



Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

Distr. générale
6 juin 2014
Français
Original: anglais

Groupe de travail d'experts gouvernementaux sur l'assistance technique

Huitième session

Vienne, 6 et 7 octobre 2014

Point 3 de l'ordre du jour provisoire*

Responsabilité des personnes morales

Responsabilité des personnes morales, article 10 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

Document d'information du Secrétariat

I. Introduction

1. À sa réunion tenue à Vienne du 28 au 30 octobre 2013, le Groupe de travail d'experts gouvernementaux sur l'assistance technique a recommandé, notamment, que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) élargisse la base de connaissances relative aux mesures législatives et administratives prises pour combattre la criminalité transnationale organisée, y compris en élaborant des documents de réflexion sur les dispositions de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹. Le présent document fait suite à cette recommandation, intégrant également les réponses apportées par les États à la liste de contrôle omnibus pour l'auto-évaluation relative à la Convention contre la criminalité organisée².

2. Le but de la Convention contre la criminalité organisée, comme l'indique son article premier, est de promouvoir la coopération pour prévenir et combattre la criminalité transnationale organisée de manière plus efficace. La Convention vise à encourager les pays qui n'ont pas encore adopté de dispositions contre le crime

* CTOC/COP/WG.2/2014/1.

¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, 2237, 2241 et 2326, n° 39574.

² En mars 2013, une note verbale (CU 2013/58/DTA/OCB/CSS) a été distribuée à tous les États Membres, les invitant à transmettre au Secrétariat la liste de contrôle omnibus pour l'auto-évaluation remplie. Au 12 mai 2014, il avait été reçu sept réponses, de Bahreïn, de l'Arménie, de la Fédération de Russie, de la République de Corée, du Liban, du Mexique et de l'Ukraine.



organisé à prendre des contre-mesures globales et à aider les États à aborder les questions de législation et d'application que pose la lutte contre la criminalité transnationale organisée. Elle vise également à éliminer les refuges qu'utilisent les groupes criminels organisés en favorisant la normalisation et la coordination des mesures législatives, administratives et d'application prises au plan national afin que l'on puisse mieux prévenir et réprimer, dans le monde, la criminalité transnationale organisée.

3. L'article 10 sur la responsabilité des personnes morales reconnaît, de façon importante, le rôle que les personnes morales peuvent jouer dans la commission ou la facilitation d'actes qui relèvent de la criminalité transnationale organisée. Aux termes du paragraphe 1, chaque État partie adopte les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent à des infractions graves impliquant un groupe criminel organisé et qui commettent les infractions établies conformément aux articles 5 (Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé), 6 (Incrimination du blanchiment du produit du crime), 8 (Incrimination de la corruption) et 23 (Incrimination de l'entrave au bon fonctionnement de la justice). En outre, sous réserve des principes juridiques de l'État partie, la responsabilité des personnes morales peut être pénale, civile ou administrative (par. 2) et cette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions (par. 3). Aux termes du paragraphe 4, chaque État partie veille à ce que les personnes morales tenues responsables conformément au présent article fassent l'objet de sanctions pénales ou non pénales effectives, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires.

4. Des infractions graves sont souvent commises par le biais ou sous le couvert de personnes morales. La complexité structurelle de ces entités permet d'en dissimuler les véritables propriétaires, les clients ou certaines opérations. Le concept de personnalité juridique peut également être utilisé par des personnes physiques pour échapper à toute responsabilité, et des structures complexes peuvent être utilisées pour dissimuler des activités illégales. Le rôle des personnes morales dans une activité illégale peut englober toute la gamme des actes qui relèvent de la criminalité transnationale organisée, de la traite des personnes et du trafic de drogues ou d'armes à la corruption et au blanchiment d'argent. Il importe donc, pour combattre cette criminalité, d'assurer la responsabilité des personnes morales³.

II. Objet, teneur et portée de l'article 10

5. Longtemps, de nombreux pays n'ont pas reconnu la responsabilité pénale des personnes morales. Les pays de droit civil, en particulier, continuaient généralement d'appliquer le principe de responsabilité pénale individuelle: *societas delinquere non potest*. Bien qu'acceptée initialement dans les pays de *common law* seulement, la responsabilité pénale des personnes morales est désormais reconnue, à des degrés divers, dans différents pays et systèmes juridiques. Quant à certains pays qui continuent d'appliquer le principe de responsabilité pénale individuelle et ne

³ Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant, Nations Unies, New York, 2004, par. 240 à 243.

reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales, ils imposent à ces dernières une responsabilité civile ou administrative.

6. Le nombre considérable d'États qui tendent à reconnaître la responsabilité des personnes morales s'explique en partie par la nécessité de se conformer à un certain nombre d'instruments internationaux. La législation issue de ces instruments peut donc constituer une référence utile pour légiférer en vertu de la Convention contre la criminalité organisée.

7. Il existe trois catégories d'infractions dont une personne morale peut être tenue responsable. La première est celle des "infractions graves qui impliquent un groupe criminel organisé". Une "infraction grave" est définie comme "un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde" (art. 2 b)). La portée de cette disposition est donc limitée par l'exigence qu'un groupe criminel organisé soit "impliqué" dans l'infraction.

8. Un "groupe criminel organisé" est "un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel" (art. 2 a)). Un "groupe structuré" est "un groupe qui ne s'est pas constitué au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée" (art. 2 c)).

9. En ce qui concerne la définition de l'expression "groupe criminel organisé", la Convention ne précise pas si la référence qui est faite à des "personnes" inclut les personnes morales, laissant aux États parties le soin de le déterminer. Tandis que dans certains pays, on présume que les références à une "personne" incluent les personnes morales, ce n'est pas le cas partout. En tout état de cause, la Convention prévoit des normes minimales, ce qui oblige à s'interroger sur l'importance de faire en sorte que les personnes morales soient tenues responsables de diverses formes de participation à des activités criminelles.

10. La deuxième catégorie d'infractions dont une personne morale doit être tenue responsable est celle des infractions créées par la Convention, à savoir les infractions liées à la participation à un groupe criminel organisé (art. 5), au blanchiment du produit du crime (art. 6), à la corruption (art. 8) et à l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 23). Ces infractions doivent être créées en droit interne sans qu'il soit nécessaire que l'infraction soit de nature transnationale ou implique un groupe criminel organisé, sauf dans la mesure requise par l'article 5 (art. 34-2).

11. La troisième catégorie d'infractions s'applique aux pays qui sont parties aux Protocoles additionnels à la Convention. Bien qu'il ne soit pas spécifiquement mentionné à l'article 10, l'article 37-4 stipule que "[t]out protocole à la présente Convention est interprété conjointement avec la présente Convention, compte tenu de l'objet de ce protocole". En outre, l'article 1-2 commun des Protocoles à la Convention stipule que sauf disposition contraire, les dispositions de la Convention s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux Protocoles. Aussi l'article 10 s'applique-t-il également aux infractions visées par ces Protocoles.

12. Tandis que certains pays ne prévoient la responsabilité des personnes morales que pour les infractions visées par la Convention ou par d'autres instruments internationaux, il y aurait de bonnes raisons d'élargir cette responsabilité dans leur système juridique. En instituant la responsabilité des personnes morales pour un éventail plus large d'infractions, on pourrait plus facilement aborder les questions de responsabilité, de procédure pénale et de sanction, et éviter un patchwork de responsabilités et de sanctions et la nécessité d'actualiser les dispositions juridiques à mesure que de nouvelles infractions sont créées. Des obligations similaires se retrouvant dans divers instruments internationaux, on pourrait, en élargissant la responsabilité des personnes morales, faciliter le respect, par les États, d'un éventail d'obligations plutôt que d'obligations ponctuelles. Enfin, l'article 34-3 dispose que les États parties peuvent, pour prévenir et combattre la criminalité transnationale organisée, adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles prévues par la Convention.

13. Comme cela est indiqué plus haut, certains pays ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales. Pour tenir compte de ces différentes approches, l'article 10-2 énonce que la responsabilité des personnes morales peut, sous réserve des principes juridiques de l'État partie, être pénale, civile ou administrative. Cela diffère du cas des personnes physiques, dont la responsabilité doit, aux termes de la Convention, être pénale.

14. Les personnes morales ne pouvant agir que par des personnes physiques, leur responsabilité est souvent liée à la conduite d'individus. La question qui se pose est de savoir si les deux personnes – morale et physique – peuvent être responsables de l'infraction, et si l'une peut être responsable sans l'autre. L'article 10-3 énonce expressément que la responsabilité des personnes morales "est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis l'infraction". Le but est de s'assurer que les individus n'échappent pas à la responsabilité pénale même lorsque la personne morale a été tenue responsable de l'infraction; autrement dit, il ne faut pas que la responsabilité de personnes morales annule la responsabilité pénale individuelle.

III. Questions à résoudre et difficultés à surmonter pour instituer la responsabilité des personnes morales

15. Les États parties doivent d'abord déterminer à quelles personnes morales la responsabilité doit s'attacher. Bien qu'elle ne soit pas définie dans la Convention, l'expression "personne morale" est largement comprise comme signifiant une entité reconnue par la loi comme ayant certains des droits et des responsabilités de la personnalité juridique. Ces entités sont également connues comme "personnes juridiques" et peuvent être opposées aux individus ou "personnes physiques". Un exemple courant est une société à responsabilité limitée qui est dotée d'un statut juridique indépendant de ses actionnaires à travers le processus de "constitution". Elle peut ester en justice, conclure des contrats et posséder des biens en propre.

16. Bien que les sociétés soient la principale forme de personne morale, il en existe de nombreuses autres – associations non constituées en sociétés, fiducies, partenariats et syndicats. Les formes de personnalité juridique et leur statut varient considérablement d'un pays à l'autre, et il faudra soigneusement étudier la gamme

des entités qui peuvent être tenues responsables. Cela est particulièrement le cas lorsqu'il est institué une responsabilité pour une série d'infractions, pénales ou autres.

17. Les personnes morales pour lesquelles une responsabilité peut être instituée varient aussi considérablement d'un pays à l'autre. Dans les pays de *common law*, en particulier, il peut exister des règles générales d'interprétation qui énoncent que les références à une "personne" incluent, sauf intention contraire manifeste, les entreprises et/ou autres personnes morales. Dans d'autres pays, la portée de la disposition est indiquée dans la législation elle-même, et peut être plus étroite ou plus large. Dans certains, par exemple, les organisations à but non lucratif sont exclues de la responsabilité.

18. Une importante considération, dans ce contexte, est de savoir si l'État et les organismes publics (autorités locales, entreprises publiques, etc.) devraient être soumis à la responsabilité pénale. Il est assez fréquent, en particulier dans les pays de droit civil, que l'État soit expressément exclu de la responsabilité pénale et que les autorités locales n'aient qu'une responsabilité limitée ou soient exclues de la responsabilité pénale. Il est également possible que la législation prévoie, pour certains ministères, une responsabilité ciblée.

19. Comme cela a été mentionné précédemment, certains pays ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales, et l'article 10 autorise les États parties à choisir la forme de responsabilité à appliquer en fonction de leurs principes juridiques. Ces formes de responsabilité sont pénales, civiles ou administratives.

20. Ces différents modèles de responsabilité reflètent différents niveaux de condamnation et de protection procédurale. La responsabilité pénale reflète le niveau de condamnation le plus élevé que l'État peut imposer. Ces infractions sont généralement instruites par des tribunaux ou des organes équivalents et soumises aux niveaux les plus élevés de protection procédurale. Compte tenu de la gravité des infractions visées par la Convention contre la criminalité organisée, la responsabilité pénale pouvait être considérée comme appropriée pour des infractions de cette nature.

21. Pour les pays qui ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales, la responsabilité civile ou administrative peut offrir une alternative efficace. Ces termes ont des significations différentes en fonction des pays, et sont parfois utilisés de façon interchangeable. La "responsabilité civile", dans ce contexte, ne se rapporte pas à des actions civiles intentées en vertu du droit privé. Elle se réfère, au contraire, à des sanctions imposées par des tribunaux ou des organes équivalents qui ne donnent pas lieu à une condamnation. Dans certains pays, des "sanctions civiles" sont parfois disponibles comme alternative à des poursuites pénales pour des actes qui impliquent des personnes morales. Dans ce cas, la responsabilité est déterminée conformément à la norme civile dans de nombreux systèmes de prépondérance des probabilités plutôt qu'à la norme pénale la plus élevée dans de nombreux systèmes d'exclusion de tout doute raisonnable.

22. Dans de nombreux systèmes juridiques, la responsabilité administrative est imposée par une autorité de contrôle. Dans d'autres, les tribunaux, également, peuvent imposer une responsabilité de ce type, notamment des sanctions pécuniaires. Cette option est utilisée dans les systèmes juridiques dans lesquels une personne morale ne peut pas commettre une infraction pénale. Certaines formes de

responsabilité prévoient une méthode publique d'application et l'imposition de sanctions, sans donner lieu à une condamnation. Elles peuvent également comporter des aspects de procédure civile et pénale⁴. Les pays varient également par les types d'infractions qui peuvent être commises par une personne morale. Dans de nombreux pays de *common law*, par exemple, on présume généralement que les entreprises peuvent être tenues responsables de toutes infractions autres que celles qui ne peuvent être commises par une entité artificielle. Certains pays étendent spécifiquement la responsabilité des personnes morales à toutes les infractions, tandis que dans d'autres, la responsabilité est limitée, par exemple aux infractions qui constituent un manquement aux devoirs de la personne morale, ou enrichissent ou étaient destinées à enrichir cette personne. Une autre approche consiste à dresser la liste des infractions dont une personne morale peut être tenue responsable, ce qui permet d'en limiter la responsabilité. Cette liste pourra devoir être augmentée à mesure que de nouvelles infractions seront créées ou pour se conformer aux obligations internationales.

23. Bien que cela ne soit pas spécifiquement mentionné à l'article 10, un modèle de responsabilité pourra être inefficace s'il n'est pas soutenu par des pouvoirs d'enquête et de procédure appropriés.

24. Premièrement, la forme de responsabilité prévue pour les personnes morales peut avoir une incidence sur les organes et les pouvoirs connexes dont on dispose pour poursuivre ces entités. Il est essentiel que les autorités qui enquêtent aient les pouvoirs nécessaires pour accéder aux documents détenus par des personnes morales, ces documents pouvant souvent prouver la commission de l'infraction.

25. Deuxièmement, les pouvoirs d'enquête peuvent entrer en conflit avec les protections généralement accordées aux suspects/défendeurs. Il faut donc se demander s'il faudrait que les protections conçues pour protéger les personnes physiques soient également offertes aux personnes morales. Par exemple, la protection contre l'auto-incrimination est un droit humain internationalement reconnu. Dans certains pays, les personnes morales ne peuvent pas faire valoir ce droit. Cela peut avoir une incidence importante sur la poursuite de ces personnes, car cela renforce la capacité des enquêteurs à exiger l'accès à des documents potentiellement compromettants.

26. Troisièmement, il faut s'assurer que les règles de procédure prévoient les personnes morales. Par exemple, nombre de pays exigeant la présence personnelle du défendeur, il pourra falloir créer une disposition qui permette à une personne morale de "comparaître".

27. Une question de procédure spécifique qui se pose dans la Convention contre la criminalité organisée tient au fait qu'il doit être accordé l'entraide judiciaire "la plus large possible" pour les infractions dont une personne morale peut être tenue responsable en vertu de l'article 10 (art. 18-2). Cela souligne indirectement le fait que la conduite des personnes morales peut être transnationale. Par exemple, une société constituée dans un pays peut agir par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs

⁴ En Allemagne, par exemple, l'imposition d'amendes réglementaires est soumise aux règles de procédure et d'enquête pénales. En Italie, également, la responsabilité administrative des personnes morales est instruite par des juridictions pénales qui appliquent des procédures pénales.

filiales situées dans d'autres pays. Comme l'entraide judiciaire exige souvent une "double incrimination", cette situation peut créer une certaine complexité lorsque certains pays ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales. Un récent sondage effectué dans l'Union européenne a révélé que 32 % des pays requérants et 21 % des pays requis éprouvaient des difficultés à mettre en œuvre l'entraide judiciaire du fait de la non-reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales⁵. Il importe donc que les États parties veillent à ce que leurs procédures d'entraide judiciaire s'appliquent de la même façon aux personnes morales et physiques.

28. Une autre difficulté consiste à déterminer la "nationalité" d'une personne morale pour faire valoir la compétence. Comme une personne morale ne peut être extradée, on peut soutenir que le pays d'origine assume une responsabilité particulière pour ce qui est de poursuivre une personne morale qui relève de sa compétence. Cela peut être particulièrement important lorsque des pays ne veulent pas engager de procédure sans la "présence" personnelle du défendeur. L'un des critères de la compétence, dans ces cas, est la "nationalité" de la personne morale. Bien qu'il n'existe aucune base universelle pour déterminer la nationalité à ces fins, deux des critères couramment appliqués sont le lieu de constitution et celui du principal établissement.

IV. Modèles de responsabilité des personnes morales

29. Comme cela est indiqué plus haut, l'une des principales difficultés, pour imposer une responsabilité pénale à des personnes morales, est la nécessité d'imputer la responsabilité à une entité artificielle. La plupart des systèmes juridiques fondent leur législation pénale sur une combinaison d'actes physiques et d'états mentaux. Une personne morale ne pouvant agir que par l'intermédiaire d'individus, il faut créer des mécanismes qui permettent d'imputer une faute à l'organisation. Alors que cela peut être relativement simple dans le cas d'actes physiques, il est plus difficile d'imputer des états mentaux tels que "l'intention" ou la "connaissance". Pour établir la responsabilité de personnes morales, il faut assurer une application efficace et mettre en évidence une faute de l'organisation. Globalement, deux modèles de responsabilité des personnes morales ont vu le jour: la responsabilité "nominaliste" ou "dérivée" et la "faute de l'organisation".

A. Responsabilité "nominaliste" ou "dérivée"

30. La théorie nominaliste de la responsabilité veut que comme une personne morale est une construction juridique qui ne peut agir que par l'intermédiaire d'individus, sa responsabilité dépend donc de celle desdits individus. Par exemple, une entreprise peut être tenue responsable d'une infraction pénale commise par l'un de ses cadres ou employés. Cette responsabilité est dite "dérivée", car elle lie la responsabilité de la personne morale à celle de l'individu; on ne cherche pas à trouver de faute dans l'organisation elle-même.

⁵ G. Vermeulen, W. De Bondt et C. Ryckman, Liability of Legal Persons for Offences in the EU, ICRP-Series Vol. 44 (Maklu, 2012).

31. La responsabilité dérivée a l'avantage d'être relativement simple. Elle s'intègre bien dans le modèle traditionnel du droit pénal, utilisant les actes et les états mentaux d'un individu comme preuve indirecte de la faute de la personne morale. Si, cependant, la faute de la personne concernée ne peut être établie, la société échappe à la responsabilité. Cela est particulièrement problématique dans les grandes organisations où la responsabilité est diffuse et la responsabilité individuelle potentiellement difficile à prouver. Ces modèles ne reflètent pas nécessairement la faute de la société elle-même. Qui plus est, dans quelle mesure la responsabilité dérivée est-elle définie? Ses deux principales formes sont la "responsabilité du fait d'autrui" et le modèle d'"imputation" ou d'"identification".

1. Responsabilité du fait d'autrui

32. La forme la plus simple de responsabilité dérivée est la "responsabilité du fait d'autrui". Elle se fonde sur le principe *respondeat superior* ("que le supérieur réponde") et rend la personne morale responsable de la conduite d'un employé ou d'un agent agissant dans le cadre de son emploi. Il n'y a aucune obligation, pour le salarié ou l'agent, d'être d'un niveau donné de hiérarchie ou de responsabilité; il suffit qu'il agisse dans le cadre de son emploi. Généralement, il faut également que la conduite bénéficie en partie à l'organisation. Autrement dit, l'organisation ne peut être tenue responsable si l'employé ou l'agent agissait entièrement pour son propre compte.

33. Dans de nombreux pays de *common law*, l'application de la responsabilité du fait d'autrui se limite aux infractions "réglementaires" relativement mineures, ce qui aide à poursuivre des infractions qui n'exigent généralement pas d'état mental et qui, autrement, seraient difficiles à poursuivre. Bien que cela ne soit pas toujours le cas, la responsabilité du fait d'autrui forme la base de la responsabilité des personnes morales dans plusieurs pays⁶.

34. La critique de la responsabilité du fait d'autrui dans le contexte des actes criminels graves tient au fait qu'elle ne reflète pas nécessairement une faute de l'organisation. Elle peut, dans certains cas, s'appliquer lorsque l'organisation s'efforce d'arrêter l'infraction. Cette incapacité à rendre compte de la faute de l'organisation peut être résolue par d'autres moyens. Par exemple, une défense de diligence raisonnable, examinée plus en détail ci-après, permet à l'organisation de prouver qu'elle a pris des mesures raisonnables pour empêcher la commission de l'infraction. Une autre approche consiste à prendre en compte la faute de l'organisation dans la sentence. Autrement dit, bien que la personne morale soit rendue responsable du fait d'autrui, la peine infligée peut être réduite si l'entité peut démontrer qu'elle a pris, pour éviter la commission de l'infraction, des mesures telles que la mise en œuvre de programmes efficaces de conformité et d'éthique.

2. Modèle d'imputation/identification

35. Une autre forme de responsabilité dérivée est la doctrine dite d'"imputation" ou d'"identification". Elle est similaire à la responsabilité du fait d'autrui en ce qu'il s'agit de trouver une faute chez un individu. À la différence, cependant, de la "véritable" responsabilité du fait d'autrui, il ne suffit pas que l'on puisse trouver une

⁶ Aux États-Unis, par exemple, la responsabilité du fait d'autrui est imposée aux personnes morales pour les crimes fédéraux.

faute chez un employé ou agent de la personne morale; il faut que cette personne soit de qualité suffisante pour que l'on puisse dire d'elle qu'elle représente l'entité. Dans la *common law*, cette personne est qualifiée d'"âme dirigeante" de la société, et ce n'est que des actes de cette personne que la société sera tenue responsable. Appliquant une théorie "organique" de la responsabilité, la fiction juridique qui est adoptée revient à dire que la société n'est pas responsable de la conduite d'une autre. En fait, parce que cette personne est la société à ces fins, elle est responsable à titre personnel. Ainsi, on peut dire que le principe de responsabilité personnelle est maintenu pour les personnes morales. Bien que cette approche s'efforce de rendre compte de la faute de l'organisation en mettant l'accent sur les cadres, la difficulté consiste à déterminer qui devrait représenter la personne morale à ces fins. Comme exemples évidents, on peut citer le conseil d'administration et des cadres dirigeants tels que le PDG, le directeur général, etc. Dans les organisations décentralisées modernes, cependant, une autorité considérable est souvent confiée aux "cadres moyens". Il se peut que les cadres dirigeants soient éloignés du comportement en cause, ce qui fait qu'il est difficile de prouver qu'ils ont commis une infraction pénale. La responsabilité étant dérivée, sans responsabilité individuelle, la personne morale ne peut être tenue responsable. Cela peut encourager les organisations à se constituer de manière à dégager la direction et, par extension, la société de toute responsabilité.

36. Ces difficultés sont exacerbées par l'opinion répandue, du moins dans les pays de *common law*, selon laquelle l'identification ne permet pas l'agrégation. Autrement dit, la responsabilité doit se trouver chez un individu; il n'est pas permis d'agréger la conduite de deux ou de plusieurs personnes pour déterminer la faute d'une entreprise⁷.

37. Certains pays ont adopté une approche plus libérale, mettant l'accent sur le rôle réel que la personne joue au sein de l'organisation et sur la finalité de la loi, plutôt que sur les titres officiels. Cette approche se traduit par des textes tels que la législation fédérale australienne, qui utilise le terme de "cadre dirigeant", défini comme signifiant "un salarié, un agent ou un collaborateur de la personne morale dont les fonctions se situent à un niveau de responsabilité tel qu'il est raisonnable de supposer que son comportement représente la politique de la personne morale". L'avantage de cette approche est qu'elle peut s'appliquer à tout salarié et utilise un critère objectif pour déterminer si cette personne peut être dite représenter la société. Dans ce cas, la responsabilité de la personne morale n'est pas déterminée par les titres officiels, mais par le rôle réel que la personne physique joue au sein de l'organisation.

38. On trouve des variantes de la doctrine de l'"identification" dans plusieurs pays. En France, les personnes morales peuvent être tenues responsables d'infractions commises "pour leur compte par leurs organes ou représentants". En Allemagne, également, la responsabilité des personnes morales dépend de la commission d'une infraction par certains représentants de l'organisation. Les Pays-Bas appliquent une approche plus souple selon laquelle la personne morale peut être tenue responsable de la conduite d'un individu lorsque cela est "raisonnable" en l'espèce. Les facteurs pris en compte sont notamment le fait de

⁷ Voir, par exemple, au Royaume-Uni, l'affaire *R c. HM Coroner for East Kent*; Ex parte Spooner (1987) 88 Cr App R 10.

savoir si la personne était un employé, si le comportement faisait partie de l'activité ordinaire et si l'organisation en a bénéficié, ainsi que le rapport observé entre le comportement criminel et l'incapacité de l'organisation à prendre des mesures raisonnables pour le prévenir⁸.

39. Dans certains pays, l'identification côtoie la responsabilité du fait d'autrui. Par exemple, la personne morale peut être tenue pénalement responsable lorsqu'une infraction a été commise en son nom et pour son compte par ses représentants légaux (identification). En outre, elle peut également être tenue responsable lorsque l'infraction a été commise en son nom par un employé ou un agent (responsabilité du fait d'autrui).

40. Un autre moyen d'imputer une responsabilité pour le comportement de cadres dirigeants consiste à l'imposer lorsqu'il y a absence de supervision ou lorsque la personne physique a agi avec le consentement ou au su de son supérieur. Cette approche introduit un degré de faute de l'organisation en se concentrant non seulement sur les actes des cadres dirigeants, mais aussi sur leur incapacité à surveiller et à prévenir les infractions.

B. Faute de l'organisation

41. À la différence des modèles nominalistes, les modèles "réalistes" ou "organisationnels" visent à rendre compte de la culpabilité de l'organisation elle-même, sans que l'on ait nécessairement à rechercher des auteurs individuels. Ainsi, la "faute" de l'organisation peut se trouver dans la manière dont elle est structurée, dans sa politique et dans son incapacité à superviser ses employés ou agents. Ces modèles peuvent être combinés à d'autres pour offrir une approche globale de la responsabilité.

42. Bien que certains modèles recherchent expressément la faute de l'organisation, on peut également, pour ce qui est de trouver cette faute, prendre en considération des facteurs similaires. Il pourra s'agir, par exemple, de l'élément mental de l'infraction, comme le fait de savoir si l'organisation a fait preuve d'imprudence, de négligence ou de diligence raisonnable. Cela pourra également être utile pour décider de poursuivre ou pour prononcer une peine.

1. Culture d'entreprise

43. On trouve un exemple de responsabilité de l'organisation dans la partie 2.5 du Code pénal australien de 1995. Rédigé dans le cadre d'un examen plus large de la législation, ce texte adopte une approche globale de la responsabilité pénale des personnes morales. Avant d'examiner le thème proprement dit de la "culture d'entreprise", il vaut de noter certains autres points de la législation. Premièrement, l'élément matériel de l'infraction est imputé à l'entreprise par responsabilité du fait d'autrui. Lorsque l'infraction requiert une intention, une imprudence ou une connaissance, la personne morale peut être tenue responsable si elle a expressément, tacitement ou implicitement autorisé ou permis cette infraction. Cela peut se faire de plusieurs façons.

⁸ Cour suprême des Pays-Bas, DSC, 21 octobre 2003, NJ 2006, 328 (Drijfmet).

44. Premièrement, si le conseil d'administration ou un cadre dirigeant a commis l'infraction, la personne morale peut être tenue responsable. Il s'agit là d'une vision plus large de la doctrine d'identification. Deuxièmement, lorsque le conseil ou un cadre dirigeant a expressément, tacitement ou implicitement autorisé ou permis l'infraction, la personne morale peut être tenue responsable. Cela reflète une forme de responsabilité organisationnelle fondée sur l'autorisation ou la permission du conseil d'administration ou d'un cadre dirigeant. Enfin, l'aspect véritablement novateur de la législation est le fait que l'on peut démontrer l'autorisation ou la permission en prouvant:

a) Qu'il existait, au sein de la personne morale, une culture d'entreprise qui prescrivait, encourageait, tolérait ou engendrait le non-respect de la loi; ou

b) Que la personne morale n'a pas su créer et maintenir une culture d'entreprise qui impose le respect de la loi.

45. Le terme "culture d'entreprise" désigne "une attitude, une politique, une règle, une ligne de conduite ou une pratique qui existe au sein de la personne morale d'une manière générale ou dans la partie de la personne morale où les activités en question ont lieu". Toujours en ce qui concerne la culture d'entreprise, il importe de savoir si un cadre dirigeant avait autorisé la commission de l'infraction ou d'une infraction similaire, ou si la personne physique qui a commis l'infraction pensait ou non pour des raisons raisonnables ou supposait ou non de façon raisonnable qu'un cadre dirigeant de la personne morale aurait autorisé ou permis la commission de l'infraction.

46. La notion de "culture d'entreprise" place donc la faute organisationnelle de la personne morale au cœur des questions de responsabilité. Plutôt que d'imputer la responsabilité d'individus à l'entité, on tient cette dernière responsable du fait de sa structure et de son fonctionnement. En outre, lorsque la négligence est un élément mental de l'infraction et qu'il ne peut être établi chez un individu, l'entreprise peut être considérée comme étant négligente si "son comportement est négligent lorsqu'il est considéré dans son ensemble (c'est-à-dire l'ensemble des comportements de ses salariés, agents ou collaborateurs)". En particulier, sa négligence peut être attestée par le fait que le comportement interdit était attribuable en grande partie:

a) À une gestion, un contrôle ou une supervision déficients, par l'entreprise, du comportement d'un ou de plusieurs de ses salariés, agents ou collaborateurs; ou

b) À l'absence de systèmes qui permettent de transmettre correctement les informations aux personnes concernées.

47. Bien qu'elles forment un modèle élaboré de responsabilité pénale des personnes morales, il reste à voir comment ces dispositions fonctionneront dans la pratique. Elles montrent, cependant, qu'il est possible d'imposer une responsabilité fondée sur une faute de l'organisation. Cela se voit également dans d'autres pays où la faute de la personne morale se fonde sur la manière dont elle est gérée ou organisée.

2. Absence d'action

48. Une personne morale ne peut agir que par l'intermédiaire d'individus, mais elle peut également manquer d'agir elle-même. Autrement dit, lorsqu'une personne

morale est légalement tenue d'agir, on peut établir son non-respect de cette obligation sans trouver de faute chez un individu⁹.

49. Dans le cadre de la Convention contre la criminalité organisée, ce modèle de responsabilité pourrait s'appliquer lorsqu'une obligation est imposée à une personne morale. En vertu de l'article 11-3 du Protocole relatif au trafic illicite de migrants, par exemple, les États parties doivent créer "l'obligation, pour les transporteurs commerciaux, [...] de vérifier que tous les passagers sont en possession des documents de voyage requis pour l'entrée dans l'État d'accueil". C'est là un cas dans lequel on pourrait établir le non-respect de cette obligation par la société sans faire référence à un individu.

50. Ces dispositions peuvent imposer une responsabilité pour un simple défaut de surveillance, ou imposer un élément mental supplémentaire tel que l'intention ou la négligence grave. Bien que l'intention puisse devoir être établie par imputation, on pourrait prouver la négligence grave en examinant les mesures que l'entreprise a prises ou non et en les comparant à la conduite d'une entreprise raisonnable.

51. Jusqu'ici, le présent document s'est concentré sur l'imputation de la responsabilité à des personnes morales sur la base de la conduite de personnes physiques. Or, souvent, les personnes morales agissent au travers de filiales ou d'entités connexes. Il pourra donc falloir se demander si une organisation peut être tenue responsable d'une infraction commise par d'autres. Par exemple, la société mère peut être tenue responsable d'actes de corruption commis par une filiale constituée dans un autre pays.

52. Dans certains cas, il peut être possible d'imposer à la société mère une responsabilité pour s'être rendue complice de l'infraction, avoir comploté en vue de commettre l'infraction ou avoir fait partie d'une association de malfaiteurs. Cela peut être, cependant, très difficile à prouver; une solution, dans ce cas, est d'imposer une responsabilité pour absence de contrôle de l'autre entité. Autrement dit, lorsque l'on peut démontrer qu'une personne morale contrôle une autre entité, la société mère est tenue responsable de l'infraction commise par l'entité contrôlée.

V. Défenses

53. Comme les personnes physiques, les personnes morales disposent de défenses en responsabilité. Une défense particulièrement importante, dans ce contexte, est celle de "diligence raisonnable". Bien que n'étant pas définie avec précision, elle est, en substance, l'opposé de la négligence. Autrement dit, le défendeur peut réduire sa responsabilité ou y échapper s'il est en mesure de prouver qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour assurer le respect de la législation applicable. Cette défense est particulièrement importante pour les personnes morales, car elle est un reflet de la faute organisationnelle. Le fait de savoir si une personne morale s'est efforcée de respecter la loi se reflète dans sa structure et dans sa politique.

⁹ Par exemple, le Code pénal israélien prévoit que "[s]i l'infraction a été commise par omission, lorsque l'obligation d'agir est directement imposée à l'entreprise, le fait de savoir si l'on peut ou non relier l'infraction également à l'un de ses collaborateurs n'entre pas en ligne de compte" (art. 4, s. 23-2 b)).

54. La teneur précise de la diligence raisonnable varie selon la nature et les circonstances de l'infraction et la nature du défendeur. L'absence de diligence raisonnable peut, par exemple, être attestée par une gestion, un contrôle ou une supervision déficients de l'entreprise ou par l'absence de systèmes qui permettent de transmettre correctement les informations aux personnes concernées. La défense de diligence raisonnable peut également consister à démontrer qu'un programme efficace de conformité est en place au sein de l'entité.

VI. Sanctions

55. Le fait de tenir des personnes morales responsables ne présente qu'un intérêt limité, sauf s'il s'accompagne de sanctions appropriées. L'article 10-4 de la Convention contre la criminalité organisée stipule qu'il doit exister des sanctions pénales ou non pénales "effectives, proportionnées et dissuasives". Ces sanctions peuvent être monétaires, mais l'article reconnaît également la nécessité de sanctions non monétaires efficaces, qui s'appliquent indépendamment de la forme de responsabilité adoptée.

56. L'une des principales difficultés que rencontrent les États pour instituer la responsabilité pénale des personnes morales tient au rôle traditionnel du droit pénal, qui est d'imposer des sanctions "morales" aux délinquants. Parallèlement au souci de réhabilitation et de dissuasion, la stigmatisation associée à une condamnation pénale joue un rôle important qui justifie d'imposer la responsabilité pénale. Quant à la responsabilité civile ou administrative, elle peut néanmoins, bien que n'ayant pas l'effet stigmatisant d'une condamnation pénale, produire des sanctions efficaces.

57. Une personne morale n'existant que dans la loi, elle ne peut subir une condamnation morale ni "ressentir de la honte". Cela ne signifie pas, pour autant, que l'on ne peut pas lui imposer des sanctions efficaces. Des sanctions appropriées peuvent avoir un effet dissuasif pour l'organisation défenderesse ("dissuasion spécifique") et dissuader également des entités similaires de commettre des infractions ("dissuasion générale"). Plus largement, les sanctions peuvent conduire une organisation à changer, une personne morale pouvant ainsi se dire "réhabilitée".

58. Ce qui est "efficace" dépend évidemment de l'organisation et des circonstances de l'infraction. Aux termes de l'article 11-1 de la Convention, les sanctions doivent tenir compte de la gravité de l'infraction. Bien que la sanction soit en partie fonction de la gravité de l'infraction elle-même, elle peut également tenir compte de la faute de l'organisation. Si, par exemple, il est démontré que l'organisation a agi intentionnellement ou par négligence criminelle, la sanction imposée pourra être alourdie en conséquence.

59. Il importe que le système juridique d'un État lui permette d'intégrer les facteurs de détermination de la peine qui s'appliquent aux organisations¹⁰. On a longtemps accordé, dans de nombreux pays, moins d'attention aux sanctions d'organisation qu'aux sanctions pécuniaires. Actuellement, on trouve, dans les législations nationales et les instruments internationaux, plusieurs exemples de

¹⁰ Aux États-Unis, par exemple, les Lignes directrices relatives à la détermination de la peine adoptent, pour les personnes morales, une approche globale.

sanctions novatrices que l'on peut appliquer aux personnes morales. Idéalement, il faudrait que les sanctions imposées aux personnes morales figurent dans la législation pénale générale plutôt qu'attachées à des infractions spécifiques, car cela aiderait à faire en sorte que l'on dispose, contre ces personnes, de toute la gamme des sanctions¹¹. Celles infligées spécifiquement aux organisations sont notamment:

- a) Les sanctions pécuniaires;
- b) La confiscation;
- c) Les ordonnances de publicité négative;
- d) La probation;
- e) La disqualification;
- f) La dissolution.

A. Sanctions pécuniaires

60. L'amende est la forme la plus courante de sanction imposée aux personnes morales. Ces dernières servant généralement à générer de la richesse, en ciblant leurs finances, on peut efficacement dissuader à la fois l'organisation délinquante et ceux qui en tirent profit. Les sanctions pécuniaires sont relativement faciles à administrer et permettent au gouvernement de récupérer de l'argent. Elles s'adaptent en outre facilement aux différentes formes de responsabilité – pénale, civile ou administrative¹². Le montant de l'amende à infliger peut être fixé spécifiquement pour les personnes morales ou correspondre à un multiple de ce qui est infligé à une personne physique. Pour les infractions passibles d'emprisonnement, il pourra être nécessaire de trouver un moyen de convertir une peine d'emprisonnement en une amende équivalente.

61. Bien que souvent les sanctions pécuniaires aient l'effet dissuasif recherché, elles peuvent parfois être considérées, par l'entreprise, comme un simple coût, sans nécessairement se traduire par un changement d'organisation. Leur impact, en revanche, peut être ressenti par des tiers "innocents" – employés, actionnaires et consommateurs. La difficulté est donc de définir le niveau approprié de la peine. Si l'amende est trop faible, elle peut n'avoir que peu d'impact sur l'organisation et peu d'effet dissuasif pour les autres. Si elle est trop élevée, ses effets indirects peuvent être trop importants.

62. Pour résoudre ce problème, on peut notamment calculer l'amende en fonction du préjudice causé, du bénéfice obtenu et/ou du chiffre d'affaires de l'organisation. Certains pays, comme l'Italie, adoptent un processus en deux phases. Pendant la première phase, le tribunal détermine le nombre de "quotas" à appliquer en fonction de la gravité de l'infraction. Pendant la seconde phase, on détermine la valeur de ces actions en fonction de la capacité de la société à payer.

¹¹ Voir également les *Dispositions législatives types sur la criminalité organisée*, Nations Unies, New York, 2012.

¹² Par exemple, en vertu de l'article 30-2 de la loi allemande sur les infractions réglementaires, des peines différentes s'appliquent selon que l'infraction sous-jacente était une infraction pénale ou réglementaire.

B. Confiscation

63. Bien qu'il ne s'agisse pas à strictement parler d'une sanction, la possibilité d'ordonner la confiscation d'avoirs tirés d'une activité criminelle peut grandement aider à apporter une réponse judiciaire efficace. Cela peut se faire de manière générale, en faisant en sorte que les personnes morales relèvent de la législation relative au produit du crime. En outre, plusieurs pays prévoient, pour les personnes morales, l'obligation de restituer les profits tirés illégalement, ce qui se traduit par des pénalités très importantes¹³.

C. Ordonnances de publicité négative

64. Pour certaines personnes morales, pour qui la réputation et la "marque" revêtent une grande valeur, plusieurs pays se réservent la possibilité de publier l'infraction commise. Les ordonnances de publicité négative doivent être distinguées des ordonnances de publication de rectificatifs. Le fait d'appeler l'attention sur l'organisation délinquante peut avoir un impact important, car cette publicité ciblée peut également avoir un effet pédagogique, faisant prendre conscience aux personnes morales, à leurs actionnaires et à la communauté de l'illégalité de la conduite dénoncée. L'impact secondaire – sur la réputation personnelle des cadres dirigeants – peut également encourager un changement d'organisation. La publicité négative peut également aider les consommateurs et d'autres parties à réfléchir sur le fait de savoir s'ils veulent traiter avec l'organisation mise en cause.

D. Probation

65. L'une des sanctions couramment utilisées pour encourager ou obliger les délinquants à modifier leur comportement et à éviter de commettre de nouvelles infractions est de les soumettre à une période de surveillance ordonnée par le tribunal ou "probation". Le même principe peut être appliqué aux personnes morales, la "probation" étant utilisée ici dans un sens général pour décrire des sanctions par lesquelles le délinquant accepte de se conformer à certains engagements et d'être soumis à une période de surveillance. Si l'entreprise ne respecte pas les conditions imposées, elle peut être reconvoquée en vue d'une nouvelle condamnation.

66. Outre l'exigence minimale de ne pas récidiver, la probation peut viser la réhabilitation ou la réparation. Cette dernière vise à réparer le préjudice causé par l'infraction commise. Cela peut être particulièrement important lorsque la personne morale possède des ressources et/ou des compétences qui lui permettent de réparer des préjudices particuliers. Parfois, cependant, la personne morale doit effectuer des travaux qui ne présentent aucun rapport avec l'infraction elle-même. Bien que ces sanctions puissent être légitimes, il faut se rappeler que pour une personne morale, elles peuvent n'être qu'un coût supplémentaire à supporter.

¹³ En 2007, par exemple, Siemens AG s'est vu infliger, pour des paiements destinés à corrompre, une peine de 201 millions d'euros, composée d'une amende de 1 million d'euros et de 200 millions d'euros de profits à restituer.

67. Un autre objectif est la réhabilitation, ce pour quoi on exige que des mesures soient prises pour changer l'organisation. Ces mesures doivent généralement être supervisées par le tribunal ou par l'autorité de contrôle et peuvent représenter une intrusion onéreuse dans le fonctionnement de l'organisation. Néanmoins, elles peuvent constituer un puissant moyen d'opérer le changement voulu.

E. Disqualification

68. Une personne morale qui a commis une infraction peut être disqualifiée ou se voir interdire de pratiquer certaines activités. Imposées dans plusieurs pays, ces sanctions revêtent diverses formes, notamment:

- a) La disqualification ou la suspension des licences;
- b) La suspension temporaire ou définitive d'activités ou la fermeture de locaux;
- c) La suspension ou la résiliation de financements ou l'exclusion de marchés publics.

69. Bien qu'elles puissent être puissamment dissuasives, ces sanctions, comme les sanctions financières, peuvent avoir d'importants effets secondaires.

F. Dissolution

70. Une personne morale étant une création de la loi, elle peut également être dissoute par la loi. Dans certains cas, la nature de l'infraction et l'organisation peuvent être telles que la personne morale est dissoute, ce qui équivaut à la peine capitale. Tandis que cela peut être approprié pour des organisations sans but légitime ou pour de petites entreprises pour lesquelles les effets secondaires sont minimes, dans le cas d'organisations légitimes, les effets secondaires pourront être jugés trop importants.

71. La dissolution peut être provoquée indirectement, par exemple en imposant une amende tellement élevée que l'entreprise devient insolvable. Plusieurs pays, cependant, prévoient expressément d'ordonner que l'organisation soit liquidée ou cesse toute activité commerciale.

72. Dans de nombreux pays, la nature de la personnalité juridique est telle que la dissolution peut donner lieu à une "société phénix", autrement dit, que les mêmes individus forment une nouvelle entité capable de poursuivre ses activités. Il pourra donc falloir envisager des sanctions connexes pour les individus en interdisant, par exemple, à des administrateurs de participer à de futures sociétés.

VII. Conclusion

73. L'article 10 sur la responsabilité des personnes morales témoigne de manière importante du rôle que ces personnes peuvent jouer dans la commission ou la facilitation d'actes relevant de la criminalité transnationale organisée. Les personnes morales peuvent faciliter la commission d'infractions par des personnes physiques et commettre des infractions elles-mêmes. Pour leur faire rendre compte de leur

participation au crime organisé, il faut que les États parties mettent sur pied des modèles de responsabilité appropriés, appuyés par des sanctions efficaces et proportionnées.

74. Bien que le concept de responsabilité des personnes morales en cas de conduite criminelle puisse être relativement nouveau, il est bien établi dans de nombreux pays. Il est également exigé par plusieurs instruments internationaux autres que la Convention contre la criminalité organisée.

75. Le présent document d'information s'est efforcé d'illustrer les problèmes que l'on rencontre pour imposer la responsabilité des personnes morales. Il a examiné plusieurs mesures qui pourront, dans divers systèmes juridiques, être appliquées ou adaptées par les États. Quelle que soit la forme de responsabilité adoptée, il existe un éventail de sanctions qui pourront être imposées pour assurer une bonne reddition de comptes des personnes morales. Appuyée par des règles appropriées d'enquête et de procédure, la responsabilité des personnes morales pourra alors grandement contribuer à l'action menée dans le monde pour combattre la criminalité transnationale organisée.
