Régis BISMUTH, "La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – Quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire", in SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, pp. 429-447.

LA RESPONSABILITE (LIMITEE) DE L'ENTREPRISE MULTINATIONALE ET SON ORGANISATION JURIDIQUE INTERNE – QUELQUES REFLEXIONS AUTOUR D'UN ACCIDENT DE L'HISTOIRE

par

Régis BISMUTH
Professeur à l'Ecole de droit de Sciences Po

Juxtaposer « entreprise » et « responsabilité » peut susciter un certain embarras. La responsabilité juridique s'inscrit dans une logique personnaliste qui nécessite un sujet de droit sur lequel elle peut s'imputer. L'entreprise ne constitue pas *de plano* un sujet de droit. Il faut en effet distinguer, d'une part, l'entreprise en tant que technostructure économique qui prend réellement un ensemble de décisions et, d'autre part, les sociétés qui la composent juridiquement et qui les prennent formellement[1]. Sans aller jusqu'à considérer que la responsabilité de l'entreprise relève de l'oxymore, il y a néanmoins entre les deux termes une forme de hiatus ou une discontinuité dans laquelle va se nicher et fermenter une forme d'irresponsabilité juridique[2]. C'est en effet dans cet interstice entre la forme et la substance que se déploie une ingénierie juridique permettant d'optimiser la circulation des droits au sein de la structure de l'entreprise – composée le plus souvent de sociétés à responsabilité limitée – tout en permettant de morceler celle des obligations. Le potentiel de cette ingénierie est aisément décuplé pour les entreprises multinationales dans la mesure où les spécificités de plusieurs ordres juridiques peuvent être employées afin d'optimiser circulation des droits et morcellement des obligations[3].

---

[1] J.-PH. ROBE, *Le temps du monde de l'entreprise – Globalisation et mutation du système juridique*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 90 et suiv.

[2] J. TRICOT, « Personne(s) morale(s) et personne(s) physique(s) : Comment renouveler l'approche personnaliste ? Réflexions à partir du droit pénal », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit – Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, p. 173.

[3] G. SKINNER, « Rethinking Limited Liability of Parent Corporations for Foreign Subsidiaries' Violations of International Human Rights Law », *Washington and Lee Law Review*, vol. 72, 2015, pp. 1769 et suiv.

Il faut donc appréhender avec lucidité la façon dont l'organisation juridique interne de l'entreprise entrave la mise en œuvre de sa responsabilité. Par organisation juridique interne, il est essentiellement question de la structuration juridique de l'entreprise en sociétés mères et filiales ou *joint-ventures*, le plus souvent à responsabilité limitée, dont la configuration résulte d'un système de contraintes juridiques, fiscales, financières, économiques, stratégiques, commerciales ou managériales. Il est également question, de façon plus subsidiaire dans le cadre de cette étude, des relations contractuelles que les sociétés peuvent nouer avec des sous-traitants à l'égard desquels peuvent s'exercer une influence tout aussi décisive que celle qui peut résulter de la détention capitalistique. D'ailleurs, les problèmes que posent l'organisation juridique interne de l'entreprise font l'objet de tentatives de régulation reposant sur des notions communes : le devoir de vigilance des sociétés mères à l'égard de leurs filiales et des sociétés donneuses d'ordre à l'égard de leurs sous-traitants.

La responsabilité ici envisagée sera comprise au sens strict comme mécanisme par lequel une personne répond de son comportement devant la justice. Il s'agira donc davantage de *liability* que d'*accountability* et seront ici exclus les processus de *soft responsability* comme ceux résultant de la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales via les examens conduits par les points de contact nationaux[4] ou se traduisant par des sanctions sociales[5]. Dans la mesure où il n'existe pas de mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité des entreprises devant des juridictions internationales[6], il sera dès lors question d'examiner les situations ou

[4] V. la Partie II sur les « Procédures de mise en œuvre » *in* OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, pp. 75 et suiv. Sur l'activité des points de contact nationaux, v. OCDE, *Rapport annuel 2015 sur les Principes directeurs de l'OCDE a l'intention des entreprises multinationales*, 2016, pp. 27 et suiv.

[5] Par ex. ce que fait le fonds souverain norvégien en choisissant de ne plus investir dans des entreprises qui contribuent ou sont responsables de « *serious or systematic human rights violations, such as murder, torture, deprivation of liberty, forced labour and the worst forms of child labour ; serious violations of the rights of individuals in situations of war or conflict ; severe environmental damage ; [...]* » (Council on Ethics for the Norwegian Government Pension Fund Global, *Guidelines for observation and exclusion from the Government Pension Fund Global*, Section 3, http://etikkradet.no/en/guidelines [dernière visite le 26 février 2017]).

[6] Il n'existe pas de mécanisme de mise en œuvre de la responsabilité pénale des sociétés devant les juridictions pénales internationales dont la compétence *ratione personae* se limite aux seuls individus. Pour ce qui concerne la CPI, le Statut de Rome précise bien que « la Cour est compétente à l'égard des personnes physiques » (art. 25.1). Les travaux préparatoires montrent néanmoins que la responsabilité pénale des sociétés avait été envisagée. Le projet de Statut de la Cour criminelle internationale présenté en avril 1998 indiquait en effet dans son article 23.5 que « la Cour est également compétente à l'égard des personnes morales, à l'exclusion des Etats, lorsque les organes ou représentants de telles personnes ont commis les crimes au nom de celles-ci » (*Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998). Il faut également rappeler que si seule la responsabilité pénale individuelle était envisagée dans le cadre du Tribunal militaire international de Nuremberg, le mécanisme mis en œuvre par le biais de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié a donné lieu aux « affaires industrielles ». Celles-ci étaient particulièrement instructives en ce qu'elles mettaient en relief les possibles relations entre activités des entreprises et commission de crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Sur ces questions, v. M. HELGESEN, « War Zones and Grey Zones – Does Legal Liability of Companies Exist Under the International Law of Armed Conflict? », *Tidsskrift for*

la responsabilité (notamment civile) des sociétés mères est recherchée dans le cadre de différends soumis à des juridictions nationales pour des comportements attribuables aux filiales localisées à l'étranger. Cette responsabilité est recherchée aussi bien pour des raisons juridiques (du fait d'une plus grande confiance du système judiciaire dont dépend la société mère), financières (si la filiale n'est pas solvable) et stratégiques (si la procédure visant la société mère est susceptible d'exercer une pression accrue sur l'entreprise, d'affecter sa réputation et ainsi de l'inciter à la transaction).

Ce type de contentieux soulève en règle générale deux principales difficultés. La première, qui sera le cœur de notre analyse, se rapporte au lien qui peut être établi entre, d'une part, le comportement de la filiale et, d'autre part, la société mère afin d'engager la responsabilité de cette dernière, soit en attribuant le comportement à la mère, soit en retenant un manquement de la mère à une obligation de vigilance. Il n'existe aucune règle de droit international général imposant une discipline en la matière et cet aspect relève donc des droits nationaux. Si les Etats sont libres de retenir les principes qui leur semblent les plus adéquats, il se manifeste une certaine convergence des solutions retenues, lesquelles pourront être présentées de façon synthétique afin de faire état des principales orientations. La seconde difficulté réside dans le problème de droit international privé se rapportant à l'établissement de la compétence des juridictions nationales dont dépendent les sociétés mères. On comprend aisément les obstacles qui peuvent se dresser à la reconnaissance de cette compétence dès lors que les faits litigieux se sont déroulés à l'étranger et impliquent une personne morale distincte de celle qui est visée. A ce point de vue également, le droit international laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats dans le sens où il n'impose ni n'interdit aux juridictions nationales d'exercer leur compétence dans de telles situations[7]. La question de la compétence qui a fait déjà l'objet d'études approfondies[8] ne nécessite pas à ce stade d'être explorée ici plus en détail. Elle le sera en aval de la réflexion conduite sur le lien susceptible d'être caractérisé entre le comportement de la filiale et la société mère. La racine du problème se situe en effet davantage sur ce dernier aspect. La proposition que nous formulerons permettrait de définir un cadre qui serait susceptible de résoudre toutes les difficultés relatives à question de la compétence. Celle-ci sera donc pour l'instant écartée.

Rettsvitenskap, vol. 4-5, 2005, pp. 580 et suiv. V. aussi, United Nations War Crimes Commission, « The IG Farben and Krupp Trials », *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. X, 1949.

[7] Les initiatives de *soft law* sur le sujet témoignent d'ailleurs d'une certaine frilosité, à l'instar des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme qui prescrivent que « au titre de leur obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, les Etats doivent prendre les mesures appropriées pour assurer [...] que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif » (Principe n° 25, A/HRC/17/31).

[8] On pourra par ex. utilement se référer à C. BRIGHT, *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales*, thèse, European University Institute, 2013, 268 p., ainsi qu'à sa contribution dans le présent ouvrage.

La forme de société en responsabilité limitée largement utilisée dans les groupes et les difficultés relatives à la levée du voile social constituent les deux obstacles majeurs à l'émergence d'un régime de responsabilité de l'entreprise multinationale. Un examen du contentieux où la responsabilité *ex post* de la société mère est recherchée pour le comportement délictueux d'une filiale localisée à l'étranger indique que les critères retenus pour la levée du voile social sont particulièrement restrictifs (I). Compte tenu de ces difficultés, il s'est développé, dans le cadre des processus visant à promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, une discipline de responsabilisation *ex ante* de la société mère par la reconnaissance d'un devoir de vigilance concernant les activités de ses filiales, lequel présente toutefois des lacunes considérables (II). Ces obstacles et insuffisances doivent nous conduire à repenser sous un angle critique le régime de la responsabilité limitée en mettant en relief qu'il s'agit d'un accident de l'histoire qui, d'ailleurs, a pu favoriser le comportement hasardeux des entreprises[9]. C'est à partir de celui-ci qu'a pu prospérer une asymétrie entre la circulation des droits et le morcellement des obligations au sein des entreprises (III). C'est à l'aune de ce constat qu'une proposition de refondation de la responsabilité de l'entreprise peut être formulée (IV).

I. LA FORTERESSE DU VOILE SOCIAL (RESPONSABILITÉ *EX POST*)

L'engagement de la responsabilité de la société mère du fait des dommages causés par sa filiale peut en premier lieu être envisagé selon une logique où, par la levée du voile social ou selon une démarche équivalente, le comportement de la filiale est attribué à la société mère. Cette éventualité n'est reconnue que selon des critères stricts dans la mesure où elle est de nature à remettre en question le principe de séparation des personnalités morales mais aussi *per extensionem* celui de la responsabilité limitée des sociétés concernées lorsque le passif auquel s'expose la société mère outrepasse le montant de son investissement. Ce sont donc deux aspects fondamentaux structurant le droit des sociétés qui sont en jeu lorsque la responsabilité de la société mère est envisagée, ce qui explique les critères mis en œuvre. Nous nous limiterons ici à quelques éléments très généraux, étant entendu qu'ils sont loin de refléter les nuances et subtilités du droit positif[10].

[9] P. IRELAND, « Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate Irresponsibility », *Cambridge Journal of Economics*, vol. 34, 2010, pp. 837 et suiv. (notant [p. 845] que « *[t]he no-obligation, no-responsibility, no-liability nature of corporate shares permits their owners – or their institutional representatives – to enjoy income rights without needing to worry about how the dividends are generated. They are not legally responsible for corporate malfeasance, and in the event of failure only their initial investments are at risk.* »)

[10] J. A. ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility – Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 215 et suiv. ; M. KOCHER, E. LEROUX et P. NICOLI, « Groupe d'entreprises », *in* K. MARTIN-CHENUT & R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit – Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 151 et suiv.

La levée du voile social (ou *corporate veil piercing*) ou toute théorie aboutissant à un résultat en substance équivalent relève de régimes différents selon les systèmes juridiques concernés[11]. Elle peut se caractériser en France dans le contexte d'un abus de personnalité morale, de transparence de la personnalité morale ou de situation de co-emploi. Dans les systèmes de *common law*, il est davantage question des théories de l'*instrumentality*, de l'*alter-ego*, de l'*agent*, du *dummy*, de la *cover*, etc. L'affaire sans doute la plus emblématique de la mise en œuvre de la levée du voile social à l'égard d'une société mère pour les activités d'une filiale à l'étranger est sans doute celle de l'*Amoco Cadiz* dans laquelle une juridiction fédérale américaine a considéré que la société mère « *exercised such control over its subsidiaries AIOC and Transport that those entities would be considered to be mere instrumentalities* »[12].

Si l'on devait se risquer à une présentation transversale des critères qui peuvent être retenus, il convient de souligner que la seule existence de relations intra-groupe, même suivies, n'est pas suffisante. Il faut réunir des indices attestant par exemple de l'absence réelle de séparation des activités, d'une immixtion régulière de la société mère dans la gestion de sa filiale, d'une identité des dirigeants et administrateurs entre les deux sociétés, d'une confusion des comptes bancaires ou plus largement des patrimoines des deux sociétés, d'une sous-capitalisation chronique de la filiale résultant d'un siphonage de ses fonds, etc. Il est d'ailleurs possible pour le législateur d'instituer des régimes spécifiques de levée du voile social afin de faciliter sa mise en œuvre dans des situations déterminées. C'est le cas par exemple de l'article L 512-17 du Code de l'environnement qui met à la charge de la société mère la réparation de certains dommages environnementaux qui ne peuvent être couverts par la filiale dès lors qu'il est établi « une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale ».

Dans le domaine du droit de la concurrence, l'opération d'attribution des faits de la filiale à la mère répond à des critères plus accueillants qui consacrent une authentique responsabilité de l'entreprise, prenant acte dans une certaine mesure de son organisation juridique interne[13]. Il faut, pour le constater, examiner les critères retenus afin d'attribuer à la société mère les comportements des filiales, procédé permettant à la Commission européenne de recouvrer plus facilement les amendes prononcées à la suite de constatation de pratiques anticoncurrentielles commises par les filiales lorsque celles-ci étaient insolvables, mais aussi

[11] Pour une étude transversale, v. K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the Corporate Veil*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, pp. 27 et suiv. ; S. M. BAINBRIDGE et T. HENDERSON, *Limited Liability – A Legal and Economic Analysis*, Cheltenham/Northhampton, Edward Elgar, 2016, pp. 86 et suiv.

[12] *In Re Oil Spill by the "Amoco Cadiz" off the Coast of France on March 10*, 1978 MDL Docket No. 3 76 ND III. 1984, American Maritime Cases, 2123-2199. V. aussi, K. VANDEKERCKHOVE, *op. cit.* n. 11, p. 85.

[13] Etant précisé que les disciplines relatives aux pratiques anti-concurrentielles visées par les articles 101 et 102 du TFUE (respectivement ententes et abus de position dominante) sont applicables aux « entreprises » et il était donc nécessaire à la CJUE de préciser cette notion. Sur cette question, v. W. FRENZ, *Handbook of EU Competition Law*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2016, pp. 202 et suiv.

d'imposer des amendes plus larges puisque celles-ci sont basées sur le chiffre d'affaires de l'entreprise dans son ensemble[14].

Afin d'imputer la responsabilité à la société mère, il n'est pas nécessaire à la Commission de prouver que cette société a joué un rôle dans la réalisation de l'infraction ou en avait connaissance. Il lui suffit d'attester que la société mère est en mesure d'exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. La CJUE considère d'ailleurs que lorsque la société mère détient sa filiale à 100%, il existe une présomption réfragable (mais quasi-irréfragable en pratique) que la première exerce sur la seconde une telle influence[15]. Il est aussi utile dans ce cadre de préciser quelle a été la position des juridictions européennes à l'égard de plusieurs arguments avancés par les sociétés mères afin d'attester que les filiales déterminaient leur comportement de façon autonome sur le marché car de tels arguments sont fréquemment soulevés dans les contentieux transnationaux visant les entreprises multinationales. Ainsi, lorsque la société mère indique qu'elle n'intervient pas dans la politique commerciale de la filiale, la juridiction répond que, dans les grands groupes, « la division des tâches constitue un phénomène normal »[16]. Les juridictions européennes ont également noté que la mise en œuvre d'une « philosophie de délégation maximale aux filiales ne constitue pas un élément de preuve susceptible de démontrer l'autonomie de ces dernières »[17].

Il existe donc une asymétrie significative entre les conditions très strictes de levée du voile social dans le cadre du contentieux des pratiques anti-concurrentielles en droit de l'UE et les autres types de contentieux. Le contentieux de la concurrence montre toutefois qu'il n'existe pas d'obstacle dirimant, relevant du droit des sociétés ou autre, à ce que les standards d'attribution de comportement ou d'imputation de la responsabilité soient davantage favorables à la mise en œuvre de la responsabilité de la société mère pour violation des droits de l'homme ou de normes sociales ou environnementales par sa filiale à l'étranger – sauf à considérer que l'intégrité concurrentielle du marché soit un objectif supérieur à protéger. Les évolutions récentes de la responsabilité des entreprises multinationales montrent toutefois que les solutions plus radicales du droit de la concurrence n'ont pas été retenues. En s'employant à promouvoir une responsabilisation *ex ante* des entreprises par le biais du « devoir de vigilance », elles se placent dans un entre-deux qui est tout aussi insatisfaisant.

[14] V. par ex. l'article 23 (relatif aux sanctions) du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (*à présent articles 101 et 102 TFUE*).
[15] CJCE, 10 septembre 2009, C-97/08 P, *Azko Nobel NV e.a. c/ Commission*, pars. 54 et suiv.
[16] TUE, 30 septembre 2009, T-168/05, *Arkema SA c/ Commission*, par. 80.
[17] TUE, 24 mars 2011, T-376/06, *Legris Industries SA c/ Commission*, par. 53.

II. LES MIRAGES DU DEVOIR DE VIGILANCE (RESPONSABILISATION *EX ANTE*)

Compte tenu de la difficulté à faire émerger un mécanisme de responsabilité civile *ex post* reposant sur l'attribution du comportement de la filiale à la société mère qui nécessite la démonstration d'une quasi-confusion entre les deux entités, l'élément régulateur qui a été privilégié réside dans la reconnaissance d'un devoir de vigilance de la société mère vis-à-vis des activités de sa filiale[18]. Ce régime repose sur l'idée que la société mère a une obligation de s'intéresser aux activités de sa filiale, quel que soit le degré d'autonomie dont celle-ci bénéficie dans le cadre de son administration. La discipline sous-jacente au devoir de vigilance est ainsi à la fois de favoriser l'émergence d'un cadre destiné à prévenir les conduites dommageables mais également d'installer un support permettant de faciliter la reconnaissance de la responsabilité de la société mère.

Avant d'être envisagé comme une obligation découlant de dispositifs législatifs, le devoir de vigilance a pu se manifester dans certains contentieux à l'instar de l'affaire *Chandler v Cape*. Dans cette action conduite devant les juridictions britanniques, il était question d'engager la responsabilité de la société mère dans une situation où la victime avait contracté l'asbestose alors qu'elle était employée par la filiale. Il n'était pas question d'un état de confusion entre mère et filiale afin de justifier la levée du voile social. La Court of Appeal a retenu en 2012 que la société mère est responsable de la santé et de la sécurité des employés de la filiale lorsque certaines conditions sont réunies, parmi lesquelles : la similarité des activités entre les deux sociétés, une connaissance supérieure (*superior knowledge*) par la mère des risques résultant de cette activité et la dangerosité des conditions de travail au sein de la filiale qui était connue ou aurait dû être connue (*knew, or ought to have known*) de la société mère[19]. Cette exigence de vigilance transparait également de l'arrêt également rendu en 2012 par la Cour de cassation française dans l'affaire de l'Erika. La responsabilité pénale de la société Total, qui s'était engagée par le biais d'une procédure de *vetting* à contrôler la qualité des navires affrétés par ses filiales, a été retenue car elle n'avait pas accompli « les diligences normales qui lui incombaient »[20]. La juridiction a ainsi pris en considération les engagements unilatéraux de la société mère afin d'en déduire une obligation de vigilance permettant de faciliter l'imputation de la faute pénale à son endroit[21].

[18] N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneurs d'ordre », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit – Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 453 et suiv.
[19] *Chandler v Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525, par. 80.
[20] Cass. crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938.
[21] E. DAOUD et C. LE CORRE, « Arrêt Erika : Marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières », *Lamy Droit Pénal des Affaires*, n° 122, novembre 2012, pp. 1 et suiv.

Si l'on en trouve ainsi des manifestations jurisprudentielles toutefois erratiques, cette exigence de vigilance est surtout devenue depuis le début des années 2000 un *credo* de la RSE. Cela s'est traduit par sa reconnaissance dans de multiples instruments de *soft law*, parfois sous des appellations différentes à l'instar de la « diligence raisonnable »[22]. Cette exigence s'est ensuite progressivement diffusée dans certaines législations nationales, dans un premier temps selon une logique sectorielle. C'est le cas par exemple du UK Bribery Act de 2010 qui introduit en droit britannique une obligation de mettre en place des procédures adéquates (*adequate procedures*) de *due diligence* visant à une évaluation des risques et une prévention de la corruption[23]. Les obligations des entreprises (désignées « *commercial organisations* ») sont formulées de façon très générale dans le Bribery Act, lequel souligne également que ces obligations ont vocation à être précisées par le biais d'une *guidance* publiée par le Secretary of State[24], laquelle a finalement été réalisée en 2011[25]. Un tel devoir de vigilance a également été institué en 2016 en France dans le cadre de la loi Sapin 2 dans son volet anticorruption, mais les textes de mise en œuvre de cette législation n'ont pas encore été adoptés[26].

A une échelle beaucoup plus large, l'Assemblée nationale vient d'adopter en février 2017 une loi – longtemps restée dans les limbes – relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre[27]. Elle impose aux entreprises d'une certaine taille[28] de mettre en œuvre « de manière effective un plan de vigilance » qui « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle [...], directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »[29].

[22] Terminologie consacrée par les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme approuvés par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU en 2011 (*op. cit.* n. 7), notant qu'afin « d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme » (Principe n° 17).

[23] Obligation résultant de la section 7 du UK Bribery Act intitulée « *Failure of commercial organisations to prevent bribery* ».

[24] UK Bribery Act, section 9(1).

[25] Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)*, mars 2011, https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf (dernière visite le 26 février 2017).

[26] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[27] Texte n° 924 adopté à l'Assemblée nationale le 21 février 2017, non encore publié au Journal officiel. Le texte est par ailleurs susceptible d'être soumis à l'examen du Conseil constitutionnel.

[28] 5.000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10.000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

[29] Nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce qui serait inséré après promulgation de la loi.

Si l'entreprise manque à ses obligations de vigilance, le texte prévoit qu'elle engage sa responsabilité civile extracontractuelle et a l'obligation de « réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter »[30]. L'objectif de ce dispositif est ainsi d'instituer une obligation générale visant l'entreprise dans son ensemble y compris pour les activités de ses sous-traitants afin de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité. La logique qui y prévaut consiste ainsi à renverser le jeu des preuves et des présomptions que l'on pouvait constater dans le cadre de la levée du voile social : alors qu'il fallait auparavant établir une forme de confusion entre la mère et la filiale, il appartiendra dorénavant à la première de prouver qu'elle avait pris les mesures nécessaires pour éviter les atteintes listées par cette législation.

Appréhendé par certains comme une conquête risquant d'atteindre de façon significative la compétitivité des entreprises françaises[31], le devoir de vigilance transversal mis en œuvre par ce dispositif n'a, dans le fond, rien de révolutionnaire dans le sens où il ne s'inscrit que dans une logique d'approfondissement des instruments de RSE. Il présente par ailleurs une fragilité centrale qu'il convient de préciser avant de formuler des critiques plus fondamentales. En effet, même s'il est à espérer que cette législation responsabilise davantage les entreprises, on peut aussi craindre que les plans de vigilance soient justement conçus afin d'en optimiser la protection. Il faut noter le flou de la législation française à ce propos qui indique que le plan de vigilance doit comprendre entre autres une « cartographie des risques », des « procédures d'évaluation régulière des filiales, des sous-traitants et fournisseurs », des « actions adaptées d'atténuation des risques » ainsi qu'un « mécanisme d'alerte et de recueil des signalements »[32]. S'il est à attendre que les mesures de mise en œuvre soient un peu plus explicites quant au contenu de ces obligations, il ne faut néanmoins pas éluder que ce dispositif va surtout permettre le développement d'une ingénierie juridico-managériale pilotée par des cabinets d'audit et de conseil afin de concevoir des plans de vigilance permettant d'échapper à la mise en œuvre de la responsabilité. Il ne faut en effet pas oublier que le texte précise que c'est l'inexécution des obligations relatives au plan de vigilance qui peut entraîner une obligation de réparer le préjudice. Cet aspect n'a d'ailleurs pas été éludé lors des travaux préparatoires, un député soulignant que

[30] Nouvel article L. 225-102-5 du Code de commerce qui serait inséré après promulgation de la loi.

[31] Il suffit pour le constater de se référer aux travaux préparatoires et il s'agit d'ailleurs d'un argument soulevé de façon récurrente au Sénat qui s'était opposé à cette proposition de loi. Le sénateur Christophe-André FRASSA soulignait par ex. : « [n]ous ne sommes pas en accord avec le mécanisme intellectuel sous-jacent au texte de l'Assemblée nationale, qui n'est pas conforme au droit des entreprises tel que nous l'entendons au Sénat. Ce texte crée en effet des obligations disproportionnées et coûteuses, tant pour les grandes que pour les moyennes et petites entreprises, alors même qu'il ne changera finalement rien à la situation des travailleurs et à la protection de l'environnement dans les pays du sud. Il crée une distorsion de compétitivité, sans pour autant régler le problème. » (*Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, AN n° 4184, Sénat n° 99, 2 novembre 2016.) V. aussi, N. CUZACQ, *op. cit.* n. 18, pp. 453 et suiv.

[32] Nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce qui serait inséré après promulgation de la loi.

n'est pas fixée « une obligation de résultat, mais de moyens » et que « si un accident se produit, ce qui peut malheureusement arriver, l'entreprise devra montrer qu'elle avait mis en œuvre des mesures et pris des précautions, par exemple pour éviter que la cascade de sous-traitants ne soit trop opaque, et cela suffira à dégager sa responsabilité »[33]. Le Bribery Act britannique inclut d'ailleurs une disposition qui traduit explicitement cette idée en soulignant que « *it is a defence for [a commercial organisation] to prove that [it] had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with [it] from undertaking such conduct* »[34]. On peut aussi anticiper les synergies disculpatoires qui pourraient résulter de l'appréciation d'un devoir de vigilance formulé de façon floue au regard de la doctrine de *common law* de la *business judgment rule* – que l'on pourrait traduire de façon un peu provocante comme étant la « marge managériale d'appréciation » – selon laquelle il n'appartient pas aux juridictions d'examiner l'opportunité économique ou stratégique des décisions prises de bonne fois par les dirigeants.

A la forteresse quasi imprenable du voile social (excepté en matière concurrentielle) succèderait donc le bouclier managérial de la vigilance. De façon plus subsidiaire, on peut être surpris que le standard de responsabilisation et de responsabilité issu de ce dispositif soit similaire pour ce qui concerne les sociétés mères et les donneuses d'ordre. Il est certain que l'influence exercée en substance sur les sous-traitants peut être tout aussi significative que celle exercée sur les filiales et, en ce sens, le devoir de vigilance des donneuses d'ordre constitue certainement une avancée utile. En revanche, ne serait-il pas envisageable de considérer que la situation des filiales est spécifique dans le sens où elles font partie de la structure capitalistique de l'entreprise et, qu'en conséquence, leurs comportements doivent être automatiquement considérés comme étant attribuables à la société mère ?

III. LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE : UN ACCIDENT DE L'HISTOIRE

Une analyse historique de l'évolution du droit des sociétés atteste que la situation actuelle consistant à donner plein effet à le responsabilité limitée, restreignant ainsi l'émergence d'une authentique responsabilité de l'entreprise, constitue *in fine* une anomalie. En effet, en examinant les aspects historiques du droit des sociétés, en particulier dans la période s'étalant de la fin du XVIIème à celle du XIXème, il est possible de constater trois ruptures : une première relative au détournement de la fonction de la société anonyme, la seconde relative à l'émergence des groupes de société et la troisième concernant l'évolution de la responsabilité limitée des personnes morales. Sur ces différentes questions, les travaux notamment de Jean-Philippe ROBÉ[35], Paddy IRELAND[36], Philip

[33] Déclaration du député Dominique RAIMBOURG. V. le Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire, *op. cit.* n. 31.
[34] UK Bribery Act, section 7(2).
[35] V. notamment, J.-PH. ROBE, *op. cit.* n. 1.

BLUMBERG[37] ainsi que de Stephen BAINBRIDGE et Todd HENDERSON[38] sont particulièrement instructifs.

Il faut en premier lieu rappeler que la création des sociétés par actions n'était pas à l'origine un droit ouvert à tous, mais un privilège accordé par l'Etat pour la réalisation de projets d'intérêt public (tels que la construction de ponts, exploitation de mines, etc.). En effet, dans la vision libérale de la société postérieure à la révolution, il ne peut y avoir de reconnaissance du pouvoir de corps intermédiaires venant s'intercaler entre l'individu et l'Etat, ce qui a conduit au démantèlement des corporations par la Loi Le Chapelier de 1791, mais également à une hostilité et une forme de suspicion vis-à-vis des sociétés par actions[39]. Succédant aux « compagnies » qui ne pouvaient se voir conférer une personnalité morale que par une charte royale, les sociétés anonymes au début du XIXème siècle ne pouvaient être créées qu'après autorisation du gouvernement accordée par décret en Conseil d'Etat, et ce, qu'après un processus long et couteux[40]. L'activité consultative du Conseil d'Etat à cette période atteste d'ailleurs que la condition d'utilité publique de la société était examinée sérieusement[41]. Si le contrôle de *l'incorporation* des sociétés par actions se réalisait selon des formes différentes aux Etats-Unis et en Angleterre à la même période, la même exigence d'utilité publique existait. Certains soulignent d'ailleurs que la responsabilité limitée consentie à ces organisations poursuivant des objectifs d'utilité publique peut s'expliquer en ce qu'elle dérive finalement de l'irresponsabilité de la puissance publique car des acteurs privés ne font que se substituer à l'Etat[42]. Le formalisme et les conditions entourant la création de ce type de sociétés visaient aussi à réguler une « institution jugée nécessaire mais dangereuse »[43] car elles véhiculaient une responsabilité limitée certes utile à l'initiative économique mais aussi potentiellement nuisible car elle pourrait être génératrice d'abus et favoriser une forme d'aléa moral[44].

Cependant, à partir du milieu du XIXème siècle, les différentes exigences réglementaires entourant la création des sociétés par actions ont été progressivement démantelées, aux Etats-Unis du fait de la concurrence entre Etats fédérés qui souhaitaient se montrer attractifs économiquement et en Europe selon un schéma similaire conséquemment à l'adhésion des principales puissances au libéralisme économique[45]. Ce mouvement s'est concrétisé en France par la loi du 24 juillet 1867 qui acta définitivement la disparition de

[36] V. par ex. P. IRELAND, *op. cit.* n. 9, pp. 837 et suiv.
[37] PH. I. BLUMBERG, *The Multinational Challenge to Corporation Law – The Search for a New Corporate Personality*, New York, Oxford University Press, 1993.
[38] S. M. BAINBRIDGE et T. HENDERSON, *op. cit.* n. 11.
[39] Sur l'ensemble de ces aspects, J.-PH. ROBE, *op. cit.* n. 35, pp. 84 et suiv.
[40] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La Société anonyme au XIXe siècle – Du Code de commerce à la loi de 1867 : Histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris, PUF, 1985, pp. 21 et suiv.
[41] J.-PH. ROBE, *op. cit.* n. 1, p. 86.
[42] S. M. BAINBRIDGE et T. HENDERSON, *op. cit.* n. 11, p. 25.
[43] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.* n. 40, p. 22.
[44] *Ibid.*, pp. 22 et suiv. V. aussi, P. IRELAND, *op. cit.* n. 9, pp. 844 et suiv.
[45] J.-PH. ROBE, *op. cit.* n. 1, pp. 88-90.

l'autorisation gouvernementale, « restitu[ant] totalement au droit privé une institution que 'l'intérêt public' lui avait partiellement disputée jusque-là »[46]. Il constitue un tournant essentiel à partir duquel a été rendue possible la constitution de pouvoirs de droit privé en réponse auxquels ont dû être constitués des coalitions d'intérêts privés affectés par les activités des sociétés[47]. Dans cette perspective, il n'est donc pas une coïncidence qu'ont été adoptées dans la même période les premières législations sur la liberté syndicale, à l'instar de la loi Waldeck Rousseau de 1884 qui s'inscrit dans le sillage de la loi Olivier de 1886 supprimant le délit de coalition.

En second lieu, il faut relever que, jusqu'à la fin du XIXème siècle, notamment aux Etats-Unis, les actions de sociétés ne pouvaient être détenues que par des personnes physiques et pas par d'autres sociétés, à moins que cela ne soit autorisé par la législation dans des cas spécifiques. Ces restrictions ont été progressivement démantelées à la suite de plusieurs réformes adoptées par l'Etat du New Jersey en 1888, 1889 et 1893[48]. Cet Etat a été suivi par ceux de New York, du Delaware et du Maine qui souhaitaient préserver leurs ressources fiscales résultant de l'*incorporation* des sociétés se plaçant sous leur compétence. C'est ainsi que de larges groupes économiques se sont constitués, préférant la forme sociétaire et délaissant celle du trust[49]. Ce n'est d'ailleurs pas non plus une coïncidence qu'à la même période se forge aux Etats-Unis le droit de la concurrence avec l'adoption du Sherman Act en 1890 et la création de la Federal Trade Commission en 1914. Il y a d'ailleurs des initiatives du Président Taft en 1910 afin de demander au Congrès d'interdire les participations en capital de sociétés dans d'autres sociétés, mais celles-ci sont restées lettre morte[50].

La constitution de groupes de sociétés rendue possible, il était dès lors envisageable d'en optimiser la structure en exploitant tout le potentiel de la responsabilité limitée. Encore faut-il préciser que dans certains systèmes, notamment aux Etats-Unis, le domaine de la responsabilité a connu des évolutions particulièrement favorables pour les entreprises. Une distinction s'opérait à l'origine en matière de responsabilité limitée de la société selon qu'il s'agissait d'une responsabilité contractuelle ou pour *tort*[51]. En effet, ceux contractant avec la société sont informés, peuvent évaluer et *in fine* accepter le risque résultant de la responsabilité limitée auquel ils s'exposent. Les tiers qui subissent d'éventuels dommages résultant des activités d'une société n'ont pas consenti à une telle limitation par voie contractuelle et il est dès lors légitime de s'interroger sur le bien-fondé de l'opposabilité à leur égard de la responsabilité

[46] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.* n 40, p. 417.
[47] J.-PH. ROBE, *op. cit.* n. 1, pp. 101 et suiv.
[48] PH. I. BLUMBERG, *op. cit.* n. 37, p. 56.
[49] *Ibid.*, pp. 57 et suiv.
[50] *Ibid.*, p. 58.
[51] G. SKINNER, *op. cit.* n. 3, p. 1792.

limitée[52]. La question est d'autant plus légitime que les actionnaires de cette société peuvent bénéficier de la remontée des profits qu'elle réalise tout en circonscrivant dans leur filiale d'éventuelles pertes allant au-delà de leurs apports. Cette configuration peut ainsi générer une incitation pour les entreprises d'isoler dans certaines filiales des activités dangereuses pour les tiers[53].

Ce qui peut être ainsi considéré comme une anomalie a d'ailleurs fait l'objet de contentieux aux Etats-Unis dans le courant du XIXème siècle, plus précisément afin de déterminer si la responsabilité limitée des actionnaires pour les *debts* de la société incluait ou non ses *liabilities* dans le cadre d'action pour *torts*. Pour les Etats fédérés, la solution dépendait de la façon dont était rédigée la législation sur le droit des sociétés. La législation californienne a par exemple effectué une distinction entre les deux catégories jusque dans les années 1930[54]. Dans la grande majorité, celle-ci ne faisait référence qu'à une responsabilité limitée des actionnaires à l'égard des *debts*, et la Cour suprême américaine, suivant la position définie par celle de l'Etat de New York, a considéré en 1885 dans l'affaire *Chase v. Curtis* que les *debts* incluaient les obligations financières relevant à la fois des situations de responsabilité contractuelle et délictuelle[55]. La responsabilité délictuelle a ainsi pu bénéficier du voile de la personnalité morale.

Ce sont ainsi ces trois ruptures historiques, chacune importante mais absolument fondamentales lorsque elles sont prises dans leur ensemble, qui ont permis le développement d'une ingénierie juridique, fiscale et financière destinée à ajuster la structure des groupes de sociétés afin d'optimiser la circulation des richesses tout en ayant la possibilité de circonscrire certaines obligations au sein de filiales à responsabilité limitée. C'est de cette asymétrie que découle l'ensemble des problèmes précédents évoqués concernant la levée du voile social ainsi que les tentatives de régulation à la marge par le biais du devoir de vigilance. Cette relecture historique et critique de l'évolution du droit des sociétés doit nous conduire à envisager différemment et à repenser le problème de la responsabilité limitée au sein de l'entreprise.

IV. REPENSER LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE

Les entreprises génèrent des richesses mais sont aussi « de formidables machines à produire des externalités »[56]. Les richesses peuvent circuler librement dans l'entreprise et la structure du groupe peut être mise à profit soit du point de vue fiscal pour le paiement de l'impôt au niveau du groupe soit du point de vue financier pour le transfert des dividendes. Cependant, lorsqu'il s'agit d'engager

[52] P. LE GOFF, « Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? Apport et critique de l'analyse économique américaine du droit des sociétés », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999, n° 3, pp. 598-599.
[53] H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, « Toward Unlimited Liability for Corporate Torts », *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1881.
[54] S. M. BAINBRIDGE et T. HENDERSON, *op. cit.* n. 11, pp. 40-42.
[55] *Chase v. Curtis*, 113 U.S. 452 (1885). V. aussi, G. SKINNER, *op. cit.* n. 3, pp. 1793-1794.
[56] J.-PH. ROBE, *op. cit.* n. 1, p. 393.

la responsabilité de la société mère pour les externalités négatives générées par ses filiales, cette responsabilité peut être cloisonnée juridiquement par le jeu de la responsabilité limitée. La logique exige donc de rééquilibrer cette asymétrie afin d'aligner les droits et les obligations des entreprises multinationales.

L'une des solutions consisterait à s'inspirer des principes relatifs à la responsabilité de l'Etat en matière d'attribution du fait internationalement illicite car les structures que sont entreprises et Etats présentent de nombreuses analogies. Un des principes fondamentaux en matière d'attribution est celui de l'inopposabilité de la structure juridique interne de l'Etat : quelle que soit la répartition verticale ou horizontale des pouvoirs au sein des différents organes de l'Etat et librement choisie par celui-ci, tout comportement de l'un de ses organes lui est attribuable[57], quel que soit le degré d'indépendance dont il bénéficie, et ce, même en cas d'actes *ultra vires* « s'il outrepasse sa compétence ou contrevient à ses instructions »[58]. Hypothèse de l'organe *de facto*, l'Etat est également responsable du comportement des personnes qui agissent « en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat »[59].

Un parallèle peut être réalisé avec la situation d'une société : celle-ci peut choisir de réaliser certaines activités en interne, de les filialiser ou de les sous-traiter. Lorsqu'elle décide de les effectuer en interne ou de les filialiser, les éventuelles violations commises sont réalisées dans le cadre de la structure juridique interne plus générale de l'entreprise et doivent donc lui être imputables, et ce, même en cas d'acte *ultra vires* si les filiales ne respectent pas le plan de vigilance mis en œuvre par la société mère. En ce sens, la filiale doit être considérée comme un organe de l'entreprise. Lorsque les activités sont sous-traitées à une société extérieure, il convient de réaliser une distinction entre deux types de situation. Si la société exerce une influence économique décisive sur son sous-traitant résultant d'une dépendance économique, cette situation de contrôle *de facto* doit conduire à attribuer à la société qui l'exerce les éventuelles violations commises par le sous-traitant. Cette logique se retrouve par exemple dans la décision rendue en 2014 aux Etats-Unis par une cour d'appel fédérale dans l'affaire *Doe v. Nestle* où la juridiction a relevé, dans une logique qui relève moins du contrôle effectif que du contrôle global, que les entreprises défenderesses exerçaient « *their control over the cocoa market* » et qu'elles « *continue to supply money, equipment, and training to Ivorian farmers, knowing that these provisions will facilitate the use of forced child labor* »[60]. Enfin, dernière hypothèse, si la société n'exerce pas une forme de contrôle sur le sous-traitant, le devoir de vigilance doit s'imposer pour la société. Il est intéressant de constater que le devoir de vigilance qui est dorénavant consacré par la législation française, à la fois pour les filiales et pour les sous-traitants avec lesquels il

[57] Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, article 4(1). De manière plus générale, v. J. CRAWFORD, *State Responsibility – The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 116 et suiv.
[58] *Ibid.*, article 7. V. aussi, J. CRAWFORD, *op. cit.* n. 57, pp. 136 et suiv.
[59] *Ibid.*, article 8. V. aussi, J. CRAWFORD, *op. cit.* n. 57, pp. 141 et suiv.
[60] *Doe et al. v. Nestle et al.*, No. 10-56739, D.C. No. 2:05-CV-05133- SVW-JTL (9th Cir. Sep. 4, 2014).

existe une relation commerciale établie, n'apparaît finalement pertinent – dans la configuration qui vient d'être envisagée inspirée de la responsabilité des Etats – que pour les seuls sous-traitants vis-à-vis desquels il n'existe pas une situation de contrôle *de facto*.

Une relecture historique de l'évolution de la responsabilité limitée dans le droit des sociétés conduit à constater que cette limitation constituait davantage un « accident de l'histoire »[61] et qu'il était légitime que la société mère assume la responsabilité des comportements délictueux de ses filiales. Une analogie avec la responsabilité internationale de l'Etat conduit au même constat. Il serait d'ailleurs curieux que, pour une même violation du droit international, par exemple du droit international des droits de l'homme, l'Etat ne puisse invoquer des éléments relevant de sa structure juridique interne alors que la société mère le pourrait. La question qui se pose dorénavant est de savoir quels sont les instruments permettant de faire émerger cette exigence qui peut sembler révolutionnaire, voire choquante[62]. Une solution pourrait être de réformer les droits des sociétés nationaux afin de supprimer toute forme de responsabilité limitée ou, de manière moins radicale, mettre en œuvre une responsabilité illimitée des actionnaires au prorata de leur participation dans le cadre d'actions en responsabilité délictuelle[63]. Cette solution apparait toutefois inconcevable car elle nécessiterait une intervention législative coordonnée et harmonisée de plusieurs Etats (et des Etats fédérés dans un contexte fédéral comme aux Etats-Unis) portant sur un sujet où s'exprimeraient de nombreuses résistances[64] et qui, de surcroît, poserait des problèmes insolubles de conflits de lois ou de juridictions[65]. Une autre solution consisterait à envisager une convention internationale listant une série d'obligations à destination des entreprises multinationales (par exemple les obligations des Principes directeurs de l'OCDE) et instituant un régime de responsabilité imputé sur la société mère dès lors qu'est en jeu une violation attribuable à l'une des sociétés composant le groupe. Une telle responsabilité pourrait être mise en œuvre soit devant une juridiction internationale (par exemple sur le modèle de la CPI) soit se reposer sur les juridictions nationales, la règle d'imputation qui serait insérée dans le traité prévaudrait sur les règles internes relatives à la responsabilité limitée qui sont en règle générale d'origine législative. Un tel mécanisme aurait le mérite de ne pas avoir à modifier les droits nationaux et de ne pas affecter totalement les règles nationales relatives à la levée du voile social dans la mesure où ne s'appliqueraient que les obligations internationalement reconnues dans le traité. Il convient néanmoins d'être réaliste et lucide sur la faisabilité politique d'un tel projet, ne serait-ce qu'en observant les résistances

[61] K. VANDEKERCKHOVE, *op. cit.* n. 11, p. 9 (notant à propos de la responsabilité limitée « *its possibly historically accidental nature and [...] its alleged lack of economic justification* »).
[62] P. LE GOFF, *op. cit.* n. 52, p. 595.
[63] H. HANSMANN et R. KRAAKMAN, *op. cit.* n. 53, pp. 1879 et suiv.
[64] K. VANDEKERCKHOVE, *op. cit.* n. 11, p. 9 (soulignant que « *it would seem unthinkable today to deny the benefit of limited liability to multinational groups whose organization is entirely based on this rule. Limited liability has become a fact of international corporate life.* »).
[65] P. LE GOFF, *op. cit.* n. 52, pp. 605 et suiv.

s'étant déployées dans le cadre de la négociation d'instruments de *soft law* destinés aux entreprises multinationales.

Une ultime option, dont la mise en œuvre ne serait certes pas chose aisée mais qui aurait le mérite de pouvoir être expérimentée sur le long terme, consisterait à prendre appui sur les engagements susceptibles d'être pris par les entreprises dans le cadre de mécanismes de RSE. S'il s'agit le plus souvent d'un « un outil de communication » largement instrumentalisé par les entreprises[66], il en serait toutefois autrement si la société mère s'engageait (1) à accepter d'endosser la responsabilité résultant du comportement (2) de toute entité faisant partie de son périmètre de consolidation comptable (donc y compris ses filiales) et (3) à accepter la compétence des juridictions nationales de l'Etat dont elle dépend ou de ceux où elle conduit des activités économiques. Quelques précisions méritent d'être formulées sur ces trois éléments essentiels.

En premier lieu, il ne semble pas y avoir d'obstacle dirimant à ce que sur la société mère soit imputée de façon centralisée la responsabilité découlant du comportement des filiales. Une telle possibilité s'est manifestée dans le cadre de certaines procédures anti-corruption aux Etats-Unis fondées sur le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Dans le cadre des poursuites visant la société Alstom, les violations commises par plusieurs filiales étaient en jeu (Alstom Network Schweiz, Alstom Power, Alstom Grid), c'est la société mère Alstom SA qui a supporté la pénalité financière de 772 millions de dollars acceptée par elle dans le cadre d'une procédure de *guilty plea*[67]. Les accords conclus avec les filiales précisent également que celles-ci ne seront pas soumises à de pénalités financières « *because Alstom S.A., the parent company of the Company, pursuant to a separate plea agreement, has agreed to pay a fine of $772,290,000 related to the same underlying conduct* »[68]. Dans le cadre de l'accord conclu par la société mère, il est précisé qu'elle ne doit accepter aucun remboursement ou indemnisation, qu'elle qu'en soit la source, y compris ses filiales, et qu'elle ne doit pas déduire fiscalement cette pénalité de son résultat imposable[69]. Cette illustration montre clairement que la volonté de la société mère peut constituer la source de l'imputation. En deuxième lieu, le périmètre de consolidation comptable semble être le critère le plus pertinent afin de déterminer le champ d'application *ratione personae* de l'engagement en précisant les entités appartenant au groupe et dont les comportements délictueux sont susceptibles d'être imputés à la société mère. Trois arguments plaident en ce sens. Il existe tout d'abord des standards comptables internationaux adoptés par l'International Accounting Standard Board (IASB) qui précisent les différentes formes de

[66] K. MARTIN-CHENUT et J. TRICOT, « La loyauté des engagements : La RSE prise au mot par le droit », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit – Perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, pp. 363 et suiv.

[67] *United States of America v. Alstom SA*, Plea Agreement, US District Court of Connecticut, 22 décembre 2014, https://www.justice.gov/file/189331/download (dernière visite le 26 février 2017).

[68] V. par ex., *United States of America v. Alstom Grid, Inc*, Deferred Prosecurtion Agreement, US District Court of Connecticut, 22 décembre 2014, par 7, https://www.justice.gov/file/189296/download (dernière visite le 26 février 2017).

[69] *United States of America v. Alstom SA*, *op. cit.* n. 67, par. 18.

contrôle permettant d'intégrer toutes sortes d'entités dans le périmètre de consolidation du groupe qui constitue une « entité économique unique »[70]. De plus, lorsqu'il s'agit pour les entreprises de faire valoir l'intérêt de groupe[71], inspiré par la jurisprudence *Rozenblum* de la Cour de cassation[72], c'est le critère du périmètre de consolidation qui est en général préconisé[73]. Enfin, c'est aussi par ce qui est défini comme le périmètre de consolidation du groupe que l'entreprise se projette et se présente à une multiplicité d'acteurs (actionnaires, institutions financières, autorités de régulation).

En troisième et dernier lieu le consentement unilatéral de la société mère à la compétence des juridictions nationales de l'Etat dont dépend la filiale ou de ceux où elle conduit des activités économiques permet de résoudre tous les problèmes de droit international privé relatifs à la compétence dans la situation où le comportement délictueux de la filiale se produit dans un Etat différent de celui dont dépend la société mère. De plus, en donnant compétence aux juridictions nationales des Etats où la société mère exerce tout ou partie de son activité économique, un critère d'ailleurs retenu dans le dispositif anticorrpution de la loi Sapin 2[74], le risque d'un arbitrage réglementaire quant à la localisation de la société mère est neutralisé.

De manière encore plus prospective, il est également envisageable de dessiner le cadre plus spécifique dans lequel un tel engagement pourrait être formulé. Un tel mécanisme présente l'avantage de ne pas avoir à modifier les cadres juridiques nationaux relatifs au droit des sociétés, ni de placer les Etats dans la position délicate d'avoir à accepter un instrument international contraignant sur le sujet. En effet, il pourrait être suggéré d'adosser cet engagement unilatéral à un instrument international de RSE, voire à plusieurs, à l'instar des Principes directeurs de l'OCDE ou ceux du Conseil des droits de l'homme de l'ONU. Une entreprise ne pourrait par exemple se prévaloir du respect de cet instrument de référence sans accepter l'engagement unilatéral qui lui est annexé. La dimension « réputationnelle » de la RSE peut ainsi constituer

[70] Il s'agit de la norme IFRS 10 « Etats financiers consolidés » qui a d'ailleurs été incorporée en droit de l'UE par le biais du règlement 1254/2012 du 11 décembre 2012 portant adoption de certaines normes comptables internationales (*JOUE*, 29 décembre 2012, L 360/1).

[71] Sur la promotion de l'intérêt de groupe, v. CH. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 83 et suiv.

[72] Cass. crim., 4 février 1985, *Bull. crim.*, n° 54.

[73] Comme le note un récent rapport préconisant la reconnaissance d'un intérêt de groupe en droit de l'UE, « [p]ar souci de simplicité et d'uniformité au sein des Etats membres, il conviendrait de privilégier une délimitation du groupe selon le périmètre de consolidation comptable, notion harmonisée au niveau de l'UE au travers de directives européennes. Ainsi, rappelons qu'une société est incluse dans le périmètre de consolidation si la mère exerce un contrôle exclusif, un contrôle conjoint ou une influence notable. » (A. OUTIN-ADAM et D. MARTIN, *Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne*, Etude de la Commission Europe du Club des juristes, 2015, p. 22). V. aussi, Y. QUEINNEC et W. BOURDON, *Réguler les entreprises transnationales – 46 propositions*, Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale, décembre 2010, p. 20.

[74] Article 21 de la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

un levier important de diffusion de ce mécanisme, dans un premier temps auprès des entreprises se voulant les plus vertueuses.

Reposant exclusivement sur la volonté des entreprises et ne pouvant être mis en œuvre que de façon graduelle, il présente l'atout de la simplicité face à l'émergence d'un devoir de vigilance dont on peut redouter que la mise en œuvre ne soit qu'une autre occasion de faire triompher une nouvelle ingénierie juridico-managériale destinée à optimiser la protection de l'entreprise, celle-là même qui s'est déployée pour tirer profit de la responsabilité limitée. Drapé de bonnes intentions et influençant certainement l'évolution des mentalités et des pratiques, le devoir de vigilance éclipse surtout la nécessité de revenir de façon plus radicale sur l'accident déjà lointain qu'a constitué la diffusion du modèle de la responsabilité limitée afin de répondre efficacement aux défis contemporains résultant des activités des entreprises multinationales. Une telle (r)évolution s'inscrit ainsi dans le sens de l'Histoire, aussi bien celle que nous traversons que celle dont nous héritons.

RÉSUMÉ

La forme de société en responsabilité limitée qui est largement utilisée dans les groupes ainsi que les critères très stricts mis en œuvre par les juridictions pour la levée du voile social afin de rechercher la responsabilité *ex post* de la société mère pour le comportement délictueux d'une filiale localisée à l'étranger constituent les deux obstacles majeurs à l'émergence d'un régime de responsabilité de l'entreprise multinationale. Compte tenu de ces difficultés, il s'est développé, dans le cadre des processus visant à promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, une discipline de responsabilisation *ex ante* de la société mère par la reconnaissance d'un devoir de vigilance concernant les activités de ses filiales, lequel présente toutefois des lacunes considérables. Ces obstacles et insuffisances doivent nous conduire à repenser sous un angle critique le régime de la responsabilité limitée en mettant en relief qu'il s'agit d'un accident de l'histoire. C'est à partir de celui-ci qu'a pu prospérer une asymétrie entre la circulation des droits et le morcellement des obligations au sein des entreprises. C'est à l'aune de ce constat qu'une proposition de refondation de la responsabilité de l'entreprise peut être formulée.

ABSTRACT

The widespread use of limited liability entities in corporate groups as well as strict standards applied by courts for piercing the corporate veil in cases where the *ex post* responsibility of a parent company is sought for torts committed abroad by their subsidiaries have been two major obstacles to the emergence of a liability regime for multinational corporations. In light of these difficulties and within the framework of processes promoting corporate social responsibility, a discipline of *ex ante* "responsibilization" of parent companies through the recognition of a duty of care in relation to the activities of their subsidiaries has

emerged. However, this discipline presents significant shortcomings. This should lead us to critically question the regime of limited liability by highlighting that it was an accident of history. It is from this time that an asymmetry has arisen between the circulation of rights and the fragmentation of liabilities throughout the corporate group. It is against this background that we propose another way of solving the issue of corporate group responsibility.

Société Française pour le Droit International

COLLOQUE DE PARIS 8 VINCENNES – SAINT-DENIS

L'ENTREPRISE MULTINATIONALE ET LE DROIT INTERNATIONAL

SOUS LA DIRECTION DE
LAURENCE DUBIN, PIERRE BODEAU-LIVINEC,
JEAN-LOUIS ITEN ET VINCENT TOMKIEWICZ

Editions PEDONE
13 rue SOUFFLOT
2017