de ses dirigeants au cas où ils seraient également suspectés d'avoir participé à la commission des crimes<sup>1172</sup>, auquel cas, ils ne répondraient que de leur propre responsabilité et non de celle de l'organisation. Il s'ensuit que dans le cas où l'accusé est une personne morale, l'exercice de la compétence personnelle active constitue un moyen efficace pour lutter contre l'impunité.

En effet, si, par exemple, une société basée au France participe à la commission d'un crime dans un pays tiers, l'exercice de la compétence personnelle active par les tribunaux français permet d'éviter que le crime demeure impuni, dans la mesure où l'extradition de cette société vers le lieu de l'infraction n'est pas possible.

Il s'avère important de souligner que le fait que l'auteur d'un crime change de nationalité ne le rend pas pénalement irresponsable, ainsi et, afin de lutter efficacement contre l'impunité, il est admis qu'un État peut valablement garder la compétence à poursuivre une personne, qui perd sa nationalité après la commission du crime<sup>1173</sup>. Cette approche constitue un outil efficace pour la poursuite des organisations qui, après la commission des crimes, ont tendance à se restructurer sous une autre forme ou appellation<sup>1174</sup>.

---

<sup>1172</sup> La lutte contre l'impunité en droit suisse, Sous la direction de Philip Grant, <http://www.trial-ch.org>

<sup>1173</sup> Ce cas de figure est très fréquent dans le cadre du droit des sociétés qui au gré des fusions acquisitions ou scission des sociétés apparaissent ou disparaissent

<sup>1174</sup> La technique est très utilisée dans les groupes de multinationales par des opérations de fusion, scission, délocalisation...

### **3.2. La compétence personnelle passive**

De temps à autre et d'une façon controversée, certains États affirment leur compétence sur des actes qui portent atteinte à leurs ressortissants, peu importe où l'acte a été commis<sup>1175</sup>, la juridiction nationale est en effet compétente lorsque la victime de l'infraction, bien que commise à l'étranger, est un national.

En vertu de la compétence de protection, un État peut se déclarer compétent à l'égard d'un acte ou d'une omission qui a lieu à l'étranger, lorsque cet acte ou omission peut constituer une menace à ses intérêts. Il est ainsi habilité à réprimer les comportements prohibés passés à l'étranger lorsqu'ils ont entraîné des effets à l'intérieur de son territoire même si ces effets ne sont pas un élément constitutif de l'infraction. Bien qu'elle n'ait jamais fait l'unanimité, surtout lorsqu'elle est appliquée à certains domaines.

En effet, la question qui se pose est de savoir à partir de quel moment et quel est le seuil des effets pouvant permettre à un État d'exercer sa compétence. La majorité de l'opinion semble s'être finalement rangée autour de l'idée exigeant que les effets soient plus ou moins substantiels afin de permettre à un État d'exercer sa compétence sur les actes commis à l'extérieur de ses frontières<sup>1176</sup>.

La responsabilité pénale des personnes morales est toutefois circonscrite par les dispositions de l'article 121-2 du code pénal<sup>1177</sup> qui en établit le principe, combinées aux dispositions des

---

<sup>1175</sup> Coughlan(S), portée mondiale et emprise locale, l'interprétation de l'extraterritorialité à l'ère de la mondialisation, Commission du droit du Canada, 2006, <http://publications.gc.ca/pub?id=325635&sl=>

<sup>1176</sup> De Schutter(O), op-cit

<sup>1177</sup> L'art. 121-2 code pénale dispose : « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales

articles 689 et suivants du code de procédure pénale<sup>1178</sup> et des articles 113-5<sup>1179</sup> et suivants<sup>1180</sup> du code pénal, qui déterminent le champ de compétence du juge français hors du territoire de la République, la loi pénale française ne reconnaissant pas davantage que la procédure civile le principe de compétence universelle « absolue ». En outre, il n'est pas certain qu'une lecture combinée des mêmes dispositions permette d'envisager des poursuites contre une personne morale étrangère<sup>1181</sup>, même pour des dommages subis par des Français à l'étranger<sup>1182</sup>. La Cour de cassation ne s'est, cependant, pas encore prononcée sur des circonstances de cette

---

n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

<sup>1178</sup> L'art. 689 code procédure pénale dispose : « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale ou un acte pris en application du traité instituant les Communautés européennes donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction ».

<sup>1179</sup> L'art. 113-5 code pénale énonce : « 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 ».

<sup>1180</sup> L'art. 113-6, al. 1er, c. pén. dispose : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République », tandis que l'alinéa 2 mentionne qu'« 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 ». Enfin, l'article 113-7 du code pénal prévoit que « la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction ».

<sup>1181</sup> Ainsi que le relèvent Huet (A) & Koering-Joulin(R), « un groupement étranger qui aurait commis en France une infraction pour laquelle la loi française permet d'engager la responsabilité pénale des personnes morales ne saurait invoquer sa loi (c'est-à-dire celle de son siège social situé à l'étranger) qui ignore le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Mais la question de savoir si le groupement étranger est ou non une personne morale est une question extra pénale que seule peut régler la loi étrangère du siège dudit groupement ; en conséquence, un groupement étranger dépourvu de personnalité morale selon cette loi ne peut être pénalement sanctionné en France, alors même que sa loi prévoit qu'il peut néanmoins être poursuivi et condamné pour certaines infractions ».

<sup>1182</sup> Dans l'hypothèse d'un délit commis par une personne morale française, le juge français doit vérifier que le fait est incriminé par la loi étrangère, mais aussi que cette dernière permet d'engager la responsabilité pénale des personnes morales. Delmas-Marty(M), *Personnes morales étrangères et françaises*, Rev. Sociétés 1993, p.259

nature. Pas plus, sur la responsabilité de sociétés françaises pour des faits graves de crimes contre les droits de l'homme commis à l'étranger à l'encontre de victimes étrangères<sup>1183</sup>.

En pratique, l'entreprise multinationale, en tant que personne morale, sera sanctionnée au civil et éventuellement au pénal pour ces crimes à la condition qu'ils soient commis sur le territoire de l'État du siège ou à l'égard des personnes relevant de la juridiction de l'État en question. Or, lorsqu'elles exercent leurs activités commerciales sur le territoire d'un État autoritaire, les entreprises transnationales bénéficient généralement d'une impunité de fait pour les violations qu'elles commettent ou dont elles se rendent complices et qu'elles n'auraient pas commises dans leur pas d'origine. Cette impunité s'explique techniquement par une double réalité : en premier lieu, la territorialité du droit pénal exclut juridiquement la compétence de l'État du siège pour condamner ces crimes, et en second lieu, l'État sur le territoire duquel se déroulent les activités commerciales ne voudra probablement pas sanctionner ces violations.

Même si beaucoup d' États et organisations internationales ont étendu la portée de leurs lois internationales dans beaucoup de domaines, environnement, droits de l'Homme, droit, du travail, on remarque que cette toile de normativité n'est quand même pas arrivée à maîtriser l'action des entreprises transnationales tant leur puissance est quasiment inattaquable sur la scène internationale.

---

<sup>1183</sup> L'affaire ayant opposé Total à des Birmans s'étant plaints d'enlèvement et séquestration (le travail forcé auquel ils auraient été soumis dans le cadre d'un chantier de construction d'un gazoduc étant, selon eux, constitutif d'une séquestration), est intéressante dans la mesure où la plainte était dirigée notamment contre le président du groupe, Thierry Desmarest et non contre la société Total elle-même, compte tenu de la probable inapplicabilité de l'article 121-2 du code pénal, conjugué à l'article 113-6 du même code, à des faits de cette nature ; les parties ayant décidé de transiger le 20 novembre 2005, une ordonnance de non-lieu a été rendue par le juge d'instruction le 20 juin 2006

### **Section 3. Responsabilité environnementale extraterritoriale**

Si la mondialisation a beaucoup de fervents défenseurs<sup>1184</sup>, beaucoup d'autres la prennent à partie, comme étant la cause de la dégradation actuelle de l'environnement<sup>1185</sup>. En effet, l'activité des grandes entreprises multinationales génère une détérioration sérieuse et permanente pour l'environnement. Le problème devient plus complexe lorsqu'on sait que les multinationales opèrent au-delà de leur pays d'origine. En effet, cet état de choses fait que les affaires relatives aux dommages portant atteinte à l'environnement, cessent d'avoir une envergure locale ou nationale pour devenir une question d'ordre international, la contamination n'a pas de frontières, et partant, elle devient un enjeu relevant de la sphère supranationale, plus précisément du droit international pénal<sup>1186</sup>.

Personne ne peut pas nier que des avancées considérables ont été réalisées en matière de responsabilité des entreprises transnationales, et les plus importantes ont lieu en droit de l'environnement, mais celle-ci n'arrivent toujours pas à statuer et trancher sur les problèmes soulevés par les filiales des multinationales opérant un peu partout dans le monde.

En effet, sur le plan juridique, du fait que les sociétés transnationales ne sont pas dotées d'une personnalité juridique internationale et n'étant pas un sujet du droit international, ce dernier n'est pas compétent pour réglementer leurs actions. Aussi, toute société acquiert la nationalité du lieu d'implantation de son siège, et est alors soumise à la réglementation de l'État en question. Partant, c'est le principe des conflits de lois, qui est appelé à régler les activités des multinationales et les conflits qui peuvent en résulter. Par conséquent, elles échappent

---

<sup>1184</sup> Bhagwati(J), plaidoyer pour la mondialisation, éd. Odile Jacob, septembre, 2010

<sup>1185</sup> Bontems (ph) & Calmette (M-F), Mondialisation, commerce international et environnement Un avant-propos, Revue économique, 2010/1 Vol. 61, p. 1-8. Pour Noah Sachs : « La mondialisation a non seulement lié les économies nationales ensemble, elle a également donné lieu à un web des exportations et des importations de risques environnementaux », Beyond the liability wall : strengthening tort, remedies in international environmental law, 55 UCLA Law Review 837 (2008), p.844

<sup>1186</sup> Nieto Martin(A), Éléments pour un droit international pénal de l'environnement, RSC 2012 p. 69

complètement à toute réglementation particulière et ne sont saisies, par le droit, qu'à travers leurs activités nationales<sup>1187</sup>.

Mais cet état des choses n'est pas satisfaisant, car les limitations territoriales des droits nationaux ne permettent pas toujours d'encadrer efficacement l'activité des sociétés transnationale<sup>1188</sup>. En effet, beaucoup de pays d'accueil connaissent une carence en matière de législation environnementale, ceci ajouté à l'insuffisance du droit international, rend les entreprises multinationales généralement invulnérables face aux dégâts qu'elles causent.

De fait, les poursuites civiles sont entravées par de nombreuses difficultés dans leurs tentatives pour responsabiliser les auteurs de ces dommages, et partant, rares sont les cas où il y a eu condamnation effective des auteurs du dommage, c'était surtout des situations où les préjudices occasionnés ont été la cause de dommages importants, ou quand certaines substances particulièrement toxiques ont causé de graves dommages que des actions civiles ont été en mesure d'obtenir des dommages-intérêts suffisants pour compenser les dommages causés<sup>1189</sup>.

### **I. Responsabilité des multinationales pour atteinte à l'environnement dans le droit international**

La problématique politique et, partant, législative que présentent les multinationales, est le fait qu'elles échappent à la souveraineté nationale de tous les États, vu notamment, les dimensions transfrontalières des pollutions et des perturbations climatiques qu'elles causent. Aussi, la communauté internationale s'est vue dans l'obligation de générer un nombre croissant d'instruments internationaux, comme remède pour stopper les dégradations causées à l'environnement, d'abord souvent bilatéraux ou régionaux, puis à vocation mondiale.

---

<sup>1187</sup> Merle(M), *Sociologie des relations internationales*, p.384, Paris, Dalloz, 1982

<sup>1188</sup> Cuzacq(N), *Le cadre normatif de la RSE, entre soft law et hard law*, Communication présentée au colloque du RIODD 2012

<sup>1189</sup> *Affaire Amoco Cadiz et Erika*, op-cit

Cependant, même si la plupart des pays disposent de nos jours de cadres juridiques régulateurs de l'environnement en droit public, pouvant prévenir et sanctionner les dommages environnementaux de la pollution, cette législation s'avère quasiment sans effet lorsque le dommage environnemental est le résultat de sources de pollution situées dans différents pays. Il est effectivement plus difficile d'imputer la responsabilité aux coupables puisque le droit international public n'a pas encore créé de régime global suffisamment efficace pour couvrir les cas de pollution transfrontalière, et ce, en dépit des engagements pris à la fois dans la Déclaration de Stockholm<sup>1190</sup>, l'acte unique européen<sup>1191</sup>, et dans la déclaration de Rio<sup>1192</sup>.

En effet, l'arsenal juridique existant en matière de législation environnementale internationale est peu efficace et paraît impuissant devant la dégradation de l'environnement causée par les multinationales.

### **1. le contenu normatif de la législation internationale en matière d'environnement**

Le droit international de l'environnement s'est construit d'une manière assez rapide suite à la sonnette d'alarme tirée par de nombreuses organisations publiques et privées sur la dégradation brutale de l'état de l'environnement<sup>1193</sup>, causée par la multiplication désordonnée des activités humaines et de la libéralisation excessive du commerce mondial, mais cette promptitude dans la création normative n'a pas été sans faille, puisque le droit international de

---

<sup>1190</sup> La Conférence des Nations Unies sur l'environnement, réunie à Stockholm du 5 au 16 juin 1972

<sup>1191</sup> L'acte unique européen de 1986 a hissé la politique de l'environnement au rang de politique communautaire en associant explicitement le développement économique à la protection de l'environnement

<sup>1192</sup> La Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio du 3 au 14 juin 1992

<sup>1193</sup> Kiss(A), *Droit international de l'environnement*, Ed. Pedone, Paris, 2010

l'environnement connaît aujourd'hui une grande diversité de sources, marquée par une certaine incohérence et de grandes lacunes<sup>1194</sup>.

En effet, les sources du droit international de l'environnement se dispersent entre le droit international (conventionnel ou coutumier), et le droit national<sup>1195</sup>, à travers les lois sur l'environnement<sup>1196</sup>, il en résulte une complexité juridique certaine et dans le même temps une incertitude quand à leurs effets juridiques réels<sup>1197</sup>.

Ces sources hétéroclites du droit ont vu le jour, comme conséquence du fait que, le droit international classique<sup>1198</sup>, dont les sujets sont réduits aux acteurs étatiques, et par conséquent, ordonné autour de la souveraineté des États, s'est vu dépassé par la montée en puissance de la globalisation économique, (dont un des produits sont les entreprises multinationales), et des problèmes mondiaux d'environnement qui l'ont accompagné. Partant, la batterie des normes en vigueur, reste peu favorable à une application intégrée, aisée et automatique<sup>1199</sup>.

---

<sup>1194</sup> IDI, Procédures d'adoption et de mise en Œuvre des règles en matière d'environnement, Résolution du 4 septembre, RBDI, n°1997/2, p. 497

<sup>1195</sup> Les principes régissant ces lois et la responsabilité qui en résulte varient d'un pays à l'autre

<sup>1196</sup> IDI, Procédures d'adoption et de mise en Œuvre des règles en matière d'environnement, op-cit

<sup>1197</sup> Michel Prieur, Rapport général sur l'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement, cours judiciaires suprêmes francophones

<sup>1198</sup> Le droit international classique plaçait le droit de l'environnement dans le cadre des relations entre les États et plus concrètement, dans les relations de voisinage et l'interdiction générale pour un État de causer des dommages sur le territoire d'un autre État, ainsi dans Trail Smelter case, l'arrêt annonce que : « en accord avec les principes du droit international aucun État n'a le droit d'utiliser son territoire ou de permettre l'utilisation de celui-ci de manière à causer un dommage environnemental à un autre État ou aux propriétés des personnes qui se trouvent sur celui-ci, à condition qu'il y ait des conséquences sérieuses et que le dommage puisse être prouvé de manière claire et convaincante ». Trail smelter case (United States, Canada), Recueil des sentences arbitrales, 16 April 1938 and 11 March 1941, Volume III pp. 1905-1982

<sup>1199</sup> Bettati(M), droit international de l'environnement, éd. Odile Jacob, p.111, 2012

En effet, à l'échelle internationale, « il y a peu de place en droit de l'environnement pour des solutions purement nationales »<sup>1200</sup>, un État n'étant, effectivement, pas capable à lui seul de réguler l'activité des acteurs opérant en dehors de son territoire, mais à ce niveau, il faut souligner la différence de conception qui existe entre les accords internationaux, fondés sur la réciprocité, et ceux qui nécessitent une dose de multilatéralisme pour élaborer des solutions communes face aux problèmes qui affectent plusieurs États, comme c'est le cas du droit international de l'environnement, puisque « l'environnement ne connaît pas de frontières, et la protection de l'environnement requiert des normes à portée universelle »<sup>1201</sup>.

Le droit international de l'environnement établit à cet effet les règles nécessaires lorsque la réglementation nationale est insuffisante ou inadéquate<sup>1202</sup> ; ces règles sont soit de nature conventionnelle, soit relevant de la soft law, mais cette réglementation ne cesse de montrer ses limites.

Ce sont les États qui concluent les conventions internationales et deviennent en conséquence, liés par elles, en matière environnementale, comme dans les autres domaines, il existe actuellement plus de 500 traités et autres accords internationaux relatifs à l'environnement, dont 300 environ ont un caractère régional<sup>1203</sup>, et presque autant d'accords bilatéraux, ceci s'ajoute à plusieurs centaines de milliers de textes nationaux, ainsi du reste qu'une législation internationale assez foisonnante prise sous l'égide des Nations unies en forme de “déclarations”, de “protocole” ou de “conventions”.

---

<sup>1200</sup> Prieur(M), « pourquoi une revue juridique de l'environnement ? », RJE, 1976/1, p.3, cité par Olivier Mazaudoux Droit international public et droit international de l'environnement, Limoges, Ed. Publié par l'université de Limoges, Faculté de droit et des sciences économiques, 2008, p .16

<sup>1201</sup> Mazaudoux(O), Droit international public et droit international de l'environnement, Limoges, Ed. Publié par l'université de Limoges, Faculté de droit et des sciences économiques, 2008, p.9.

<sup>1202</sup> Résolution du 4 septembre 1997, Article 4, L'environnement, L'Institut de Droit international, Session de Strasbourg

<sup>1203</sup> [www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/ratifications.pdf](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/ratifications.pdf)

Cependant, les règles et obligations qu'elles instituent, ne sont pas toujours respectées, et cela vaut particulièrement en matière de protection de l'environnement et concernant principalement des personnes privées, notamment les entreprises qui se livrent à des activités polluantes ou comportant de hauts risques.

L'organisation des Nations-Unies a ainsi adopté, à ce niveau, une série de conventions internationales orientées vers la sauvegarde de l'environnement. Ces conventions qui forment un cadre institutionnel, établissent une fondation pour une réglementation internationale dans les politiques environnementales, parmi ces conventions, on peut citer :

- Convention relative aux zones humides d'importance internationale comme habitats des oiseaux d'eau - convention de Ramsar (1971) ;
- Convention sur le commerce international des espèces en danger - convention de Washington (1973);
- Convention sur la conservation de la faune européenne et des habitats naturels - convention de Berne (1979) ;
- Convention sur les espèces migratrices - convention de Bonn (1979) ;
- La Convention de Vienne pour la Protection de la Couche d'Ozone (22 mars 1985) ;
- Protocole de Montréal sur les Substances qui détruisent la Couche d'Ozone (16 septembre 1987) ;
- La convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique ;
- La Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques (Rio juin 1992) (Complétée en 1997 par le protocole de Kyoto) ;
- La Convention sur la diversité et les risques biologiques (1992) ;

- Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Aarhus 1998) ;

Les conventions ou traités internationaux s'avèrent l'instrument le plus opérant et le plus effectif de coopération interétatique, en vue de lutter ensemble contre la dégradation de l'environnement, notamment parce que leur contenu est obligatoire en vertu du principe *pacta sunt servanda*<sup>1204</sup>. En effet, le principe est que les conventions internationales et régionales sont conclues pour traiter un problème particulier et y trouver une solution efficace<sup>1205</sup>, et en ratifiant les instruments internationaux relatifs à l'environnement, les États ne font que reconnaître l'incorporation dans leur droit national de cette batterie d'instruments, même si elle peut les obliger, des fois, à des réformes importantes<sup>1206</sup>, en plus d'accepter la perte d'une portion de leur souveraineté<sup>1207</sup>.

Mais si les traités sont sans aucun doute le principal fondement auquel la communauté internationale recourt pour régler les activités menaçant l'environnement, il ne faut pas oublier la *soft law*<sup>1208</sup> qui a un rôle de poids dans la réglementation internationale en matière environnementale. De fait, « l'environnement appartient ... encore aux domaines pour lesquels le non droit est quantitativement plus important que le droit »<sup>1209</sup>.

---

<sup>1204</sup> L'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités

<sup>1205</sup> Albakjaji (M), *La pollution de la mer Méditerranée par les hydrocarbures liée au trafic maritime*, thèse, Université Paris-Est, 2011

<sup>1206</sup> Michel Prieur, *Rapport général sur l'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement*, cours judiciaires suprêmes francophones

<sup>1207</sup> R. Goldfarb (J), « *Extraterritorial Compliance with NEPA amid the Current Wave of Environmental Alarm* » (1991) 18 B. C. Envtl. Aff. L. Rev. 543, p. 580-583

<sup>1208</sup> La *soft law* est composée de textes juridiquement non obligatoires exprimant avant tout une volonté politique. Sont pris en compte dans cette seconde catégorie les déclarations, résolutions et autres actes émanant d'institutions ou de conférences internationales, voir *supra*

<sup>1209</sup> Carbonnier(J), *L'hypothèse de non-droit*, in *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1963, p.53

En effet, la réglementation relative à la préservation de l'environnement relève encore largement, sinon exclusivement de ce droit mou<sup>1210</sup>, et ce, malgré les tentatives de codification prônées par plusieurs organisations internationales<sup>1211</sup>.

## **2. La défaillance de la législation appliquée**

La problématique qui se pose, est qu'on est en présence d'acteurs non étatiques dans des domaines traditionnellement réservés à l'action de l'État, pour la réglementation duquel le droit international classique se fonde sur l'autorité et la responsabilité formelles de l'État souverain.

Le principe de la responsabilité internationale des États trouve de sérieuses difficultés quant à son application dans le domaine environnemental et par conséquent, la responsabilisation des auteurs, en l'occurrence, entreprises multinationales se trouvant sur leur territoire, aussi, en dépit de sa consécration comme principe général du droit international et de tous les efforts de la commission de droit international, en pratique, les États se montrent réticents à admettre leur responsabilité ou leur part de responsabilité pour des dommages à l'environnement, et les efforts conventionnels ou législatifs restent généralement lettres mortes ou ne sont que partiellement mis en œuvre<sup>1212</sup>.

La toile juridique internationale est en fait tissée par les États, qui en sont les principaux artisans, en plus d'être les artisans de leur droit interne et les garants de sa bonne exécution.

---

<sup>1210</sup> Ceci est du pour une grande part au chevauchement des règles de préservation de l'environnement avec la RSE, cité par Maccario et alii, *Gestion Juridique de l'Entreprise*, éd, Pearson education

<sup>1211</sup> La première tentative remonte au début des années 1970 avec la discussion et l'élaboration au niveau des nations-unis d'un ambitieux code de conduite des entreprises multinationales

<sup>1212</sup> Sage(YL) & Costi(A), *Droit international de l'environnement dans les pays insulaires du pacifique sud : un bilan et deux suggestions*, Version complétée et révisée d'une conférence donnée le 28 septembre 2005 à l'Université de la Polynésie Française, sous l'égide de l'Association de Législation Comparée des Pays du Pacifique

Donc, Les États sont en principe libres de s'engager ou non, et en acceptant des normes externes, l'État s'autolimité<sup>1213</sup>, ou réduit la marge de sa liberté d'action.

Ainsi par exemple, l'impact pratique des traités de responsabilité civile sur le renforcement du recours en responsabilité délictuelle a été négligeable, en effet, pas un seul grand traité de la responsabilité civile en dehors des contextes de déversements de pétrole et les accidents nucléaires n'est entré en vigueur, chacun ayant tombé loin du nombre de ratifications nécessaires<sup>1214</sup>.

### **2.1. Difficultés relatives à la mise en œuvre**

Il appartient aux États de transcrire dans leur droit interne les normes et prescriptions contenues dans les conventions internationales, pour faire en sorte qu'elles s'imposent à leurs nationaux, c'est le premier échelon de la mise en œuvre du droit international, qui commence par le stade de l'énoncé des obligations, avec cette sorte de hiérarchie normative nationale et internationale.

Un État, appelé à mettre en œuvre un texte international, à priori vague, doit procéder par étapes. Il doit identifier les obligations lui incombant, déterminer leur contenu, et choisir les meilleurs moyens pour les transcrire de manière opérationnelle dans son ordre juridique interne, pour finalement, éventuellement, les appliquer, la tâche n'est pas une sinécure, vue la séparation des rôles à l'intérieur de l'État entre ses administrations ; généralement, l'autorité

---

<sup>1213</sup> Maljean-Dubois (S) & Richard(V), Mécanismes internationaux de suivi et mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement, Idrii, N° 09/2004 | gouvernance mondiale

<sup>1214</sup> Sachs(N), Beyond the liability wall: strengthening tort remedies in international environmental law, 55 UCLA Law Review 837 (2008), p. 839

gouvernementale chargée de négocier les accords internationaux, n'est, en effet, pas celle, qui aura la tâche d'en assurer la mise en œuvre<sup>1215</sup>.

Il faut souligner à ce niveau que la phase la plus décisive concernant les conventions internationales est celle de la ratification, en effet, les meilleures conventions sont foncièrement vaines, si elles ne sont pas ratifiées, il s'agit là d'une raison portant sur l'existence effective de la législation, des États peuvent effectivement parfois, s'opposer à cette ratification, de ce fait, ils évitent d'être liés par les dispositions du traité en question, qui peuvent ne pas correspondre à leurs intérêts<sup>1216</sup>, des fois c'est pour de simples raisons de procédure, mais parfois c'est pour des raisons plus explicites<sup>1217</sup>.

Cependant, même ratifiées par les États, ces conventions internationales présentent un autre problème, c'est qu'elles n'assujettissent que les autorités publiques, et le plus souvent, ne produisent pas d'effets directs vis-à-vis des nationaux de ces États, qu'ils soient des personnes physiques ou morales, pour qu'elles deviennent contraignantes à leur égard, il faut qu'elles soient introduites dans la législation interne<sup>1218</sup> des États parties<sup>1219</sup>.

Effectivement, le droit international vise rarement les personnes morales privées. Les États, pour des raisons diverses, à la tête desquelles se trouve l'intérêt économique, se montrent

---

<sup>1215</sup> Normalement, c'est le ministère des affaires étrangères qui négocie le contenu des traités, mais ce sont en d'autres ministères comme celui du transport, de l'environnement, de l'intérieur entre autres, qui doivent procéder à l'application et au respect du texte résultant de la négociation

<sup>1216</sup> Ce fut le sort réservée à la Convention de Montego-Bay du 10 décembre sur le droit de la mer qui, bien qu'entrée en vigueur le 16 novembre 1994, ne fut ratifiée par aucun pays maritime majeur, cité par Carreau (D)&Marrella (F), Droit international - 11ème édition, éd. A.Pedone, 2012

<sup>1217</sup> En 2005, le gouvernement de George W Bush refusa de ratifier le protocole de Kyoto parce, il a considéré que cela freinerait l'économie des États-Unis

<sup>1218</sup> France n'a toujours pas ratifié la convention de Lugano relative à la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement. Cette convention, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 21 juin 1993, constitue une avancée significative en matière de responsabilité délictueuse lorsque des dommages sont causés à l'environnement.

<sup>1219</sup> Daillier et alli, Droit international public, 6e éd. Paris : LG.D.J, 1999, p. 227

réticents à réglementer l'action des entreprises transnationales, que ça soit en matière environnementale, fiscale, Droits de l'homme...craignant leur fuite vers des horizons plus cléments ,juridiquement parlant, celles-ci, peuvent d'ailleurs dans tous les cas, se dérober aux législations les plus sévères , puisqu'elles peuvent par définition : "jouer de plusieurs facteurs de rattachement et sont en position privilégiée pour "manipuler" les règles nationales de conflits de lois, en cherchant à être soumises au droit national le plus favorable à leurs intérêts"<sup>1220</sup>.

Les insuffisances de la mise en œuvre trouvent aussi leur source dans l'incapacité matérielle à se conformer à des obligations internationales dont l'application a souvent un coût économique et social très important<sup>1221</sup>.

## **2.2. Absence d'organe de contrôle**

Un autre frein pour l'efficacité des conventions internationales réside dans l'absence d'organes de contrôle, chargés de veiller à la bonne application des obligations issues des conventions internationales de protection de l'environnement.

Aussi, des « compliance committee » ou des comités de mise en œuvre ou de non respect<sup>1222</sup>, ont été proposées, et en fait, créés des fois<sup>1223</sup>.Ceux-ci ont pour finalité de veiller à la bonne application du traité, de constater sa non application ou ses difficultés d'application<sup>1224</sup> pour

---

<sup>1220</sup> Daillier et alii, *Droit international public*, op-cit , p.692

<sup>1221</sup> Ce problème est récurrent quant à l'application de ces conventions par les pays du sud

<sup>1222</sup> Michel Prieur, *Rapport général sur l'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement*, op-cit

<sup>1223</sup> Convention d'Aarhus Adoptée le 25 juin 1998 par la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-NU), la convention est entrée en vigueur le 30 octobre 2001 ; la convention d'Espoo adoptée en février 1991 à Espoo en Finlande, entrée en vigueur en 1997

<sup>1224</sup> Ce non respect peut résulter des fois d'une difficulté, voire, impossibilité de mise en œuvre de la convention (raisons techniques, financières entre autres) ou simplement, une mauvaise volonté de la part de l'État

finalement suggérer à l'État en cause, des remèdes en vue d'une meilleure effectivité du droit applicable. Mais, en aucun cas, ils n'ont le pouvoir ou l'autorité d'infliger des sanctions, puisque ce ne sont pas des organes juridictionnels.

Ces organes de contrôle peuvent être soit des institutions internationales, capables de contrôler et d'imposer la mise en application de ces normes contraignantes, soit des institutions privées ex : des ONG.

Le protocole de Montréal a été le premier traité environnemental majeur à créer une procédure de non-respect institutionnalisé, le comité de la mise en œuvre des protocoles identifie les faits et les causes possibles des différents cas de non-conformité<sup>1225</sup>.

D'ailleurs, c'est pour cette raison et dans le cadre du renforcement des capacités pour l'application des législations nationales en matière d'environnement que le Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) a préconisé l'élaboration de directives sur le respect des accords multilatéraux sur l'environnement<sup>1226</sup> : « Les Parties peuvent envisager la mise en place d'un organe tel qu'un comité de contrôle pour traiter les questions de respect. Les membres d'un tel organe pourraient être des représentants des Parties ou des experts désignés par elles qui ont des compétences appropriées sur la question considérée ».

---

<sup>1225</sup> **Rapport sur les travaux du groupe de travail ad hoc d'experts techniques et juridiques sur le non-respect du Protocole de Montréal (PNUE/Ozl.Pro/WG.4/1/3, 1998), annexe, para.7 (d), adoptée dans le rapport de la dixième réunion des parties au protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (PNUE / Ozl.Pro 1.10/9, 1998), Décision X/10, cité par Wang(X)& Glenn (W) , the implementation and compliance regimes under the climate change convention and its Kyoto protocol ,publication de Ciel , centre for international environmental law, 2002**

<sup>1226</sup> **Le Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), décision n°21/27, du 9 février 2001**

### **2.3. La défaillance au niveau de la sanction**

Les instruments supranationaux adoptés peuvent édicter des normes, mais ils n'ont jamais mis en place des juridictions susceptibles d'assurer la répression des manquements au droit de l'environnement<sup>1227</sup>, la plupart d'entre eux, ne prévoient, d'ailleurs pas d'indemnisation des victimes pour de tels dommages<sup>1228</sup>, ils ne font que suggérer aux États parties, ce qui devrait être fait à cet égard. Aussi, pour que ces outils juridiques soient effectifs, il faut qu'ils reçoivent l'adhésion des États.

Or, le fait est que, dans beaucoup de cas, il y a des États qui ne sont pas partie à la convention régissant la situation litigieuse en question ,et même quand l'État est partie à la convention concernée ,il y a manque de réclamations de la part des autres États adhérents ,principalement par crainte de mettre en danger les relations diplomatiques liant ces États .

C'était le cas dans l'affaire Sandoz , dans le cas d'espèce, l'incendie déclaré dans un hangar des établissements Sandoz à Schweizer-halle près de Bâle , en Suisse, dans la nuit du 31 octobre 1986,avait provoqué la contamination du Rhin, à cause des tonnes d'eau déversées pour venir à bout de l'incendie ,et qui ont entraîné dans le fleuve , par dilution des tonnes d'insecticides et de pesticides entre autres.

Les États riverains, nonobstant le préjudice subi, n'ont, aucun, exigé la responsabilité internationale de la suisse, qui aurait été facile à prouver, en se fondant sur la violation du droit conventionnel<sup>1229</sup>. Ceci peut être expliqué par diverses raisons : primo, les États lésés ont aussi des reproches à se faire en matière de sauvegarde de l'environnement, celui qui habite une maison en verre , ne lance jamais de pierres, et puis, une action légale contre la

---

<sup>1227</sup> Prieur(M), **Rapport général sur l'influence des conventions internationales sur le droit interne de l'environnement, op-cit**

<sup>1228</sup> Stanton(R), **"Liability for environmental harm and emerging global environmental law", 25 Md. J. Inri. 37 (2010)**

<sup>1229</sup> Boos-Hersberger(A), **"Transboundary water pollution and state responsibility :the Sandoz spill "Annual Survey of international & comparative Law: Vol.4:Iss.1, Article 7**

suisse aurait sûrement et logiquement exigé, en parallèle, un durcissement des lois internes en matière environnementale ,ce qui n'aurait sûrement pas servi les intérêts des pays demandeurs , secundo, la société Sandoz a versé des indemnisations aux parties touchées par le dommage environnementale ,que l'État suisse aurait , par ailleurs, eu à supporter, si Sandoz n'aurait pas répondu favorablement aux réclamations soulevées.

Il faut dire qu'en général , les États sont réticents à recourir à la cour de justice internationale pour résoudre les cas de non-respect des dispositions des conventions internationales parce que les procédures devant celle-ci ont tendance à être très longues<sup>1230</sup> et de nature conflictuelle, ce qui pose des risques politiques pour les relations bilatérales<sup>1231</sup>.

## **II. L'incapacité des mécanismes juridiques existants d'imputer à la société mère les atteintes à l'environnement causées par ses filiales**

Les sociétés multinationales qui causent de graves atteintes à l'environnement ont tendance à éviter d'opérer dans des pays qui ont des dispositifs répressifs efficaces, c'est pourquoi dans leurs impératifs stratégiques d'expansion, les multinationales, surtout si elles s'adonnent à des activités, à même de causer un dommage à l'environnement, optent pour installer leurs filiales sur des territoires, dont la législation en matière environnementale, est défailante ou inexistante.

La difficulté réside, dans ces cas, dans le défaut de fondements juridiques pouvant donner lieu à leur poursuite, dans leurs pays d'origine, à savoir celui de leur maison mère, pour des crimes qu'elles commettent à l'étranger. En effet, il faut dire, comme en témoignent plusieurs

---

<sup>1230</sup> La cour de justice internationale vient d'émettre une décision concernant un contentieux entre l'Australie et le Japon dont la requête introductive d'instance a été déposée en 2010

<sup>1231</sup> Wang(X)& Wiser(G), the implementation and compliance regimes under the climate change convention and its Kyoto protocol, publication du center for international environmental law, 2002

recherches, que la pollution de l'environnement est un phénomène complexe qui ne peut être cantonné à l'intérieur du territoire d'un seul État<sup>1232</sup>.

Aussi, pourquoi les normes en vigueur s'avèrent-elles, dans la plupart des cas, insuffisantes, et ce, malgré leur dimension internationale ?

### **1. Les causes de l'échec**

Dans un monde de concurrence imparfaite, l'ouverture internationale des marchés, dorénavant intégrée, et la mobilité accrue des capitaux et des firmes, fait que beaucoup de gouvernements ont tendance à utiliser la politique environnementale comme substitut à une politique commerciale dont la marge de manœuvre s'est considérablement réduite<sup>1233</sup>.

Actuellement, il n'y a pas d'autorité étatique, interétatique, ou non étatique capable de contrôler et/ou de réglementer les activités polluantes des firmes multinationales. On serait plutôt tenté de croire, vu les positions et les actions de certaines institutions internationales compétentes, qui au lieu de faire obstacle aux actions malencontreuses des multinationales, tendent plutôt à leur accorder toujours plus de pouvoir, donc indirectement de protection. Quelles sont alors les raisons de l'échec des actions entreprises pour sanctionner les malfaisances des multinationales ?

#### **1.1. Problèmes inhérents à la forme sociétaire**

Un groupe d'entreprises multinationales, en tant qu'entité collective contrevenante, souffre d'une absence de la personnalité juridique, même si les personnes morales qui la composent

---

<sup>1232</sup> Munton(D), «Dependence and Interdependence in Transboundary Environmental Relations» 1980 36 Int'l J. 139, p. 151

<sup>1233</sup> Bontems (Ph)&Calmette (M-F), Mondialisation, commerce international et environnement Un avant-propos, Revue économique, 2010/1 Vol. 61, p. 1-8

en sont dotées. Partant, il ne peut être redevable des gestes criminels qu'il commet ni être passible d'une peine.

On peut citer à ce niveau, l'exemple d'un groupe transnational, responsable d'un crime de pollution de grande ampleur, mais vu la morphologie complexe qu'il peut adopter, et qui peut se déployer en plusieurs unités juridiques sur des territoires nationaux différents, soulève d'un côté, le problème de "locus delicti" ou le lieu du délit, et d'un autre côté, le problème pratique de la charge d'une poursuite contre une entité étrangère et la preuve de sa négligence<sup>1234</sup>.

Les multinationales sont, éventuellement, habituées à jouer sur les disparités juridiques des pays et donc, sur les frontières. Elles opèrent sur des marchés, du droit, distincts. D'une part, le marché du droit fort, où des pays offrent les meilleures protections aux investisseurs<sup>1235</sup>, notamment, grâce à la grande stabilité de leurs règles. D'autre part, le marché du droit faible, sur lequel des pays "vendent leur vide juridique" : pas de protection des travailleurs, de l'environnement...<sup>1236</sup>. Les entreprises sont, ainsi, libres d'y agir comme bon leur semble. Ces deux marchés cohabitent, et les multinationales puisent dans l'un ou l'autre, en fonction de leurs besoins, mais pour pouvoir le faire correctement, elles ont besoin que les deux sphères soient imperméables.

Face à cette situation, l'idée d'octroyer le statut de sujet international public aux groupes transnationaux a été contemplée, et ce, afin qu'ils soient assujettis à des droits et des obligations issus des règles internationales<sup>1237</sup>.

---

<sup>1234</sup> Sachs(N), op-cit , p 848

<sup>1235</sup> C'est le cas de la Suisse, du Luxembourg et de Singapour par exemple

<sup>1236</sup> Medjad(K), *Diplomatie économique française : le dilemme des multinationales*, janvier 2014

<sup>1237</sup> Cuzacq(N), *le cadre normatif de la RSE, entre soft law hard law*, op-cit

## **1.2. Problèmes inhérents à la nature des conventions**

La cohérence en matière de législation environnementale internationale suppose que les États, adoptent et veillent à l'application au niveau interne de toutes les dispositions des conventions auxquelles ils ont souverainement adhéré<sup>1238</sup>, dans leur propre intérêt et dans l'intérêt de la communauté internationale. La nature de ces dispositions est variable, il peut s'agir soit des obligations formelles supposant une injonction d'exécution, soit de dispositions recommandant d'entreprendre un certain nombre d'actions protectrices de leur environnement.

Mais à ce niveau, si tout le monde s'accorde sur les progrès de la coopération internationale en la matière, l'application nationale, par contre, notamment par la transcription des normes internationales dans les droits internes, demeure insuffisante puisqu'elle requière un consensus à l'échelle de l'État. En outre, les mécanismes classiques de réaction à la violation substantielle d'une obligation conventionnelle sont mal adaptés lorsque l'obligation constitue un engagement unilatéral, exempt de réciprocité<sup>1239</sup>, cela contribue à rendre difficile la mise en œuvre des règles posées<sup>1240</sup>.

Ainsi, il suffit qu'un État, considère qu'un accord ou qu'un protocole est compromettant pour ses intérêts économiques pour qu'il ne le signe pas ou ne le ratifie pas, et que par conséquent, les dispositions juridiques prises au niveau international et/ ou régional essuient un échec parqu 'elles n'auraient pas réussi à être efficace<sup>1241</sup>.

---

<sup>1238</sup> Résolution du 4 septembre 1997, Article 15, L'environnement, L'Institut de Droit international, Session de Strasbourg

<sup>1239</sup> Kiss(A), un nouveau défi pour le droit international, In projet, vol 226, 1991, p.53, cité par serge Armel Attenoukon, l'Afrique, poubelle de l'occident, la gestion des déchets dangereux, p.151, éd. l'Harmattan, 2009

<sup>1240</sup> Maljean-Dubois(S), La mise en œuvre du droit international de l'environnement, institut du développement durable et des relations internationales, in les notes de l'Iddri, n° 4, centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Paris, n° 03/2003

<sup>1241</sup> Morand-Deville(J), L'environnement et le droit, Paris, Ed. Dexia, LGDJ, 2ème édition 2006, p. 2.

Le droit international de l'environnement a montré sa carence, voire son insuffisance, résultant de son incapacité avérée à répondre aux situations d'urgence les plus dramatiques, et à fortiori, à y apporter efficacement remède à moyen et long terme.

La multiplication des conventions et autres instruments, ne va pas non plus sans poser des problèmes de cohérence. Le droit international souffre d'une relative fragmentation, et d'autant plus forte et préjudiciable, qu'elle correspond à un compartimentage institutionnel<sup>1242</sup>. Construits dans l'urgence et sans réflexion préalable d'ensemble, les espaces conventionnels ne sont pas hiérarchisés, à de très rares exceptions près (comme les systèmes constitués par une convention-cadre et ses protocoles additionnels). Une résolution de l'Institut du Droit International de 1997, résume ces faits de la manière suivante « le développement du droit international de l'environnement s'est effectué d'une manière non coordonnée, se traduisant par des doubles emplois, des incohérences et des lacunes<sup>1243</sup> ».

Les instruments non contraignants ne peuvent faire l'objet d'une sanction au sens strict, mais les artisans de tout instrument normatif vont veiller, en exerçant, parfois, des pressions de tout ordre, pour s'assurer de la conformité des comportements visés. Leur portée demeure toutefois limitée, dans la mesure où, de par leur nature volontariste<sup>1244</sup>, ils n'imposent, ni aux États, et encore moins aux sociétés transnationales, d'obligations pouvant être juridiquement sanctionnées<sup>1245</sup>. En outre, ces codes ne prévoient aucun mécanisme efficace de contrôle et de

---

<sup>1242</sup> Maljean-Dubois (S), op-cit, pp. 10 et 11

<sup>1243</sup> IDI, 1997. Procédures d'adoption et de mise en œuvre des règles en matière d'environnement, Résolution du 4 septembre, RBDI, n° 1997/2, p.497, cité par Maljean-Dubois Sandrine, « la mise en œuvre du droit international de l'environnement », in les notes de l'Iddri, n° 4, centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Paris, 2003, pp. 10 et 11

<sup>1244</sup> L. Seck(S), Home State Obligations for the Prevention and Remediation of Transnational Harm : Canada, Global Mining and Local Communities, Thèse de doctorat, Osgoode Hall Law School, York University, 2007 aux pp. 364-367

<sup>1245</sup> Besmer (V), «The Legal Character of Private Codes of Conduct: More than Just a Pseudo-formal Gloss on Corporate Social Responsibility» (2006) 2 Hastings Bus. L. J. 279, p. 284

sanction en cas de violation, en fait, il n'existe pas de mécanisme juridique capable de les mettre en œuvre de façon contraignante<sup>1246</sup>.

En effet, les rares mécanismes internationaux qui peuvent être déclenchés, et qui ont des chances d'aboutir, concernant des affaires portant sur l'environnement sont considérés comme lents, coûteux, non coordonnés, encombrants et incertains<sup>1247</sup>. De plus, ces dispositifs ayant été créés sur la base de traités ou de conventions internationales, ils ne sont pas compétents pour juger les affaires pénales<sup>1248</sup>, ceci d'un côté, et, d'un autre côté, ils ne peuvent se saisir des cas impliquant des acteurs non-étatiques<sup>1249</sup>.

La Cour pénale internationale ayant vu le jour pour juger les acteurs non-étatiques n'a malheureusement pas juridiction pour juger les sociétés commerciales, quand bien même celles-ci commettraient des crimes parmi les plus graves<sup>1250</sup>.

Plusieurs conventions internationales ne sont pas introduites dans les ordres juridiques nationaux des États contractants, en effet, la réception n'est pas automatique<sup>1251</sup>, cet état de fait peut s'expliquer par différentes hypothèses : soit parce que les mécanismes de réception des normes du droit international dans le dispositif juridique de ces pays font défaut, soit

---

<sup>1246</sup> Grandbois (M) & Berard(M-H), «La reconnaissance internationale des droits environnementaux : le droit de l'environnement en quête d'effectivité» (2003) 44 (3) C. de D. 427 à la p. 429

<sup>1247</sup> Palmer(G), «New Ways to Make International Environmental Law» (1992) 86 Am. J. Int'l L. 259

<sup>1248</sup> C. McCaffrey(S), «Crimes against the Environment» dans Cherif Bassiouni, dir., *International Criminal Law*, 3e ed. vol. 1, Sources, Subjects, and Contents Crimes, Leiden, M. Nijhoff Pub., 2008, 1013 aux pp. 1019-1021. L'auteur relève que les prévisions pénales incluses dans quelques traités et conventions portant sur la protection de l'environnement renvoient aux juridictions nationales pour leur mise en œuvre plutôt qu'aux instances internationales

<sup>1249</sup> Bodansky(D) & Brunnée(J), «Introduction : The Role of National Courts in the Field of International Environmental Law», in Michael Anderson & Paolo Galizzi, dir., *International Environmental Law in National Courts*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2002, 1 à la p. 6

<sup>1250</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U.3 à l'art. 25 (Statut de Rome) Alors que dans la version antérieure du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale, il avait été prévu que cette Cour serait compétente pour juger les crimes commis par les personnes morales, la version finale de ce Statut n'a pas retenu pareille approche

<sup>1251</sup> Ruiz Fabrice(H)&Gradono(L), *Émergence et circulation de concepts juridiques en droit international de l'environnement : entre mondialisation et fragmentation*, décembre 2008

parce que les rapports entre droit interne et droit international ne sont pas clairement définis et délimités<sup>1252</sup>, ceci qui aura pour conséquence de carrément ignorer les normes du droit international pour ne pas être confronté aux problèmes d'hierarchie des normes.

L'autre défaillance est relative au contenu même de la convention, elles ne sont pas génératrices en elles-mêmes d'effets<sup>1253</sup>, celui-ci peut annoncer l'application de dispositions constituant des obligations formelles ou de dispositions pouvant être comprises comme contenant une obligation de mener un certain nombre d'actions protectrices de leur environnement. Or cette situation risque de se perpétuer et de s'aggraver, car plusieurs recherches ont prouvé qu'en l'absence de normes contraignantes, peu de sociétés se conforment aux politiques d'internalisation des risques parce que cela a un coût qu'elles ne veulent pas supporter<sup>1254</sup>.

Les avantages procurés par les sociétés transnationales sont souvent annihilés par leur comportement irresponsable par rapport à la protection des droits de la personne en général et de l'environnement en particulier<sup>1255</sup>. L'état d'impunité qui entoure leurs activités surtout dans les pays en développement, ce qui n'est qu'une forme de discrimination au détriment des faibles<sup>1256</sup>.

---

<sup>1252</sup> Kamto(M), « Les Conventions régionales pour la conservation de la nature et des ressources naturelles en Afrique et leur mise en oeuvre », in R.J.E, 4-1991

<sup>1253</sup> Romi(R), «Le rôle croissant du juge administratif», in Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Université Aix-Marseille III L'effectivité du droit de l'environnement international : Contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales, Paris, Economica, Collection coopération et développement, 1998, p.249-254

<sup>1254</sup> Brophy(A), «ALÉNA, ANACDE et environnement : 10 ans plus tard» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en droit de l'environnement, vol. 241, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 159

<sup>1255</sup> Szablowski(D), Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities and the World Bank, Oxford, Hart Publishing, 2007 à la p. 149

<sup>1256</sup> Francesco Francioni, «Extraterritorial Application of Environmental Law» dans Karl M. Meessen, dir., Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice, London/The Hague/Boston, Kluwer Law international, 1993, 122 à la p. 132

### **1.3 .Le lobbying des grandes multinationales**

Toute entreprise, et d'avantage lorsqu'elle opère sous d'autres cieux, s'intéresse de près au cadre juridique du pays sur le territoire duquel elle a l'intention ou/et elle est déjà installé. Sa préoccupation majeure est de savoir s'il favorise ou pas sa compétitivité<sup>1257</sup>, et si la législation en question freine ses ambitions, elle œuvrera par le biais de son activisme politique, soit individuellement, soit en connivence avec d'autres multinationales, à la défense et à la promotion de ses activités<sup>1258</sup>, elle le fait d'ailleurs aussi bien à l'échelon national qu'international<sup>1259</sup>.

Les actions et la capacité de lobbying des entreprises multinationales pour bloquer et / ou affaiblir les initiatives des gouvernements dans des domaines sensibles comme l'environnement, la santé, l'éducation, les pensions... est remarquable, et va en en augmentant d'efficacité. Elles peuvent ainsi aller à l'encontre de changements réglementaires qui s'avèrent incontestables d'un point de vue juridique, économique ou social, du seul fait qu'ils peuvent entraver la bonne marche de leurs politiques et donc agir sur leur rythme d'évolution. En effet, au niveau européen par exemple, au cours des dernières décennies, la prise de décision au sein de cette institution a été spectaculairement prise en otage par des grandes sociétés à travers leurs lobbies sectoriels<sup>1260</sup>.

---

<sup>1257</sup> Lefèvre(M), les firmes transnationales et l'institution social-historique du changement climatique, école des hautes études en sciences sociales, thèse, 2007

<sup>1258</sup> Les entreprises transnationales consacrent de multiples ressources à faire des décisions politiques qui sont un facteur essentiel de leur pouvoir

<sup>1259</sup> Les institutions internationales sont assiégées chaque fois avec davantage de force par des groupes patronaux et par des structures de pression parfaitement stabilisées, parmi lesquels on peut citer la Commission Trilatéral, le Forum Économique Mondial, le Conseil Patronal Mondial pour le Développement durable (WBCSD) et la Chambre Internationale de Commerce

<sup>1260</sup> On estime qu'environ 15 000 "lobbyistes" sont dédiés à plein temps pour influencer les décisions des institutions européennes, avec plus d'un 70% des représentants d'entreprises multinationales. En fait, le chiffre d'affaires annuel du lobby transnational dans l'Union européenne est compris entre 750 et 1 000 millions d'euros, extrait du OMAL : Observatorio de Multinacionales en América Latina, « Lobby » (texte original en espagnol), <http://omal.info/spip.php?article4844>

C'était le cas en France, dans les années 80 et 90, concernant le domaine de l'amiante<sup>1261</sup>. Effectivement, l'État a eu à croiser le fer avec un lobby d'une redoutable efficacité, qui a réussi à attirer en son sein, d'éminents scientifiques, des syndicalistes, et des représentants des ministères du travail, de l'industrie et de la santé, et qui est arrivé à répandre et imposer l'idée qu'un usage contrôlé de l'amiante n'était pas dangereux, provoquant, ainsi, qu'un délai considérable a été nécessaire à la mise en place d'une réglementation appropriée dans ce domaine<sup>1262</sup>.

Cette puissance absolue des firmes multinationales découlent de deux faits majeurs : leur dimension et leur capacité financière qui l'emportent sur celles de beaucoup d'État, ainsi que la complicité d'intérêts qu'elles entretiennent avec la politique des gouvernements. De fait, l'influence qu'exercent les entreprises transnationales sur les procédures de création des règles dans l'ordre juridique international dépasse parfois la pression indirecte pour aboutir à une participation directe au processus de création de ces règles. Les entreprises transnationales sont, de fait, à l'origine de la naissance de nombreuses normes de nature coutumière en droit international des affaires<sup>1263</sup>.

Les grandes entreprises transnationales exercent, aussi, dans les faits une fonction de lobbying auprès des instances internationales et une pression accrue auprès des Organisations

---

<sup>1261</sup> Chapuy(P), *Entreprises et développement durable, cahiers de Lipsor, recherche n°5*

<sup>1262</sup> Ainsi, même si les dangers de l'amiante ont été avérés depuis le début des années 70, l'interdiction de son usage en France n'a été effective qu'en 1997 par le décret n° 96-1133 du 24 décembre 1996 pris en application du code du travail et du code de la consommation, provoquant en cours de route des conséquences juridiques, économiques et surtout humaines considérables

<sup>1263</sup> Les usages du commerce international ont servi, pendant longtemps, comme sources de droit en matière de commerce international, pour pallier la défaillance des législations nationales. L'exemple, à cet égard, est fourni par la notion du crédit documentaire qu'on peut définir comme étant un «est une opération par laquelle une banque s'engage pour le compte de son client importateur, à régler un exportateur, dans un délai déterminé, d'un certain montant, contre remise, par l'exportateur, de documents reconnus strictement conformes (à ceux demandés dans l'ouverture du crédoc), justifiant de la valeur de l'expédition des marchandises ou de la prestation de services.». Cette technique occupe une place de choix parmi les paiements internationaux, elle offre la meilleure sécurité et sa mise en œuvre répond à des règles uniformes dans tous les pays -règles précisées dans la brochure N°600 de la Chambre de Commerce Internationale, applicables depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2007

Internationales et Intergouvernementales, établissant les standards du commerce international, telles que la Chambre de commerce international et l'Organisation mondiale de commerce. Par leur pouvoir de négociation considérable, ces acteurs privés influencent de manière importante le contenu des normes nationales et internationales.

## **2. Recommandations pour la responsabilisation des multinationales**

D'après l'argumentation ci-dessus présentée, il appert qu'aucun des instruments internationaux actuellement en vigueur, n'est juridiquement, suffisamment efficace pour répondre de manière optimale à l'objectif de contrôle et de sanction des actes provoquant la dégradation de l'environnement, principalement issue des activités des multinationales. Ceci ne veut aucunement dire que les dispositions existantes sont inutiles, les limites résident plutôt dans le caractère peu coercitif de ces dispositions, ajouté à l'indolence « préméditée » et conjointe, de la part des multinationales et des États, censés superviser leurs actions, aussi, un renforcement juridique s'impose, et ce renforcement juridique doit inéluctablement passer par la prise de conscience et de la reconnaissance de la gravité des atteintes portées à l'environnement et aux ressources naturelles qu'il abrite. Les trois principaux acteurs de cette trame, devraient chacun revoir et réformer ses pratiques pour un meilleur contrôle, et le cas échéant, responsabilisation des multinationales.

### **2.1. Recommandations aux États**

La pratique d'actes prohibés à l'encontre de l'environnement suscite foncièrement moins de répulsion et d'indignation morale, comparativement, à la violation des Droits de l'homme, par exemple, la pollution transfrontière, en effet, est perçue comme le résultat normal du fonctionnement de l'économie et ne pourra probablement jamais s'élever au niveau d'un jus cogens, norme impérative.

Aussi, la réponse aux dommages environnementaux commis par les entreprises multinationales ou transnationales ne devrait pas se limiter aux tribunaux étatiques classiques,

et devrait également inclure des mécanismes politiques, économiques et sociaux. Autrement dit, les États devraient trouver des solutions et des règlements pouvant tenir compte du contexte social intégral et global et les procédures juridiques peuvent aider à développer ces solutions.

- Les États devraient intégrer de manière proactive la responsabilité des entreprises transnationales dans le processus d'internationalisation, en fonction des réalités économiques et sociales des pays où elles s'installent, car dans de nombreux cas, leurs activités sont étroitement associées à leur image à l'extérieur.
- La responsabilité sociale, dans le sens le plus strict, devrait être considérée comme un critère de poids pour l'octroi de subventions de la part des États aux entreprises transnationales, en particulier pour celles qui prétendent accéder à des subventions de promotion à l'internationalisation.
- Favoriser l'accès à la justice étatique, pour les demandeurs étrangers qui cherchent justice devant les tribunaux de l'État où le dommage a été effectué ; une autre possibilité serait de soutenir la compétence des tribunaux nationaux de sociétés étrangères causant des dommages internes.
- Les États devraient s'engager et inclure dans les accords de coopération avec les pays d'accueil, qui sont généralement, des pays en voie de développement, des volets sur la recherche, le suivi et l'aide à surmonter les problèmes sociaux, humains et environnementaux dans la chaîne d'approvisionnement des entreprises basées dans ces pays.
- Promouvoir les Points de contact nationaux (PCN) de l'OCDE, pour les rendre plus accessibles et améliorer leur conformité avec les lignes directrices pour les entreprises multinationales, tout en veillant à leur fournir plus de visibilité, de budget et une meilleure structure.

- Parfaire les systèmes et initiatives juridiques nationaux existants et promouvoir, en particulier, un accord international qui établit une norme minimale obligatoire pour les États, par laquelle, ils sont tenus de contrôler le comportement de leurs entreprises multinationales d'une manière qui protège les méfaits sur l'environnement.
- Inclure dans tous les contrats internationaux des clauses portant sur les volets social et environnemental et veiller à leur respect.

## **2 .2. Recommandations aux multinationales**

- Devrait être retiré toute pratique de deux poids et deux mesures, concernant les obligations des multinationales, en effet, celles-ci devraient répondre des mêmes obligations auxquelles elles sont contraintes dans leur pays d'origine et dans le pays où elles opèrent, concernant à la fois l'impact environnemental, social, droit du travail, etc. Les multinationales doivent agir en conformité avec les règles les plus strictes sur ces questions.
- Les entreprises s'adonnant à des activités extractives, principalement, ou liées aux ressources naturelles doivent internaliser les coûts sociaux et les impacts sur l'environnement, effectuer les consultations nécessaires avec les communautés locales, en particulier les communautés autochtones, et appliquer les mêmes normes d'exploitation qu'ils appliqueraient dans leur pays d'origine.
- Les entreprises opérant à l'étranger doivent jouer la carte de la transparence, en rendant public, des points comme les impôts payés dans les pays hôtes, les subventions qu'elles reçoivent ou les rapports avec les administrations publiques, en vue de l'obtention de contrats ou de licences.
- Appliquer la clause du "traitement national" aux filiales de sociétés installées à l'étranger, c'est-à-dire exiger des règles et des normes de performance identiques à celles qui seraient nécessaires dans leur pays d'origine.

### **2.3. Recommandations aux Organisations Non Gouvernementales**

#### **Internationales**

Pour que le droit international de l'environnement soit réellement efficace, il devrait se baser sur une approche ascendante, qui reposerait sur des réseaux transnationaux d'ONG... personne ne peut nier le rôle de ces dernières, qui sont devenues des acteurs éminemment influents<sup>1264</sup> dans la négociation et la mise en œuvre du droit international en général et le droit international de l'environnement en particulier, par la collecte d'information, de conseil, d'implication et d'évaluation des politiques en vigueur.

Elles peuvent effectivement contribuer à faire pression pour des changements dans la législation nationale et internationale, visant la réparation des dommages transfrontières à l'environnement. Leurs initiatives peuvent même aboutir à l'émergence de normes en matière de responsabilité pour la pollution transfrontière, en dehors de tout cadre de conventions ou traités, même si ces normes n'auront pas l'accord de toutes les parties prenantes, à leur tête, les puissants États, qui pourront difficilement admettre des prescriptions émanant d'un organisme qui n'a pas le statut de sujet de droit international, surtout, si ces prescriptions ne servent pas leurs intérêts.

Les ONG pourraient, par ailleurs, peser de tout leur poids, pour renforcer les recours privés pour les dommages environnementaux transfrontières, encourager l'élimination des lois et procédures discriminatoires à l'égard des plaignants étrangers poursuivant devant les tribunaux nationaux, et soutenir leurs revendications. De fait, de plus en plus d'ONG mènent des batailles juridiques de la responsabilité pour dommages à l'environnement, si ce n'est devant des institutions judiciaires, au moins, devant l'opinion publique mondiale.

---

<sup>1264</sup> C'est le cas de Green peace, Human Rights Watch, Amnesty international

De beaucoup pensent que les ONG, de part et leur statut non officiel, elles ne sont soumises à aucune espèce de contrainte, de même qu'elles n'ont pas de compte à rendre vis-à-vis des États ou des organisations internationales. En fait, c'est cette autonomie qui leur permet une facilité d'action et d'intervention, ce qui n'empêche qu'elles doivent observer les règles internationales auxquelles elles collaborent. Mais ce qui peut mettre un bémol à l'action des ONG, c'est l'absence d'un statut juridique pour les structurer et les soumettre à des règles de responsabilité afin de surveiller leurs actions et résultats.

### **Conclusion 2ème partie**

La caractéristique la plus saillante du système juridique international dans le cadre de la mondialisation actuelle, réside dans la faiblesse, voire l'absence, de normes universelles, comprises comme véhicule des valeurs de la communauté internationale. Le cadre juridique du système capitaliste mondial est formé par un ensemble de règles qui organisent toutes sortes d'activités économiques à l'échelle mondiale, sans discrimination apparente et sans traitement préférentiel, mais de fait, les relations de force dans son expression la plus crue sont la norme dans le système capitalistique. Le droit international n'a pas encore articulé des systèmes juridiques en mesure de soumettre les multinationales à un contrôle, et partant, à une responsabilité quand la situation l'exige.

En effet, ni le système universel de protection des droits humains ni les codes internes et externes ad hoc ne sont parvenus à neutraliser la force de la Global Business Law.

Aussi, s'il est déjà assez difficile d'incriminer la société mère du fait de ses filiales au niveau national, là où il y a une unité des lois et des juridictions, la difficulté au niveau international grossit, vu la disparité des juridictions et des lois et faute d'une institution « unique » habilitée à demander des comptes, et à sanctionner les groupes multinationaux en cas d'infraction. En effet, les institutions existantes sont de nature variable, allant des juridictions étatiques aux tribunaux arbitraux.

Mais la vraie difficulté résulte du fait que l'arsenal juridique existant est surtout de nature recommandatoire, aussi, en absence de volonté et d'initiatives de la part des entreprises elles mêmes, leurs effets restent très relatifs.

Prouver la responsabilité de la société mère dans presque tous les cas, relève du parcours du combattant parce que c'est un travail de longue haleine, nécessitant surtout beaucoup de preuves, de là l'importance des ONG et leur rôle primordial dans la responsabilisation des multinationales.

### Conclusion générale

Nous commençons notre étude sur l'interrogation, est-ce que la société mère est responsable, ou est ce qu'on peut lui imputer les actes commis par ses filiales, cette interrogation est la conséquence, topique, de la réalité des groupes de sociétés, tiraillée entre l'autonomie juridique et l'indépendance économique unissant les différentes composantes de cette entité. Cette dichotomie du concept ne peut que rendre épineuse les relations du groupe vis-vis des tiers, qui eux, verront toujours la force d'attraction d'une procédure, à l'encontre de la société mère, que celle-ci soit localisée sur le même territoire qu'eux ou ailleurs.

Au regard d'une responsabilité de la société mère du fait de ses filles au niveau national, le principe de l'autonomie juridique de la personne morale a connu des incursions sectorielles dont les plus importants se résument en deux matières : celle de l'environnement et celle de la concurrence. Ainsi, une voie jurisprudentielle a posé les jalons de cette responsabilité en recourant principalement aux notions d'apparence, d'immixtion et de fictivité, on peut même, le cas échéant, se prévaloir de la réalité économique du groupe, en l'occurrence, la notion d'entreprise unique pour ériger une passerelle entre les entités distinctes, sur le plan juridique, et l'unité économique qu'elle compose et exiger une responsabilité solidaire.

L'attitude du législateur, plutôt encline, ces dernières années, à traiter ce phénomène économique, représenté par les groupes de sociétés, ne serait que d'une manière ponctuelle, est révélateur à deux niveaux : d'un côté, le droit en vigueur ne reflète pas, ou plus, la réalité de ces structures qui, par ailleurs, ont acquis et ne cessent d'acquérir un pouvoir économique, financier et politique important, mais dont la responsabilité ne s'est pas développée au même rythme, et d'un autre côté, produire des règles correctives aux normes défailtantes existantes, principalement celle figurant au droit des sociétés.

Mais ces interventions demeurent délibérément indécises pour ne pas porter atteinte à l'attractivité du système juridique, en effet, dans la pratique, un État peut difficilement adopter une législation nationale contraignante à l'égard des groupes de sociétés sans risquer de subir des menaces de délocalisation, concilier le développement économique et le respect du droit n'est pas toujours aisé.

Le visage transnational de l'activité des sociétés rend plus difficile la responsabilisation de la société mère pour les actes commis par ses filiales, il faut, effectivement, dire que le droit international public, n'est pas en mesure de développer un système de responsabilité globale pour des cas de dommages transfrontières, nul ne peut nier le grand progrès qui a été réalisé à ce niveau, surtout en matière environnementale. Mais la recevabilité d'une plainte est une chose, que les plaignants aient gain de cause est une toute autre paire de manches.

En effet, il y a une absence de mécanismes appropriés pour exiger des comptes à des entreprises transnationales, et, en l'occurrence, à la société mère en sa qualité de société « contrôlante », chef de file ou donneuse d'ordre, vu que les systèmes juridiques internationaux et régionaux ne sont majoritairement pas conçus pour recevoir des plaintes contre ces entreprises coupables. Et quand il y a moyen d'introduire des requêtes, dans beaucoup de cas, il y a des défaillances au niveau de l'application des décisions des organes régionaux et internationaux. Sans oublier le sérieux obstacle que représente, le manque de ressources financières, humaines et techniques pour beaucoup de victimes d'accéder à des mécanismes de tutelle.

De ce fait, les sociétés transnationales ne cessent d'amplifier leurs droits, vu que les lois des pays d'accueil et les systèmes juridiques universels n'ont pas évolué parallèlement à la progression toujours croissante de l'action de ces grandes entreprises, et que partant, elles bénéficient de contrôles réglementaires très pauvres. On serait tenté de dire que ce n'est plus le droit qui dirige l'économie, c'est plutôt l'économie qui dirige le droit.

Au niveau international, la société mère n'est pas la seule à responsabiliser, même si elle est le « seul donneur d'ordre », les États d'accueil ont aussi une grande part de responsabilité dans les actes commis par les multinationales sur leur territoire. En effet, ils sont obligés de protéger les droits de leurs populations, cela implique qu'ils doivent réglementer les activités des entreprises officiellement établies ou opérant dans leur juridiction<sup>1265</sup>. Il est donc important de ne pas perdre de vue la responsabilité des États lorsque l'on s'attaque directement à la responsabilité de la société mère.

Dans son ouvrage sur la théorie générale de la responsabilité internationale, Anzellotti propose la responsabilité pour des faits commis par des entités ne jouissant pas de la personnalité juridique internationale<sup>1266</sup>. Ces entités n'opèrent pas dans un no man's land, elles sont actives dans des États qui peuvent leur donner leur soutien, voire les protéger quand les intérêts sont partagés. Condorelli parle d'intérêts qui « s'entremêlent, se chevauchent ou s'imbriquent de façons diverses, de sorte qu'il s'avère indispensable de chercher à voir de près, quelles peuvent être les relations entre faits de particuliers et responsabilité de l'État<sup>1267</sup> ».

Aussi, la responsabilité d'une société mère passe incontestablement par l'État, sur le territoire duquel elle est opérationnelle. Ce dernier peut être responsable à différents degrés, soit il n'a pas réglementé l'activité de ces entreprises qui se trouvent, de fait, jouissant d'une

---

<sup>1265</sup> La responsabilité des entreprises multinationales : pour un contrôle de leurs méfaits. Quelles possibilités, initiatives et stratégies juridiques pour la société civile ? Séminaire international consacré à la responsabilité des entreprises et aux droits des travailleurs, organisé par le réseau IRENE à l'Université de Warwick, Coventry, Royaume-Uni, les 20 et 21 mars 2000

<sup>1266</sup> Anzellotti(D), *teoria generale della responsabilita dello stato nel diritto internazionale*, Florence Lumachi, 1902, p. 184. L'auteur dans son ouvrage dit qu'il est possible de classer la responsabilité internationale de selon trois catégories : la responsabilité pour des faits propres à l'État et qui lui sont attribués, la responsabilité pour des faits commis par des entités ne jouissant pas de la personnalité juridique internationale, et la responsabilité pour des faits commis par des entités disposant de la personnalité juridique internationale

<sup>1267</sup> Condorelli (L) "La question de l'imputation : sa place dans la théorie de la responsabilité internationale des États." *L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*. Recueil des Cours 189. Martinus Nijhoff Publishers, 1984

immunité quasi absolue, soit, si réglementation il y a, celle-ci n'est quand même pas appliquée, parce que l'État est trop peu regardant pour les intérêts de ces citoyens, que ça soit par laxisme ou parce qu'il y a un conflit d'intérêts, et ce sont, en général, les intérêts économiques de l'État ou pour être plus juste des dirigeants de l'État qui priment.

Mais dans un cas comme dans l'autre, il y a un principe de diligence<sup>1268</sup> qui doit être respecté, au nom duquel, un État est tenu de la surveillance des actions d'une entreprise multinationale, et la non action de l'État, peut représenter le non-respect de cette obligation pour assurer la protection des tiers contre des faits internationalement illicites de l'entité internationale.

La proposition de loi du député Bruno Le Roux du 6 novembre 2013 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, participe d'un tel mouvement, on s'est rendu compte, avec beaucoup de victimes et de dégâts en cours de route (Amoco Cadiz, Bhopal, Prestige, Erika, Rana Plaza), qu'il est trop simple pour les sociétés mères de tirer leur épingle du jeu avec une application stricte du principe de l'autonomie de la personne morale et que par conséquent, celles-ci portaient très peu d'attention à la prévention des dommages sociaux et environnementaux, qu'elles peuvent provoquer.

L'expectative quant à la reconnaissance de plein droit, de la responsabilité de la société mère pour les faits de ses filiales, est toujours à l'ordre du jour, quoique de certains, font de cela « des représentations catastrophistes et des caricatures<sup>1269</sup> », nous pensons que le droit réglant les activités des groupes de sociétés est un droit positif, qui a été conçu (et la construction se poursuit), ne serait que partiellement, à un moment, où on privilégiait le développement économique et où on incitait les entreprises à être toujours plus performantes, en faisant fi des dégâts qu'elles pouvaient causer chemin faisant, dans le cadre d'une course

---

<sup>1268</sup> «due diligence is the diligence good governments are accustomed to exercise under the circumstances»  
Note du secrétaire d'État américain Bayard dans l'affaire Negrete, cit. in Moore, *History and Digest of International Law* (1906) VI 962

<sup>1269</sup> Grimonprez (B), Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, *Revue des sociétés* 2010, 28 janvier 2010 p. 715

effrénée vers le bénéfice et le pouvoir, pensant qu'un cadre normatif trop strict, serait un frein à cette course. Aujourd'hui toute cette vision est remise en question, l'éthique dans les affaires est dans l'air du temps, et l'attention est plutôt focalisée sur les actions privilégiant l'homme et son environnement. Il n'est, ainsi, plus permis de laisser ces entités agir, nous ne dirons pas en toute impunité, mais avec une assez large marge de manœuvre leur permettant de contourner la loi. « Rectifier est la politesse des sages », ce qui est préconisé, c'est un système juridique sécurisé, ralliant efficacité et sauvegarde de l'activité économique, une telle reconnaissance permettrait de créer un cadre juridique reflétant la réalité juridique des groupes de sociétés tout en s'adaptant à la réalité économique.

## **Bibliographie**

### **I. Ouvrages généraux**

Carbonnier(J), droit civil, Thémis.1

Carbonnier (J), Flexible droit, Paris, L.G.D.J, 6e éd., 1988

Cozian & Viandier, Droit des sociétés, éditions Litec, 1988

Jeantin(M), droit des sociétés, 3<sup>o</sup>éd, Montchrestien, 1994

Guyon(Y), droit des affaires Droit commercial général et sociétés, Economica, 9<sup>ème</sup> édition, 1996

Ripert (G) & Roblot(R), par Germain (M)&Vogel(L), Traité de droit commercial, L.G.D.J., 1999, n° 1010

Cozian(M), Viandier (A), Deboissy (F), Droit des sociétés, éd Litec, 13<sup>ème</sup>, 2000

Merle(Ph), droit commercial sociétés commerciales, Précis Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition 2000

Menjucq(M), Droit international et européen des sociétés, Coll. « Précis Domat. Droit privé », Paris, Montchrestien, 2001, p. 259

Jeandidier(W), droit pénal des affaires, 5<sup>ème</sup> éd., précis Dalloz, 2003

Conte(P) & Jeandidier(W), Droit pénal des sociétés commerciales, Litec affaires finances 2003

Cornu(G), Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2004, p. 899

Scarano(J.P), Dictionnaire de droit des affaires, Ellipses, Paris, 2007

Bacache-Gibeili(M), les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle ,2<sup>é</sup> édition, Economica, 2012

Cozian(M), Viandier(A) & Deboissy(F), Droit des sociétés, LexisNexis, 25<sup>e</sup> éd., 2012, n°150

## **II. Ouvrages spéciaux**

Petitpierre-Sauvain(A), Droit des sociétés et groupes de sociétés, Genève, Georg, 1972, p. 1

Ordenneau(P), les multinationales contre les États, 1975, p.170, Éd. Ouvrières, Paris

Lazarus(C.L), L'entreprise multinationale face au droit, Litec, Paris, 1977, p. 50

Francescakis(Ph) &Goldman(B), Préface, in L'entreprise multinationale face au droit, Litec, 1977

Merle(M), « Sociologie des relations internationales », Paris, Dalloz, 1982

Barthelem(J), le Droit des groupes de sociétés, Dalloz, 1991

Paillusseau(J), le Droit des groupes de sociétés, réussir en affaires, 1991

El Hassani(M), Les groupes de sociétés au Maroc (étude historique, juridique et comparée)  
Les éditions Toubkal ,1988

De Boissière(J.B), Warusfel(B), La nouvelle frontière de la technologie européenne, Paris,  
Calman-lévy, 1991

Chartier(Y), droit des affaires, sociétés commerciales, 3ème éd,Thémis 1992

Batifol(H) & Lagarde(P), traité du droit international privé, Paris, L.G.D.J., 2ème éd., 1993,  
n°192

Merciai(P), Les entreprises multinationales en droit international, Bruxelles, Bruylant, 1993,  
p.29

Pariente(M), les groupes de sociétés. Litec. 1994

Martin(R), Déontologie de l'avocat, Litec, 1995

Guyon(Y) Traité des contrats, les sociétés Aménagements statutaires et conventions entre  
associés, L.G.D.J, 3ème édition, 1997

Michould (L), Monsalier (M.C), l'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, LGDJ, T. 303, n°762, p.31,1998

Mucchielli(J.L), Multinationales et Mondialisation, Ed.du Seuil, 1998

Ascencio(H) et alii, (dir), Droit International Pénal, Ed. Apedone, Paris, 2000

Gauthier (T), Les dirigeants et les groupes de sociétés, Ed. Litec 2000

Moulier-Boutang(Y), Le droit dans la mondialisation. Une perspective critique, Paris, PUF, 2001 aux pp. 59-76

Bayer(A), L'impossible éthique des entreprises, éd. Organisation 2002

Ost (F) & de Kerkove(F), De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002

Druey(N), pour la protection des mères, mélange Guyon, Dalloz, 2003

Aubert(J.L), Flour(J) & Savaux(E), Les obligations, 1. L'acte juridique, A. Colin, coll. U, 11e éd., 2004, n° 277

Meier(O) & Schier(G), Entreprises multinationales. Stratégie. Restructuration. Gouvernance, Ed. Dunod, 2005, p. 61

Moreau(M.A), Normes sociales, droit du travail et mondialisation, éd. Dalloz, 2006

Atibak(A), l'abus des biens sociaux dans les groupes de sociétés, Éditions L'Harmattan, 2006

Cozian(M), Viandier (A) & Deboissy(F), Droit des sociétés, Litec, 19e édition, 2006 Droit des affaires, Economica, 5e éd. Tome I. p. 552

Collart Dutilleul(F) & Delebecque (Ph), Contrats civils et commerciaux, Dalloz, coll.Precis, 8ème édition, 2007

Morand-Devillier(J), L'environnement et le droit, Paris, Ed. Dexia, LGDJ, 2ème édition 2006, p. 2.

Magnier(V), les conflits d'intérêt dans le monde des affaires, un janus à combattre, coll. CEPRISCA, PUF 2006

Stiglitz(J), Un autre monde : Contre le fanatisme du marché, Ed : Fayard, 2006

Ghestin(J), Viney(V) et Jourdain(P), Les conditions de la responsabilité civile, LGDJ, 3e éd., 2006

Champaud(C), Stratégies judiciaires des entreprises, Dalloz, 2006, Paris

Brophy(A), «ALÉNA, ANACDE et environnement : 10 ans plus tard», Développements récents en droit de l'environnement, vol. 241, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 159

Bode (M), Le groupe international de sociétés : le système du conflit des lois en droit français et allemand, Ed. Peter Lang, 2010

Mémento pratique, groupe de sociétés, Francis Lefebvre, 2009-2010

Mémento sociétés commerciales 2010 Francis Lefebvre

Mémento Droit Fiscal 2010 Francis Lefebvre

Mémento groupes de sociétés 2010/2011 Francis Lefebvre

Medjad(K), Diplomatie économique française : le dilemme des multinationales, janvier 2014

### **III. Articles et contributions**

Anzelotti(D), teoria generale della responsabilita dello stato nel diritto internazionale, Florence Lumachi, 1902

Champaud(C), Le pouvoir de concentration de la société par actions : Revue internationale de droit comparé. Vol. 17, n°4, Octobre-décembre 1965. p. 969

Goldman(B), La nationalité des sociétés dans la Communauté économique européenne, Travaux du comité français de DIP 1966-1969

Champaud(C), «Les méthodes de groupement des sociétés», RTD com. 1967, n° 15 p.1003

Perroux(F), Indépendance de la Nation, Paris, Aubier, 1969, pp. 290-291

Rodière (R), La protection des minorités dans les groupes de sociétés. rev.soc.1970

Contin(R)&Hovasse(H), L'autonomie patrimoniale des sociétés, D. 1971, chron., p. 198

Schapira(J), L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, RTD Com.1971

Abi-Saab(G),The international law of multinational corporations :a critique of American legal doctrines »,In Annales d'études internationales,1971,vol.2, P. 97-122

Paillusseau(J), les groupes de sociétés : analyse du droit positif français et perspectives de réforme, R.T.D.com 1972

Eisemann(P.M), « Les Gentlemen's agreements comme source du droit international », Journal du droit international, 1979, p. 326-348

Mondage(C), la transparence de la personnalité morale dans le droit anglais des sociétés anonymes, in : Revue internationale de droit comparé. Vol. 32 N°3, Juillet-septembre 1980

Munton(D), «Dependence and Interdependence in Transboundary Environmental Relations» 1980 36 Int'l J. 139 , p. 151

Schmidt(D), La responsabilité civile dans les groupes de sociétés, Rev.sociétés, 1981

Condorelli(L) "La question de l'imputation : sa place dans la théorie de la responsabilité internationale des États." L'imputation à l'état d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances. Recueil des Cours 189, Martinus Nijhoff Publishers, 1984

Lizée(M), le droit des multinationales ; impasse juridique ?, la Revue Québécoise de Droit International, 1985

Trotier(B), « Le contrôle juridique des entreprises multinationales », Les Cahiers de droit, vol. 27, n° 2, 1986, p. 419-435

Stern(B), une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale, Revue québécoise de droit international, (1986) 3 Revue québécoise de droit international (RQDI) 49

Jacquemin(A), La dynamique du groupe d'entreprises : une perspective de droit économique. Revue d'économie industrielle, 1989, n°47 pp. 6-43

Prujiner (A), « La personnalité morale et son rattachement en droit international privé », Les Cahiers de droit, vol. 31, n° 4, 1990

Gridel(J.P), La personne morale en droit français, Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990

Groupe de sociétés, Autonomie de la personne morale, Inopposabilité des dettes de la filiale à la société mère, Droit des sociétés, Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 1990 n° 10, P. 879

Redressement et liquidation judiciaires, Rupture de concours bancaire – Groupe de société, Droit des sociétés, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 1990, n° 11, P. 964

Aval par le président d'une société mère de billets à ordre émis par une filiale, Bulletin Joly Sociétés, Droit des sociétés 01 avril 1991 n° 4, P. 405

Contin(R), Hovasse (H), «L'autonomie patrimoniale des sociétés», Dalloz. 1991, chr. p.198

Levet(J.L), Le monde, 12 juin 1991

Kamto(M), « Les Conventions régionales pour la conservation de la nature et des ressources naturelles en Afrique et leur mise en oeuvre », in R.J.E, 4-1991

Salmon(J), 6 février 1991, AIDI, vol. 66-1, 1995, p. 340

Stern(B), l'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... In : Annuaire français de droit international, volume 38, 1992. pp. 239-313

Baillod(R), Les lettres d'intention, RTD Com. 1992 p. 547

Lhuillier(G), Le « paradigme » de l'entreprise dans le discours des juristes, In: Annales. Économies, Sociétés, Civilisations. 48e année, N. 2, 1993, Persee, pp. 329-358

Pariante(M), Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Soc. 1993/2

Bouloc(B), La responsabilité pénale des entreprises en droit français, In: Revue internationale de droit comparé. Persee, Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 669-681.

Loussouarn(Y) & Trochu(M), « Nationalité des sociétés », JCP droit international commercial, 1995, Fasc. 564-10, note 60, p. 4

Gerschel(C), le principe de non-immixtion en droit des affaires, P.A.1995, n° 104

Daigre(J.J) Transformer les sociétés, JCP éd.E Colloque Entreprise et progrès, JCP ed.E, n°spéc. 18 mai 1995, p.16 et suiv

Responsabilité pénale des personnes et responsabilité des dirigeants : responsabilité alternative ou cumulative ? P.A, droit pénal des sociétés, 04 décembre 1995 n°147, P.15

Lejeune (F), Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social, Dr. Et patrimoine, 1996

Pariante(M), Les filiales, même intégrées à un groupe, bénéficient d'une autonomie pleine et entière, Bull.joly sociétés, droit des sociétés, 01 juin 1996 n°6, P.505

Droit des sociétés et arbitrage international, transparence et clause arbitrale, CEDIDAC, septembre 1996

Frison-Roche (M), « Mondialisation économique et mondialisation juridique », Le Monde, déc.1996

Francesco Francioni, « International "Soft Law" : a Contemporary Assessment » dans Fifty Years of the International Court of Justice, dir.Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice, Essays in honour of Sir Robert Jennings, Cambridge

Barbieri(J.F), comment rénover le droit français des groupes de sociétés ?, P.A, droit des sociétés, 05 novembre 1997 n°133

Chazal(J.P), nullité absolue du contrat passé par un groupement dépourvu de la personnalité morale, JCP E, n° 50, 11 Décembre 1997

Stern(B), La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda, in German Yearbook of international law 1997, vol. 40, p. 292-296

Philippe (R), La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997,

Mabry, (L.A) «Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Corporate Nationality», (1999) 87 Geo. L. J. 563, p.587

Gauthier(T), Les dirigeants et les groupes de sociétés, Librairie de la Cour de cassation 2000

Chevalier (J), « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », dans E.Loquin , C. Kessedjian sous la direction de), Dijon, 2000, p.45

Abbott (K.W) & Snidal(D), “Hard and soft law in international governance”, International Organization, vol. 54, n° 3, Summer 2000

Bailly-masson(C), « l'intérêt social : une notion fondamentale », P.A, 9 novembre 2000

Urban (Q), la « communauté des intérêts », un outil de régulation du fonctionnement des groupes de sociétés, RTD Com, 2000

Malecki(C), Les dirigeants des filiales, Revue des sociétés, 2000 p. 453

Ratner(S.R), “corporations and humans rights : a theory of legal responsibility “,Yale Law Journal,décembre 2001,vol.111,p.463

Les organes de groupes, P.A, droit des sociétés, 04 mai 2001 n°89

Lucas (F.X), A-t-on encore le droit de céder une filiale en difficulté ?, P.A. 4 mai 2001, n° 89, p. 66

Savatier(J), « l'organisation de la représentation syndicale dans les groupes de sociétés. L'exemple des accords AXA ». Dr. soc, 2001

Morin (F) & Morin(M.L), La firme et la négociation collective. La question des frontières en économie et en droit, Mélanges en l'honneur du Président M.Despax, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002, p.497

Lyon-Caen(G), Que sait-on de plus sur l'entreprise ? in Mélanges en l'honneur du Président M.Despax, Presses universitaires des sciences sociales, Toulouse, 2002, p.33 et s

Olivier (M), « The Relevance of “Soft Law” as a Source of International Human Rights » (2002)

Dom (J.M), les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, revue des sociétés, mars 2002 p.1

Groupe de sociétés – Garantie de passif – Inexécution – Responsabilité de la société-mère, Bull.Joly Sociétés, 01 avril 2002 n° 4, P. 485

La lettre de confort : entre cautionnement et obligation de moyens, P.A, 10 juin 2003 n° 115, P. 11

Pailluseau(J), la notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, recueil Dalloz, sept 2003

Cafritz (E), Tene (O), Plaidoyer en faveur d'une restriction de la compétence personnelle passive en droit français, R.S.C, 2003

Muir Watt(H), La pratique du forum non conveniens est-elle compatible avec la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ?, RCDIP 2003

Trébulle(F.G), Responsabilité sociale des entreprises, Répertoire Sociétés, Dalloz, 2003

Trébulle(F.G), Droit des entreprises en difficulté et protection de l'environnement, Rev. proc. coll. 2004, n° 2

Pestre(F), Mise en œuvre de la politique éthique au sein de la firme multinationale : défis et enjeux, Centre de Recherche DMSP, Cahier n°339 Octobre 2004, Université Paris Dauphine

Borchani(M), La détermination des stratégies sociétales des multinationales : étude exploratoire des entreprises étrangères en France, doctorante à Paris Dauphine ; 13ème conférence de l'AIMS. Normandie, vallée de seine 2,3 et 4 juin 2004

Schmidt(D), les conflits d'intérêt dans la société anonyme, Bull.Joly sociétés, 2004

Maljean-Dubois(S) & Richard(V), « Mécanismes internationaux de suivi et de mise en œuvre des conventions internationales de protection de l'environnement », in, Institut de développement durable et des relations internationales, Iddri, 2004, p.4

Goffaux- Callebaut (G), « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com. 2004, p. 35

Cuzacq(N), Aspects juridiques de l'investissement socialement responsable, Mélanges J. Dupichot, 2004

Chatzistavrou(F), « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », Le Portique, 15 /2005

Terré(F), Simler(P) & Lequette(Y), Droit civil. Les obligations, 9e éd., 2005, Précis Dalloz, n° 1490 : survenance du préjudice, manquement au contrat

Boursier(M.E), le fait justificatif de groupes de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité, revue des sociétés, 2005

Encore la lettre d'intention et sa cohorte de difficultés, Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2005 n° 3, P. 366

Urban(Q), Le juge et le parcours professionnel du salarié dans le groupe, P.A, 21 avril ,2005

Lemaitre (F), la mondialisation du patriotisme économique, le Monde, 12 aout 2005

Responsabilité pénale, Gazette du palais, responsabilité pénale, 20 décembre 2005

Gibirila (D), Fasc. 1574, Groupes de sociétés, J.Cl Commercial, 2005

Stoufflet(J), La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention, Rev.soc 2006 p. 473

De Schutter(O), «Les affaires Total et Unocal : Complicité et extraterritorialité en matière d'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme» (2006) 52 A.F.D.I. 55 à la p. 91

Petev (V), « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in Archives de Philosophie du Droit, Le pluralisme, T. 49, Dalloz, 2006, p.13-20

Coughlan(S), portée mondiale et emprise locale, l'interprétation de l'extraterritorialité à l'ère de la mondialisation, Commission du droit du Canada, 2006

Petev(V), « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », in Archives de Philosophie du Droit, Le pluralisme, T. 49, Dalloz, 2006, p.13-20

Clapham(A), Obligations of Non-State Actors, Oxford University Press, 2006

Lamarche(T), La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p.729

Fasquelle(D) Bulletin Joly Sociétés, 01 février 2006 n° 2, P. 15

Brefs propos critiques sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité, Dalloz 2007. Chron. 2180

Trébulle(F.G), Entreprise et développement durable, JCP E 2007, n° 31

Champaud(C) & Danet(D), Groupe de sociétés. ISF. Notion de « holding animatrice », Biens professionnels, RTD Com. 2007 p. 390

Rozenblat (C), « Les entreprises multinationales : un processus urbain dans un environnement international et transnational », L'Information géographique, 2007/2 Vol. 71, p. 43-66

Duplessis(I), le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international, Revue québécoise de droit international (Hors-série), (2007)

Jacquet(J.M), Delebecque(Ph), Corneloup (S), Droit du commerce international, précis, Dalloz 2007

Scarano(J.P), Dictionnaire de droit des affaires, Ellipses, Paris, 2007

Szablowski(D), Transnational Law and Local Struggles : Mining, Communities and the World Bank, Oxford, Hart Publishing, 2007 à la p. 149

Philippe Simler, Fascicule unique : lettres d'intention, J-Cl, Cote : 03, 2008 LexisNexis

Issa (H), les sociétés multinationales, étude destinée aux aspects juridiques et économiques de la concentration capitaliste contemporaine, l'association arabe des études et publications, p.40

Schmidt(D), «le centre de décision n'étant plus la société mais une unité extérieure», Les droits de la minorité dans la société anonyme, Ed. Sirey

Paillusseau (J), La Société anonyme technique d'organisation de l'entreprise, Éd. Sirey

Responsabilité délictuelle de la société mère au titre d'une garantie d'exécution d'un PSE établie dans une filiale, revue droit du travail 2008, p.178

Menjucq(M), Droit international et européen des sociétés, Montchrestien, 2e éd., 2008, p.265

Lepage (C), les véritables lacunes du droit de l'environnement, RDE, Ed. Le Seuil, 2008/4 - n° 127

Drai(E), Responsabilité sociétale des entreprises : un mouvement créateur de valeur, P.A, 14 mars 2008 n° 54, P. 4

Sachs(N), Beyond the liability wall: strengthening tort remedies in international environmental law, 55 UCLA Law Review 837 (2008), p. 839

C. McCaffrey(S), «Crimes against the Environment» dans Cherif Bassiouni, dir., International Criminal Law, 3e ed. vol. 1, Sources, Subjects, and Contents Crimes, Leiden, M. Nijhoff Pub., 2008

Prouvost(B), la responsabilité environnementale des sociétés mères à l'épreuve de l'article 84 du projet de loi portant engagement national pour l'environnement, Journal des sociétés, Décembre 2009 N°71

Menjucq(M), Droit international des sociétés, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, 2009

Le Cannu(P) & (B) Dondero, Droit des sociétés 3ème éd. 2009

Grimonprez (B), « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », Revue des Sociétés, 2009, p.720

Ripert(G) & Roblot(R), les sociétés commerciales, 19ème éd, LGDJ ,2009

Fages(B), Abus du droit de résilier le contrat conclu avec la filiale et action en responsabilité délictuelle de la société mère, RLDA 2009/36

Aimé Mouthieu(M), l'intérêt social en droit des sociétés, Éd.L'Harmattan ,2009

Le Cannu (P), Dondero(B), Haro sur le groupe de sociétés ?, TD Com.2009

Cadiet (L), vers un système d'actions de groupe en Europe ? L'état des lieux en France, académie de droit européen, février 2009

Soleilhac(T), entreprises et projets de loi Grenelle 1 et 2 : quand la pollution corrode l'écran de la personnalité morale, Option Finance n°1028, mai 2009

Responsabilité de la société mère en cas de pollution causée par une de ses filiales, Dalloz actualité, 22 sept 2009, obs.Vincent

Lienhard (A), Responsabilité de la société mère en cas de pollution causée par une de ses filiales, Recueil Dalloz 2009, 15 octobre 2009, p. 2413

Daugareilh (I), Responsabilité sociale des entreprises transnationales : Analyse critique et prospective juridique, Publié en langue espagnole sous le titre “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica” in Cuadernos de relaciones laborales, n°1, vol.27, p.93-123, 2009

Zubizarretta(J.H),Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos :historia de una asimetría normativa, Observatorio de las Multinacionales en América Latina Asociación Paz con Dignidad OMAL,2009

Chaput (F), l'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasseur, janvier 2010

Monteiro Vertigo (E), le renforcement de la responsabilité pénale en matière de pollution maritime, Revue mensuelle Lexisnexis J-CI, octobre 2010

Sandrine-Deforge(A), la responsabilité environnementale des sociétés mères élargie par la loi «Grenelle 2», Option Finance, 7 juillet 2010

Vernac(S), l'information et la consultation des représentants des travailleurs lors de la restructuration d'un groupe, revue droit du travail 2010

Cazala(J), le rôle de la soft law dans l'interprétation du droit international, annales de l'université Titu Maiorescu, série droit, Bucarest, 2010, pp. 42-53

Decocq (G) Un groupe familial constitue une seule entreprise, Revue Contrat concurrence consommation n°10, octobre 2010, p 41

Cohen(D), Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, Recueil Dalloz 2010, p. 975

Ascencio (H), Travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises : L'extraterritorialité comme instrument, décembre, 2010

Stanton(R), "Liability for environmental harm and emerging global environmental law", 25 Md. J. Inri. 37 (2010)

Bontems (Ph)&Calmette (M-F), Mondialisation, commerce international et environnement Un avant-propos, Revue économique, 2010/1 Vol. 61, p. 1-8

Decoq(G), La société mère est présumée responsable des pratiques anticoncurrentielles commises par ses filiales détenues directement ou indirectement à 100 %, Bull. Joly Sociétés, 01 avril 2011 n° 4, p. 318

Antonmattei (P.H) groupe de sociétés :la menace du co-employeur se confirme !semaine sociale Lamy,21 mars 2011,n°1484

Lecourt(A), groupes de sociétés, Rép. Sociétés Dalloz, janvier 2011

Pironon(V), Groupes multinationaux ; filiales et succursales », JCl droit international, Fasc. 570-75, p.1-39, 2011

Le pouvoir des entreprises transnationales, revue Passerelle, n°5, 04/2011, en ligne <http://mercredis.coredem.info/transnationales>

Chiappetta(F), "Panel discussion : Groups of companies and the current European Company Law framework", 17 mai 2011, p. 1

Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 20 septembre 2011

Krenzer (A), Présomption de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles, Revue Lamy de la Concurrence, N° 15, pages 111 à 113

Parachkékova(I), retour sur la définition et la sanction de la société fictive, Bull Joly sociétés, 01 janvier 2012, n°1, p.19

Mauro(C), application dans l'espace de la loi pénale et entreprises multinationales, AJ pénal, 2012

Lemasson(A.T), Justice internationale pénale (Institutions), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2012

D'Hoir-Lauprêtre (C), Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités, P.A, 19 juin 2012, n° 122, P. 5

Daoud(E), André(A), la responsabilité des entreprises transnationales françaises, fiction ou réalité juridique ? AJ pénal, 2012

Tricot (J), Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français, Revue de science criminelle 2012 p. 19

Menjucq(M), L'action en responsabilité des salariés d'une filiale placée en liquidation judiciaire contre la société mère, Bull. Joly Sociétés, 01 septembre 2012, n° 9, P. 646

La responsabilité pénale des multinationales, AJ pénal, janvier 2012, p.1 à 52, n°1, Dalloz

Valuet(J.P), Conformité à la loi, conformité aux codes, JCP E 2012, n° 1471, p. 29

Ferrari(J), la société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre d'une RSE, Droit des affaires, Revue Lamy, novembre 2012

Huglo(C), La conformité, la pierre angulaire du droit de l'environnement, JCP E 2012, n° 1473, p. 40 s.

Muir Watt(H), De la responsabilité d'une société mère en matière de santé et de sécurité des salariés de ses filiales, RCDIP 2013, P. 632

Maziau(N), la responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme, Recueil Dalloz 2013 p. 1081

Soudain(T), application extraterritoriale des règles de droit, Supreme Court of United States, 17 avr. 2013, Kiobel v. Royal dutch Company, n° 569 US(2013), Dalloz actualité 29 mai 2013

Quelhas(D), le juge fédéral américain : garant des droits fondamentaux au plan universel ou protecteur du commerce et des investissements ? - L'Alien Torts Claim Act et la portée de la compétence personnelle des juridictions américaines, Bulletin Sentinelle, 27 octobre 2013

Schmeidler (J), La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale, Recueil Dalloz 2013 p. 584

DECOCQ (G), Nouvelle illustration de la rigueur du régime de responsabilité appliqué aux sociétés mères du fait de leurs filiales détenues à 100%, Revue Contrats, Concurrence, Consommation, juillet 2013, n°7, p 34

Watt Horatia (M), De la responsabilité d'une société mère en matière de santé et de sécurité des salariés de ses filiales, Rev. crit. DIP 2013, P.632

Herbel(P), La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise), D. 2013, p.1570

Family(R), La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, D. 2013,p. 1558

Neyret(L), Chronique «Éthique de l'entreprise», P.A, 20 août 2014 n° 166, P. 6

#### **IV. Thèses et mémoires**

Tardieu Naudet(D), Les créanciers des groupes de sociétés, thèse, Aix-en-Provence, 1973

Gastaud(J.P), Personnalité morale et droit subjectif, thèse Nice, Ed. L.G.D.J, 1977

El Sayed(K.M), Le problème de la responsabilité des personnes morales, thèse, Université Paris I Panthéon Sorbonne, 1988

Peter(H), L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Thèse Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1990

Guyénot(J), La responsabilité des personnes morales publiques et privées, L.G.D.J, 1959

Vanhaecke(M), Les groupes de sociétés, thèse, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, Paris, 1962

Sousi(G), L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, thèse dactyl, Lyon III, 1974

Synvet(H), L'organisation juridique du groupe international de sociétés (conflit de lois en matière de sociétés et défaut d'autonomie économique de la personne morale), Thèse dactyl. Rennes, 1979

Lévy(L), la nationalité des sociétés, L.G.D.J, Paris, 1984

Leveneur (L), Situation de fait et droit privé, L.G.D.J, Paris, 1990

Hannoun(C), Le droit et les groupes de sociétés, L.G.D.J, Paris, 1991

Fadel Raad(N), L'abus de la personnalité morale en droit privé, L.G.D.J, Paris, 1991

Pariente (M), le droit et les groupes de sociétés. L.G.D.J, Paris, 1991

Sakho(A), le droit et les groupes de sociétés, thèse, université Sheikh Anta Diop, Dakar, 1993

Cutajar-Rivière (C), La société écran :essai sur sa notion et son régime juridique,Paris,1998

Langlois-Colson(A), La responsabilité de la société mère à l'égard des tiers, thèse, Paris I-panthéon-Sorbonne, 2001

Bouloukos (M), la Société Européenne d'une société de droit communautaire, à une société nationale de type communautaire, DEA Droit des affaires, Université Robert Schuman (Strasbourg III), septembre 2003

Desfeuille(M), Les groupes de sociétés confrontés à la théorie des actes anormaux de gestion, DEA de droit des affaires, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003

Baruchel(N), La personnalité morale en droit privé : Éléments pour une théorie, LGDJ, Paris, 2005

Dondero(B), les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personne morale, thèse, Université Paul Cézanne, Aix Marseille III, institut de droit des affaires, 2006

Archer(D), impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits des lois), thèse, université Cergy-Pontoise ,2006

Plançon(C), la représentation dans la production et l'application du droit, études de cas dans le droit de propriété foncière au Canada/Québec, en France et au Sénégal, thèse, Université Panthéon Sorbonne, 2006

Azzizi (R), L'unité économique dans les groupes de sociétés, concept et effet économiques , Filière Francophone de Droit de Beyrouth - DEA 2006

DUET (A), Le gouvernement des groupes de sociétés : Les relations entre propriété et pouvoir à l'épreuve des réalités de l'entreprise contemporaine, thèse Grenoble II- Université Pierre Mendès, 2007

Lefèvre(M), les firmes transnationales et l'institution sociale-historique du changement climatique, école des hautes études en sciences sociales, thèse, 2007

Bauchot(B), sanctions pénales nationales et droit international, thèse, Université Lille ,2007

Paerels(H), le dépassement de la personnalité morale, Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français, thèse, université de Lille 2,2008

Melchiade Manirabona(A), La responsabilité pénale des sociétés canadiennes pour les crimes contre l'environnement survenu à l'étranger, thèse, Université de Montréal, Août 2009

Bouillot(C), le centre des intérêts principaux à l'épreuve du groupe transnational de sociétés, thèse, université Jean Moulin, Lyon 3, 2010

Bennini(A), le voile de l'intérêt social, thèse, Université Cergy-Pontoise, juin 2010

Albakjaji(M), La pollution de la mer Méditerranée par les hydrocarbures liée au trafic maritime, thèse, Université Paris-Est, 2011

Laghtati(K), les succursales en droit international et européen, Université d'Auvergne-Clérmont-Ferrand I, thèse, 2011

Azencot(M), le transfert international du siège social, thèse, Université Paris II-panthéon-Assas, 2011

Mattei(L) La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation, thèse, Université Paris-Dauphine, 2012

Hmoda (F), La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés, thèse, Université de Franche –Comté, mars 2013

## **V. Conférences et colloques**

Schmit(D), groupes de sociétés : contrats et responsabilités, Colloque du laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit (LERADP, U.Lille II) Et l'école de hautes études commerciales du Nord (EDHEC, LILLE), LGDJ

United Nations Conférence on Trade and Development (UNCTAD), Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, New York/Geneva, 1999 à la p. 38

La responsabilité des entreprises multinationales : pour un contrôle de leurs méfaits. Quelles possibilités, initiatives et stratégies juridiques pour la société civile ? Séminaire international consacré à la responsabilité des entreprises et aux droits des travailleurs, organisé par le réseau IRENE à l'Université de Warwick, Coventry, Royaume-Uni, les 20 et 21 mars 2000

Les activités des sociétés transnationales et la nécessité de leur encadrement juridique

Actes et conclusions du séminaire organisé par le CETIM à Céligny (près de Genève), 4 et 5 mai 2001

Bouloc(B) & Cassani(U), droit pénal des affaires, la responsabilité pénale du fait d'autrui, travaux de la journée d'étude du 30 novembre 2001

Romy(I), Stoffel(W), Widmer (P), Villa(M), la responsabilité civile dans l'entreprise, travaux de la journée d'étude organisée le 19 mars 2003 à l'université de Lausanne, centre du droit de l'entreprise de l'université de Lausanne, 2004

Paillusseau(J), L'influence de la mondialisation sur le droit des activités économiques, conférence faite le 4 février 2008 en la grande chambre de la cour de cassation

Van der Plancke (V), mécanismes de responsabilité civile et pénale de l'entreprise qui viole les droits de l'homme dans le cadre des investissements à l'étranger, séminaire ASF, Liège, 3 juin 2009

Abadie (D), Entreprises transnationales : sujet de (quel) droit ?, à l'occasion de la Conférence-débat : Comment faire respecter les droits économiques, sociaux et culturels ?, organisée par le CADTM et FIAN le 27 novembre 2009 à Bruxelles, Belgique

Los nuevos conquistadores, Multinacionales españolas en América Latina. Impactos económicos, sociales y medioambientales, septembre 2009, ONG Greenpeace, [www.greenpeace.es](http://www.greenpeace.es)

Rapport sur l'investissement dans le monde 2012, vue d'ensemble, CNUCED, 2012

## **VI. Communications et rapports institutionnels**

Responsabilité internationale des états à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, session de Lausanne, 1927

Les entreprises multinationales, Institut de Droit international, Session d'Oslo, 1977

Responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales, Paris, OCDE, 1980

La vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux, in La vérité et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 22.

Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés, institut de droit des affaires de l'université d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993

Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres, Institut de Droit international, Session de Lisbonne, 1995

Procédures d'adaptation et de mise en œuvre des règles en matière d'environnement, Institut de Droit international, Session de strasbourg, 1997

De Vareilles-Sommières(P), le forum shopping devant les juridictions françaises, Trav. Com. fr. DIP 1998-2000, p. 49 s., spéc. p. 51 et note 10

Coughlan(S), J. Currie(R), M. Kindred(H), Scassa(T), « Portée mondiale et emprise locale : l'interprétation de la compétence extraterritoriale à l'ère de la mondialisation », la Commission du droit du Canada, 2006

Hennebel(L), l'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis, séminaire de recherche sur la globalisation judiciaire sous la direction d'Antoine Garapon, mené en collaboration par l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, le Centre Perelman de Philosophie du Droit de l'ULB, l'UMR de droit comparé de l'Université de Paris I, le Hague Institute for Internationalisation of Law, et le Département de Sciences politiques de l'Université de Bologne, mars 2006

De Schutter(O), «Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the human rights accountability of transnational corporations», Catholic University of Louvain and College of Europe, Report prepared as the background paper to the seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights in Brussels on 3-4 November 2006, Décembre 2006

Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Organisation internationale du Travail, Genève, 2006

Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises, Institut international d'études sociales, 2007

Sénat, Rapport d'information n° 558, rédigé par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, 15 juillet 2009, p. 61

Rydberg(E), Multinationales, supply chain et syndicats : une typologie, publication du Groupe de recherche pour une stratégie économique alternative, 5 mai 2010, en ligne <http://www.gresea.be/spip.php?article410>

Appel à la responsabilité des entreprises : Guide des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Juin 2013, éd. OECD Watch

## **VII. Jurisprudence**

### **Jurisprudence française**

Cass.civ, 2<sup>ème</sup>, 28 janvier 1954, n°54-07.081, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 2 n°. 32, P. 20

Cass.com, 18 avril 1961, Bull.com, n°175

Cass. Ass. plén, 13 décembre 1962, n°57-11.569

CA Paris, 22 mai 1965, J.C.P., II, 1965, 14274 bis ; Gaz. Pal. , 14-17 août 1965, D., 1968, p. 147 et note Contin

Cass.civ 1ère, 13 décembre 1967, RTD.com 1968, p.362, obs.R.Houin ; D.1968, p.337, note P.L

Cass.crim, 5 mars 1970, pourvoi n° 68-91391

Cass.com, 27 avril 1970, n°68-13.731, Bull.civ, IV, n°136, P. 124

Cass.crim, 10 novembre 1970, n°70-90.044, Bull.Crim Cour de Cassation Chambre n°. 293 P. 708

Cass.soc, 17 novembre 1971, Bull.civ, V, n° 662

Cass.soc, 15 décembre 1971, pourvoi n° 70-40584

Cass.com, 29 mai 1972, pourvoi n° 71-11739

Cass.crim, 27 juin 1972, n° 72-92.608, Bull. Crim, n° 222 P. 578

Cass.com, 25 octobre 1972, GP 1973, I, p.139, note, P.Biasca

Cass.com, 12 novembre 1973, n°72-12.881, Bull des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale n°. 322, p. 287

Cass.soc, 7 novembre 1973, pourvoi n° 72-40456

Cass.com, 7 octobre 1974, pourvoi n° 73-13067

TGI Paris, 16 mai 1974, rev soc ,1975

Cass.soc, 21 janvier 1976, pourvoi n° 74-40513

Cass.com, 15 novembre 1977, n°76-12.232, Bull des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 265 P. 225

Cass.com, 2 mai 1978, GP 1978, II, somm.P.291

Cass.com, 25 février 1980, n° 78-12.026, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale, n°94

Cass.civ, 1ère, 13 novembre 1980, n°79-13.895, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 n° 293

cass.com, 4 janvier 1982, rev.soc.1982, p95

Cass.com, 24 mai 1982, n°81-11.268, Rev.soc, 1983, p.361, note J.C Beguin

Cass.com, 13 mars 1984, D.1985, p.245, note y.Reinhard

Cass .com, 27 mai 1984, Bull.Joly, 1984, P.528, §187

Cass. crim, 4 février 1985, Rozenblum, Rev. sociétés 1985, p. 648, note B. Bouloc  
Cass.com, 5 février 1985, JCP 1985, II, n°20492, note A.Viandier  
Cass .com, 11 février 1986, n°84-12.337, Bulletin 1986 IV N° 15 p. 13  
Cass.com, 23 juin 1987, n°86-13.040, Bull 1987 IV, n° 160 p. 121  
Cass .com, 3 novembre 1988, n°87-11.795, Bull 1988 IV N° 289 p. 197  
Cass. Crim, 13 février 1989, Bull.crim,n°69 ;Rev.soc 1989,p.692,note B.Bouloc  
Cass.soc, 23 janvier 1990, n°86-14.947, Bulletin 1990 V N° 20 p. 13  
C.A Paris, 15 mai 1990, Bull.Joly 1990, p.879, §270 ; D.1990, p156  
Cass.com, 3 juillet 1990, BRDA 1990, n°22, p.18  
Cass. ass. plén. 21 déc. 1990 : Rev. crit. DIP 1992, p. 70, note Duranton ; D. 1991, II, 305, concl. Dontenwille  
Cass.com, 5 février 1991, n° 89-12.232, Bull.Joly 1991, p.391,§125,note P.Delebeque  
Cass. crim. 23 avril 1991, n°Bull crim, n°193,Rev. Sociétés 1991. 785, note B. Bouloc, Bull. Joly 1991. 849, note A. Couret, Dr. pén. 1991, n°327, obs. J.-H. Robert  
Cass.com, 6 mai 1991, Bull.Joly 1991, p.697, §251 ; Rev.dr.Bancaire et de la bourse, 1991, p.232, note M.Jeantin et A.Viandier  
Cass.com, 18 juin 1991, n°89-17.269 Inédit  
Cass.crim. 24 juin 1991, n° 90-86.584, RJDA, n° 926, 1991  
Cass.crim, 9 décembre 1991, Rev. Sociétés 1992. 358, Dr. pén. 1991, comm. 101  
cass.com, 17 décembre 1991, Bull.Joly sociétés 1992, p.186, §53,note C.Hannoun ; reve.soc,1992,p.323,note Y.Chartier  
CA Paris, 19 mars 1992, Bull. Joly 1992. 759, note Y. Reboul  
Cass.Crim, 18 janvier 1993, Droit des sociétés 1993,n°101,note H.Le Nabasque  
CAA Nancy, 11 mars 1993, arrêt « Vansthal France »,RJF 6/93,n°805  
Com. 6 avril 1993, RJDA 8-9/93, n° 705, bull joly, 1993, p.677, §187  
Cass.com, 19 octobre 1993, Bull.Joly 1993, p.1239,§369, note J-J Daigre  
Cass.com, 18 avril 1994, n° 92-21199,

Cass.com, 26 avril 1994, RJDA 8-9/94, n° 930, rev droit bancaire et de la bourse 1995, n°47,p.14, obs. F.J Credot et Y.Gerard  
cass.com, 24 janvier 1995, n°93-13.273, Bull 1995 IV, n° 27 p. 22  
Cass. com, 9 mai 1995, Petites affiches, 12 juillet 1996 n° 84, P. 35, note J.L Courtier  
Cass.crim, 10 juillet 1995, n° 94-82.665, Bulletin criminel 1995 N° 253 p. 703  
Cass.com, 17 octobre 1995, Bull.joly 1996, p.40, §9, note C.prieto, RJDA 1/96, n°68  
Cass.crim, 11 janvier 1996, n° 95-81.776, Bull criminel 1996 N° 21 p. 51  
Cass. Crim, 4 février 1996, n° 95-83.718, JurisData n° 1996-003916  
CA Versailles 12e ch. 2e section, 22 févr. 1996, RTD Com. 1996 p. 476  
Cass. Com, 2 avril 1996, Rev.soc.1996, p.573, note C.Gavalda ; D.1996, IR p.123  
Cass. Com, 9 avril 1996, Rev.soc.1996, p.788, obs.Y.Guyon ; RJDA 8-9/96, n°1062  
C.A Paris, 16 avril 1996, Bull.Joly 1996, p.698, §252  
Trib.com.Saint-Gaudens, 11 mai 1996, RJDA 4/97, n°583  
cass.crim, 4 septembre 1996, Bull. crim. n° 314, D. 1996, IR 260, Rev. Sociétés 1997. 365, note B. Bouloc  
C.A Versailles, 7 novembre 1996, Bull.Joly, p.296, §119, note J.F.Barbieri  
C.A Versailles, 9 janvier 1997, Rev.soc. 1997, p.394, obs.Y.Guyon  
Cass. crim, 5 mai 1997, n° 96-81.482, PF , JurisData n° 1997-003021  
Cass.com, 21 janvier 1997,Bull.civ.IV, n°26 ;Rev.soc.1997,p.528,note B.Saintourens  
Cass.com, 2 décembre 1997, n° 95-17.624, RJDA 4/89, n°438  
Cass.com, 9 décembre 1997' n°96-17.916, Bull.Joly 1998, p.231,§88,note J.F Barbieri  
Cass.com, 27 janvier 1998 n°96-10.104  
Cass.civ, 8 décembre 1998, Bull. Joly, Avril 1999, p.459-464, §95, note M. Menjucq  
cass.crim, 8 avril 1999, n°98-81.756, inédit  
Cass .com, 13 avril 1999, n° 96-19.331, Numéro JurisData : 1999-001752  
Cass.crim, 22 juin 1999, n° 98-13. 611. bull. Joly 1999, p. 978  
Cass.crim, 14 décembre 1999, n° 99-80.104

Cass.crim, 20 juin 2000, n° 99-86.742, Bulletin criminel 2000 N° 237 p. 702  
Cass.com, 4 juillet 2000, n°97-18.558  
Cass.com, 4 juillet 2000, n°98-12.117  
Com. 16 janv. 2001, n° 98-15.484, Dr. et patr. 2001, n° 94, p. 107, obs. D. Poracchia  
Cass. com, 9 juillet 2002, Petites affiches, 02 janvier 2003 n° 2, P. 11  
Cass.crim, 27 novembre 2002, n° 02-80.957  
CA. Versailles., 4 septembre 2003, D. 2003, p. 2352, note J.-L. Vallens  
Cass.crim, 14 octobre 2003, n°02-86.376, Bull.criminel 2003 N° 189 p. 778  
Cass.com, 12 juillet 2004, n° 03-12.672, Bull. 2004 IV N° 161 p. 174  
Cass.civ, 2ème, 8 juillet 2004, n°02-20.213, Bull. 2004 II N° 399 p. 336  
Cass. com, 16 nov. 2004, n° 00-19829, Bull.Joly Sociétés, 01 mars 2005 n° 3, P. 366  
Cass. com, 2 novembre 2005, n° 02-15895, Bull. Joly Sociétés, 01 avril 2006 n° 4, P. 469  
CA Lyon, 17 février 2005, n° 2003/03043  
CA Lyon, civ3, 2 mars 2006, Jugement du Tribunal de Commerce de Lyon du 19 septembre 2003, n° R.G. : 04/04534  
Cass.com, 19 avril 2005 n° 02-17.600 Bulletin 2005 IV N° 91 p. 94  
Cass.com, 19 avril 2005, n° 05-10.094  
Cass .crim, 23 mai 2006, n° 05-84.846, Dalloz jurisprudence 2012  
Cass.crim. 25 octobre 2006, n° 05-85.998, Rev. Soc, 2007, 146, note B. Bouloc  
Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85-253, F-P+B+I : JurisData n° 2007-038463  
Cass.com, 13 novembre 2007, n° 06-15.826, BRDA 23/2007, n° 1, Rev.sociétés 2008. 113, note M. Pariente  
Cass.com, 26 févr. 2008, pourvoi n° 06-20.310, RTD Com. 2008 p. 576  
Cass.com, 21 octobre 2008, n° 07-18.487, Bulletin 2005 IV N° 92 p. 95  
Cass.com, 18 mars 2008, n° 07-10.934, Bulletin 2008, IV, n° 174  
T. com. Beaune 2e ch., 16 juil. 2008, n° 001586, Bull. Joly. janvier 2009 n° 1, p. 53, note M.-L. Coquelet

Cass.com, 21 octobre 2008, n° 07-19.102, Bulletin 2008, IV, n° 174

Cass.com, 15 septembre 2009, n° 08-16.551

CA Rouen Ch. 02, 29 octobre 2009, n° 09/00496, Dalloz jurisprudence

CA Versailles, Ch. 12 Sect. 01 7 janvier 2010, n° 08/07984, RTD com. 2010, P.561, obs.Danet

Cass. Soc, 13 janvier 2010, Flodor, pourvoi n° 08-15776, l'essentiel, Droit des entreprises en difficultés, n°2 février 2010

Cass.com. 14 sept. 2010, n° 09-14.564, Rev. Sociétés 2011. 284, obs. M. Pariente

Cass.Civ. 1re, 26 oct. 2011, Sté Italiana per Condotte d'Acqua, Bull. Joly 2012, p. 70 ; D. 2012. 1235, obs. F. Jault-Seseke, et 2335, obs. S. Bollée ; Rev. crit. DIP 2012. 639, note L. Usunier. V. égal.

T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010-11170, Bulletin Joly Sociétés, 01 septembre 2012 n° 9, P. 646

Cass.com, 12 juin 2012, n° 11-16.109, Revue trimestrielle de droit civil 2012. p. 546, Recueil Dalloz 2012 p. 1608

Cass. com, 3 juillet 2012, n° 11-18026, Bull. Joly Sociétés, 01 septembre 2012 n° 9, P. 631

Cass.soc, 12 septembre 2012 , n° 11-12343 11-12344 11-12345 11-12346 11-12347 11-12348 11-12349 11-12350

Cass.crim., 25 septembre 2012, n° 10-82938, Gaz.Pal, 25 octobre 2012 n° 299, P. 8, obs.Parance

### **Jurisprudence étrangère**

C.I.J ,6 avril 1955, recueil, 1955, p.23

C.I.J, 5 février 1970, recueil, n° 38, p.33-34

CJCE, 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. contre Commission, Affaire 48-69, recueil de jurisprudence 1972.

CJCE 21 février 1973, Europemballage Corporation. V. B. Goldman, Droit commercial européen, Dalloz, 5e éd., 1994, n° 477

CJCE, 18 mai 1982, Am&S Europe Limited EUROPE/Commission, aff. 155/79.

Unocal v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985)

C.J.C.E, 24 octobre 1996, aff.C-73/95P, »Viho Europ BV c/Commission »,Rec.P.5457

CJCE, 13 juillet 2000, affaire C-412/98, Group Josi Reinsurance Company SA et Universal General Insurance Company

CJUE, 16 nov. 2000, Stora Kopparbergs Bergslags, aff. C-286/98

Bigio v. Coca-Cola Co., 239 F.3d 440, 444 (2d Cir. 2000)

Allapattah Servs., Inc. v. Exxon Mobil Corp., 333 F.3d 1248, 1256 (11th Cir. 2003)

CJUE, Aalborg Portland e.a./Commission, 7 janvier 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P ,Rec., p. I-123.

SOSA V. Alvarez - Machaín (03-339) 542 US 692 (2004)

CJCE 21 sept. 2006, n° C-167/04, RSC 2007. 143, chron. L. Idot ; RTD eur. 2008. 313, chron. J.-B. Blaise et L. Idot

TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-125/03 et T-253/03.

TPICE, 18 déc. 2008, General Quimica SA c/ Commission, aff. T-85/06.

CJCE 10 sept. 2009, n° C-97/08, Akzo Nobel c/ Commission, RSC 2010. 244, obs. L. Idot ; RTD com. 2010. 144, obs. C. Champaud et D. Danet ; RTD eur. 2010. 647, chron. J.-B. Blaise et L. Idot

Abdullahi v. Pfizer, Inc. (2d Cir. Jan. 30, 2009)

CJUE, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission, 14 sept. 2010, C-550/07 P Trans-Continental Leaf Tobacco Corp. Ltd (TCLT), oct 2010, aff. T-24/05

The Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010)

CJUE, 1er juillet, 2010, Knauf, C-407/08 P, RTD Eur. 2011, p. 417

CJUE 20 janvier 2011, n°C-90/09, General Quimica SA c/ Commission, D. 2012. 577, obs.D. Ferrier ; RTD com. 2011. 365, obs. A. Constantin ; RTD eur. 2011. 417, obs. L. Idot

Sareiv. Rio Tinto, (9th Cir. 2011)

CJUE, arrêt du 19 juillet 2012 – affaires jointes C-628/10 et C-14/11 P Alliance One International Inc. (AOI) Standard Commercial Tobacco Co. (SCTC)

CJUE, 8 mai 2013, Eni SpA c/ Commission, C-508/11 P, Concurrences n° 3-2013 Chroniques

## Index Alphabétique

**Les chiffres renvoient aux numéros des pages**

### **A**

Abus de biens sociaux : 39-45-46  
Acte de gestion : 43-45  
Action de préférence : 29  
Apparence : 76 et s  
Associés minoritaires : 38-39-49  
ATCA : 319 et s  
Autonomie de la personne morale : 47-50

### **B**

Better law: 241

### **C**

Caution: 56-63  
Cautionnement : 41-61-66  
Centre de décisions : 201-213-214  
Comité du groupe : 35-125  
Compétence universelle : 334  
Compétence personnelle active : 344  
Compétence personnelle passive : 346  
Conflit d'intérêts : 37-40  
Conflit de lois : 313  
Conflit de juridictions : 314

Confusion des patrimoines : 140 et s  
Contrôle : 55-208  
Conventions réglementées : 39  
CPI : 326

## **D**

Dirigeant : 30-37-224  
Dirigeant de droit : 154  
Dirigeant de fait : 153-155

## **E**

Extraterritorialité : 294 et s

## **F**

Faisceau d'indices : 80-94  
Faute : 67-70-81-106  
Fictivité : 91 et s  
Filiale : 44-211

## **G**

Garantie : 58-59- 60-61-98  
Garantie autonome : 62 et s  
GIE : 170  
Grenelle II (loi) : 194 et s, 252

## **H**

Holding: 30-206

## **I-J**

Immixtion : 100-102-105  
Incorporation : 230

Intérêt social : 37-39-40-42

## **L**

Lettre d'intention : 60 et s

Lex societatis : 234 et s

Lobbying : 365

Loi d'application immédiate : 238

## **M**

Mandat : 87

Minorité de blocage : 44

Multinationale : 44-204 et s

## **N**

Nationalité des sociétés : 219

NRE(loi) :40-49

## **O**

Obligation de moyen : 70

Obligation de résultat : 71

## **P**

Participation : 28-29

Personnalité morale : 28-32 et s

## **R**

Réalité : 112

Relativité des contrats : 28

Responsabilité civile : 55-296

Responsabilité environnementale : 175-349

Responsabilité pénale : 111-323

Responsabilité du fait personnel : 107

Responsabilité du fait d'autrui : 109

RSE : 22-43-251 et s

## **S**

Soft law : 246 et s

Succursale : 19

Sureté : 59

## **T**

Théorie de l'apparence : 76 et s

Théorie de la réalité : 36-116

Transparence : 42-47-49

## **U**

Unique (entreprise) : 164

Unité de décision : 30-82

Unité de direction : 82

## **V**

Voile social : 42-49-298-334

## **Table de matières**

<b><u>Principales abréviations</u></b>	<b>6</b>
<b><u>Sommaire</u></b>	<b>10</b>
<b><u>Introduction</u></b>	<b>12</b>
<b><u>Chapitre préliminaire : La réalité économique des groupes de sociétés</u></b>	<b>27</b>
<b><u>Section 1. Les groupes de sociétés</u></b>	<b>27</b>
I. La notion de groupe de sociétés	27
1. Définition de groupe de sociétés	28
2. La nature des liens au sein des groupes de sociétés	30
II. Problèmes posés par la personne morale	33
1. L'absence de la personnalité morale	33
2. Conflit d'intérêts au sein du groupe	38
<b><u>Section 2. Les caractéristiques des relations intragroupes</u></b>	<b>42</b>
I. L'existence d'un intérêt social commun	43
1. Définition de l'intérêt social commun	43
2. Intérêt social commun au sein des groupes de sociétés	45

II. La nécessité de la transparence de la personne morale	<b>48</b>
1. Définition du principe de transparence	<b>49</b>
2. Les avantages de la transparence de la personne morale	<b>50</b>

<b>PARTIE 1 : Responsabilité de la société mère du fait de ses filiales au niveau national</b>	<b>54</b>
<b>Titre 1. <u>La responsabilité civile de la société mère dans le cadre du droit commun</u></b>	<b>56</b>
<b><u>Chapitre 1 : La responsabilité civile de la société mère</u></b>	<b>58</b>
<b>Section 1. <u>La responsabilité de la société mère dans le cadre contractuel</u></b>	<b>58</b>
<b>§1. La nature des garanties accordées par la société mère en faveur de ses filiales</b>	<b>59</b>
I. La lettre d'intention : garantie privilégiée dans les groupes de sociétés	<b>61</b>
II. La qualification de l'engagement souscrit	<b>62</b>
1. Lettre d'intention sans effet juridique	<b>63</b>
2. Lettre d'intention produisant un effet juridique	<b>66</b>
<b>§2. Type d'obligation à la charge de la société mère</b>	<b>68</b>
I. L'obligation de faire pour la société mère	<b>69</b>
1. Obligations de moyens	<b>71</b>
2. Obligations de résultat	<b>72</b>
II. Les effets de l'inexécution de l'obligation	<b>74</b>
<b>Section 2. <u>La responsabilité de la société mère dans le cadre extracontractuel</u></b>	<b>76</b>
<b>§1. Responsabilité de la société mère pour des actes frauduleux</b>	<b>77</b>
I. Responsabilité de la société mère sur la base d'une apparence Trompeuse	<b>77</b>
1. Confusion apparente entre la mère et la fille	<b>79</b>
2. Application de la théorie de l'apparence aux groupes de sociétés : Illustrations jurisprudentielles	<b>81</b>
2.1. Unité apparente	<b>81</b>
2.2. La société mère en qualité de contractant apparent	<b>84</b>

2.3. La société mère en qualité de société absorbante	86
2.4. La société mère en qualité de société mandant apparent	88
2.5. La société mère en qualité de société de fait apparent	89
II. Responsabilité de la société mère sur la base de la fictivité	92
1. L'évaluation de la fictivité dans des groupes de sociétés	94
1.1. Les indices de la fictivité	95
1.2. Les conséquences de la fictivité	96
2. La sanction de la fictivité	97
2.1. La nullité ou inexistence de la société	97
2.2. Défaillance des solutions	99
<b>§2. Responsabilité de la société mère pour des actes non frauduleux</b>	<b>101</b>
I. L'immixtion dans la gestion de la filiale	101
1. L'immixtion dans la gestion des affaires courantes	103
2. L'immixtion dans la gestion du personnel	106
II. La faute de la société mère	107
1. Responsabilité du fait personnel	108
2. Responsabilité du fait d'autrui	110
<b><u>Chapitre 2 : La responsabilité pénale de la société mère</u></b>	<b>112</b>
<b>Section 1. <u>L'imputation de l'infraction dans un groupe de sociétés</u></b>	<b>113</b>
I. L'acquisition de la personne morale par les groupes de sociétés	113
II. Groupes de sociétés pénalement responsables	115
III. Les conditions de la responsabilisation de la société mère	119
1. Une infraction commise pour le compte de la personne morale	122
2. Une infraction commise par l'organe de la personne morale	124

<b>Section 2. <u>Les différentes formes de mise en cause de la société mère</u></b>	<b>126</b>
I. La poursuite individuelle de la société mère	127
1. Poursuite pour infraction consommée	127
2. Poursuite pour tentative d'infraction	129
II. La poursuite de la société mère pour coaction	130
1. La société mère coauteur	130
2. La société mère complice	131
3. la société mère instigatrice	134
4. La société mère receleuse	135
III. Disparition de personnalité morale et responsabilité pénale	137
<b>Titre 2. <u>La responsabilité de la société mère dans le cadre du droit spécial</u></b>	<b>140</b>
<b><u>Chapitre 1 : La dimension de la responsabilité de la société mère</u></b>	<b>140</b>
<b>Section 1. <u>Confusion de patrimoines</u></b>	<b>141</b>
I. Conditions de la confusion de patrimoines	143
1. Confusion des comptes et indissociabilité des patrimoines	144
2. Existence de relations financières anormales	145
II. Conséquences de la confusion	150
<b>Section 2. <u>Action pour insuffisance d'actif</u></b>	<b>151</b>
I. Imputation de l'action en comblement du passif à la société mère	152
1. Imputation de la société mère en qualité de dirigeant de droit	154
2. Imputation de la société mère en qualité de dirigeant de fait	156
II. Les conditions de l'obligation du comblement du passif	160
1. La faute de gestion génératrice de la responsabilité de la société mère	160
1.1. Fautes commises au moment de la création	160
1.2. Fautes commises en cours d'exploitation	161

2. Insuffisance d'actif résultant de la faute	163
<b>Section 3. <u>Solidarité des sociétés du groupe en tant qu'entreprise unique</u></b>	<b>165</b>
I. Le groupe de sociétés comme entreprise unique	168
1. Critère économique	169
2. Critère juridique	170
II. Les effets juridiques de l'unité économique	172
1. Solidarité entre les sociétés du groupe	173
2. Les dangers de cette solidarité	175
<b><u>Chapitre 2 : La reconnaissance de la responsabilité environnementale de la société mère</u></b>	<b>176</b>
<b>Section 1. <u>Les fondements de la responsabilité environnementale de la société mère</u></b>	<b>178</b>
I. Les particularités de la responsabilité environnementale	179
1. L'action pour atteinte à un intérêt collectif	180
2. La prescription de l'action	182
3. La nature de la réparation	183
II. Difficulté d'appréhender le préjudice environnementale par les mécanismes de la responsabilité classique	184
1. Application de la théorie de responsabilité classique à un dommage environnementale	186
2. La rigidité du principe de la personne morale face à la responsabilité environnementale	190
<b>Section 2. <u>Apport et évaluation de la loi Grenelle II</u></b>	<b>192</b>
I. Évaluation de la loi Grenelle II	192
1. Les conditions requises pour la proposition de cette action en responsabilité	193
2. Les insuffisances de la loi Grenelle II	195
II. Nécessité d'une responsabilité de plein droit de la société mère	196

<b>PARTIE 2. La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales au niveau international</b>	<b>201</b>
<b><u>Titre1. La responsabilité des entreprises transnationales</u></b>	<b>205</b>
<b><u>Chapitre 1. Entreprises multinationales</u></b>	<b>205</b>
<b>Section 1. <u>Notion d'entreprise multinationale</u></b>	<b>205</b>
I. L'organisation des entreprises multinationales	208
1. La société mère ou société contrôlante	209
2. La filiale ou société contrôlée	212
II. L'approche de l'entreprise multinationale	213
1. La recherche de l'unité de l'entreprise multinationale	213
2. L'entreprise multinationale en tant qu'entité morcelée	217
<b>Section 2. <u>Inadéquation des critères de rattachement classiques aux entreprises multinationales</u></b>	<b>218</b>
<b>§1. La recherche de critères appropriés à la réalité des entreprises multinationales</b>	<b>219</b>
I. Les instruments de rattachement classiques de l'entreprise multinationale dans le cadre de ses relations internes	219
1. Le critère de la nationalité du groupe	220
2. Le critère du centre de décision	224
3. Le critère du centre de contrôle	227
II. Les problèmes soulevés par la réalité des entreprises multinationales	229
1. La difficulté d'adoption d'un critère d'attachement unique	230
2. L'intérêt du critère d'incorporation	231
<b>§2. Les instruments de rattachement de l'entreprise multinationale dans le cadre de ses relations avec les tiers</b>	<b>233</b>
I. Le rattachement par la lex societatis	235

II. Le rattachement « les lois d'application immédiate »	239
III. Le rattachement par la théorie par la théorie d'origine américaine « better law »	242
<b>Chapitre 2 : La relative consécration de la responsabilité des sociétés mères dans les instruments juridiques internationaux</b>	<b>245</b>
<b>Section 1. <u>La responsabilité de la société mère sur la base de la soft law</u></b>	<b>247</b>
<b>§1. Le recours au soft law</b>	<b>248</b>
I. Définition et caractéristiques de la soft law	249
II. La RSE appréhendée par la soft law	252
<b>§2. Le cadre normatif en matière de régulation des multinationales dans le cadre de la RSE</b>	<b>254</b>
I. L'action des organismes internationaux	254
1. Le programme du pacte mondial proposé par l'ONU	255
2. La déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la Politique sociale	258
3. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales	260
3.1. Le rôle du point de contact national	262
3.2. Ses défaillances	262
II. L'action des entreprises	265
1. La norme ISO 26000	266
2. Les documents éthiques	267
<b>Section 2. <u>L'évaluation de l'approche par la soft law</u></b>	<b>268</b>
I. Les difficultés relevées pour l'application de la soft law aux Entreprises multinationales	268
II. Insuffisance de la soft law internationale pour la régularisation Des entreprises multinationales	272

<b><u>Titre 2. La recherche de la responsabilité extraterritoriale de la société mère sur la base de la législation normale</u></b>	<b>275</b>
<b><u>Chapitre 1 : L'extraterritorialité comme instrument de sanction</u></b>	<b>278</b>
<b><u>Section 1. L'intérêt de l'extraterritorialité comme instrument de sanction</u></b>	<b>281</b>
I. Recours à l'extraterritorialité faute d'une loi internationale Régissant les multinationales	<b>281</b>
II. La finalité de l'application extraterritoriale d'une loi	<b>283</b>
III. La faculté d'un État à produire une réglementation À portée extraterritoriale	<b>285</b>
<b><u>Section 2. Problèmes soulevés pour l'imputation à la société mère les méfaits de sa filiale</u></b>	<b>289</b>
I. Le vide juridique en matière de responsabilité des multinationales	<b>290</b>
II. La société transnationale échappe à l'emprise du droit national	<b>291</b>
III. La difficulté de la détermination des liens entre la société mère et la filiale	<b>293</b>
<b><u>Chapitre 2 : La responsabilité extraterritoriale de la société mère</u></b>	<b>295</b>
<b><u>Section 1. Responsabilité civile extraterritoriale de la société mère</u></b>	<b>297</b>
I. La responsabilisation de la société mère devant les juridictions Internationales	<b>298</b>
1. Responsabilité de la société mère pour participation directe à l'acte À l'origine du dommage	<b>300</b>
2. Responsabilité de la société mère pour participation indirecte à l'acte à l'origine du dommage	<b>304</b>
3. Limites à la responsabilisation de la société mère	<b>303</b>
II. La responsabilisation de la société mère devant les Juridictions nationales	<b>305</b>
1. Compétence des juridictions nationales	<b>306</b>
1.1. Principe de compétence des juridictions nationales	<b>306</b>
1.2. Exceptions à la compétence nationale	<b>310</b>
1.2.1 Problème de conflit des lois	<b>314</b>
1.2.2 Problème de conflits des juridictions	<b>315</b>

2. Compétence juridique des tribunaux américains	320
2.1. Principe de l'ATCA	321
2.2. Conditions pour le recours à l'ATCA	321
<b>Section 2. <u>Responsabilité pénale extraterritoriale</u></b>	<b>324</b>
I. La poursuite de la société mère devant les juridictions internationales	325
1. La cour pénale internationale	327
1.1. Les compétences de la CPI	327
1.2. Les obstacles liés à la compétence matérielle de la CPI	329
2. Les tribunaux pénaux ad hoc	331
II. La responsabilisation de la société mère devant les juridictions nationales	334
1. La compétence universelle	335
2. L'imputabilité de l'infraction à la société mère dans le cadre de la compétence universelle	340
2.1 Responsabilité de la société mère pour des faits commis par sa filiale	341
2.2. Responsabilité de la société mère pour complicité avec la filiale	342
3. Le principe de la compétence personnelle	344
3.1. La compétence personnelle active	345
3.2. La compétence personnelle passive	347
<b>Section 3. <u>Responsabilité environnementale extraterritoriale</u></b>	<b>350</b>
I. Responsabilité pour atteinte à l'environnement sans le droit international	351
1. Le contenu normatif de la législation internationale en matière d'environnement	352
2. La défaillance de la législation appliquée	357
2.1. Difficultés relatives à la mise en œuvre	358
2.2. Difficultés relatives au contrôle	360
2.3. Difficultés relatives à la sanction	362

II. L'incapacité des mécanismes juridiques existants d'imputer à la Société mère les atteintes à l'environnement causées par ses filiales	<b>363</b>
1. Les causes de l'échec	<b>364</b>
1.1. Problèmes liés à la forme sociétaire	<b>364</b>
1.2. Problèmes liés à la nature des conventions	<b>366</b>
1.3. Le lobbying des multinationales	<b>370</b>
2. Recommandations pour la responsabilisation des multinationales	<b>372</b>
2.1. Recommandations aux États	<b>372</b>
2.2. Recommandations aux multinationales	<b>374</b>
2.3. Recommandations aux ONG	<b>375</b>
<b>Conclusion générale</b>	<b>379</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>384</b>
<b>Index alphabétique</b>	<b>414</b>
<b>Table de matière</b>	<b>418</b>