

CONTRIBUTIONS POUR UN TRAITÉ SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME



EUCLID
Enseignement universitaire
clinique du droit
Paris Ouest Nanterre La Défense

Indiara Liz FAZOLO PINTO

Valentine TEISSERENC

CONTRIBUTIONS POUR UN TRAITÉ SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME

Rapport réalisé dans le cadre du programme Enseignement universitaire clinique du droit de l'Université Paris Nanterre (EUCLID) pour Sherpa, association loi 1901.

Rédigé par Indiara Liz FAZOLO PINTO et Valentine TEISSERENC, étudiantes du Master 2 Droits de l'Homme à l'Université de l'Université Paris-Nanterre, promotion 2018.

Sous la supervision de Mesdames Sophie GROSBON et Laurence SINOPOLI.

Juin 2018

La photographie en première page a été prise par Yuri Barichivich en août 2017 lors d'une manifestation à Mariana au Brésil, suite à la rupture du barrage Fundão appartenant à la société Samarco. Cette défaillance a entraîné le rejet de 50 millions de mètres cubes de résidus de minerai de fer dans les rivières de la région. Le mot « justiça » (justice), écrit sur les débris des habitations détruites, exprime l'indignation de la communauté face à l'impunité des responsables.

Nous remercions vivement le photographe pour son autorisation à utiliser cette image dans le cadre de ce rapport.

SOMMAIRE

RESUME GENERAL.....	5
CHAPITRE 1: LE CHAMP D'APPLICATION DU TRAITÉ : APPLICATION À TOUTES ENTREPRISES OU AUX SEULES ENTREPRISES MULTINATIONALES ?.....	
I) APPLICATION AUX SEULES ENTREPRISES MULTINATIONALES.....	22
<u>CONCLUSIONS SUR L'APPLICABILITE DU TRAITE AUX SEULES ENTREPRISES MULTINATIONALES</u>	30
II) APPLICATION À TOUTES LES ENTREPRISES.....	31
<u>CONCLUSIONS SUR L'APPLICABILITE DU TRAITE A TOUTES ENTREPRISES</u>	35
CHAPITRE 2 : ENJEUX ET CONSEQUENCES DE L'EFFET DIRECT ET DE L'APPLICABILITE DIRECTE DU TRAITE SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME.....	
I) PRECISIONS PRELIMINAIRES SUR LES NOTIONS D'EFFET DIRECT ET D'APPLICABILITÉ DIRECTE DU TRAITÉ	37
A) L'EFFET DIRECT	37
B) L'APPLICABILITÉ DIRECTE	37
<u>CONCLUSIONS SUR LES PRECISIONS PRELIMINAIRES QUANT AUX NOTIONS D'EFFET DIRECT ET D'APPLICABILITÉ DIRECTE DU TRAITÉ</u>	39
II) QUEL EFFET DIRECT POUR LE TRAITE SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME : EFFET DIRECT PARTIEL OU COMPLET ?.....	40
A) LES ENJEUX ET PERSPECTIVES DE LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET DIRECT DU TRAITE.....	40
a) Dans l'ordre juridique interne	40
b) Dans l'ordre juridique international	47
<u>CONCLUSIONS SUR LES ENJEUX ET PERSPECTIVES DE LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET DIRECT DU TRAITE</u>	49
B) LA FAISABILITE D'UN TRAITE A EFFET DIRECT COMPLET	50
a) Quel type d'effet direct, partiel ou complet, doit être envisagé par le Traité ?.....	50
1. <i>Dans l'ordre international, l'effet direct complet va-t-il à l'encontre du cadre du droit international public ?</i>	50
2. <i>Le Traité doit-il avoir un effet direct partiel ou un effet direct complet ?</i>	54
3. <i>Quels types d'obligations directes adresser aux EMN ?</i>	61
4. <i>La mise en œuvre des obligations directement imputables aux entreprises</i>	64
b) Les possibles effets collatéraux de l'effet direct complet du Traité	67
1. <i>Les EMN, titulaires de droits ?</i>	67
2. <i>Aller vers un effet direct complet, est-ce assumer la faiblesse de l'État ?</i>	69

CONCLUSIONS SUR LA FAISABILITE D'UN TRAITE A EFFET DIRECT COMPLET ...70

CHAPITRE 3 : LA MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME.....	72
I) LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF : LE TROISIÈME PILIER	72
<u>CONCLUSIONS SUR LES BASES POUR UN RECOURS EFFECTIF</u>	77
II) LA MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL	78
A) LES MOYENS NON-JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ	79
a) Les mécanismes non-juridictionnels ne relevant pas de l'Etat.....	79
b) Les mécanismes non-juridictionnels relevant de l'Etat.....	81
<u>CONCLUSIONS SUR LES MOYENS NON-JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL</u>	84
B) LES MOYENS JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ	85
a) Où demander la réparation : pays hôte ou pays d'origine de l'entreprise ?	85
b) L'extraterritorialité.....	88
c) La doctrine du forum non conveniens	94
<u>CONCLUSIONS SUR LES MOYENS JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL</u>	99
III) LA MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL.....	100
A) LA MISE EN PLACE D'UN ORGANE NON-JURIDICTIONNEL DE SUIVI DU TRAITE	100
a) Les observations générales, pour une interprétation évolutive du Traité	101
b) Les rapports étatiques, un moyen de contrôler le suivi du Traité sur le long terme.....	102
c) L'examen par le Comité de communications individuelles	106
1. <i>Les communications individuelles dirigées contre l'État</i>	106
2. <i>Les communications individuelles dirigées contre les entreprises</i>	108
<u>CONCLUSIONS SUR LA MISE EN ŒUVRE QUASI-JURIDICTIONNELLE DU TRAITE DANS L'ORDRE INTERNATIONAL</u>	112
B) LA MISE EN PLACE D'UNE JURIDICTION INTERNATIONALE	113
a) La mise en place d'une Cour internationale civile sur les entreprises et les droits de l'Homme	114
b) La mise en place d'une Cour pénale internationale sur les entreprises et les droits de l'Homme.....	119
<u>CONCLUSIONS SUR LA CREATION D'UNE COUR INTERNATIONALE POUR METTRE EN ŒUVRE LE TRAITE</u>	122

RESUME GENERAL

APPLICATION DU TRAITE AUX SEULES ENTREPRISES MULTINATIONALES

1. La Résolution A/HRC/RES/26/9 limite le champ d'application du Traité aux **entreprises multinationales ou autres qui ont un caractère transnational dans leurs activités**. Par conséquent, le groupe de travail ne pourrait pas aller au-delà du mandat qui lui a été accordé.

2. Un **cadre juridique propre aux multinationales** est exigé en raison de leurs **particularités** : la délocalisation de leur production, qui implique le risque qu'elles s'implantent dans les pays dans lesquels la législation sociale, fiscale ou environnementale est moins exigeante ; le cloisonnement entre plusieurs ordres juridiques ; l'importance de leur chiffre d'affaires, qui leur confère beaucoup de pouvoir face aux autorités nationales, et particulièrement dans les pays politiquement instables. Cela n'est pas le cas des entreprises nationales qui sont clairement attachées à un ordre juridique qui les régit, sans entraîner l'application du droit international.

3. **L'application à toutes les entreprises** pourrait avoir pour conséquence l'imposition de **normes trop lourdes aux entreprises nationales**, qui génèrent généralement des chiffres d'affaires moins importants.

4. **L'absence d'une définition ferme d'entreprise multinationale** en droit international « dur » laisse ouvert le champ d'application du Traité. Ceci dit, son **champ d'application peut être ou non élargi, en adoptant des notions plus ou moins larges pour le terme « transnationale ou autres entreprises »**.

5. Le **soft law** a déjà, à de multiples reprises, proposé des définitions pertinentes d'entreprises multinationales en insistant sur la combinaison de différents facteurs tels que : le déploiement des activités dans plusieurs pays ; la mise en commun des ressources (capital, personnel, savoir-faire, information) ; et la poursuite d'une stratégie unique par-delà les frontières ;

6. Néanmoins, partant d'une **conception fonctionnelle de l'entreprise multinationale**, le Traité pourrait s'appliquer à toutes celles qui ont des **activités à l'étranger**. L'expression « **autres entreprises** » comprendrait celles qui n'ont à l'étranger que des **représentations commerciales ou des affaires pour l'exportation**

de leur production. Il s'agit d'une **notion beaucoup plus large** que dans d'autres domaines du droit.

APPLICATION DU TRAITE A TOUTES LES ENTREPRISES

1. Le texte de la résolution **A/HRC/RES/26/9** prévoit que le groupe de travail doit discuter du contenu, du champ d'application, de la nature et de la forme d'un futur Traité, en laissant **ouvert le débat sur son champ d'application.**

2. L'application du Traité à toutes les entreprises pourrait **bénéficier aux victimes** et promouvoir la **concurrence non faussée.**

3. L'application indistincte aux entreprises multinationales et nationales **éviterait une éventuelle définition de la notion de « multinationale ».**

4. Il n'y a pas d'enjeu juridique sur l'application du traité à toutes les entreprises. L'important, au regard du Traité en question, serait la **taille de l'entreprise** et son **impact pour les droits de l'Homme, plutôt que son caractère multinational ou national.** Cela pourrait mener à l'adoption d'un **seuil** pour l'imputation de toutes ou de certaines obligations aux entreprises.

5. L'application à toutes les entreprises est **compatible avec l'évolution du droit international** et à la conception des organisations internationales, telles que l'OCDE et l'OIT, qui ont modifié leurs textes pour élargir leurs champs d'application et y inclure les entreprises nationales.

6. Une **proposition hybride** peut être envisagée, mais cette proposition serait **moins rigoureuse à l'égard des entreprises nationales.** En plus, elle exigerait une définition plus précise d'entreprise multinationale et aurait des **effets encore plus préjudiciables sur la concurrence.**

PRECISIONS SUR LES NOTIONS D'EFFET DIRECT ET D'APPLICABILITÉ DIRECTE

1. L'effet direct : Les personnes privées peuvent **directement invoquer une norme internationale** pour **faire reconnaître leurs droits.**

2. L'applicabilité directe, telle que définie dans le cadre de cette étude : Le Traité prévoit des **obligations directement imputables aux entreprises.**

3. Effet direct + Applicabilité directe du Traité = **effet direct complet/horizontal.**

LES ENJEUX ET PERSPECTIVES DE LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET DIRECT DU TRAITE

1. La reconnaissance de l'effet direct du Traité par les **juges internes français** dépend de la formulation des dispositions du Traité. Cette formulation doit être **claire, précise, inconditionnelle**, et le Traité ne doit **pas régir des relations exclusivement interétatiques**.

2. Si le Traité impute des obligations seulement à l'État : le **Conseil d'État** a déjà reconnu **l'effet direct de dispositions de conventions internationales** dans des litiges **entre l'État français et un particulier**. *A priori*, il pourra également reconnaître l'effet direct de dispositions du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, **si les conditions qu'il a posées sont remplies**.

3. Si le Traité impute des obligations également aux EMN : la **Cour de Cassation** a déjà reconnu **l'effet direct de dispositions de conventions internationales** dans des litiges **entre deux personnes privées**. Si elle le fait également pour le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, les individus pourront **directement intenter des recours devant les juridictions internes contre les entreprises** responsables des violations de leurs droits.

4. Si une juridiction internationale ou un organe conventionnel venait à voir le jour pour la mise en œuvre du Traité, on pourrait s'inspirer d'un système apparenté aux **Points de Contact Nationaux** (compte tenu du fait que certains aspects du modèle sont critiquables par ailleurs), **des Conventions régionales ou des instruments onusiens internationaux**. Les personnes privées pourraient **invoquer directement une norme internationale devant cette instance pour faire reconnaître leurs droits**.

LA FAISABILITE D'UN TRAITE A EFFET DIRECT COMPLET

1. **Rien ne s'oppose** à ce que le Traité impose des **obligations directement aux entreprises**, même si celles-ci ne sont pas des sujets de droit international. En tant que personnes morales, les entreprises sont **sujets de droit et donc titulaires de droits subjectifs, et également d'obligations**.

2. En faveur d'un effet direct partiel : Le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme présente des avantages à n'imputer des obligations qu'aux seuls États, à **condition que le Traité impose aux États l'obligation de mettre en place des mesures précises** pour que les entreprises dans leur juridiction respectent les droits de l'Homme.

3. En faveur d'une effet direct complet : La liste des **instruments internationaux et mécanismes existants** dont les **entreprises sont les destinataires directs d'obligations internationales** est longue. Il est donc certain qu'un Traité peut théoriquement imputer des obligations directement aux entreprises.

5. Un **juste milieu** doit sans cesse être trouvé entre une **obligation unique et très générale** adressée directement aux entreprises, et des **obligations très précises** qui rendent la **recherche d'un consensus politique difficile et une application du Traité trop rigide**.

6. Les **règles primaires** du Traité (le contenu des obligations) pourraient s'adresser **directement aux entreprises** qui sont responsables en cas de violation de ces obligations. Et les **États** seraient alors **responsables des mécanismes de mise en œuvre** de ces obligations, **en conséquence de la violation** des règles primaires par l'entreprise.

7. **Aucun obstacle théorique** n'empêche le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme d'être d'**effet direct et d'applicabilité directe**, telle que définie dans le cadre de cette étude.

D'une part, l'existence d'un tel Traité pourrait **contrebalancer les droits que les entreprises ont déjà acquis**. D'autre part, cela permettrait aussi de **dépasser les obstacles existants dans un système centré sur l'État** : la faiblesse, l'absence de volonté ou la corruption de certains organes étatiques.

8. Ces propositions vont dans l'**intérêt des victimes**, qui pourront directement se prévaloir des normes du Traité pour faire reconnaître leurs droits contre les États et les entreprises. Le fait qu'elles aient le choix de se retourner aussi contre les entreprises va aussi dans le sens de l'**intérêt général** puisque les entreprises, directement visées par le Traité, se sentiront peut-être plus concernées pour respecter les droits de l'Homme.

9. Les hésitations semblent plutôt concerner la **possibilité ou non d'un consensus politique sur l'applicabilité directe aux entreprises**, donc sur l'ampleur à donner au Traité.

LES BASES POUR UN RECOURS EFFECTIF

1. Le **droit au recours effectif** est un **droit individuel** et un des piliers fondamentaux par rapport aux entreprises et aux droits de l'Homme ;

2. Il doit être **expressément prévu par le Traité**. Celui-ci doit conférer aux victimes l'accès à des **mesures rapides, abordables et obligatoires** suite aux violations de leurs droits par des entreprises ;

3. La réparation du préjudice doit être basée sur le principe du ***restitutio in integrum*** ; elle ne doit pas être restreinte à une indemnité en espèce. Elle doit viser à **remettre la victime dans la situation dans laquelle elle serait si la violation n'avait pas eu lieu**.

4. Les Etats doivent être **expressément tenus** de créer des mécanismes nationaux et internationaux qui permettent aux **victimes de faire reconnaître leurs droits devant des instances juridictionnelles et non-juridictionnelles**.

LES MOYENS NON-JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

1. Les Etats doivent adopter des **mesures juridictionnelles et non-juridictionnelles** pour garantir l'accès au recours effectif aux victimes des violations des droits de l'Homme par les entreprises.

2. Les **mesures non-juridictionnelles** se divisent en mécanismes non-juridictionnels **ne relevant pas de l'Etat** et en mécanismes non-juridictionnels **relevant de l'Etat**.

3. Les mécanismes non-juridictionnels ne relevant pas de l'Etat peuvent consister en des **réclamations au niveau opérationnel de l'entreprise** ou en des **initiatives sectorielles, multipartites et autres initiatives conjointes** qui sont fondées sur le respect des normes liées aux droits de l'homme (MSI).

4. Les mécanismes non-juridictionnels relevant de l'Etat concernent les **institutions nationales des droits de l'Homme** (CNCDH en France), des **ministères** et autres **organes administratifs nationaux**, et des **points de contacts de l'OCDE**.

5. Les mécanismes non-juridictionnels peuvent avoir certains avantages tels que **la simplicité, le faible coût et la célérité**, mais dans la plupart des cas, ils sont biaisés et **n’inspirent pas la confiance** de la communauté qui subit le préjudice.

6. Les mécanismes non-juridictionnels, étatiques ou non, ne peuvent **pas être une condition ou une barrière pour la mise en œuvre du mécanisme juridictionnel**.

LES MOYENS JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L’ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

1. L’enjeu principal est de déterminer le lieu d’accès à la justice : dans **l’Etat où s’est déroulé le préjudice** (le pays hôte) ou dans le **pays d’origine de l’entreprise** (en général, le pays où elle est domiciliée) ;

2. Intenter l’action **dans le pays hôte** présente certains **avantages** (il est plus compliqué du point de vue logistique et budgétaire de saisir une juridiction étrangère). Le procès dans le pays hôte pourrait également contribuer à **faire évoluer les institutions sur place** et à **mettre fin au climat d’impunité** ;

3. Néanmoins, **souvent**, les **autorités du pays hôte** ne sont pas en mesure de répondre de manière satisfaisante au préjudice subi à cause de **l’influence qu’exercent les entreprises sur les institutions publiques** ;

4. Il est essentiel de disposer d’un autre for où intenter une action pour les violations des droits de l’homme commises par des entreprises. Les requérants ne doivent **pas être tenus d’épuiser les voies de recours locales avant de saisir une juridiction alternative** (telle que celle du pays d’origine du défendeur) ;

5. La juridiction du pays où l’entreprise a son siège, son domicile ou le cœur de ses activités doit avoir la **compétence personnelle** pour trancher le litige. Mais des enjeux juridiques tels que **l’extraterritorialité** des violations et la doctrine du **forum non conveniens** peuvent constituer des obstacles à la réparation des victimes ;

6. Il est souhaitable que le Traité affirme de façon explicite la **compétence des juridictions du pays d’origine de l’entreprise** concernant des **violations qui se sont déroulées à l’étranger** ;

7. Le Traité doit **décourager le refus de l’exercice de la compétence** fondé sur la doctrine du *forum non conveniens*, notamment par l’adoption d’une clause **du forum**

necessitatis, selon laquelle le juge peut exercer sa juridiction dans une affaire quand il lui semble qu'il n'y a **pas d'autre instance adéquate** pour répondre aux victimes.

LA MISE EN ŒUVRE QUASI-JURIDICTIONNELLE DU TRAITE DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

1. Le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme pourrait prévoir la mise en place d'un **Comité** compétent pour examiner les **rapports étatiques, les communications individuelles** adressées aux **États et aux entreprises**, et pour publier des **observations générales** sur l'interprétation du Traité.

2. L'avantage principal des observations générales réside dans le fait que le Traité ne sera **pas figé** et qu'une **voix unique donnera l'interprétation** qu'il faudra faire de ses dispositions.

3. La procédure des rapports étatiques repose sur un **dialogue constructif** (entre les États, le Comité et la société civile). Mais **l'absence de force contraignante** n'incite pas les États à se conformer rapidement (voire à se conformer tout court) au Traité et les victimes n'obtiennent **pas de réparation** au terme de la procédure.

4. Le Traité pourrait aussi instaurer une **procédure de rapports que les entreprises devraient elles-mêmes présenter au Comité**. Il s'agit qu'elles soient plus **responsabilisées**, qu'elles se sentent plus **concernées** par le rôle qu'elles peuvent jouer dans la bonne mise en œuvre du Traité et, plus largement, dans la réalisation des droits de l'Homme.

5. Recevant des **plaintes individuelles contre les États**, le Comité s'assurerait que l'État en question remplit ses obligations liées directement au Traité et son « **obligation de protéger** » les individus des violations des droits de l'Homme par les entreprises.

6. L'aspect dissuasif sera probablement plus efficace si le Comité reçoit des **communications individuelles visant aussi les entreprises**, par un mécanisme apparenté aux **PCN** (compte tenu du fait que certains aspects du modèle, tenant à son manque d'efficacité et aux allégations de parti pris des PCN, sont critiquables par ailleurs).

LA MISE EN PLACE D'UNE JURIDICTION INTERNATIONALE

1. La mise en place d'une **Cour** offre de nombreux avantages pour accorder aux victimes des agissements des entreprises en violation des droits de l'Homme un recours effectif. Mais l'instauration d'une telle Cour aura des **coûts très élevés** et elle semble **difficilement faire consensus** entre les États négociateurs, dont certains refusent de déléguer à une instance internationale les affaires concernant leurs entreprises.

2. Les **Cours régionales** sont un modèle à suivre car elles offrent déjà un **recours aux individus pour faire valoir leurs droits face aux violations par les États de leurs obligations conventionnelles**. La CEDH va même au-delà en interprétant la Convention de telle sorte que certaines **obligations** de la Convention incombent aux **entreprises par l'intermédiaire des États**. Ce modèle – transposé à la mise en œuvre du Traité - permettrait d'avoir un impact fort auprès des entreprises.

3. Si jamais elle est acceptée, il est vraisemblable qu'une telle Cour ne soit créée que par un **protocole facultatif** adossé au Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises. Cela permettrait au Traité d'**entrer en vigueur** dans un premier temps sans la mise en place d'une Cour donc avec **moins de risque de blocage**.

4. La **poursuite pénale** des **entreprises et de leurs dirigeants** dans l'ordre **international** pour des crimes contre les droits de l'Homme est **déjà une réalité** et peut être à nouveau développée dans le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme.

5 novembre 2015, Mariana (Brésil). La rupture du barrage Fundão, appartenant à la société *Samarco*, provoque le rejet de 50 millions de mètres cubes de résidus de minerai de fer dans les rivières de la région. Plus de 650 kilomètres du *Rio Doce* sont pollués (soit 88,9% du fleuve). Trois villages ont disparu, plus de 200.000 personnes ont été déplacées, 19 personnes sont décédées. Il s'agit de la plus grande catastrophe environnementale du pays. Aucune condamnation n'a encore été prononcée et l'entreprise n'a versé qu'1% des amendes qui lui ont été imposées¹.

24 avril 2013, Savar (Bangladesh). L'effondrement du *Rana Plaza*, un local d'usines textiles de plusieurs grandes marques du *fast fashion* (C&A, Benetton, Auchan...), provoque la mort de plus de mille employés. Malgré la mobilisation internationale, qui a permis l'indemnisation des victimes à travers la création d'un fond de donateurs, aucune mesure de réparation et de non-répétition n'a été imposée aux multinationales dont les marchandises étaient produites dans le local².

2 décembre 1984, Bhopal (Inde). La fuite de gaz d'une usine de pesticides de la filiale indienne de la société américaine *Union Carbide Corporation* tue plus de 7500 personnes à court terme, 20 mille personnes à long terme, et provoque des milliers de malades. Les conséquences néfastes de ce désastre industriel, un des plus grands de l'histoire, se font sentir jusqu'à nos jours. La moyenne du montant de l'indemnisation versée à chaque famille équivaut à environ 200 euros³.

¹ Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), *Laudo técnico preliminar* : Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, 2015, accessible sur: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibam_a.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

COISPLET, (N.), La catastrophe de Mariana 2 ans après: trois chiffres, accessible sur: trois infos, in: *Bom dia Brasil*, 2017, accessible sur: <http://bomdiabrazil.com/la-catastrophe-de-mariana-deux-ans-apres-trois-chiffres-trois-infos>, dernière visite le 9 juin 2018.

BEDINELLI (T.), Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia de Mariana, in : *El País Brasil*, 2017, accessible sur : https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html, dernière visite le 19 juin 2018.

² Collectif étique sur l'étiquette, *Rana Plaza 5 ans après* : l'heure du bilan, 2018, accessible sur : https://ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/ranaplaza5ansapres_dpavril2018.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

³ Business & Human Rights Resource Centre, *Inde* : dossier sur les conséquences sanitaires et environnementales de la catastrophe de Bhopal, accessible sur : <https://www.business-humanrights.org/fr/inde-dossier-sur-les-cons%C3%A9quences-sanitaires-et-environnementales-de-la->

L'impact négatif de l'activité des multinationales pour les droits de l'Homme nous a malheureusement été démontré à plusieurs reprises. Souvent, les préjudices ne sont pas suffisamment ou même pas du tout réparés. Cela est dû à plusieurs raisons, telles que le cloisonnement des ordres juridiques provoqué par le déplacement de la production des entreprises ; la fragilité des institutions étatiques dans les pays hôtes des activités ; ou encore l'absence de réglementation et de contrôle par les Etats des entreprises domiciliées sur leur territoire.

Les entreprises multinationales sont de plus en plus puissantes. Certaines d'entre elles ont des chiffres d'affaires plus élevés que certains PIB nationaux⁴. D'un côté, ce pouvoir économique leur permet de participer à la scène internationale pour faire valoir leurs intérêts (traités d'investissements, accords de libre-échange...). De l'autre, il est toujours difficile d'établir la responsabilité de ces entreprises pour les préjudices auxquels leurs actions ont contribué. Si « un grand pouvoir implique de grandes responsabilités »⁵, il est temps d'équilibrer cette balance.

Le droit international est l'instrument le plus adéquat à la recherche d'un tel équilibre, la particularité du déploiement des activités transfrontalières empêchant une réponse satisfaisante des droits nationaux. D'ailleurs, il existe déjà des réglementations de la conduite des entreprises au niveau de l'ordre juridique international. Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme sont un exemple de l'arsenal juridique existant dans le domaine. Toutefois, le caractère non-contraignant de ces normes handicape leur mise en œuvre effective.

C'est pourquoi le projet de Traité sur les entreprises en droit international et droits de l'Homme, actuellement en négociation au sein de l'Organisation des Nations Unies (le dernier à la rédaction du rapport datant de juillet 2018)⁶, est le bienvenu. Ce futur Traité,

[catastrophe-de-bhopal](#), dernière visite le 9 juin 2018. NARAIN (S.), *30 years of Bhopal gas tragedy: a continuing disaster*, 2014, accessible sur: <http://www.downtoearth.org.in/coverage/30-years-of-bhopal-gas-tragedy-a-continuing-disaster-47634>, dernière visite le 9 juin 2018.

⁴ Global Justice Now, *Corporations vs governments revenues*, 2015, accessible sur: http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf, dernière visite le 9 juin 2018. GREEN (D.), *The world's top 100 economies: 31 countries; 69 corporations*, 2016, accessible sur: <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/world-s-top-100-economies-31-countries-69-corporations>, dernière visite 9 juin 2018.

⁵ Phrase énoncée par Stan Lee en tant que « Uncle Ben » dans le film *Spider Man*.

⁶ Le présent rapport, daté de juin 2018, s'appuie sur le projet de Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme présenté par l'Equateur de septembre 2017: *Elements For The Draft Legally Binding Instrument On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights, Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9* du 29 septembre 2017 (accessible sur : <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInst>

avec la possibilité d'imputer des obligations directement aux entreprises, et non seulement aux Etats, pourra combler quelques lacunes créées par une conception verticale du droit international public, qui ne responsabilise que les États.

Ces ambitions suscitent des enjeux juridiques que nous allons tenter d'éclaircir dans cette étude, celle-ci étant réalisée dans le cadre du programme Enseignement universitaire clinique du droit de l'Université Paris Nanterre (**EUCLID**). Plus particulièrement, nous nous efforcerons de répondre aux questions qui nous ont été posées par **Sherpa**, organisation non-gouvernementale membre de la Coalition pour un traité onusien sur les droits de l'Homme et les multinationales, qui réunit en France plusieurs associations engagées pour la création d'un tel instrument juridique. Ces questions se concentrent sur :

- 1) Le champ d'application du futur Traité ;
- 2) La possibilité qu'il soit d'effet direct et directement applicable aux entreprises ;
- 3) Les moyens de sa mise en œuvre dans les ordres juridiques, qu'ils soient nationaux ou internationaux.

Inspirées par la loi française n. 2017-399 du 27 mars 2017, applicable aux entreprises ayant plus de cinq mille ou dix mille employés, selon la localisation du siège social des filiales⁷, les discussions du Groupe de travail de l'ONU tendent vers une imposition aux entreprises d'un devoir de vigilance sur la chaîne de production de laquelle elles tirent leurs profits. Puisque ce modèle a suffisamment été discuté en France lors de l'adoption de cette loi, nous n'allons pas revenir sur celle-ci. Le premier chapitre se concentre sur un autre aspect du champ d'application du futur Traité, qui fait l'objet d'un intense débat entre les acteurs de la négociation : la possibilité d'application du Traité aux seules entreprises multinationales ou à toutes entreprises (**Chapitre 1**).

Par ailleurs, un traité dans ce domaine ne serait utile que s'il faisait évoluer la situation des victimes des violations des droits de l'Homme commises par les

umentTNCs_OBEs.pdf, dernière visite le 20 septembre 2018. Depuis la rédaction de la présente étude, un nouveau projet de Traité, « le Traité 0 » a vu le jour en juillet 2018 : *Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises* du 16 juillet 2018 (accessible sur : <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>, dernière visite le 20 septembre 2018.

⁷ Article L. 225-102-4 du Code du commerce tel que modifié par la Loi n. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

entreprises. Pour cela, il faut tout d'abord que le Traité entre dans le « patrimoine juridique » des individus, que ce soit dans l'ordre national ou dans l'ordre international. Ensuite, le Traité doit prévoir des dispositions contraignantes, imputables à l'Etat et aussi aux entreprises. Ce mécanisme fait appel à deux notions essentielles du droit international des droits de l'Homme : l'effet direct et l'applicabilité directe. Dans le **Chapitre 2**, nous nous efforcerons d'éclaircir ces deux concepts et d'étudier les conséquences d'un tel Traité dans les ordres juridiques national et international.

La bonne application du Traité dépendra aussi de l'adoption de mécanismes nationaux et internationaux de suivi de son application. Ces moyens doivent être en mesure de répondre de façon satisfaisante aux violations commises. Il faut notamment que les victimes des atteintes aux droits de l'Homme aient accès à des voies effectives de recours afin de faire valoir leurs droits. Dans le **Chapitre 3**, nous allons étudier les moyens de mise en œuvre du Traité dans les ordres juridiques national et international, et les enjeux qui y sont inhérents.

Avant de se pencher sur le cœur de cette étude, il convient de préciser qu'en ce qui concerne la nomenclature choisie, nous avons conclu que l'appellation « entreprises multinationales » est la plus adéquate techniquement⁸. D'abord, la notion d' « entreprise » permet de comprendre toutes sortes de structures qui déploient une activité économique, alors que le terme « société », utilisé par l'Organisation des Nations Unies (ONU), a une définition légale et un statut propres aux droits nationaux⁹. Ensuite, le terme « multinationale », utilisé par certaines organisations telles que l'Organisation internationale du Travail (OIT), est préférable à celui de « transnationale » car il permet de mieux prendre en compte le rattachement de l'entreprise à plusieurs ordres juridiques¹⁰.

La notion d' « entreprise multinationale » sera plus attentivement abordée lors de l'analyse de l'application du traité aux seules multinationales. Néanmoins, l'appellation « société transnationale » ne sera pas totalement absente de la présente étude car elle

⁸ MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, 1993, pp. 37-40.

⁹ Article 1832 du Code Civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

¹⁰ MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, précité, pp. 37-40.

reste utilisée par certains organes des Nations-Unies, notamment dans la Résolution A/HRC/RES/26/9¹¹ qui crée le groupe de travail pour l'élaboration du Traité.

¹¹ Conseil des droits de l'Homme, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014, accessible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/53/PDF/G1408253.pdf?OpenElement>, dernière visite le 6 juin 2018.

CHAPITRE 1

LE CHAMP D'APPLICATION DU TRAITÉ : APPLICATION À TOUTES ENTREPRISES OU AUX SEULES ENTREPRISES MULTINATIONALES ?

En 2014, le Conseil des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations Unies a instauré le groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme pour « élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'Homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises ». La même résolution définit « autres entreprises » comme « toutes les entreprises dont les activités opérationnelles ont un caractère transnational et ne s'appliquent pas aux entreprises locales enregistrées aux termes de la législation interne pertinente »¹².

Un des objectifs du Traité, qui est désormais en cours d'élaboration, est de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat afin de respecter, protéger et promouvoir les droits de l'Homme et les libertés fondamentales contre les abus et violations commis par des entreprises transnationales et autres entreprises sur son territoire et/ou sous sa juridiction¹³.

Ainsi, le projet de Traité de septembre 2017, qui prévoit la responsabilité primaire des États, ne s'écarte pas de la conception classique du droit international selon laquelle les États sont les premiers destinataires des obligations internationales¹⁴. L'État est le sujet droit international par excellence. Il demeure le premier responsable pour protéger, promouvoir et respecter les droits de l'Homme dans sa sphère de compétence. Cette conception centrée sur l'État affirme l'importance de son rôle, de sa souveraineté et de son autorité par rapport aux acteurs privés tels que les entreprises multinationales, dont le pouvoir d'influence s'amplifie pourtant en raison de leur puissance économique.

¹² Conseil des droits de l'Homme, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, précité.

¹³ *Elements For The Draft Legally Binding Instrument On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights, Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9* du 29 septembre 2017, précité.

¹⁴ BACKER (L. C.), *Principled pragmatism in the elaboration of a comprehensive treaty on human rights*, in: DEVA (S.) & BILCHITZ, (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, p. 112.

Le texte propose également de consacrer la responsabilité des entreprises multinationales et autres entreprises, avec l'obligation de respecter les droits de l'Homme, indépendamment de leur taille, secteur, contexte opérationnel, possession ou structure.

Le projet de Traité de septembre 2017 prévoit ainsi la responsabilisation de deux acteurs sur la scène internationale, selon la division classique entre sujet et objet du droit international : l'Etat, en tant que sujet de droit international par excellence, et les entreprises (nationales ou multinationales), qui sont traditionnellement objets, et non sujets de droit international¹⁵.

En ce qui concerne les obligations qui incombent à l'Etat, il « serait responsable uniquement pour manquement à son obligation de vigilance (ne pas avoir pris les mesures qui s'imposaient pour empêcher ou sanctionner la violation commise) ; il ne pourrait pas être en revanche tenu pour lui-même responsable des actes commis par les entreprises »¹⁶. Dans cette hypothèse, l'Etat est le sujet de droit international par excellence au regard du futur Traité. Pour cette raison, la question de l'application du Traité aux seules multinationales ou à toutes les entreprises n'est pas vraiment pertinente. En effet, les entreprises elles-mêmes ne sont pas titulaires des obligations primaires au regard du Traité. Si c'est à l'Etat d'imposer des obligations directes aux entreprises agissant sous sa juridiction, peu importe qu'il s'agisse d'entreprises multinationales ou nationales. Juridiquement, cette question apporte peu d'enjeux. Il serait même difficile de justifier une application distincte entre les entreprises multinationales et nationales car le but du futur Traité est la protection des droits de l'Homme, quel que soit le type d'entreprise concerné.

En d'autres termes, dans le cas où seul l'État est responsable de la bonne exécution du Traité à venir, l'enjeu d'appliquer le Traité aux seules entreprises multinationales ou de l'appliquer également aux entreprises nationales est moins problématique. Dans cette hypothèse, les entreprises -qu'elles soient nationales ou multinationales- ne seraient pas directement titulaires des obligations du Traité. Seules des obligations nationales leur seraient imputables.

¹⁵ HIGGINS (R.), *Problems and process: international law and how to use it*, Oxford University Press, 1994, pp. 49-55.

¹⁶ SCHUTTER (O.), La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une Convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'Homme commises par les sociétés transnationales, in : DECAUX, (E.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Collection Droit et Justice, 89, Bruylant & Nemesis, 2010, p. 21.

La question de l'applicabilité du Traité onusien sur les entreprises et les droits de l'Homme à toutes les entreprises (y compris les nationales) ou aux seules entreprises multinationales serait en revanche pertinente si on considère les entreprises comme les destinataires directes du traité.

Une partie de la doctrine propose de reformuler la notion de sujet de droit international et d'y intégrer les acteurs privés¹⁷. Cela permettrait de rendre les personnes non étatiques, physiques ou morales, destinataires d'obligations internationales (en l'occurrence, celles découlant du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme).

Toutefois, l'imputation d'obligations directes aux entreprises par une norme internationale n'entraîne pas forcément la reconnaissance de sa personnalité en droit international. Et le fait de délivrer la personnalité juridique internationale à un sujet de droit tel que les entreprises n'est pas indispensable pour leur imposer des obligations internationales¹⁸. En d'autres termes, même si les entreprises multinationales ne sont pas des sujets de droit international, il est juridiquement possible que le Traité leur impose directement des obligations. Il suffit que les entreprises soient des sujets de droit dans les ordres nationaux pour que des obligations leur soient imputées, et cela même si la source de ces obligations directes est internationale. Nous reviendrons sur cela dans le Chapitre 2.

Dès le début des négociations, l'Union européenne (UE) a revendiqué l'application du Traité à toutes les entreprises et non seulement aux multinationales¹⁹. Selon le discours officiel, la raison d'une telle position réside dans la volonté de protéger plus amplement les victimes. Toutefois, cette position est également liée à des questions tenant à la concurrence du marché. En effet, si le champ d'application du futur Traité ne couvre pas les entreprises nationales, les entreprises ressortissantes des pays de l'Union européenne seraient en désavantage par rapport aux entreprises locales étrangères

¹⁷ DUBIN (L.), Rapport introductif : L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international, in : DUBIN (L.), BODEAU-LIVINEC (P.), ITEN (J.L.) & TOMKIEWICZ (V.), *L'entreprise multinationale en droit international*, Editions A. Pedone, 2017, p. 17.

¹⁸ LOPEZ (C.), Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty, in: DEVA (S.) & BILCHITZ, (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, p. 302.

¹⁹ 2017 United Nations Forum on Business and Human Rights. *Contribution of the European Union*, 2017, accessible sur : https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/36353/2017-united-nations-forum-business-and-human-rights-eu-contribution_en, dernière visite le 7 juin 2018.

puisqu'elles seraient potentiellement soumises à une réglementation plus contraignante.

L'UE, bien qu'elle ait fait récemment certains efforts diplomatiques, a été accusée de boycotter les négociations par son intransigeance sur la question de l'application du Traité aux entreprises nationales. Mais comme elle élargit la protection des victimes, cette position est également partagée par des organisations non-gouvernementales (ONG)²⁰. Le sujet ne fait pourtant pas consensus chez les ONG, certaines d'entre elles soutenant que le Traité à venir doit se concentrer sur les multinationales²¹.

Une alternative proposée par certaines organisations se concentre sur l'activité de l'entreprise et non sur l'entreprise elle-même. À titre d'exemple, l'Alliance internationale catholique pour le développement (CIDSE) affirme que le futur Traité doit se concentrer « sur les activités transnationales des entreprises ». En effet, pour le CIDSE, ce sont ces activités qui dépassent les frontières nationales et qui demeurent trop souvent non sanctionnées²².

À la fin de la première réunion du groupe de travail, en 2015, les positions sur le champ d'application du Traité étaient partagées. D'un côté, des pays tels que le Pakistan, la Chine, le Venezuela ou l'Inde s'opposaient fermement à l'élargissement du champ d'application prévu dans la Résolution n. 26/9 pour inclure les entreprises nationales **(I)**. De l'autre, l'Union européenne et d'autres pays (les « pays du Nord » notamment) revendiquent l'élargissement du champ du Traité et son application à toutes les entreprises **(II)**²³.

²⁰ *Statement by European NGOs on the publication of the elements for the open-ended intergovernmental working group (IGWG) on transnational corporations and other business enterprises for Cohom, Member States, the European Commission and the European Parliament, 2017, accessible sur: <https://www.somo.nl/statement-ngos-publication-elements-un-treaty-business-human-rights/>, dernière visite le 7 juin 2018.*

²¹ *Contribution écrite du Centre Europe-Tiers Monde (CETIM) et d'Institute for Policies Studies/Transnational Institute à la 3e session du Groupe de travail intergouvernemental sur les sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme, 2017, accessible sur: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CETIM-TNI_FR.pdf, dernière visite le 7 juin 2018.*

²² *CIDSE contribution to the Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights for their third session, 2017, accessible sur: <http://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/cidse-written-statement-for-the-3rd-session-of-the-igwg.html>, dernière visite le 7 juin 2018.*

²³ *European Coalition for corporate justice (ECCJ), Day 1 UN Treaty Negotiations - the EU brings a sense of déjà vu, 2017, accessible sur: <http://corporatejustice.org/news/3514-day-1-un-treaty-negotiations-the-eu-brings-a-sense-of-deja-vu>, dernière visite le 8 juin 2018.*

I) APPLICATION AUX SEULES ENTREPRISES MULTINATIONALES

La Résolution A/HRC/RES/26/9 (Résolution n° 26/9) a, en principe, limité le champ d'application du futur Traité aux entreprises qui ont un caractère transnational dans leurs activités.

La note de bas de page de son préambule indique que « les mots *autres entreprises* désignent toutes les entreprises dont les activités opérationnelles ont un caractère transnational et ne s'appliquent pas aux entreprises locales enregistrées aux termes de la législation interne pertinente »²⁴. Cette position est soutenue par certains pays du Sud qui craignent que les petites entreprises locales ne soient soumises à des normes trop lourdes si le Traité est applicable indistinctement.

En effet, un régime juridique propre aux multinationales est nécessaire pour donner une réponse plus efficace aux violations des droits de l'Homme par ces entreprises.

La délocalisation de leurs activités leur permet par exemple de profiter des faibles exigences légales de certains pays étrangers pour y déployer les activités qui portent le plus de risques de violations aux droits de l'Homme²⁵. Il ne doit donc pas être toléré que les multinationales puissent profiter des faibles exigences nationales pour y déployer leurs activités les plus polluantes ou les plus dangereuses pour les consommateurs. De même, la précarisation des conditions de travail ne doit pas non plus être un moyen légitime de réduction des coûts de production²⁶. Les entreprises qui déploient une activité transnationale contribuent à mettre les normes et exigences en matière de droit de l'environnement et de droit social en concurrence, ce qui fait baisser leurs coûts de production et de distribution.

Par ailleurs, le cloisonnement entre plusieurs ordres juridiques ne permet pas d'appréhender les activités transfrontalières des entreprises²⁷. Parfois, leur structure « interdit au droit national de saisir l'ensemble de l'entreprise et donc de déployer ses

²⁴ Conseil des droits de l'Homme, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, précité.

²⁵ ZERK (A. J.), *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*. Cambridge University Press, 2011, pp. 44-47.

²⁶ ZERK (A. J.), *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*, précité, pp. 44-47.

²⁷ MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, précité, p. 30.

effets »²⁸. **Par conséquent, il serait plus efficace, au regard de la protection des droits de l'Homme, de donner une réponse internationale aux violations des multinationales plutôt que de les soumettre aux normes de chaque pays, soit ceux dans lesquels elles opèrent soit ceux dans lequel elles ont leur siège**²⁹.

Ces éléments justifient l'exigence d'un cadre juridique propre aux multinationales afin de répondre aux conséquences négatives de la délocalisation de leur production.

Malgré une apparente limitation du champ d'application, la Résolution n° 26/9 reste ambiguë.

Si le but du Traité est d'être applicable aux entreprises qui ont un caractère transnational dans leurs activités, l'ajout du terme « autres entreprises » est inutile car ces entreprises-là peuvent déjà être couvertes par la notion de « société transnationale ».

Cette ambiguïté a été signalée par John Ruggie, ancien rapporteur spécial des Nations-Unies pour les entreprises et les droits de l'Homme (2005-2011) et responsable pour l'élaboration des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme de l'ONU. Il explique que la note de bas de page selon laquelle les « autres entreprises » sont des entreprises avec un caractère transnational dans leurs activités n'a pas de sens juridique ou logique. Selon lui, il n'existe pas de distinction entre une entreprise transnationale et une entreprise avec un caractère transnational dans ses activités. Pour cette raison, cette note est redondante : elle ne joue qu'un rôle rhétorique pour faciliter l'obtention d'un accord entre les parties à la négociation du Traité³⁰.

Toutefois, il est possible de rendre la Résolution n° 26/9 et sa note de bas de page cohérente en adoptant une conception plus large que celle de Ruggie sur la notion « d'autres entreprises ». Ruggie estime que si le champ d'application du Traité est adopté dans les termes actuellement proposés par la Résolution, dans le cas célèbre du *Rana Plaza* par exemple, les seules responsables au regard du Traité seraient les

²⁸ MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, précité, p. 31.

²⁹ ZERK (A. J.), *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*, précité, p. 49.

³⁰ RUGGIE (J.), *Quo vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, Institute for Human Rights and Business, 2014, accessible sur: <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/quo-vadis-unsolicited-advice-to-business-and-human-rights-treaty-sponsors>, dernière visite le 8 juin 2018.

multinationales, et non les entreprises locales qui employaient pourtant des milliers de personnes³¹.

Nous tenterons de démontrer à la suite de cette partie que les deux notions de « multinationales » et « autres entreprises » permettent d'élargir le champ d'application pour couvrir de façon plus optimale les violations des droits de l'Homme commises par des entreprises. Pour cela, il faut mettre l'accent sur leurs activités, et non sur leur structure.

C'est ainsi que les entreprises exclues du champ d'application du futur Traité seraient seulement les entreprises locales/nationales qui ont des activités totalement confinées au territoire d'un Etat³².

Cette discussion entraîne l'analyse de la notion d'entreprise multinationale en droit. Il convient de préciser quel type d'entreprise est visé par le Traité. Il est vrai que définir la notion d'entreprise multinationale dans le Traité serait inutile pour appréhender le comportement de ces organisations. Toutefois, les notions qui ont déjà été évoquées par la doctrine et par certaines organisations internationales aident à comprendre que la crainte de l'application aux seules multinationales peut se montrer infondée en raison de l'ampleur donnée à la formule « transnationales et autres entreprises ».

La définition classique de la littérature anglophone d'entreprise multinationale est celle d'« un groupe d'entreprises de diverses nationalités unies par le lien d'une propriété et avec une gestion stratégique unique »³³. On retient de cette définition la notion de multi-nationalité des entreprises et le lien de propriété entre elles (ce qui a été désormais remplacé par l'idée de contrôle)³⁴.

En 1976, les membres de la Commission de l'Institut de droit international (IDI), dans le rapport sur les multinationales, ont proposé deux définitions d' « entreprise multinationale ». D'abord, la définition opérationnelle, selon laquelle les « EMN exercent

³¹ RUGGIE (J.), *Quo vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, précité.

³² DEVA (S.), *The Scope of the proposed Treaty*, in: DEVA (S.) & BILCHITZ, (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, pp. 167-168.

³³ DUBIN (L.), *Rapport introductif : L'entreprise multinationale, de la fragmentation à la reconstruction par le droit international*, précité, p. 17.

³⁴ ZERK (A. J.), *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*, précité, p. 51.

une partie substantielle de leurs activités dans un ou plusieurs pays autres que celui où se trouve leur centre de décision ». Ensuite, la définition structurelle, selon laquelle « une EMN est constituée d'une société-mère dans un pays et d'établissements ou filiales dans un ou plusieurs autres »³⁵.

Les deux critères ont été retenus par la Commission de l'IDI, qui, dans sa résolution sur les entreprises multinationales, adoptée à la session d'Oslo de 1977, a affirmé que :

« Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres de profit, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales »³⁶.

Depuis ce moment-là, la définition n'a pas été significativement modifiée. La Commission des sociétés transnationales, qui élaborait le code de conduite de l'ONU en 1988, a identifié trois critères essentiels du concept : le déploiement des activités dans plusieurs pays ; la mise en commun des ressources (capital, personnel, savoir-faire, information) ; et la poursuite d'une stratégie unique par-delà les frontières³⁷. Encore une fois, la notion combine un aspect fonctionnel et un aspect structurel.

Ces éléments s'ajoutent à ceux consacrés pour les entreprises en général. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans l'affaire *Akzo Nobel*, jugée en Grande Chambre, a estimé que :

« La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (...) désignant une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »³⁸.

³⁵ KERBRAT (Y.), Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international, in : DUBIN (L.), BODEAU-LIVINEC (P.), ITEN (J.L.) & TOMKIEWICZ (V.), *L'entreprise multinationale en droit international*, Editions A. Pedone, 2017, pp. 62-63.

³⁶ Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, tome 57, 1977, p. 383, accessible sur : <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-57-A-OCR.pdf>, dernière visite le 8 juin 2018.

³⁷ MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, précité, p. 34.

³⁸ Cour de justice des communautés européennes (CJCE), *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd c. Commission européenne*, C-550/07 P, 14 novembre 2010, §54 et 55. Auparavant, la Cour avait déjà défini l'entreprise comme « toute entité exerçant une activité économique ».

Dans ce sens, une ONG par exemple ne serait pas une entreprise multinationale, vu qu'elle ne se constitue pas une entreprise, sauf si une partie de ses activités est de nature commerciale³⁹.

En ce qui concerne les entreprises multinationales, leur présence dans plusieurs pays n'est pas une condition suffisante pour les caractériser comme tel. Le déploiement à l'échelle internationale ne peut pas être superficiel ou ponctuel. Les activités qui y sont menées doivent être soumises à une unité d'action. Les représentations commerciales à l'étranger, par exemple, ne confèreraient pas le caractère multinational à une entreprise⁴⁰.

Les traités en droit international ne se sont pas attardés sur la définition de « multinationale ». Même dans le droit des organes spécialisés, tels que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et l'Organisation internationale du travail (OIT), on retrouve des concepts très larges. Les deux organisations ont précisé qu'« une définition juridique précise des entreprises multinationales n'est pas indispensable pour que la Déclaration sur les entreprises multinationales puisse répondre à son but »⁴¹.

En tout état de cause, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, adoptés en 1976, affirment que les multinationales se rapprochent généralement :

« D'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très

KERBRAT (Y.), Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international, précité, p. 67.

³⁹ Cela a été le cas pour l'ONG WWF (World Wide Fund for Nature International) dans une affaire devant le Point de contact suisse de l'OCDE. National Contact Point of Switzerland, *Specific Instance regarding the World Wide Fund for Nature International (WWF) submitted by Survival International Charitable Trust (Initial Assessment)*, 2016, p. 7.

⁴⁰ MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, précité, pp. 29-30.

⁴¹ Organisation internationale du travail (OIT), *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 1977, §6, édition de 2017, accessible sur : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf, dernière visite le 8 juin 2018.

variable d'une multinationale à l'autre. Leur actionnariat peut être privé, public ou mixte »⁴².

On constate une définition aussi large dans la Déclaration tripartite de l'OIT de 1977 sur les entreprises multinationales et la politique sociale :

« Les entreprises multinationales comprennent les entreprises – qu'elles soient entièrement ou partiellement détenues par l'Etat ou qu'elles soient privées – qui possèdent ou contrôlent des moyens de production ou de distribution, des services ou d'autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Elles peuvent être de grande ou de petite taille et avoir leur siège dans une quelconque partie du monde »⁴³.

Selon le domaine d'action de ces entreprises et la manière dont le droit veut les réglementer (contrôle fiscal, social ou autres), les notions de société, de groupe de sociétés et de contrôle intra-groupe sont en général suffisantes pour appréhender leur conduite⁴⁴. Les organisations internationales tendent à préférer une approche fonctionnelle de l'EMN, qui s'attache prioritairement au caractère transnational des activités menées par l'entreprise⁴⁵.

En droit fiscal, selon B. Castagnede :

« Il y a lieu de distinguer entre les entreprises dont l'ouverture internationale se résume à une simple activité d'exportation, ne comportant pas le recours à des implantations extérieures, et celles dont le déploiement national s'exprime par la présence de succursales ou de filiales à l'étranger. Les premières ne sont pas véritablement concernées par la problématique fiscale internationale, même si elles ne peuvent ignorer les dispositifs fiscaux inhérents à l'activité d'exportation, notamment en

⁴² Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 1976, édition de 2011, accessible sur : <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>, dernière visite le 8 juin 2018.

⁴³ Organisation internationale du travail (OIT), *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, précité.

⁴⁴ KERBRAT (Y.), *Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international*, précité, p. 61.

⁴⁵ KERBRAT (Y.), *Les manifestations de la notion d'entreprise multinationale en droit international*, précité, pp. 64-65.

matière de TVA. Les secondes se trouvent nécessairement insérées dans une ‘structure fiscale internationale’ »⁴⁶.

Il est intéressant de noter que les entreprises qui n’ont que des activités d’exportation, c’est-à-dire des entreprises nationales qui agissent sur le marché étranger, ne sont pas des multinationales au regard du droit fiscal. Toutefois, elles peuvent être comprises dans le champ d’application du Traité en question car « lorsque l’objectif est de prévenir les atteintes aux droits de l’homme par les EMN, de protéger les minorités nationales ou les Etats les plus pauvres contre les appétits des multinationales, la structure de l’entreprise n’est pas l’élément essentiel »⁴⁷. Ce qui est important, ce sont les activités que les entreprises déploient.

La question qui se pose finalement concerne l’application ou non du Traité aux entreprises locales qui ont des activités *purement locales*. En l’occurrence, « autres entreprises » seraient celles qui ne sont formellement pas des multinationales (ne déployant pas d’activités commerciales dans plusieurs Etats ou dans un Etat autre que celui dans lequel elles ont leur siège) mais qui ont un caractère transnational dans leurs *activités*⁴⁸. Comme souligné précédemment, cette conception rejoint la position des plusieurs ONG pour lesquelles le Traité doit se concentrer sur l’activité, et non sur l’entreprise elle-même.

C’est ainsi qu’une entreprise chinoise ayant une activité transnationale ne pourrait pas échapper au champ d’application du Traité pour la seule raison qu’elle n’a pas de « centre de décision localisé dans un pays et de centres de profit, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays », pour reprendre la formule de l’IDI⁴⁹. Dans le même sens, dans l’exemple du *Rana Plaza* cité par M. Ruggie, les entreprises locales qui produisaient les marchandises ultérieurement commercialisées par les grandes multinationales (Mango, Benetton...) seraient également responsabilisées.

Dans un système d’échanges internationaux dans lequel les distributeurs vendent leurs marchandises sur un marché concurrentiel, la fixation du prix de l’exportation (par

⁴⁶ CASTAGNEDE (B.), *Précis de fiscalité internationale*, 5 éd., Paris, PUF, 2015, n° 59, p. 88.

⁴⁷ KERBRAT (Y.), *Les manifestations de la notion d’entreprise multinationale en droit international*, précité, p. 65.

⁴⁸ DEVA (S.), *The Scope of the proposed Treaty*, précité, pp. 169-170.

⁴⁹ Institut de droit international, *Annuaire de l’Institut de droit international*, précité.

l'entreprise chinoise dans notre exemple) met en concurrence les distributeurs et les fournisseurs d'autres pays. Cette mise en concurrence aura éventuellement pour impact des mesures de réduction des coûts chez les concurrents (à travers la flexibilisation des droits des travailleurs par exemple). Pour cette raison, les activités à l'étranger de l'entreprise chinoise, même si elles sont limitées à l'exportation de leur production, se caractériseraient comme « des activités opérationnelles (qui) ont un caractère transnational » au sens de la Résolution n° 26/9.

Le Traité à venir devrait ainsi faire plutôt usage de l'approche fonctionnelle que de l'approche structurelle de la notion d'entreprise multinationale. Le concept de « multinationale » comprendrait toutes les entreprises avec des activités à l'étranger et l'expression « autres entreprises » pourrait couvrir celles qui y déploient des activités ponctuelles, telles que des représentations commerciales ou même l'exploitation du marché étranger à travers l'exportation.

L'absence d'une définition ferme d'entreprise multinationale en droit international « dur » peut favoriser les négociations et donner de la souplesse au champ d'application. Il pourrait ainsi être plus ou moins élargi lors de son interprétation et de son application, en adoptant des notions plus ou moins larges pour le terme « transnationale et autres entreprises ».

En explorant les notions doctrinales et celles du « droit mou », il est possible de retrouver un concept assez large qui peut être en mesure de couvrir une partie significative des violations des droits de l'Homme par les entreprises tout en respectant la rédaction originale de la Résolution 26/9.

CONCLUSIONS SUR L'APPLICABILITE DU TRAITE AUX SEULES ENTREPRISES MULTINATIONALES

1. La Résolution A/HRC/RES/26/9 limite le champ d'application du Traité aux entreprises multinationales ou autres qui ont un caractère transnational dans leurs activités. Par conséquent, le groupe de travail ne pourrait pas aller au-delà du mandat qui lui a été accordé.

2. Un cadre juridique propre aux multinationales est exigé en raison de leurs particularités : la délocalisation de leur production, qui implique le risque qu'elles s'implantent dans les pays dans lesquels la législation sociale, fiscale ou environnementale est moins exigeante ; le cloisonnement entre plusieurs ordres juridiques ; l'importance de leur chiffre d'affaires, qui leur confère beaucoup de pouvoir face aux autorités nationales, et particulièrement dans les pays politiquement instables. Cela n'est pas le cas des entreprises nationales qui sont clairement attachées à un ordre juridique qui les régit, sans entraîner l'application du droit international.

3. L'application à toutes les entreprises pourrait avoir pour conséquence l'imposition de normes trop lourdes aux entreprises nationales, qui génèrent des chiffres d'affaires moins importants.

4. L'absence d'une définition ferme d'entreprise multinationale en droit international « dur » laisse ouvert le champ d'application du Traité. Ceci dit, son champ d'application peut être ou non élargi, en adoptant des notions plus ou moins larges pour le terme « transnationale ou autres entreprises ».

5. Le *soft law* a déjà, à de multiples reprises, proposé des définitions pertinentes d'entreprises multinationales en insistant sur la combinaison de différents facteurs tels que : le déploiement des activités dans plusieurs pays ; la mise en commun des ressources (capital, personnel, savoir-faire, information) ; et la poursuite d'une stratégie unique par-delà les frontières ;

6. Néanmoins, partant d'une conception fonctionnelle de l'entreprise multinationale, le Traité pourrait s'appliquer à toutes celles qui ont des activités à l'étranger. L'expression « autres entreprises » comprendrait celles qui n'ont à l'étranger que des représentations commerciales ou des affaires pour l'exportation de leur production. Il s'agit d'une notion beaucoup plus large que dans d'autres domaines du droit.

II) APPLICATION À TOUTES LES ENTREPRISES

Pour suivre la voie de l'application du Traité à toutes entreprises, il faut présupposer que le débat sur son champ d'application est toujours ouvert et que la Résolution 26/9 ne l'a pas limité.

En effet, le texte de la Résolution prévoit que le groupe de travail doit discuter du contenu, du champ d'application, de la nature et de la forme d'un futur traité, ce qui pourrait ouvrir le champ d'application du futur Traité à toutes les entreprises, y compris celles qui sont exclusivement limitées à la sphère nationale⁵⁰.

L'application du Traité à toutes entreprises bénéficierait aux victimes, qui jouiraient d'une protection plus étendue. Le Traité à venir, en imposant indistinctement les règles à toutes les entreprises, favoriserait la promotion du respect de la concurrence non faussée (lutte contre la concurrence déloyale et phénomène du *free rider*). Il convient également de rappeler que la pratique d'imposer des contraintes discriminatoires (plus fermes à l'égard des multinationales qu'à celui des nationales), soit en termes de performances soit en matière fiscale, est controversée⁵¹. En dernier lieu, l'application indistincte aux multinationales et aux nationales éviterait une éventuelle définition de la notion de « multinationale », qui s'avérerait nécessaire pour les distinguer des autres entreprises dans le cas où le Traité ne s'applique qu'à elles.

L'application d'une norme internationale à une entreprise nationale est juridiquement possible, celle-ci étant soit la destinataire directe de l'obligation soit sa destinataire indirecte, à travers les règles adoptées par l'État.

La responsabilité sociale des entreprises, par exemple, ne s'applique pas seulement aux multinationales⁵².

⁵⁰ DEVA (S.), *The Scope of the proposed Treaty*, précité, pp. 167-168.

⁵¹ ZERK (A. J.), *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*, précité, 2011, p. 46.

⁵² ZERK (A. J.), *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*, précité, pp. 44-45.

Les Principes directeurs de l'ONU ont supprimé la distinction entre multinationales et autres entreprises, et ont affirmé que toutes les entreprises ont l'obligation de respecter les droits de l'Homme⁵³. Depuis des années, on constate une expansion des initiatives de réglementation destinées à toutes les entreprises, notamment à travers le *soft law*. Il serait donc plus compliqué de limiter le champ d'application du futur Traité aux seules multinationales et aux entreprises qui ont un caractère transnational dans leurs activités, à moins que l'on ne considère que ce Traité ne soit que la première pierre d'une série d'autres traités dans le domaine ⁵⁴.

En outre, selon les statistiques des Nations Unies, même les petites et moyennes entreprises multinationales sont en train de devenir encore plus « internationalisées »⁵⁵. À l'inverse, il existe des grands groupes d'entreprises qui ne sont pas des multinationales. L'important, au regard du but et de l'objet du Traité en question, est la taille de l'entreprise et son impact pour les droits de l'Homme, et non son caractère multinational ou national⁵⁶.

Des législateurs nationaux ont fixé un seuil à atteindre pour soumettre les entreprises à certaines obligations afin de répondre à la « nécessité de trouver un compromis entre l'efficacité de la réglementation et son coût pour les entreprises visées »⁵⁷. Un critère envisageable pour le Traité est celui des petites et moyennes entreprises, classées par l'OCDE selon leur nombre d'employés :

« Les PME se définissent comme des entreprises indépendantes qui comptent un nombre de salariés limité. Ce nombre varie selon les systèmes statistiques nationaux. Le plafond le plus fréquent est de 250 salariés, notamment dans l'Union européenne. Cependant, certains pays fixent la limite à 200 salariés, et les États-Unis quant à eux

⁵³ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, 2011, accessible sur : http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf, dernière visite le 8 juin 2018).

⁵⁴ DEVA (S.), *The Scope of the proposed Treaty*, précité, p. 172.

⁵⁵ United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2000: cross-border Mergers and Acquisitions and Development*, 2000, pp. 15-18, accessible sur : http://unctad.org/en/Docs/wir2000_en.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

⁵⁶ ZERK (A. J.), *Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law*, précité, p. 47.

⁵⁷ MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, précité, p. 30.

considèrent que les PME comprennent toutes les entreprises de moins de 500 salariés
»⁵⁸.

Afin de réduire le risque d'imposition d'obligations trop lourdes aux entreprises nationales, notamment celles des pays du Sud, qui revendiquent l'application du Traité aux seules multinationales, une solution serait d'adopter le critère du seuil, qui doit tout de même permettre d'englober la majorité des entreprises transnationales afin d'éviter l'écueil de la loi française sur le devoir de vigilance qui ne s'applique qu'à une petite centaine d'entreprises. Le champ d'application comprendrait toutes les entreprises, nationales ou multinationales, qui atteignent le seuil fixé.

Par ailleurs, en 2000, l'OCDE et l'OIT ont modifié deux déclarations sur les entreprises multinationales, datées respectivement de 1976 et 1977. Leur champ d'application a été élargi pour inclure les entreprises nationales. Selon les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (Principes directeurs de l'OCDE) :

«5. Les Principes directeurs ne visent pas à instaurer des différences de traitement entre les entreprises multinationales et les entreprises nationales ; ils traduisent des pratiques pouvant être recommandées à toutes. On attend donc des entreprises multinationales et nationales qu'elles aient le même comportement dans tous les cas où les Principes directeurs s'appliquent aux unes et aux autres.

6. Les gouvernements souhaitent encourager un respect aussi large que possible des Principes directeurs. Tout en reconnaissant que les petites et moyennes entreprises peuvent ne pas avoir les mêmes moyens que les grandes, les gouvernements adhérant aux Principes directeurs les encouragent néanmoins à respecter dans toute la mesure du possible les recommandations qu'ils contiennent. »⁵⁹.

À son tour, la Déclaration tripartite de l'OIT de 1977 sur les entreprises multinationales et la politique sociale prévoit :

⁵⁸ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Les petites et moyennes entreprises : force locale, action mondiale, in : *Synthèses de l'OCDE*, 2000, accessible sur : <http://www.oecd.org/fr/industrie/pme/1918323.pdf>, dernière visite le 9 juin 2018.

⁵⁹ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, précité.

« 5. Ces principes ne visent pas à instaurer ou à faire subsister des différences de traitement entre entreprises multinationales et entreprises nationales. Ils traduisent de bonnes pratiques pour toutes les entreprises. Chaque fois que les principes de la présente Déclaration sont applicables tant aux entreprises multinationales qu'aux entreprises nationales, on devrait attendre des unes et des autres la même conduite en général et les mêmes pratiques sociales en particulier. »⁶⁰.

Au-delà de conférer une protection plus ample aux victimes, l'application à toutes les entreprises est compatible avec l'évolution du droit international.

Afin de trouver un consensus entre les pays du Nord et du Sud, l'adoption d'une position intermédiaire d'application du Traité à toutes entreprises peut être envisagée. Cette solution peut être mise en place de deux façons différentes. D'abord, le *soft hybrid* : la plupart des dispositions du Traité visent les multinationales, et le préambule et/ou les principes généraux prévoient que toutes les entreprises doivent respecter les normes des droits de l'Homme. Ensuite, le *strong hybrid* : un protocole facultatif prévoirait l'application du Traité à toutes les entreprises alors que le corps du Traité ne serait applicable qu'aux multinationales⁶¹.

Cette proposition, bien qu'elle puisse favoriser l'obtention d'un consensus sur le champ d'application, prend en compte moins sérieusement la responsabilisation des entreprises nationales. En effet, celles-ci ne seraient destinataires que des orientations générales découlant du préambule ou ne seraient liées que par un protocole facultatif, éventuellement ratifié par l'Etat dans lequel elles sont implantées.

Enfin, cette proposition exigerait peut-être une définition plus claire des multinationales. Les conséquences sur la concurrence seraient alors encore plus néfastes que si le Traité ne s'appliquait qu'aux seules multinationales car un tel protocole créerait des différences de traitement entre les entreprises selon leur nationalité et l'adoption ou non du protocole facultatif par l'Etat signataire.

⁶⁰ Organisation internationale du travail (OIT), *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 1977, §6, précité.

⁶¹ DEVA (S.), *The Scope of the proposed Treaty*, précité, pp. 172-173.

CONCLUSIONS SUR L'APPLICABILITE DU TRAITE A TOUTES ENTREPRISES

1. Le texte de la résolution A/HRC/RES/26/9 prévoit que le groupe de travail doit discuter du contenu, du champ d'application, de la nature et de la forme d'un futur Traité, en laissant ouvert le débat sur son champ d'application.

2. L'application du Traité à toutes les entreprises pourrait bénéficier aux victimes et promouvoir la concurrence non faussée.

3. L'application indistincte aux entreprises multinationales et nationales éviterait une éventuelle définition de la notion de « multinationale ».

4. Il n'y a pas d'enjeu juridique sur l'application du traité à toutes les entreprises. L'important, au regard du Traité en question, serait la taille de l'entreprise et son impact pour les droits de l'Homme, plutôt que son caractère multinational ou national. Cela pourrait mener à l'adoption d'un seuil pour l'imputation de toutes ou de certaines obligations aux entreprises.

5. L'application à toutes les entreprises est compatible avec l'évolution du droit international et à la conception des organisations internationales, telles que l'OCDE et l'OIT, qui ont modifié leurs textes pour élargir leurs champs d'application et y inclure les entreprises nationales.

6. Une proposition hybride peut être envisagée, mais cette proposition serait moins rigoureuse à l'égard des entreprises nationales. En plus, elle exigerait une définition plus précise de l'« entreprise multinationale » et aurait des effets encore plus préjudiciables sur la concurrence.

CHAPITRE 2

ENJEUX ET CONSEQUENCES DE L'EFFET DIRECT ET DE L'APPLICABILITE DIRECTE DU TRAITE SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME

Les Éléments que propose l'Équateur pour un projet de Traité contraignant sur les entreprises transnationales et autres entreprises affirment « la responsabilité primaire de l'État de protéger sur son territoire/sa juridiction contre les violations des droits de l'Homme par des parties tierces, dont les entreprises transnationales et autres entreprises »⁶². Les négociations actuelles tendent donc à rendre l'État principalement responsable, ce qui indique que les obligations découlant du Traité sont d'abord imputables à l'État.

Mais, si un consensus politique est trouvé, certaines obligations pourront aussi viser directement les entreprises, comme le rappellent les Éléments proposés par l'Équateur (« La responsabilité des entreprises transnationales et autres entreprises de respecter tous les droits humains, qu'importe leur taille, secteur, contexte opérationnel, propriété et structure. »). Si le Traité entre en vigueur, les entreprises seront aussi responsables au regard du droit international pour des violations des droits de l'Homme.

En revanche, une norme juridique, même contraignante, n'est pas totalement effective en termes de réparation si les victimes des violations des droits de l'Homme par les entreprises ne peuvent pas invoquer cette norme pour faire reconnaître leurs droits. Pour qu'une juridiction puisse reconnaître les droits des individus fondés sur une norme du Traité qui a été violée par une entreprise, et exiger de l'entreprise une juste réparation aux victimes, il faut que le Traité soit applicable aux entreprises et qu'il produise des effets dans le patrimoine⁶³ des personnes, ce qui suppose de préciser deux notions essentielles du droit international des droits de l'Homme : l'effet direct et l'applicabilité directe.

⁶² *Elements For The Draft Legally Binding Instrument On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights, Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9* du 29 septembre 2017, précité.

⁶³ Le « patrimoine » est ici utilisé au sens juridique, comme l'ensemble des biens, droits et obligations ayant une valeur économique dont une personne peut être titulaire ou tenue.

Ces deux notions peuvent souvent être confondues par les praticiens, et nous nous attacherons à définir précisément chaque terme **(I)**. Puis, nous verrons comment donner la plus grande portée au Traité dans l'intérêt des victimes des violations des droits de l'Homme par les entreprises **(II)**.

Les enjeux et problématiques qui se dégagent de l'effet direct et de l'applicabilité directe d'un tel Traité sont multiples et différents selon l'ordre juridique considéré. Tout au long de cette partie, nous nous efforcerons de distinguer les questions qui se dégagent au sein de l'ordre interne (et particulièrement du point de vue français) et celles qui s'attachent à l'ordre international.

I) PRECISIONS PRELIMINAIRES SUR LES NOTIONS D'EFFET DIRECT ET D'APPLICABILITÉ DIRECTE DU TRAITÉ

A) L'EFFET DIRECT

L'EFFET DIRECT = Les personnes privées peuvent directement invoquer une norme internationale devant une juridiction (qu'elle soit interne ou internationale) ou un organe conventionnel **pour faire reconnaître leurs droits**. L'effet direct du Traité en question permet aux victimes de directement se prévaloir du Traité pour tenter un recours contre l'État et/ou l'entreprise⁶⁴.

B) L'APPLICABILITÉ DIRECTE

L'APPLICABILITE DIRECTE DU TRAITE AUX ENTREPRISES⁶⁵ = Le Traité prévoit des obligations directement imputables aux entreprises. Il y a une responsabilité directe des entreprises en cas de violation des obligations du Traité.

⁶⁴ CLAES (E.) & VANDAELE (A.), L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme, in : *Institut de droit international de la K.U. Leuven, Working Paper n. 15*, décembre 2001, pp. 6-9, accessible sur <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/working-papers/WP15f.pdf>, dernière visite le 8 juin 2018.

⁶⁵ Dans le cadre de cette étude, nous appellerons « applicabilité directe » le fait que le traité prévoit des obligations directement imputables aux entreprises. Cette notion d'applicabilité directe est différente de celle d'« applicabilité immédiate », utilisée en droit de l'Union européenne.

Si les deux hypothèses sont réunies (le Traité est d'effet direct et il est aussi applicable directement aux entreprises), on parle d'effet direct complet ou horizontal du Traité. Si le Traité n'est que d'effet direct, on dit que le Traité est d'effet direct partiel ou vertical.

**CONCLUSIONS SUR LES PRECISIONS PRELIMINAIRES QUANT AUX NOTIONS
D'EFFET DIRECT ET D'APPLICABILITÉ DIRECTE DU TRAITÉ**

1. L'effet direct : Les personnes privées peuvent directement invoquer une norme internationale pour faire reconnaître leurs droits.
2. L'applicabilité directe, telle que définie dans le cadre de cette étude : Le Traité prévoit des obligations directement imputables aux entreprises.
3. Effet direct + Applicabilité directe du Traité = effet direct complet/horizontal.

II) QUEL EFFET DIRECT POUR LE TRAITE SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME : EFFET DIRECT PARTIEL OU COMPLET ?

Il s'agit d'abord de déterminer si les individus, victimes de violations des droits de l'Homme du fait des entreprises multinationales (EMN), peuvent **directement invoquer** les normes du Traité pour faire reconnaître la responsabilité de l'État ou celle de l'entreprise en cause **(A)**. Puis, nous verrons quelles sont les possibilités pour que soit reconnu **l'effet direct complet** du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme - c'est-à-dire l'effet direct et l'applicabilité directe du Traité aux entreprises **(B)**.

A) LES ENJEUX ET PERSPECTIVES DE LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET DIRECT DU TRAITE

Il serait bienvenu que le Traité prévoie que les victimes des violations des droits de l'Homme puissent se prévaloir des normes du Traité pour obtenir réparation de l'État ou de l'entreprise, dans l'ordre juridique interne **(a)** et dans l'ordre juridique international **(b)**. L'avantage principal réside dans le fait que toutes les victimes de violations des droits de l'Homme, du fait de l'action ou de l'inaction des États et/ou des entreprises, pourront directement invoquer les normes du Traité pour faire reconnaître la responsabilité de l'État ou de l'EMN en cause. L'existence d'un effet direct sera aussi probablement plus dissuasive pour les États et/ou les entreprises qui n'auront pas intérêt à risquer d'être attirés en justice par des personnes qui veulent obtenir réparation aux quatre coins du monde.

a) Dans l'ordre juridique interne

La reconnaissance de l'effet direct du Traité par les juges internes dépend de la formulation des dispositions du Traité.

En France, l'effet direct est reconnu dès lors que la formulation des dispositions du traité correspond aux critères de l'effet direct tels que dégagés et appliqués par les juridictions françaises. Cette formulation doit être **claire, précise, inconditionnelle**, et le traité ne doit **pas régir des relations exclusivement interétatiques**. Il appartiendra à **chaque juge national** de déterminer si ces critères sont remplis.

Que le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme soit reconnu d'effet direct dans l'ordre interne ne sera pas un fait nouveau. La Cour de Cassation et le Conseil d'État reconnaissent déjà l'effet direct de certaines conventions internationales dans des litiges entre personnes privées ou entre personne privée et l'État, comme on aura l'occasion de le montrer.

En effet, les personnes privées peuvent directement invoquer des normes issues de conventions internationales devant une juridiction française pour faire reconnaître leurs droits et invoquer la responsabilité de l'État ou d'une autre personne privée.

Si le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme impute des obligations seulement à l'État, la jurisprudence du Conseil d'État quant aux conditions de l'effet direct est pertinente.

Pour le Conseil d'État, une norme **internationale** est d'effet direct lorsqu'elle « n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États » (présomption négative de l'effet direct) et lorsqu'elle « ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers », sachant que « l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit »⁶⁶.

Si le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme impose seulement aux États de faire peser des obligations sur les entreprises opérant dans leur sphère de compétence afin que celles-ci respectent les droits de l'Homme, mais sans reconnaître aux individus des droits, alors le Conseil d'État considèrera peut-être que le Traité n'est pas d'effet direct. Les victimes ne pourraient alors pas invoquer directement le Traité pour faire reconnaître et réparer leurs dommages dus aux violations du Traité par l'État.

En revanche, si la disposition invoquée par la victime lui reconnaît directement un droit et qu'elle est suffisamment claire et précise, le Conseil d'État pourra considérer que le Traité n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États. Dans ce cas, même

⁶⁶ Conseil d'État, *GISTI et autres*, n.322326, 11 avril 2012, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000025678343>, dernière visite le 5 juin 2018.

si le Traité désigne les États parties comme seuls sujets des obligations en matière d'entreprises et de droits de l'Homme, le Traité pourra être d'effet direct.

Le Conseil d'État a déjà reconnu l'effet direct de dispositions de conventions internationales, comme certaines de la convention internationale des droits de l'enfant, dans des litiges entre l'État français et un particulier. *A priori*, il pourra également reconnaître l'effet direct de dispositions du Traité sur les entreprises et les droits de l'homme, si les conditions qu'il a posées sont remplies.

Le Conseil d'État reconnaît par exemple l'effet direct de certaines dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. C'est dans un arrêt de 1994 qu'il revient sur son interprétation de rejet total de l'effet direct de l'ensemble de la Convention en faisant désormais une application distributive⁶⁷. Il reconnaît au fil du temps l'effet direct de plus en plus de dispositions de la Convention, comme par exemple l'effet direct de l'article 37 a) concernant l'interdiction de soumettre les enfants à la torture ou à des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants ; et b) sur l'interdiction de la privation de liberté illégale ou arbitraire d'un enfant⁶⁸.

Le Conseil d'État a donc déjà reconnu l'effet direct de dispositions de Conventions internationales dans des litiges entre l'État français et un particulier.

Si le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme impute des obligations également aux EMN, et s'il est reconnu d'effet direct, les individus pourront directement intenter des recours devant les juridictions internes contre les entreprises responsables des violations de leurs droits, en se fondant sur le Traité. Dans ce cas, la jurisprudence de la Cour de Cassation quant aux conditions de l'effet direct est pertinente.

⁶⁷ Conseil d'Etat, *Préfet de la Seine maritime*, n.143866, 29 juillet 1994, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007871788>, dernière visite le 5 juin 2018. Le Conseil d'État refuse l'effet direct de l'article 9 de la Convention (« les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré ») car « il crée seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés ».

⁶⁸ Conseil d'Etat, *GISTI*, n.282275, 12 juin 2006, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008254204>, dernière visite le 5 juin 2018.

Pour la Cour de Cassation, comme pour le Conseil d'État, si une convention internationale n'a pour objectif que de régler des relations interétatiques, alors elle n'est pas d'effet direct. C'est ce qu'a considéré pendant longtemps la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation à propos de la Convention sur les droits de l'enfant de 1989⁶⁹, et ce, en raison de l'article 4 : « Les États parties doivent prendre toute mesure nécessaire pour mettre en œuvre les dispositions de la présente Convention ». Selon son raisonnement, si l'État doit prendre toutes les mesures nécessaires pour donner à la Convention toute son effectivité, alors c'est que la Convention des droits de l'enfant « ne crée des obligations qu'à la charge des États parties », et que donc les individus ne peuvent pas directement s'en prévaloir devant la Cour de Cassation⁷⁰.

Mais, la non reconnaissance par la Cour de Cassation de l'effet direct d'une disposition n'est pas toujours définitive. En effet, par la suite, la Cour de Cassation s'est ralliée à la position du Conseil d'État pour faire une application distributive de la Convention⁷¹. Par exemple, elle reconnaît l'effet direct de l'article 3-1 consacrant l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent⁷². Dans cet arrêt, la Cour de Cassation ne justifie pas pourquoi elle applique l'article 3-1 de la Convention au cas d'espèce, donc pourquoi elle reconnaît son effet direct, mais elle affirme :

« Qu'en vertu de l'article 3, 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances [selon lesquelles il peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant dans son milieu d'origine s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une

⁶⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, n.91-11.310, Publié au Bulletin, 10 mars 1993, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030074&fastReqId=640221689&fastPos=1&oldAction=rechJuriJudi>, dernière visite le 5 juin 2018.

⁷⁰ La Cour de Cassation suit le même raisonnement quand elle écarte l'effet direct d'une disposition de la Convention. Voir Cour de Cassation, Chambre criminelle, n.97-82008, 18 juin 1997, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007071372>, dernière visite le 5 juin 2018 : « Attendu que le demandeur n'est pas recevable à présenter une exception prise d'une prétendue incompatibilité des dispositions précitées avec l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant (...) dès lors que ce texte, qui ne crée d'obligations qu'à la charge des États, ne saurait être invoqué directement devant les juridictions nationales ».

⁷¹ GUINCHARD (S.), *Droit processuel*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2017, p. 128-129.

⁷² Cour de Cassation, Chambre civile 1, n.04-16.942, Publié au Bulletin, 14 juin 2005, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051372>, dernière visite le 5 juin 2018. Dans cette affaire, la requérante française était mariée avec le défendeur américain et ils vivaient avec leur enfant (née aux États-Unis) aux États-Unis. Lors d'un voyage de la requérante avec sa fille en France, elle informe son époux de son intention de rester en France avec son enfant. Elle fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir ordonné le retour immédiat de l'enfant aux États-Unis.

situation intolérable] doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

La Cour de Cassation a donc déjà pu faire évoluer sa jurisprudence sur la reconnaissance de l'effet direct de dispositions dans des litiges entre deux personnes privées, comme c'est le cas de certaines dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant. Elle a aussi reconnu l'effet direct de plusieurs dispositions de conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (OIT), et, parfois même, de conventions OIT dans leur intégralité.

La chambre sociale de la Cour de Cassation⁷³ reconnaît par exemple l'effet direct des articles 1, 2 paragraphe 2 b), et 11 de la Convention internationale du travail n.158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur de 1982⁷⁴. La chambre sociale ne justifie encore une fois pas pourquoi elle accepte l'effet direct de ces dispositions. Elle ne fait qu'affirmer qu'elles « sont d'application directe devant les juridictions nationales »⁷⁵. Les dispositions d'une convention internationale, ici de la Convention OIT n.158, sont ainsi applicables dans un litige entre deux particuliers (un employeur et un employé).

Autre exemple, la Chambre sociale a reconnu l'effet direct des dispositions de la Convention n. 137 de l'OIT sur le travail dans les ports de 1973⁷⁶. Dans cet arrêt, la

⁷³ Cour de Cassation, Chambre sociale, n.04-46.499, Publié au Bulletin, 29 mars 2006, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050004>, dernière visite le 5 juin 2018. En l'espèce, un salarié engagé par la société *Euromédia Télévision* sous contrat à durée déterminée prend acte de la rupture de son contrat de travail par l'employeur qui ne lui fournit plus de travail. Il estime cependant être lié à la société par contrat à durée indéterminée et saisit le conseil de prud'hommes. La Cour d'appel infirme le jugement considérant que la relation est devenue à durée indéterminée.

⁷⁴ La Cour de Cassation reconnaît aussi l'effet direct de son article 4 sur l'exigence d'un motif valable de licenciement (Cour de Cassation, Chambre sociale, n. 07-44.124, Publié au Bulletin, 1er juillet 2008) et l'effet direct des « principes posés » par cette Convention concernant la durée de la période d'essai (Cour de Cassation, Chambre sociale, n. 10-28.512, Publié au Bulletin, 10 mai 2012).

⁷⁵ La Chambre sociale reconnaît l'effet direct de ces dispositions pour casser l'arrêt de la Cour d'appel et renvoyer l'affaire. En effet, les articles L. 122-5 et L. 122-6 du Code du travail relatifs à la durée du préavis (exclu dans le cas d'une ancienneté inférieure à 6 mois) ne méconnaissent pas les dispositions de la Convention OIT n. 158 qui posent le principe d'un préavis ou d'une indemnité équivalente, mais qui offrent aussi la possibilité de déroger à ce préavis pour les travailleurs « n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ».

⁷⁶ Cour de Cassation, Chambre sociale, n.00-44.403, Publié au Bulletin, 26 novembre 2002, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044834>, dernière visite le 5 juin 2018.

Chambre sociale affirme que la Convention a été « introduite dans le droit interne par décret n. 81-245 du 9 mars 1981 » pour ensuite l'appliquer au cas d'espèce, dans un litige entre des particuliers (des dockers du port de Sète et leur employeur)⁷⁷.

Dernier exemple, parmi beaucoup d'autres, la Chambre sociale intègre dans son visa « la convention n. 180 de l'OIT sur la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires (...) en ses articles 3, 4 et 5 » et précise qu'elle est « d'application directe en droit interne »⁷⁸. Reconnaisant sans d'autres explication l'effet direct de ces dispositions, elle les applique à un litige entre un employeur et son salarié, patron d'un navire.⁷⁹

Pour illustrer le fait que la Cour de Cassation reconnaît l'effet direct de nombreuses dispositions de conventions internationales dans des affaires qui opposent des particuliers, nous allons nous pencher sur d'autres cas d'effet direct concernant le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et la Convention européenne des droits de l'Homme (CESDH).

La Chambre sociale de la Cour de Cassation⁸⁰ reconnaît aussi l'effet direct de l'article 6.1 du PIDESC « qui garantit le droit (...) d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté (et) s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave », en l'utilisant dans son visa. Elle affirme aussi spécifiquement qu'il est « directement applicable en droit interne ».

⁷⁷ La Chambre sociale confirme l'arrêt en appel et estime que les conditions d'emploi des dockers étaient celles des ouvriers dockers occasionnels. La Cour d'appel, dans son appréciation des faits, n'a pas violé les dispositions de la Convention n.137 instaurant un statut protecteur pour les dockers professionnels en affirmant que les « intéressés ne pouvaient prétendre à la qualité d'ouvrier docker professionnel telle qu'elle résulte du statut spécifique applicable à cette catégorie de salariés ».

⁷⁸ Cour de cassation, Chambre sociale, n.09-40.094, Publié au Bulletin, 18 janvier 2011, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023462245>, dernière visite le 5 juin 2018.

⁷⁹ Les articles 3, 4 et 5 de la Convention OIT n.180 prévoient que « la durée du travail pour les gens de mer comme pour les autres travailleurs est en principe de huit heures par jour avec un jour de repos par semaine, plus le repos correspondant aux jours fériés ». La chambre sociale casse l'arrêt de la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un salarié en paiement d'heures supplémentaires, a retenu que son contrat de travail était soumis au code du travail maritime, qui exclue l'application au capitaine du bénéfice des heures supplémentaires, et donc qui a méconnu les dispositions de la Convention OIT n.180.

⁸⁰ Cour de cassation, Chambre sociale, n.05-40.876, Publié au Bulletin, 16 décembre 2008, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019967052>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cet article peut donc désormais être directement invoqué par un justiciable devant la Cour de Cassation contre son employeur pour, comme en l'espèce, s'opposer à ce qu'il soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave, alors qu'il est tenu au respect d'une obligation de non concurrence.

Pour finir, la Cour de Cassation reconnaît bien évidemment l'effet direct de la CESDH dans les recours individuels contre l'Etat, mais aussi dans des affaires opposant des particuliers. Par exemple, la troisième Chambre civile⁸¹ reconnaît l'effet direct des articles 9-1 et 9-2 de la CESDH sur la liberté religieuse, mais elle les interprète en l'espèce comme n'imposant pas d'obligations positives dans les relations horizontales. La Chambre affirme en effet que « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique », notamment celle d'installer des serrures mécaniques en sus des digicodes déjà existants pour permettre aux locataires de religion juive d'accéder à l'immeuble les jours de fête religieuse. Ainsi, dans une affaire opposant un bailleur et son locataire, soit deux personnes privées, le requérant peut désormais invoquer l'article 9 de la CESDH devant la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation pour faire reconnaître ses droits (l'effet direct ayant été reconnu, mais n'ayant pas donné lieu à une violation de l'article 9).

La Cour de Cassation a donc déjà reconnu l'effet direct de dispositions de conventions internationales dans des litiges entre particuliers, et pourra donc, si les conditions qu'elle a posées sont remplies, reconnaître l'effet direct du nouveau Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme dans des litiges entre une entreprise et un individu, victime des violations des droits de l'Homme du fait de l'entreprise.

⁸¹ Cour de Cassation, Chambre civile 3, n.01-00.519, Publié au Bulletin, 18 décembre 2002, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046554>, dernière visite le 5 juin 2018.

b) Dans l'ordre juridique international

Il existe déjà au niveau de l'ordre juridique international des mécanismes qui permettent aux personnes privées de directement saisir des organes pour faire prévaloir leurs droits et faire reconnaître la responsabilité des EMN en cas de violation des droits de l'Homme.

C'est le cas des Points de contact nationaux (PCN), qui, bien que non juridictionnels, peuvent être « saisis » **par toute personne** (individu, ONG, syndicat, entreprise) qui estime que les agissements ou les activités d'une entreprise multinationale enfreignent les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Cette personne peut officiellement demander l'examen d'une "circonstance spécifique" par le PCN du pays où l'EMN a son siège ou par le PCN du pays où les faits ont eu lieu.

Si une juridiction internationale ou un organe conventionnel venait à voir le jour pour la mise en œuvre du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, il pourrait être mis en place un mécanisme apparenté à celui des PCN (compte tenu du fait que certains aspects du modèle, tenant à son manque d'efficacité criante, sont critiquables par ailleurs). Le futur Traité pourrait prévoir que les personnes privées peuvent directement invoquer une norme internationale devant une instance internationale pour faire reconnaître leurs droits. Elles pourront alors, devant cette instance, se prévaloir du Traité pour tenter un recours contre l'entreprise qui aura violé ses obligations découlant du Traité.

L'effet direct de dispositions internationales et régionales a aussi été reconnu dans l'ordre juridique international dans des litiges entre un individu et un État, lorsque l'État a failli à ses obligations internationales en matière de droits de l'Homme.

Au niveau régional, la CESDH par exemple donne le droit aux personnes privées d'invoquer des dispositions de la Convention lorsqu'elles ont été victimes de violations

par les États des droits reconnus dans la Convention⁸². Dans le domaine des affaires, des requérants bangladais se sont par exemple directement prévalus de l'article 4 de la Convention pour faire reconnaître leur droit à ne pas subir un travail forcé. La Cour s'est appuyée sur cet article 4 pour condamner la Grèce qui n'avait pas protégé efficacement les victimes contre les agissements de leurs employeurs, qui ne leur versaient pas leurs salaires et les faisaient travailler dans des conditions physiques extrêmes, sous le contrôle de gardes armés⁸³.

Au niveau de l'ordre juridique international, la procédure de communication individuelle est certes quasi-juridictionnelle, mais elle permet aussi aux individus de se prévaloir de dispositions issues d'instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme⁸⁴. Toute personne peut présenter une requête devant un comité, au motif que les droits qui lui sont reconnus par l'instrument pertinent ont été violés par un État⁸⁵. Cet État doit être partie à l'instrument et il doit avoir reconnu la compétence du comité pour examiner des requêtes individuelles⁸⁶.

⁸² C'est le droit au recours individuel, reconnu par l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁸³ Cour européenne des droits de l'Homme, *Chowdury et autres c. Grèce*, n.21884/15, 30 mars 2017.

⁸⁴ Il s'agit de neuf instruments internationaux dits « fondamentaux » : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, la Convention relative aux droits des personnes handicapées, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et la Convention relative aux droits de l'enfant et ses Protocoles facultatifs.

⁸⁵ Nous étudierons plus en détail cette procédure et ses enjeux dans le III) du dernier Chapitre sur la mise en œuvre du Traité dans l'ordre juridique international.

⁸⁶ Haut-Commissariat des Nations Unies, *Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Fiche d'information n.7/Rev.2, 2013, p.4, accessible sur : https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev.2_fr.pdf, dernière visite le 21 juin 2018.

CONCLUSIONS SUR LES ENJEUX ET PERSPECTIVES DE LA RECONNAISSANCE DE L'EFFET DIRECT DU TRAITE

1. La reconnaissance de l'effet direct du Traité par les juges internes français dépend de la formulation des dispositions du Traité. Cette formulation doit être claire, précise, inconditionnelle, et le Traité ne doit pas régir des relations exclusivement interétatiques.

2. Si le Traité impute des obligations seulement à l'État : le Conseil d'État a déjà reconnu l'effet direct de dispositions de conventions internationales dans des litiges entre l'État français et un particulier. *A priori*, il pourra également reconnaître l'effet direct de dispositions du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, si les conditions qu'il a posées sont remplies.

3. Si le Traité impute des obligations également aux EMN : la Cour de Cassation a déjà reconnu l'effet direct de dispositions de conventions internationales dans des litiges entre deux personnes privées. Si elle le fait également pour le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, les individus pourront directement intenter des recours devant les juridictions internes contre les entreprises responsables des violations de leurs droits.

4. Si une juridiction internationale ou un organe conventionnel venait à voir le jour pour la mise en œuvre du Traité, on pourrait s'inspirer d'un système apparenté aux PCN (compte tenu du fait que certains aspects du modèle sont critiquables par ailleurs), des Conventions régionales ou des instruments onusiens internationaux. Les personnes privées pourraient invoquer directement une norme internationale devant cette instance pour faire reconnaître leurs droits.

B) LA FAISABILITE D'UN TRAITE A EFFET DIRECT COMPLET

Pour que le Traité ait la portée la plus ample possible, il faut étudier la faisabilité et les conditions pour rendre le Traité directement applicable aux États et aux entreprises (a). Puis, nous répondrons aux critiques émises contre un effet direct et une applicabilité directe du Traité, d'une part, sur les droits que pourraient ensuite revendiquer les entreprises dans l'ordre international, et, d'autre part, sur la consécration d'un dispositif dont l'État n'est plus le seul et unique centre (b).

Nous rappelons qu'un traité est d'effet direct complet lorsque ce traité est d'effet direct et d'applicabilité directe. En revanche, un traité avec un effet direct partiel n'a pas d'applicabilité directe, c'est-à-dire que, dans notre cas, le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme n'imputerait des obligations qu'aux seuls États, et non aux entreprises.

a) Quel type d'effet direct, partiel ou complet, doit être envisagé par le Traité ?

1. Dans l'ordre international, l'effet direct complet va-t-il à l'encontre du cadre du droit international public ?

De prime abord, on peut penser que l'effet direct complet va à l'encontre du droit international public traditionnel, qui a été conçu dans une dimension verticale. Avec un effet direct complet, le Traité permettrait à des individus d'intenter un recours directement contre des entreprises – soit d'autres personnes privées – et non seulement contre l'État.

On peut penser de prime abord que donner l'effet direct horizontal au Traité sur les entreprises et les droits de l'homme (dont les individus peuvent se prévaloir directement pour faire valoir leurs droits et qui est directement applicable aux EMN) irait à l'encontre du droit international public traditionnel⁸⁷. Le droit international des droits de l'Homme a en effet été conçu dans une **dimension verticale** : l'individu est

⁸⁷ DE SCHUTTER (O.), Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights, in: RIEDEL (E); GIACCA (G.) et GOLAY (C.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Oxford University Press, 2014, p.195.

victime d'une violation d'un droit dont il peut se prévaloir contre l'État. Dans le prolongement de cette conception, le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme devrait imputer des obligations aux seuls États pour respecter l'équilibre du droit international.

La raison pour laquelle seuls les États peuvent se voir imputer des obligations, et non pas les acteurs privés, tient au fait que les États sont les principaux – si ce n'est les seuls – **sujets et créateurs du droit international**. Ils ont la capacité de conférer des droits et des obligations à des tiers, notamment à des entités privées économiques comme les entreprises. L'État est aussi totalement **souverain** sur les affaires qui rentrent dans sa sphère de compétence. Enfin, l'État dispose des **outils pour protéger positivement** les droits économiques et sociaux (pouvoirs régaliens, services publics, taxes). C'est cette puissance, cette autonomie et ce pouvoir souverain qui les rendent les seuls objets d'obligations internationales⁸⁸.

Le représentant spécial sur la question des droits de l'Homme et des entreprises transnationales et autres entreprises entre 2005 et 2011, J. Ruggie, a déclaré que les EMN **doivent respecter** les droits de l'Homme. Mais, selon lui, on ne peut **pas leur imposer** des **obligations aussi lourdes** que celles imposées aux États, même si elles peuvent être en **position d'influencer** certaines situations⁸⁹. La raison principale étant que ces entreprises sont des **organes économiques et non des institutions démocratiques d'intérêt public**.

En allant encore plus loin que la conception de J. Ruggie, on pourrait supputer que le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme ne peut simplement pas imputer des obligations directes aux entreprises car celles-ci n'ont pas les caractéristiques d'un État. Selon cette hypothèse, les entreprises n'ont pas d'autres obligations que celles que leur imposent directement les États⁹⁰. Cela signifierait que le Traité n'imputerait des obligations directes qu'aux États.

⁸⁸ LOPEZ (C.), *Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty*, précité, pp. 301-302.

⁸⁹ DE SCHUTTER (O.), *Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights*, précité, p.197.

⁹⁰ On peut néanmoins au moins affirmer qu'une obligation générale de respecter les droits de l'Homme peut être imputée aux entreprises.

Cette conception verticale des droits de l'Homme a subsisté lorsque furent développés les droits de l'Homme au niveau régional : les États sont les destinataires traditionnels de l'obligation internationale de respect et de protection des droits de l'Homme.

En conclusion, **pour les tenants de cette conception, les EMN ne sont pas des sujets de droit international des droits de l'Homme et ne peuvent donc pas être assujetties aux conventions internationales.**

Nous examinerons ensuite pourquoi l'hypothèque selon laquelle l'effet direct complet ne va pas à l'encontre du droit international public nous paraît plus cohérente et solide.

En effet, l'effet direct complet ne va en réalité pas à l'encontre du cadre du droit international public. Même en considérant que les EMN ne sont pas des sujets de droit international, elles sont tout de même des sujets de droit, dotés d'une force économique voire sociale particulièrement vigoureuse, auxquels on peut imputer des obligations internationales.

L'influence des EMN ne fait qu'augmenter depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle. Sur les cent plus grandes entités économiques mondiales, soixante-dix sont des EMN. Elles ont la capacité d'**affecter la vie des individus** avec lesquels elles interagissent et elles décident d'un certain nombre de règles dans leur **sphère d'influence**. Les EMN ont une **puissance** considérable qui va au-delà de la seule puissance économique, ce qui leur permet de **jongler avec les droits nationaux**, d'élaborer un **droit coutumier, encadrant les relations contractuelles entre elles, qui leur est propre** (la *lex mercatoria* pouvant parfois contribuer à rendre difficile l'application des droits de l'Homme), et **d'échapper aux règles** qui s'appliquent aux sujets de droit internationaux.

Les EMN ont également une telle **sphère d'influence que cela conduit parfois certains États** à restreindre leur législation régulatrice, également en matière de protection des droits de l'Homme, par crainte de ne pas attirer les investisseurs.

Il devient alors de plus en plus nécessaire d'utiliser la puissance des entreprises pour améliorer la situation des droits de l'Homme dans le monde. Ou, tout du moins, il faut réglementer le milieu des affaires et responsabiliser les entreprises pour éviter que la conduite des EMN ne viole les droits de l'Homme.

La **personnalité juridique internationale** constitue pour beaucoup un **prérequis** afin qu'un sujet dispose de droits et d'obligations au niveau international, et **inversement** seuls les sujets de droit international pourraient disposer de droits et d'obligations internationaux⁹¹.

Or, **rien ne s'oppose** à ce que le Traité soit d'effet direct et impose des obligations directement aux entreprises, **même si celles-ci ne sont pas des sujets de droit international**. Déjà, en 1949 la **Cour internationale de justice** considère que « le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les **exigences de la vie internationale**, et l'accroissement progressif des activités collectives des Etats a déjà fait surgir des **exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des Etats** »⁹². Inversement, un grand nombre d'actions a aussi été exercé « contre certaines entités qui ne sont pas des États »⁹³.

En effet, l'effet direct d'une norme internationale devant le juge interne et la personnalité juridique internationale sont deux choses différentes. Une entreprise, qui n'est pas sujet de droit international, est néanmoins incontestablement dotée de la **personnalité juridique interne**. Or, en tant que **sujets de droit interne**, les entreprises sont titulaires de droits subjectifs et aussi d'obligations. De ce fait, une disposition d'un instrument international peut s'appliquer directement aux entreprises qui devront en assumer la responsabilité devant les tribunaux nationaux, si elles violent cette disposition.

⁹¹ LOPEZ (C.), Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty, précité, p. 302.

⁹² Cour internationale de Justice (CIJ), Avis consultatif *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, 11 avril 1949, p.8. Accessible sur : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-FR.pdf>, dernière visite le 5 juin 2018.

⁹³ LOPEZ (C.), Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty, précité, p. 302.

Ainsi, **le futur Traité** sur les entreprises et les droits de l'Homme, s'il cumule un **effet direct et une applicabilité directe, n'ira pas à l'encontre du droit international public traditionnel**. Le droit international des droits de l'Homme a certes été longtemps utilisé dans une conception verticale, mais les théoriciens sur la personnalité juridique des personnes morales ont très bien souligné qu'**un sujet de droit qui n'est pas un sujet de droit international (tel qu'une entreprise) peut tout à fait être titulaire d'obligations internationales**⁹⁴.

Nous allons désormais étudier les arguments en faveur d'un effet direct partiel et ceux en faveur d'un effet direct complet.

2. Le Traité doit-il avoir un effet direct partiel ou un effet direct complet ?

On peut concevoir un **régime pyramidal** des droits de l'Homme avec quatre niveaux. La question est de savoir à quel niveau le Traité doit se situer. Les deux premiers niveaux développent l'idée d'un effet direct partiel du Traité, qui n'impose des obligations qu'aux États, alors que les deux derniers supposent que le Traité à venir impute aussi directement des obligations aux acteurs privés (dont les entreprises).

Au niveau le plus bas de la pyramide, **l'État a un devoir général de réglementer et de prévenir** les abus éventuels des tiers et il a la flexibilité de décider des mesures spécifiques à adopter (« duty to protect », « due diligence obligations », etc.).

Au deuxième niveau, le **droit international des droits de l'Homme spécifie le contenu des obligations** que **l'État a l'obligation d'imposer** aux acteurs privés dans son ordre national (c'est le cas d'une série de standards dans le domaine des affaires développés par les organes conventionnels onusiens).

Au troisième niveau, des obligations sont **directement imposées aux entreprises privées** par l'instrument international. Le suivi de la bonne application de leurs obligations est assuré en revanche par les **juridictions nationales**. Cela pose le problème des obstacles à la reconnaissance de la compétence des juges internes et des difficultés auxquelles font face certains systèmes judiciaires nationaux⁹⁵.

⁹⁴ FABRE-MAGNAN (M.), Chapitre VII - Les sujets de droit, in : *Introduction au droit*, Presses Universitaires de France, 2016, pp. 101-111.

⁹⁵ Nous étudierons ces difficultés en substance, et tenterons de les résoudre dans le Chapitre III sur les modes de suivi de l'application du Traité.

Au quatrième niveau, les entreprises sont les **titulaires d'obligations internationales et sont responsables devant un organe international**. Un véritable **système international** est créé pour contrôler la bonne application du Traité par les entreprises⁹⁶.

Nous étudierons d'abord les arguments en faveur d'un effet direct partiel. Rappelons ce qu'est un effet direct partiel dans l'ordre international et dans l'ordre national.

Dans l'ordre international, l'État est soumis à **l'obligation de protéger** les individus contre les violations de leurs droits par les EMN. L'État est aussi obligé de **requérir certaines actions des EMN** pour faciliter la réalisation des droits des individus. On parle d'un modèle « indirect » de responsabilisation des entreprises.

Dans l'ordre national, la victime ne peut se retourner **que contre l'État**. C'est donc à **l'État d'indemniser la victime** d'une violation de ses droits par une EMN.

Dans certaines affaires qui ont eu un grand écho en droit international, les **juges se sont déjà prononcés en faveur d'un effet direct partiel** des traités aux personnes privées. Dans le même sens, la **majorité des conventions internationales et régionales** établit également des **obligations indirectes aux acteurs privés**.

Le futur Traité pourrait suivre cette tendance et n'imputer des obligations directes qu'aux seuls États.

La **Cour permanente internationale de Justice** s'est prononcée dès 1928⁹⁷ en faveur d'un effet direct partiel des Traités : « selon un principe de droit international bien établi, (...) un accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international (...) puisse être l'adoption, par les Parties, de règles

⁹⁶ KNOX (J. H.), Horizontal Human Rights Law, in: American Journal of International Law n.102, 2008, pp. 18- 27.

⁹⁷ Cour permanente internationale de Justice, Avis consultatif, *Compétence des Tribunaux de Danzig*, Série B, n.15, 3 mars 1928, pp. 17-18, accessible sur : http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_15/01_Compétence_des_tribunaux_de_Danzig_Avis_consultatif.pdf, dernière visite le 6 juin 2018.

déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ». Selon la Cour permanente de Justice donc, un instrument international ne peut pas imputer directement des obligations aux particuliers dans l'ordre international⁹⁸. Néanmoins, par leur adhésion au Traité, les États acceptent de créer un cadre normatif dans leur ordre national dont découleront des obligations et des droits directement applicables aux particuliers par les tribunaux nationaux.

Le Traité pourrait aller dans ce sens et n'imposer des obligations internationales directes qu'aux États, dont celle de mettre en place des mesures précises pour que les entreprises dans leur sphère de compétence respectent les droits de l'Homme.

Dans le **système européen**, il existe aussi une tendance à rendre certaines obligations positives d'effet direct partiel. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné l'Espagne sur le fondement de l'article 8 de la CESDH⁹⁹ (vie privée et familiale) alors qu'une station d'épuration proche d'une habitation avait nui à la requérante, la privant de la jouissance de son domicile. La Cour condamne ainsi un État qui n'a pas mis en œuvre son obligation d'imposer aux personnes privées des obligations (en l'espèce, imposer à la station d'épuration de résoudre ses graves problèmes de pollution). Cette affaire est très intéressante pour le Traité car la convention a eu, en l'espèce, des répercussions dans les relations interindividuelles (une station d'épuration et un individu). La Cour a en effet affirmé l'obligation pour les États d'établir un cadre juridique au niveau interne, permettant de protéger les droits de l'Homme dans les relations interindividuelles.

Cet exemple peut être particulièrement utile pour le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, notamment dans le cas où les négociations n'aboutissent pas à rendre les entreprises directement titulaires d'obligations. D'ailleurs, le projet de Traité avancé par l'Équateur et de l'Afrique du Sud semble aller vers une **responsabilité**

⁹⁸ Voir aussi United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Licci et al. v. Lebanese Canadian Bank*, n.15-1580, 24 août 2016, p.16: « il n'existe pas de preuve de l'existence ou même de la naissance d'une norme coutumière imposant une responsabilité civile aux entreprises pour violation des droits humains ».

⁹⁹ Cour européenne des droits de l'Homme, *Lopez Ostra c. Espagne*, n.16798/90, 9 décembre 1994.

primaire des États¹⁰⁰. La responsabilité pèserait dans ce cas avant tout sur les États défaillants. Néanmoins, **les États pourraient aussi engager leur responsabilité internationale s'ils n'établissent pas au niveau interne un environnement juridique de protection des droits de l'Homme dans les relations interindividuelles.**

Par ailleurs, **imputer des obligations internationales directement aux entreprises** se heurte à un **obstacle principal. L'instauration d'obligations directes** aux entreprises ne serait pas un système efficace pour **renforcer la protection** des droits des personnes, s'il n'existait pas parallèlement **un système robuste fondé sur l'État pour leur mise en œuvre**¹⁰¹. De ce fait, même dans un modèle indirect, il est crucial que le Traité décrive un **ensemble minimum d'obligations** spécifiques relatives aux droits de l'Homme que **chaque État doit imposer aux entreprises** dans sa sphère de compétence. Sinon, chaque État serait libre de réglementer ce qu'il considère comme nécessaire, ce qui mènerait à des **protections inadéquates** et **réduirait l'effectivité** du Traité quant à la protection des droits de l'Homme. Une telle approche mènerait aussi à une large gamme de régimes de réglementation, ce qui minerait une **protection qui tend vers l'uniformité** pour les individus à travers le monde. Enfin, une telle situation saboterait un des objectifs clés du Traité : **éviter** que la **compétitivité entre les États** régulateurs dans le domaine des affaires et des droits de l'Homme repose sur un nivellement par le bas (réglementer moins dans le domaine des droits de l'Homme pour attirer plus d'investisseurs)¹⁰².

Donc, selon la conception que nous venons d'étudier, **le Traité** sur les entreprises et les droits de l'Homme, présente aussi des **avantages** à être d'effet direct partiel, c'est-à-dire à n'imputer des **obligations qu'aux seuls États**. Cette hypothèse est envisageable et peut être efficace, **à condition que le Traité impose aux États l'obligation de**

¹⁰⁰ *Elements For The Draft Legally Binding Instrument On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights, Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9* du 29 septembre 2017, précité.

¹⁰¹ LOPEZ (C.), *Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty*, précité, p. 311.

¹⁰² LOPEZ (C.), *Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty*, précité, p. 310.

mettre en place des mesures - précises et précisées par le Traité - pour que les entreprises dans leur sphère de compétence respectent les droits de l'Homme.

Nous étudierons ensuite les arguments en faveur d'un **effet direct complet**. Dans ce modèle, le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme imputerait des **obligations aux États et aux entreprises. Les victimes pourraient se retourner directement contre l'entreprise en cas de violation de ses obligations dans le Traité.**

Le modèle précédent présente un gros inconvénient : les **EMN** ne seraient pas **soumises** aux obligations découlant directement du droit international des droits de l'Homme, mais seulement à la **législation nationale**. Au contraire, un effet direct complet ou horizontal implique de reconnaître qu'il existe des obligations directes imposées aux entreprises par le droit international des droits de l'Homme. Par-là, ce modèle permet d'obliger directement les EMN.

Or, **il existe déjà au niveau du droit international des instruments qui soumettent directement les personnes privées**, et particulièrement les entreprises, **à certaines obligations**, et certains mécanismes en suivent aussi la mise en œuvre.

La majorité des conventions internationales établit certes des obligations indirectes aux acteurs privés. Mais quelques traités sur les droits du travail et standards conclus **dans le cadre de l'OIT s'adressent directement aux employeurs** (qui peuvent être une personne physique ou une entreprise) d'une **façon obligatoire**, en utilisant le verbe « devoir ». Par exemple, l'article 13 de la Convention OIT n.170 sur les produits chimiques prévoit que « **Les employeurs doivent** évaluer les risques résultant de l'utilisation des produits chimiques au travail et **doivent** assurer la protection des travailleurs contre de tels risques en recourant aux moyens appropriés ».

De la même manière, la **Convention des Nations Unies sur le droit de la mer** prévoit dans son article 137 (1) et (3) que nulle personne juridique ne peut s'approprier une partie du fond océanique au-delà de sa limite de juridiction nationale, ni revendiquer ou exercer des droits sur ses ressources ».

La **Convention de Varsovie sur le transport aérien** adresse aussi des obligations directement aux transporteurs aériens : « un transporteur aérien doit être tenu responsable pour tout dommage » subi par un passager.

L'article III (1) de la **Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures** prévoit des obligations directes aux entreprises : « Le propriétaire (personne physique ou entreprise) du navire au moment d'un événement, ou, si l'événement consiste en une succession de faits, au moment du premier fait, est responsable de tout dommage par pollution qui résulte d'une fuite ou de rejets d'hydrocarbures de son navire à la suite de l'événement ».

La **Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises** de 1980 impute notamment des obligations précises aux vendeurs dans son article 30 : « Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant ».

Les **principes directeurs de l'OCDE**, adoptés en 2011, vont aussi dans le sens d'une adresse directe aux EMN malgré **l'obligation primaire des États** de respecter et protéger les DH. Les **PCN**, chargés d'en suivre l'application, sont compétents pour examiner les agissements des EMN basés sur le territoire des États parties, pour des faits ayant eu lieu dans le monde entier, même si ceux-ci se sont déroulés sur le territoire d'États n'ayant pas adhéré aux principes. Chaque PCN peut aussi connaître de tout **fait ayant eu lieu sur les territoires des États parties**, de la part de toute STN, quel que soit l'État sur le territoire duquel son siège est établi. De plus, les PCN peuvent être « **saisis** » par toute personne (individu, ONG, syndicat, entreprise). Ce ne sont **pas des mécanismes juridictionnels** mais leur pression diffuse peut produire certains **effets**. Par exemple, en 2009 des ONG ont déposé une plainte contre *Neumann Gruppe GmbH* auprès du PCN allemand¹⁰³. La plainte comprenait principalement des accusations concernant l'expulsion de personnes par la force et sans indemnisation, par l'armée ougandaise, afin qu'une filiale de *Neumann Gruppe* puisse établir une plantation, ainsi que le manque de volonté de l'entreprise, bénéficiaire des terres, d'engager le dialogue

¹⁰³ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Rapport annuel sur les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 2012, p.70.

et d'exercer une influence sur le gouvernement ougandais¹⁰⁴. Et le PCN allemand, à la fin de la procédure en 2011, félicite le groupe *Neumann* car il a mis en place des programmes sociaux à but non lucratif qui renforcent son engagement dans les pays producteurs de café. Ce cas illustre le fait que **les entreprises multinationales peuvent déjà directement répondre de leurs actions devant des organismes internationaux**, et qu'il peut alors leur être demandé de **mettre en place des mesures précises**.

Le **droit international pénal**, bien qu'il ne se concentre pas directement sur les entreprises, peut aussi prévoir des traités internationaux qui imposent directement des **obligations aux acteurs non-étatiques** tels que les individus.

Par exemple, la **Convention contre le génocide** interdit la commission de génocide par les États et les individus. Le **Statut de Rome** définit une série de crimes dont les individus sont les auteurs et établit la Cour Pénale Internationale qui exerce une compétence directe sur les individus accusés d'avoir commis ces crimes. Le droit pénal international peut, pour certains, s'appliquer **aussi aux entreprises commerciales**¹⁰⁵ : la substance de la règle définissant le crime attribuable à l'entreprise existerait déjà en **droit international coutumier**, bien **qu'aucune Cour ni aucun mécanisme** n'existent pour l'appliquer ou la faire exécuter. Ainsi, le **Tribunal militaire de Nuremberg des États-Unis** a pu trouver l'existence de crimes internationaux tels que déportation, travail forcé, meurtres et pillages, et **commis par des entreprises**, mais le Tribunal n'a pas été en mesure de mener le procès car il n'avait **pas la compétence** de juger et de condamner des entreprises (seulement des personnes physiques)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Voir Comité des droits de l'Homme, *Concluding Observations on the 6th Periodic Report of Germany*, 2 novembre 2012, par. 16 : partant de cette affaire *Neumann*, le Conseil des droits de l'Homme a souligné dans ses observations finales l'obligation des États de s'assurer que les entreprises sous leur juridiction respectent les droits de l'Homme dans toutes leurs opérations. Le Conseil a aussi encouragé les États à « prendre des mesures appropriées pour renforcer les recours offerts pour protéger les personnes qui ont été victimes des activités d'entreprises commerciales opérant à l'étranger. On retrouve alors un lien entre obligation horizontale, imputable à l'État, et obligation verticale, imputable aux entreprises, pour rendre le milieu du business le plus respectueux possible des droits de l'Homme.

¹⁰⁵ JÄGERS (N.), *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Intersentia, 2002, pp. 26-27.

¹⁰⁶ LOPEZ (C.), *Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty*, précité, p. 309.

La liste des instruments internationaux et mécanismes existants, dont les entreprises sont les destinataires directes d'obligations internationales, est très longue. Il est donc certain qu'un **traité peut imputer des obligations directement aux entreprises, le rôle de la mise en œuvre étant néanmoins assigné aux États ou à des organes/tribunaux internationaux.** Reste à savoir si les États s'entendront sur un tel effet direct complet du Traité à venir.

Supposons que les États arrivent à un consensus politique pour donner au Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme un effet direct complet. Nous devons alors déterminer quels sont les types d'obligations directes qui doivent être imputables aux entreprises.

3. Quels types d'obligations directes adresser aux EMN ?

Il existe plusieurs types d'obligations directes à imputer aux entreprises. Il est possible de leur imposer de **ne pas violer les droits de l'Homme** (obligation négative) ou de leur imputer des **obligations positives** de promotion des droits de l'Homme.

Un **équilibre** doit dans tous les cas être trouvé pour imposer aux entreprises multinationales et autres entreprises des obligations adaptées à l'influence et au pouvoir de chacune.

En effet, ce Traité ne doit pas être pensé comme imposant aux entreprises une obligation spécifique correspondant à chaque droit humain. Un tel but serait impossible à atteindre dans le cadre du Traité. Il s'agit au contraire de fournir un **cadre dans lequel les obligations** directement imputables aux entreprises **doivent s'inscrire** – soit, en quelque sorte, des **lignes directrices**. Les **obligations concrètes** pourront être déterminées en détail ultérieurement par des organes conventionnels ou des cours nationales, au **cas par cas**.

Par ailleurs, le modèle de l'effet direct complet d'un tel Traité doit **refuser de poser une frontière entre les obligations négatives et les obligations positives**.

Les obligations négatives consistent pour les entreprises à s'abstenir de prendre des mesures qui pourraient avoir un impact sur la jouissance des droits de l'Homme.

Leur responsabilité pourrait être engagée en cas de faute ou de négligence. Concernant les obligations positives imputables aux entreprises en matière des droits de l'Homme, il s'agit pour elles de protéger et de remplir leurs obligations en termes de droits économiques et sociaux¹⁰⁷.

Faire une telle distinction entre les obligations négatives et positives, et **ne retenir que les obligations négatives** dans le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, **dissuaderait les EMN à prendre plus de mesures que ce qui est strictement nécessaire pour respecter leurs obligations négatives.**

Le **critère de la conduite générale de l'entreprise**, tel qu'il est développé par la loi sur le devoir de vigilance¹⁰⁸, paraît plus adéquat pour **déterminer la responsabilité** ou non de l'entreprise en cas de violation. Ce qui compte finalement, ce n'est pas si l'entreprise s'abstient ou réalise, mais plutôt si sa conduite générale prend en compte les droits économiques et sociaux. Le **devoir de vigilance** impose à une entreprise l'obligation d'examiner quels droits de l'Homme ses activités peuvent impacter ou si ses activités peuvent mener à des abus au détriment d'autres acteurs non étatiques. Cela va plus loin que de simples obligations négatives car il s'agit d'imposer aux EMN de s'assurer - en tant que participants au marché - qu'elles contribuent à la réalisation des objectifs de réalisation des droits de l'Homme¹⁰⁹.

Or, si le futur Traité prend en compte la conduite générale de l'entreprise pour déterminer sa responsabilité, en cas de violation de ses obligations conventionnelles, il pourrait y avoir des difficultés dans l'application au niveau de l'ordre national. Lorsqu'on prend en compte la conduite générale d'une entreprise pour obtenir réparation dans un cas précis, il faut pouvoir établir un **lien de causalité** entre la conduite générale et le dommage. Il peut être difficile pour la victime d'apporter la preuve de ce lien de causalité. On peut donc considérer qu'une **obligation très générale (conduite générale en accord avec les droits de l'Homme)** pesant sur les EMN est certes **intéressante sur le volet préventif**, mais il sera peut-être **difficile pour les victimes**

¹⁰⁷ DE SCHUTTER (O.), *Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights*, précité, p.205.

¹⁰⁸ Loi n.2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 27 mars 2017, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>, dernière visite le 9 juin 2018.

¹⁰⁹ DE SCHUTTER (O.), *Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights*, précité, p. 207.

d'obtenir réparation en cas de dommages le long de la chaîne de production ou de distribution.

David BILCHITZ propose **quatre approches pour formuler directement des obligations aux entreprises dans ce Traité**¹¹⁰.

1) la notion de « **sphère d'influence** » permet de déterminer les obligations des entreprises en prenant en compte l'**impact de l'entreprise sur les différentes parties prenantes**. Cette approche a été adoptée par le projet des « **Normes de l'ONU pour les sociétés transnationales** » (2003). L'auteur arrive à la conclusion que cette approche seule ne peut **pas mener au résultat désiré** (elle mène notamment à **trop de considérations normatives** car chaque partie prenante peut être débitrice d'une obligation différente selon sa sphère d'influence).

2) l'approche de « **l'obligation négative** » se concentre sur les obligations des entreprises de **ne pas faire** (au contraire des obligations positives). Elle a été utilisée par **l'ancien Représentant spécial** du Secrétaire général chargé de la question des Droits de l'Homme et des STN et autres entreprises, John Ruggie, dans les Principes directeurs des Nations Unies. L'auteur considère que cette approche n'est pas tout à fait adéquate. Elle **néglige** notamment **les obligations positives** et **n'exploite** ainsi **pas le potentiel** d'acteurs aussi puissants que les entreprises dans des défis majeurs tels que la lutte contre la pauvreté.

3) L'approche de la « **nature des droits** », telle qu'adoptée par l'article 8(2) de la Constitution sud-africaine¹¹¹. Il s'agit de se concentrer sur la nature du droit en question pour déterminer les obligations des entreprises. La manière dont la Cour constitutionnelle sud-africaine a développé cette approche est prometteuse, dans le sens où elle prend en compte **l'importance d'un droit, l'impact de la conduite** des entreprises sur les **droits des destinataires** (ou des victimes), et les **particularités de certains acteurs** (comme la puissance, le pouvoir et l'influence des entreprises dans le milieu dans lequel elles évoluent). Malheureusement, cette approche est en constante

¹¹⁰ BILCHITZ (D.), Corporate Obligations and a Treaty on Business and Human Rights: A Constitutional Law Model ?, in: DEVA (S.) & BILCHITZ (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, pp. 187-189.

¹¹¹ Article 8(2) de la Constitution Sud-africaine : "A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right".

tension entre des directions différentes et la Cour constitutionnelle sud-africaine n'a pas encore eu l'occasion d'expliquer comment ces facteurs interagissent et comment ils permettent précisément de déterminer les obligations des entreprises.

4) Certaines instances juridictionnelles raisonnent à partir du contrôle de proportionnalité. Elles emploient « **l'approche en deux étapes** ». Le juge fait un contrôle de proportionnalité entre les droits bafoués des victimes et la légitimité de la violation causée par l'EMN. Or, le but visé par la violation peut parfois proportionnellement justifier l'atteinte aux droits des victimes. Cette approche permettrait à la mise en œuvre du futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme de ne pas être rigide et de pouvoir s'adapter au cas d'espèce.

Finalement, dans les **négociations** qui portent sur le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, un **juste milieu doit** sans cesse être trouvé entre une **obligation unique et très générale** adressée directement aux entreprises, **et des obligations très précises qui rendent la recherche d'un consensus politique difficile et une application du Traité trop rigide**. Reste à savoir maintenant comment mettre en œuvre ces obligations directes.

4. La mise en œuvre des obligations directement imputables aux entreprises

Il existe différentes options dans la mise en œuvre des obligations directement imputables aux entreprises par le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme :

- la première option : les **entreprises elles-mêmes** et la **société civile** mettent en œuvre le Traité, grâce à l'arène de l'opinion publique.

Cette possibilité n'est pas très différente des **Principes directeurs des Nations Unies** qui ne sont certes pas obligatoires, mais qui posent un standard global de **bonne conduite** pour les entreprises : la responsabilité de respecter tous les droits de l'Homme et de mettre en œuvre « une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme »¹¹². Les Principes directeurs n'assignent pas explicitement à l'État ou à d'autres acteurs le rôle de mettre en œuvre ou d'imposer ces standards. Un Traité qui crée des obligations directes dans le chef des entreprises, même si elles sont obligatoires,

¹¹² Principe n. 15b. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

et **sans mécanisme externe** (national ou international) de suivi et de responsabilité, n'ira **pas bien plus loin que les Principes directeurs**. Cela risque de ne pas être suffisant pour viser des progrès effectifs de respect des droits de l'Homme dans le milieu des affaires.

- La deuxième option consiste à laisser **implicitement** la tâche de la mise en œuvre du Traité aux **Cours nationales** par **l'application directe (horizontale) des traités** internationaux, qui sont **self-executing**.

- La troisième option est la création d'une **Cour internationale ou d'un organe conventionnel**.

Toutes ces options seront étudiées plus précisément dans notre troisième partie du rapport, sur les modes de suivi de l'application du Traité.

- la quatrième option est celle qui a été suivie dans la plupart des cas. Les **États** eux-mêmes **promulguent des règles** sur la responsabilité des entreprises **en suivant des standards** ou des **définitions contenus dans le Traité**. Ils mettent donc en œuvre le Traité dans l'ordre interne. Ils assurent aussi **l'accès des victimes** aux recours judiciaires.

Parmi tant d'autres, la Convention pour les droits de l'enfant sur le commerce des enfants et la pédopornographie, dans son article 3 (2), affirme que « Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection nécessaire à son bien-être (...) et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées ».

Dans le cadre de l'OIT également, l'État est le premier garant de la mise en œuvre de la Convention dans sa sphère de compétence. Par exemple, dans la Convention OIT n.155 sur la sécurité et la santé des travailleurs (1981), l'article 4 mentionne que « Tout État membre devra (...) définir, mettre en œuvre et réexaminer périodiquement une politique nationale cohérente en matière de sécurité, de santé des travailleurs et de milieu de travail ».

Le fait que les États gardent la main mise sur les obligations qu'ils imposent aux entreprises opérant dans leur sphère de compétence est probablement rassurant pour beaucoup d'États négociateurs du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme. Néanmoins, **une approche plus diversifiée dans la mise en œuvre du Traité serait peut-être plus adéquate**.

Cette approche consiste en un système à deux niveaux¹¹³.

(i) l'État est responsable uniquement pour **manquement à son obligation de vigilance** (ne pas avoir pris les **mesures** qui s'imposaient pour empêcher ou sanctionner la violation commise). En revanche, il ne pourrait **pas être** tenu pour lui-même **responsable des actes commis par les entreprises**. C'est ce qu'on peut tirer de la jurisprudence de la CEDH qui condamne un Etat pour manquement lorsqu'il « n'a pas fait le nécessaire pour éviter un délai d'inactivité aussi long »¹¹⁴, mais pas quand, même en agissant, il n'aurait pas pu empêcher les agissements de l'entreprise en question.

Les États sont aussi tenus de **rendre les obligations du Traité imputables** aux entreprises dans le droit interne en **ratifiant** le Traité, en **adoptant des mesures** et en **plaçant les obligations** des entreprises **au niveau du droit interne**.

(ii) Les entreprises sont **responsables pour les actes qu'elles ont commis**. L'avantage de responsabiliser directement les entreprises est que celles-ci encourront des **sanctions directes** devant le juge national. Un **risque financier voire pénal** (dans le cas où sont incriminés les entreprises et leurs dirigeants qui ont commis des crimes contre les droits de l'Homme ou en sont complices) pèserait alors sur les entreprises. Ce risque devrait plus facilement les **inciter** à déployer des mécanismes efficaces de prévention.

Ainsi, le modèle de mise en œuvre du futur Traité qui paraît le plus adéquat se situe sur plusieurs niveaux. Les **règles primaires du Traité (le contenu des obligations) s'adressent directement aux entreprises**, qui sont responsables en cas de violation de ces obligations. Et les **États sont responsables des mécanismes de mise en œuvre de ces obligations, comme conséquences de la violation des règles primaires par l'entreprise** (donner aux victimes un accès à un recours effectif par exemple).

¹¹³ LOPEZ (C.), Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty, précité, p.309.

¹¹⁴ CEDH, *Laine contre France*, n. 41476/98, 17 janv. 2002, §34.

Si on considère que le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme peut être d'effet direct complet, certains craignent que cela entraîne des effets collatéraux indésirables, craintes que nous allons nous efforcer de réfuter.

b) Les possibles effets collatéraux de l'effet direct complet du Traité

Certaines ONG et certains défenseurs des droits de l'Homme craignent d'abord que l'effet direct horizontal du Traité sous-entende que les **destinataires du Traité** (les EMN) sont **aussi titulaires de droits** dans l'ordre international.

1. Les EMN, titulaires de droits ?

Les EMN ne doivent pas profiter du fait d'être soumises à des obligations dans le domaine des droits de l'Homme par ce Traité, pour **revendiquer des droits par la suite**.

Pourtant, les EMN sont **déjà en mesure de faire valoir certains droits**, que nous allons étudier, au niveau de l'ordre régional ou international.

Dans l'ordre européen, et devant la CEDH, les EMN sont déjà en mesure de faire valoir certains droits fondamentaux comme le **droit de propriété, protégé par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel**. La CEDH avait par exemple jugé à ce propos que les noms de domaine rentraient dans le champ de protection de l'article 1 du protocole additionnel sur les droits de propriété, au motif qu'ils représentaient une réelle valeur économique¹¹⁵.

Au-delà du domaine des droits de l'Homme, les entreprises ont également des droits en rapport avec l'expropriation, la compensation et le traitement national de leurs investissements dans les pays contractants. En plus du droit international coutumier, une foule de **traités bilatéraux d'investissement (TBI) et d'accords de libre-échange**

¹¹⁵ Ainsi « L'interdiction faite à la requérante d'utiliser et de disposer des noms litigieux s'analyse manifestement en une mesure de réglementation de l'usage de biens dont celle-ci est propriétaire ». Cour européenne des droits de l'Homme, *Paeffgen GmbH c. Allemagne*, n. 25379/04, 18 septembre 2007.

contiennent des standards, qui sont généralement vus comme procurant des **droits aux investisseurs**¹¹⁶.

En termes de **droits procéduraux**, les entreprises ont déjà le droit d'introduire une **requête devant la CEDH**¹¹⁷. Des procédures similaires existent devant les **tribunaux d'arbitrage** ou des **commissions d'arbitrage**, au niveau international, pour alléguer de violation des protections garanties par les **TBI**. Ces traités permettent aux **investisseurs** (dont les EMN), ayant la **nationalité de l'autre État signataire**, d'enclencher une procédure d'arbitrage international en cas de violation du traité par l'un des États signataires, par un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.

Finalement, le fait que le futur **Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme impute des obligations internationales directement aux entreprises permettrait peut-être de contrebalancer les droits qu'elles ont déjà acquis**¹¹⁸.

Si le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme à venir est applicable directement aux entreprises, certains redoutent qu'un autre effet collatéral ébranle l'objectif du Traité. Si les entreprises sont les destinataires directes d'obligations que prévoit le Traité, n'est-ce pas parce que l'État est incapable lui-même de prévenir et de sanctionner les violations aux droits de l'Homme qui ont lieu sous sa juridiction ? Un tel Traité ne relèguerait-il pas l'État au second plan ?

¹¹⁶ On peut citer comme exemple le Traité bilatéral d'investissement conclu entre la France et la Chine qui prévoit : « Les investissements réalisés par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante d'une protection et d'une sécurité pleines et entières », *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 26 novembre 2007, article 5 alinéa 1, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/11/18/MAEJ1129744D/jo/texte>, dernière visite le 9 juin 2018.

¹¹⁷ Conseil de l'Europe, *Convention européenne des droits de l'Homme*, Article 6: « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Voir aussi ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), Les personnes morales devant la Cour Européenne des droits de l'Homme, in : BIOY (X.), *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 221-232.

¹¹⁸ LOPEZ (C.), *Human Rights Legal Liability for Business Enterprises: the Role of an international Treaty*, précité, p. 305.

2. Aller vers un effet direct complet, est-ce assumer la faiblesse de l'État ?

Si les entreprises sont directement responsables des violations des dispositions du Traité qu'elles ont causées, cela signifie pour certains que l'État n'est plus capable de prendre des mesures efficaces et suffisantes à elles-mêmes dans l'ordre national pour inciter les entreprises à respecter les droits de l'Homme.

• **Si l'État seul est responsable de la bonne exécution du Traité**

Pour certains, le fait que le Traité désigne l'État comme le seul responsable de la bonne exécution du Traité permettrait de **re-responsabiliser l'État**. Il occuperait à nouveau une place centrale dans la **réglementation qu'il mettrait en œuvre** et dans les **sanctions** qu'il infligerait aux entreprises, si elles ne respectent pas cette réglementation.

• **Si les entreprises sont aussi directement responsables de la bonne exécution du Traité**

On peut rétorquer à l'argument précédent que l'État ne peut **pas être responsable pour toutes les actions commises par les entreprises**. C'est d'abord à l'entreprise d'être responsable pour les violations des droits de l'Homme auxquelles elle a contribué.

L'existence d'obligations directes envers les entreprises permettrait aussi de **dépasser les obstacles** existants dans un **système centré sur l'État** : la **faiblesse**, **l'absence de volonté** ou la **corruption** de certains organes étatiques et autorités (notamment des pays en développement) pour adopter et mettre en œuvre la législation nationale et l'appliquer aux entreprises.

Une fois achevées les négociations sur les caractéristiques du Traité à venir, les États devront s'entendre sur les modes de suivi de la bonne application du Traité, au niveau interne et international ou seulement au niveau interne.

CONCLUSIONS SUR LA FAISABILITE D'UN TRAITE A EFFET DIRECT COMPLET

1. **Rien ne s'oppose** à ce que le Traité impose des **obligations directement aux entreprises**, même si celles-ci ne sont pas des sujets de droit international. En tant que personnes morales, les entreprises sont **sujets de droit et donc titulaires de droits subjectifs, et également d'obligations**.

2. En faveur d'un effet direct partiel : Le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme présente des avantages à n'imputer des obligations qu'aux seuls États, à **condition que le Traité impose aux États l'obligation de mettre en place des mesures précises** pour que les entreprises dans leur juridiction respectent les droits de l'Homme.

3. En faveur d'une effet direct complet : La liste des **instruments internationaux et mécanismes existants** dont les **entreprises sont les destinataires directs d'obligations internationales** est longue. Il est donc certain qu'un Traité peut théoriquement imputer des obligations directement aux entreprises.

5. Un **juste milieu** doit sans cesse être trouvé entre une **obligation unique et très générale** adressée directement aux entreprises, et des **obligations très précises** qui rendent la **recherche d'un consensus politique difficile et une application du Traité trop rigide**.

6. Les **règles primaires** du Traité (le contenu des obligations) pourraient s'adresser **directement aux entreprises** qui sont responsables en cas de violation de ces obligations. Et les **États** seraient alors **responsables des mécanismes de mise en œuvre** de ces obligations, **en conséquence de la violation** des règles primaires par l'entreprise.

7. **Aucun obstacle théorique** n'empêche le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme d'être **d'effet direct et d'applicabilité directe**, telle que définie dans le cadre de cette étude.

D'une part, l'existence d'un tel Traité pourrait **contrebalancer les droits que les entreprises ont déjà acquis**. D'autre part, cela permettrait aussi de **dépasser les obstacles existants dans un système centré sur l'État** : la faiblesse, l'absence de volonté ou la corruption de certains organes étatiques.

8. Ces propositions vont dans l'**intérêt des victimes**, qui pourront directement se prévaloir des normes du Traité pour faire reconnaître leurs droits contre les États et les entreprises. Le fait qu'elles aient le choix de se retourner aussi contre les entreprises va aussi dans le sens de l'**intérêt général** puisque les entreprises, directement visées par le Traité, se sentiront peut-être plus concernées pour respecter les droits de l'Homme.

9. Les hésitations semblent plutôt concerner la **possibilité ou non d'un consensus politique sur l'applicabilité directe aux entreprises**, donc sur l'ampleur à donner au Traité.

CHAPITRE 3

LA MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME

En ce qui concerne les entreprises et les droits de l'Homme, le cadre onusien est composé de trois piliers centraux : protection, respect et réparation. Il s'agit des trois principes essentiels qui concernent l'obligation de l'Etat de protéger les personnes sous sa juridiction contre les violations des droits de l'Homme par des tiers, y compris des entreprises ; la responsabilité des Etats et des entreprises de respecter les droits de l'Homme ; et le droit d'accès à un recours effectif en cas des violations¹¹⁹.

Le présent chapitre se concentre sur le troisième pilier. Nous allons d'abord tenter de clarifier les bases sur lesquelles le futur Traité doit se fonder pour qu'un recours effectif soit effectivement assuré aux victimes **(I)**. Ensuite, nous allons étudier les moyens de mise en œuvre du Traité dans l'ordre juridique national d'une part **(II)**, et dans l'ordre juridique international d'autre part **(III)**.

I) LE DROIT AU RECOURS EFFECTIF : LE TROISIÈME PILIER

Les trois piliers pour les droits de l'Homme et entreprises ont été proposés par John Ruggie en 2008, lors du Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. Ils ont été bien accueillis au sein du Conseil des droits de l'Homme, qui a signalé l'importance de les mettre en œuvre¹²⁰. En 2011, Ruggie a présenté les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, composé de 31 principes et de leurs commentaires, dont ceux du 25 au 31 concernent l'accès à des voies de recours¹²¹.

Le commentaire au principe n. 1 signale notamment que les Etats peuvent :

¹¹⁹ Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, M. John Ruggie, A/HRC/8/5, 2008, accessible sur : <https://daccess-ods.un.org/TMP/4172770.97702026.html>, dernière visite le 1^{er} juin 2018.

¹²⁰ Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, précité.

¹²¹ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

« Être réputés avoir manqué à leurs obligations en vertu du droit international des droits de l'homme lorsque ces atteintes peuvent leur être attribuées ou lorsqu'ils ne prennent pas les dispositions voulues pour empêcher ces atteintes par des acteurs privés, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer. Si les États sont généralement libres de se prononcer sur ces mesures comme ils l'entendent, ils devraient envisager tout l'éventail des mesures de prévention et de réparation autorisées, y compris les politiques, les lois, les règles et les procédures judiciaires »¹²².

Toutefois, il a été reproché aux Principes directeurs de l'ONU de ne pas aller assez loin dans le droit au recours des victimes puisqu'ils mettraient trop l'accent sur les instances non-juridictionnelles, sans donner de recommandations plus fermes aux États pour qu'ils rendent la justice et la réparation effectives¹²³. Cette considération est strictement liée à la responsabilisation des entreprises et à leur obligation de réparer les préjudices auxquelles elles ont contribué.

Comme on a eu l'occasion de le souligner dans les chapitres précédents, la réglementation de la conduite des entreprises par rapport aux droits de l'Homme n'est pas une nouveauté en droit international, notamment dans le cadre du *soft law*. En revanche, ces normes n'ont pas de caractère contraignant. En outre, les instruments internationaux existants dans le domaine, notamment les Principes Directeurs de l'ONU, ne sont pas assez exigeants en ce qui concerne l'accès à une voie de recours effectif aux victimes pour faire valoir leurs droits devant les juridictions. En réalité, ces principes n'étant pas obligatoires et ne disposant pas d'un mode de suivi de bonne application, les États ne les ont pas suffisamment mis en place.

Le principe fondamental n. I §2 c) du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, concernant le droit à un recours et à une réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'Homme et de violations graves du droit international humanitaire (Principes fondamentaux et directives de l'ONU),

¹²² Commentaire au principe n. 1, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

¹²³ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord, in: DEVA (S.) & BILCHITZ, (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, p. 381.

dispose que les Etats sont tenus d'assurer « des recours suffisants, utiles, rapides et appropriés, y compris la réparation »¹²⁴.

Il est important que le Traité à venir consigne expressément que l'accès à la justice est un droit de l'Homme.

La plupart des traités sur les droits de l'Homme font référence à la réparation, soit dans leurs textes-mêmes, soit dans la jurisprudence des organes de surveillance¹²⁵. Le droit au recours et à la réparation doit être prévu dans le texte principal du futur Traité, et non dans un éventuel protocole facultatif¹²⁶.

Par ailleurs, un recours effectif est celui qui permet :

« Une enquête approfondie et impartiale dans les plus brefs délais ; une cessation de la violation en cours, le cas échéant ; des mesures de réparation satisfaisantes pouvant inclure, si cela est nécessaire, la restitution, l'indemnisation, l'exécution, la réhabilitation et des garanties de non-récurrence »¹²⁷.

On constate que le droit au recours effectif a un aspect procédural et un aspect matériel.

L'aspect matériel du recours effectif concerne le droit à la réparation du préjudice.

Dans ce sens, il convient d'ajouter au Traité une disposition spécifique sur l'aspect substantiel du droit au recours, selon laquelle tout individu a le droit à une réparation adéquate, effective, immédiate et appropriée, fondée sur le principe du « *restitutio in integrum* »¹²⁸. La réparation ne doit pas être restreinte à l'indemnisation.

¹²⁴ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Résolution n° 60/147, 2005, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, dernière visite le 2 juin 2018.

¹²⁵ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), *Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord*, précité, p. 393.

¹²⁶ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), *Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord*, précité, p. 403.

¹²⁷ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales (rapport)*, 2013, p. 26, accessible sur : <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2014/09/Le-Troisieme-Pilier-The-Third-Pillar-French-version.pdf>, dernière visite le 1^{er} juin 2018.

¹²⁸ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), *Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord*, précité, p. 402.

Comme nous allons le voir plus en détails dans la troisième partie de ce Chapitre, **il serait opportun d'encourager toutes les formes de compensation, au-delà de la réparation matérielle, afin de remettre la victime dans la situation où elle serait si la violation n'avait pas eu lieu**¹²⁹.

Les mesures de réparation doivent aussi avoir une fonction préventive de non-répétition de la violation, et assurer la sécurité du demandeur pendant la procédure¹³⁰. Il est également important que le futur Traité envisage l'obligation destinée aux Etats de supprimer les obstacles socio-économiques à l'accès des victimes à la justice¹³¹. De plus, les informations concernant l'affaire (les faits dénoncés, les préjudices causés, l'entreprise responsable) doivent être publiques, sauf si elles portent atteinte à la vie privée de la victime. Le droit à l'information et à la vérité est un aspect essentiel de la réparation et est reconnu par les Principes fondamentaux et directives de l'ONU¹³².

Le futur Traité peut envisager des conduites devant faire l'objet de poursuites pénales par les autorités nationales¹³³. Le Protocole sur le Statut de la Cour africaine des droits de l'Homme, adopté en 2014, prévoit déjà la responsabilité pénale des entreprises dans son article 46¹³⁴. Cet instrument, qui n'est pas encore en vigueur, prévoit :

« Article 46C-Responsabilité pénale des entreprises

¹²⁹ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord, précité, p. 389.

¹³⁰ STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, in: DEVA (S.) & BILCHITZ, (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, p. 416.

¹³¹ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord, précité, 2017. Les auteurs envisagent ensuite d'adopter un modèle arbitral de conciliation privée des conflits (pp. 404-405). En accord avec l'association Sherpa, nous ne traiterons pas de ce sujet dans cette étude.

¹³² SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 30.

¹³³ La question de la responsabilisation internationale pénale des personnes morales mériterait en soi une étude propre, que nous ne sommes pas en mesure de réaliser dans ce travail. Pour une analyse comparative du sujet, voir: ZERK (A. J.), *Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies: a report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, 2013, pp. 39-53, accessible sur: http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1, dernière visite le 2 juin 2018; et DARCZY (S.), The potential role of criminal law in a business human rights treaty, in: DEVA (S.) & BILCHITZ, (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, pp. 439-471.

¹³⁴ Article 46 C. Organisation de l'Unité Africaine, *Protocole portant amendements au protocole portant statut de la Cour africaine des droits de l'Homme*, 2014, accessible sur : <https://lawyersofafrica.org/wp-content/uploads/2014/10/PROTOCOLE-PORTANT-AMENDMENTS-AU-PROTOCOLE-PORTANT-STATUT-DE-LA-COUR-AFRICAINE-DE-JUSTICE-ET-DES-DROITS-DE-LHOMME-FR-Clean.pdf>, dernière visite le 9 juin 2018.

1. Aux fins du présent Statut, la Cour a compétence sur les personnes morales, à l'exception des Etats ;
2. L'intention d'une entreprise de commettre une infraction peut être établie sur la preuve que c'était la politique de l'entreprise de commettre des actes constitutifs de cette infraction ;
3. Une politique peut être attribuée à une entreprise là où elle fournit l'explication la plus fondée relativement à la conduite de cette entreprise ;
4. La connaissance au sein d'une entreprise de la perpétration d'une infraction peut être établie par la preuve que l'information pertinente réelle ou présumée était connue dans l'entreprise ;
5. La connaissance peut exister au sein de l'entreprise même si l'information applicable divise le personnel de l'entreprise ;
6. La responsabilité pénale de la personne morale n'exclut pas la responsabilité pénale des personnes physiques qui sont leurs auteurs ou les complices des mêmes crimes ».

Enfin, le futur Traité en question doit accorder aux victimes l'accès à des mesures juridictionnelles et non-juridictionnelles rapides, abordables et obligatoires suite aux violations de leurs droits par des entreprises.

Le volet procédural du recours effectif concerne la création de mécanismes qui permettent aux victimes de réclamer leurs droits à travers des instances juridictionnelles et non-juridictionnelles, nationales ou internationales¹³⁵. Ces différents moyens de mise en œuvre du Traité seront étudiés plus en détails dans les parties suivantes.

¹³⁵ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord, précité, p. 394.

CONCLUSIONS SUR LES BASES POUR UN RECOURS EFFECTIF

1. Le droit au recours effectif est un droit individuel et un des piliers fondamentaux par rapport aux entreprises et aux droits de l'Homme ;
2. Il doit être expressément prévu par le Traité. Celui-ci doit conférer aux victimes l'accès à des mesures rapides, abordables et obligatoires suite aux violations de leurs droits par des entreprises ;
3. La réparation du préjudice doit être basée sur le principe du *restitutio in integrum* ; elle ne doit pas être restreinte à une indemnité en espèce. Elle doit viser à remettre la victime dans la situation dans laquelle elle serait si la violation n'avait pas eu lieu.
4. Les Etats doivent être expressément tenus de créer des mécanismes nationaux et internationaux qui permettent aux victimes de faire reconnaître leurs droits devant des instances juridictionnelles et non-juridictionnelles.

II) LA MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

L'initiative pour l'élaboration d'un Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme émerge en partie de la défaillance de la communauté internationale à accorder une réponse aux violations des droits dans ce domaine. Assurer aux victimes une voie juridique effective pour l'obtention d'une réparation équitable en conséquence des préjudices subis est un objectif majeur. Le futur Traité doit être capable de guider les États dans l'assistance aux victimes, pour régler les obstacles qu'elles trouvent afin d'obtenir réparation. La taille, la nationalité, ou la localisation de l'entreprise responsable de la violation des droits de l'Homme posent souvent des difficultés pour la réparation¹³⁶.

L'accès aux voies de recours est une partie essentielle du devoir de l'Etat de protection des droits de l'Homme. Selon le commentaire du Principe directeur n° 25 :

« Sauf si les États prennent des mesures appropriées pour enquêter sur les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises et, lorsqu'elles se produisent, en punir les auteurs et les réparer, l'obligation de protéger incombant à l'État peut être affaiblie voire même être vidée de son sens »¹³⁷.

À titre d'exemple, l'article 2 §3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que les Etats s'engagent à :

« a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié »¹³⁸.

¹³⁶ GEORGE, (E. R.) & LAPLANTE, (L. J.), Access to remedy: treaty talks and the terms of a new accountability accord, précité, pp. 378-379.

¹³⁷ Commentaire au Principe directeur n° 25. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

¹³⁸ Organisation des Nations Unies, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, New York, 1966, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, dernière visite le 9 juin 2018.

Dans ce même sens, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose que :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles »¹³⁹.

Il s'agit ainsi d'imposer aux Etats d'adopter des mesures internes de mise en œuvre du Traité, afin de permettre l'accès des victimes à une voie de recours suite à une violation de leur droit. Cela peut être réalisé à travers plusieurs mécanismes que chaque pays devra mettre en place. Selon la désignation des Nations-Unies dans les Principes directeurs¹⁴⁰, ces mécanismes peuvent être non-juridictionnels **(A)** ou juridictionnels **(B)**.

A) LES MOYENS NON-JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ

Dans les mécanismes non-juridictionnels d'accès aux recours, on retrouve des mécanismes ne relevant pas de l'Etat **(a)** et des mécanismes relevant de l'Etat **(b)**, selon la classification des Principes directeurs de l'ONU.

a) Les mécanismes non-juridictionnels ne relevant pas de l'Etat

Les mécanismes de réclamation non-juridictionnels ne relevant pas de l'État doivent être, selon les Principes directeurs de l'ONU, un complément aux mécanismes juridictionnels¹⁴¹. Pour qu'ils soient effectivement utiles, ils ne doivent pas être une condition ou une barrière à l'accès aux mécanismes juridictionnels. En effet, le fait pour le requérant d'inscrire sa plainte dans un mécanisme non-juridictionnel ne doit pas représenter une renonciation à ester en justice. De même, dans le cas où la conduite de

¹³⁹ Article 13. Conseil de l'Europe, *Convention européenne des droits de l'Homme*, Rome, 1950, accessible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

¹⁴⁰ Commentaire au principe n. 25. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

¹⁴¹ Principe n. 27. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

l'entreprise représente une infraction pénale, la procédure non-étatique ne peut en aucun cas remplacer la poursuite pénale de l'entreprise et/ou de ses employés¹⁴².

Au sein des mécanismes ne relevant pas de l'Etat, on trouve des réclamations au niveau de l'entreprise elle-même. Il s'agit d'un moyen simple de dénoncer une violation, directement auprès de l'acteur responsable de l'atteinte. Les Principes directeurs de l'ONU encouragent cette voie de réclamation. Elle permettrait aux entreprises d'« identifier leurs incidences négatives sur les droits de l'homme » et de « relever des problèmes systémiques et adapter leurs pratiques en conséquence ». Selon le principe directeur n° 29, ce mécanisme permet à l'entreprise d'agir rapidement et d'éviter d'accumuler les préjudices¹⁴³.

Afin de renforcer la légitimité de ces mécanismes, le principe directeur n° 31 note l'importance du dialogue entre les acteurs concernés et conseille la participation de la communauté dans le processus d'analyse des réclamations et des prises des décisions¹⁴⁴. Il s'agirait d'un modèle de procédure horizontal, dans lequel les acteurs sont mis sur un pied d'égalité.

L'organisation « EarthRights » soutient l'élaboration d'un tel modèle conçu par les communautés, selon leurs propres contextes et besoins. La procédure serait alors élaborée par les personnes touchées par la violation et non pas par celles qui l'auraient commise¹⁴⁵.

Un mécanisme plural comme celui proposé par « EarthRights » pourrait avoir certains avantages comme ceux mis en avant par le principe n. 29 (simplicité, peu d'onérosité, célérité). Mais si l'entreprise ne se dispose pas à offrir une procédure de réclamation à laquelle la communauté peut faire confiance, le litige devra être amené devant un mécanisme géré par l'État¹⁴⁶.

¹⁴² STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, précité, p. 420.

¹⁴³ Principe n. 29. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

¹⁴⁴ Principe n. 31. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

¹⁴⁵ EarthRights International. *Community-Driven Operational Grievance Mechanisms discussion paper for a new model*, 2014, accessible sur : https://earthrights.org/wp-content/uploads/ogm_discussion_paper.pdf, dernière visite le 31 mai 2018.

¹⁴⁶ STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, précité, p. 422.

Un autre mécanisme ne relevant pas de l'État est celui des « initiatives sectorielles, multipartites et autres initiatives conjointes qui sont fondées sur le respect des normes liées aux droits de l'Homme »¹⁴⁷, les MSIs (*multi-stakeholder initiatives*).

Dans ce cadre, des représentants des entreprises et de la communauté établissent des normes de comportement des entreprises. À leur tour, les entreprises adhèrent volontairement à ces règles, tout en s'engageant à contrôler leur accomplissement. Le principe n. 30 dispose que ces initiatives doivent « faire en sorte que des mécanismes de réclamation efficaces soient disponibles »¹⁴⁸.

Toutefois, dans la plupart des cas, les mécanismes ne relevant pas de l'Etat sont biaisés et n'inspirent pas la confiance de la communauté touchée par les incidences négatives des entreprises. A l'inverse, ils font parfois peur aux individus qui se sentent menacés pour avoir exposé la faute de l'entreprise. En général, l'entreprise qui adhère à ce type de procédure le fait surtout pour améliorer son image devant la communauté et non pour fournir une réparation effective au préjudice qu'elle a causé¹⁴⁹. En effet, l'effectivité du droit au recours suite à la violation d'un droit de l'Homme ne peut pas reposer sur la bonne volonté de l'agent qui l'a commise¹⁵⁰.

En conclusion, si ces mécanismes peuvent être utilisés à titre complémentaire, la mise en œuvre du futur Traité ne peut pas reposer exclusivement sur eux.

b) Les mécanismes non-juridictionnels relevant de l'Etat

Les mécanismes relevant de l'Etat ont un rôle central dans la protection des droits de l'Homme. L'efficacité de ces procédures dépend, en revanche, de l'autonomie de l'Etat par rapport aux entreprises. Il faut qu'il soit véritablement indépendant et engagé dans la protection des individus et communautés pour faire face à l'action des entreprises¹⁵¹.

¹⁴⁷ Principe n. 30. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

¹⁴⁸ Principe n. 30. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

¹⁴⁹ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, p. 423.

¹⁵⁰ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, pp. 420-421.

¹⁵¹ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, p. 423.

D'emblée, il convient de préciser que, comme les mécanismes non-étatiques, les mécanismes étatiques non-juridictionnels ne peuvent pas être une condition ou une barrière au mécanisme juridictionnel. Parmi ces mécanismes étatiques, on retrouve les suivants :

- **Institutions nationales des droits de l'Homme** : elles sont chargées de mener des recherches ou émettre des avis ou recommandations en rapport avec les droits de l'Homme. En France, il s'agit de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDDH). Ces institutions peuvent avoir un rôle plus actif pour la promotion des droits de l'Homme¹⁵², comme l'a fait la Commission des droits de l'Homme en Sierra Leone. En l'espèce, un conflit entre la population civile et la police avait mené à des meurtres de personnes civiles. La Commission a mené une enquête et a exigé de l'autorité policière qu'elle reconnaisse sa responsabilité dans la mort d'un civil lors des manifestations¹⁵³. Il serait judicieux d'envisager dans le futur Traité un tel pouvoir d'enquête aux institutions nationales des droits de l'Homme en cas de violation des droits de l'Homme par les entreprises.

- **Ministères et autres organes administratifs** : des organes spécialisés du gouvernement, tels que le Ministère de la santé, du travail ou de l'environnement, peuvent recevoir des réclamations et imposer des réparations, dans le cadre administratif, suite à des violations des droits de l'Homme. Ces instances ne sont utiles que si elles ont assez d'autonomie pour mener des enquêtes et si elles ont suffisamment d'autorité dans leur mandat pour pouvoir imposer des mesures de réparation¹⁵⁴.

- **Points de contacts de l'OCDE** : les Etats parties de l'OCDE sont tenus de mettre en place des Points de contacts nationaux (PCN), chargés de recevoir les plaintes de violations des Principes directeurs l'OCDE. Les PCN émettent des recommandations aux entreprises. Ces recommandations contribuent à la construction et à l'interprétation du

¹⁵² STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, précité, p. 424.

¹⁵³ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Les institutions nationales des droits de l'homme: passerelle entre le droit international et l'action local*, 2017, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/NHRlinkinternationallawtolocalaction.aspx>, dernière visite le 9 juin 2016.

¹⁵⁴ STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, précité, p. 424.

droit international¹⁵⁵. Ces actes ne sont en revanche pas dotés d'un effet contraignant, d'où la faiblesse de ce système.

En théorie, comme pour les procédures ne relevant pas de l'Etat, les moyens non-juridictionnels relevant de l'Etat peuvent fournir une réponse rapide et accessible aux violations des droits de l'Homme. En pratique, ils offrent rarement une réponse satisfaisante, d'où l'importance des mécanismes juridictionnels¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Comme mentionné plus haut, le point de contact suisse a eu l'occasion de préciser qu'une ONG ne peut pas être considérée comme une entreprise multinationale, sauf si une partie de ses activités a un caractère commercial. National Contact Point of Switzerland, *Specific Instance regarding the World Wide Fund for Nature International (WWF) submitted by Survival International Charitable Trust* (Initial Assessment), p. 7, 2016.

¹⁵⁶ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, p. 423.

CONCLUSIONS SUR LES MOYENS NON-JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

1. Les Etats doivent adopter des mesures juridictionnelles et non-juridictionnelles pour garantir l'accès au recours effectif aux victimes des violations des droits de l'Homme par les entreprises.

2. Les mesures non-juridictionnelles se divisent en mécanismes non-juridictionnels ne relevant pas de l'Etat et en mécanismes non-juridictionnels relevant de l'Etat.

3. Les mécanismes non-juridictionnels ne relevant pas de l'Etat peuvent consister en des réclamations au niveau opérationnel de l'entreprise ou en des initiatives sectorielles, multipartites et autres initiatives conjointes qui sont fondées sur le respect des normes liées aux droits de l'homme (MSI).

4. Les mécanismes non-juridictionnels relevant de l'Etat concernent les institutions nationales des droits de l'Homme (CNCDH en France), des ministères et autres organes administratifs nationaux, et des points de contacts de l'OCDE.

5. Les mécanismes non-juridictionnels peuvent avoir certains avantages tels que la simplicité, le faible coût et la célérité, mais dans la plupart des cas, ils sont biaisés et n'inspirent pas la confiance de la communauté qui subit le préjudice.

6. Les mécanismes non-juridictionnels, étatiques ou non, ne peuvent pas être une condition ou une barrière pour la mise en œuvre du mécanisme juridictionnel.

B. LES MOYENS JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITÉ

Imposer aux Etats l'obligation d'adopter des moyens internes, juridictionnels ou non-juridictionnels, de mise en œuvre du Traité est une mesure cohérente avec le troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU et renforce l'efficacité de ce Traité. Les instances juridictionnelles sont au cœur du recours effectif de ce système.

Toutefois, vu la particularité et la complexité du sujet, cette obligation de réparation doit prendre en compte un ensemble des difficultés. L'efficacité d'un Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme dépend de son aptitude à gérer ces obstacles.

L'accès aux voies de recours peut se faire, principalement, dans l'Etat où s'est déroulé le préjudice (le pays hôte) ou alors dans l'État d'origine de l'entreprise en question (en général, le pays où elle est domiciliée ou dans lequel le siège est implanté). Ces voies présentent des difficultés d'ordre pratique, telles que les coûts de la procédure à l'étranger, la faiblesse de la structure étatique du pays hôte, souvent touchée par la corruption et peu indépendante face aux dénonciations et aux jugements à l'encontre des grandes entreprises **(a)**. Des enjeux d'ordre juridique existent également, tels que la compétence (ou l'incompétence) extraterritoriale **(b)** et la doctrine du *forum non conveniens* **(c)**.

a) Où demander la réparation : pays hôte ou pays d'origine de l'entreprise ?

En théorie, effectuer un recours dans le pays hôte, dans lequel la violation du droit a eu lieu, devrait mieux convenir aux victimes que de le faire devant une juridiction étrangère. En effet, saisir une juridiction dans le pays du domicile du défendeur implique d'importantes difficultés logistiques et budgétaires.

D'autre part, intenter une action dans le pays hôte permet d'engager des acteurs sur place afin d'améliorer les institutions dans ce pays. En effet, s'agissant souvent des pays en voie de développement, il est souhaitable de faire évoluer les institutions locales, pour qu'elles-mêmes puissent un jour « disposer d'un Etat de droit garantissant l'existence de systèmes judiciaires stables qui reconnaissent les violations des droits de l'homme et offrent des voies de recours adéquates »¹⁵⁷.

¹⁵⁷ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 36.

Par ailleurs, une action en justice capable de mobiliser plusieurs acteurs, comme des associations de victimes, des avocats, des politiciens engagés ou la presse locale, oblige l'Etat - et la justice en particulier - à donner une réponse justifiée, même si cette action n'aboutit pas favorablement. De plus, « l'expérience du recours au droit peut avoir pour conséquence la prise de conscience de leurs droits par des personnes auparavant peu sensibles à cette dimension »¹⁵⁸. Finalement, une action dans le pays hôte pourrait contribuer à mettre fin au climat d'impunité sur place¹⁵⁹.

Toutefois, la pratique montre que, très souvent, les autorités du pays hôte ne sont pas en mesure d'offrir une réponse effective au préjudice soumis. Plusieurs raisons l'expliquent, comme la forte influence des entreprises sur la sphère publique, la corruption et le lobbying, comme l'a montré l'affaire *Bhopal* par exemple¹⁶⁰.

Des restrictions juridiques se présentent aussi, dans la mesure où les multinationales déploient leurs activités dans un pays autre que celui de leur siège. Pour cela, elles font usage de filiales qui ont des personnalités juridiques autonomes, ce qui rend difficile la responsabilisation de la société-mère dans le pays hôte. Souvent, le juge sur place ne peut pas exercer sa compétence sur la société étrangère¹⁶¹. Or, intenter un procès à la seule filiale peut apporter de moindres résultats en termes de réparation aux victimes. En effet, les filiales ont en général moins de ressources que la société-mère, ce qui empêche l'obtention d'une réparation à hauteur de la gravité du préjudice¹⁶².

¹⁵⁸ ISRAËL (L.), *L'Arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009, pp. 4-8.

¹⁵⁹ Intenter une action dans le pays hôte n'aurait pas que des inconvénients. Skinner, McCorquodale, et De Schutter soulignent qu'« il existe un certain nombre d'acteurs dans les États d'origine qui sont en mesure d'influencer le comportement des entreprises. Intenter une action dans le for où ces acteurs sont le plus susceptibles d'être au fait de ce type de contentieux peut être bénéfique. Les cadres de la société mère devraient, par exemple, être contraints de justifier les dangers de leurs pratiques commerciales à des pairs et au public dans leur propre environnement social et politique. Les actionnaires, qui devraient être soucieux de la façon dont leur entreprise traite les droits de l'homme, devraient être tenus au courant des actions de l'entreprise et des accusations à son encontre. Les consommateurs, qui profitent de produits fabriqués dans des conditions inhumaines, devraient être eux aussi informés des conséquences et préjudices dont peut être à l'origine la production de certaines marchandises ». SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 36.

¹⁶⁰ Business & Human Rights Resource Centre. *Inde* : dossier sur les conséquences sanitaires et environnementales de la catastrophe de Bhopal, accessible sur : <https://www.business-humanrights.org/fr/inde-dossier-sur-les-cons%C3%A9quences-sanitaires-et-environnementales-de-la-catastrophe-de-bhopal>, dernière visite le 9 juin 2018. NARAIN (S.), *30 years of Bhopal gas tragedy: a continuing disaster*, 2014, accessible sur : <http://www.downtoearth.org.in/coverage/30-years-of-bhopal-gas-tragedy-a-continuing-disaster-47634>, dernière visite le 9 juin 2018.

¹⁶¹ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, p. 426.

¹⁶² STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, p. 427.

Certes, le futur Traité, comme n'importe quelle norme de droit, n'est pas en mesure de régler la totalité de ces enjeux économiques, politiques ou même culturels, puisque, justement, ceux-ci échappent au domaine juridique. Il doit pourtant prendre en compte ces difficultés et incorporer dans son texte des obligations claires et précises aux autorités nationales pour qu'elles mettent en place les moyens d'assurer sa mise en œuvre.

Le Traité à venir doit renforcer les obligations qui incombent aux Etats et ajouter des déterminations spécifiques concernant les entreprises et les droits de l'Homme. Il peut également contenir des règles de coopération entre les juridictions ainsi que des règles d'exécution des décisions émises par une juridiction étrangère. Surtout :

« Il est essentiel de disposer d'un autre for où intenter une action pour des violations des droits de l'homme commises par des entreprises. Pouvoir agir en justice dans l'État d'origine de l'entreprise offre une opportunité pour accéder à un mécanisme de réparation judiciaire effectif lorsque les obstacles semblent impossibles à éliminer dans l'État d'accueil »¹⁶³.

Dans ce cas, il est possible que soit exigée des requérants une preuve de l'impossibilité ou, au minimum, de la difficulté d'accès à une voie de réparation dans le pays hôte, afin qu'ils puissent accéder à une juridiction étrangère (notamment dans le pays d'origine de l'entreprise) ou internationale¹⁶⁴.

En tout état de cause, **les requérants ne doivent pas être tenus d'épuiser les voies locales de recours avant de saisir une juridiction alternative (comme celle du pays d'origine du défendeur).**

L'essentiel est que la juridiction saisie soit compétente pour trancher l'affaire. Lorsqu'une entreprise est domiciliée, a son siège, ou le cœur de ses activités dans le pays dans lequel le litige est intenté, la juridiction de ce pays doit être reconnue compétente¹⁶⁵.

¹⁶³ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 36.

¹⁶⁴ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, pp. 426-427.

¹⁶⁵ ZERK (A. J.), *Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies: a report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, précité, p. 52.

b) L'extraterritorialité

Lorsqu'une action est menée dans le pays d'origine de l'entreprise, se pose la question de la compétence des juridictions pour trancher le litige dont les faits (et le préjudice invoqué) se sont déroulés en dehors du territoire de l'Etat en question. En effet, « pour qu'un tribunal puisse statuer sur une affaire et exécuter un jugement, il doit être en mesure d'exercer son pouvoir judiciaire, ou sa compétence, sur le défendeur »¹⁶⁶.

Par « pays d'origine de l'entreprise », on comprend celui où elle a son siège, son domicile, ou le cœur de ses activités. Ces critères sont généralement retenus par les Etats pour déterminer la nationalité d'une personne morale. Selon la formule de la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire *Barcelona Traction* concernant la protection diplomatique des personnes morales :

« Certains Etats ont pour pratique d'accorder leur protection diplomatique à une société constituée selon leur loi uniquement lorsque le siège social, la direction ou le centre de contrôle de cette société se trouve sur leur territoire ou lorsque la majorité ou une partie substantielle des actions appartient à leurs ressortissants. C'est dans ces cas seulement, a-t-on dit, qu'existe entre la société et l'Etat en question un lien de rattachement effectif comme celui qui est bien connu dans d'autres domaines du droit international »¹⁶⁷.

Néanmoins, la nationalité n'est pas le seul critère qui autorise l'exercice de la compétence de l'Etat sur des entreprises ayant leurs activités à l'étranger¹⁶⁸. En effet, le lien de rattachement entre le défendeur et l'Etat de la juridiction saisie peut se faire par

¹⁶⁶ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 32. Dans le présent travail, le terme « juridiction » fait référence soit à une autorité juridictionnelle spécifique (un tribunal ou une Cour, par exemple), soit à l'étendue de l'exercice de ce pouvoir et, dans ce dernier cas, le terme est synonyme de « compétence ». Néanmoins, il convient de signaler que ces notions ne sont pas univoques. Il existe de possibles différences et nuances qui ne nous paraissent pas significatives aux fins de cette étude. Pour plus de précision à ce propos, voir l'ouvrage de GRISEL (G.), *Application extraterritoriale du droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, 2010. La page 63 est particulièrement éclairante.

¹⁶⁷ §70. Cour Internationale de Justice (CIJ), *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power, Limited*, arrêt du 5 février 1970 accessible sur : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>, dernière visite le 20 juin 2018. Dans cette affaire, il s'agissait de définir le pays en mesure d'exercer la protection diplomatique sur la personne morale, raison pour laquelle la Cour se penche, par analogie, sur les critères de fixation de la nationalité des personnes naturelles.

¹⁶⁸ La nationalité de la personne morale est généralement invoquée pour définir la loi qui est applicable à cette personne morale. En France, l'article 1837 du Code Civil dispose que « Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française ».

la présence d'actifs, de bureaux, ou d'autres activités ayant une importance particulière pour l'organisation. À titre d'exemple, dans l'affaire *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, la Cour d'appel du second circuit des Etats-Unis a considéré que la présence à New York du bureau des relations avec les investisseurs des filiales était un lien suffisant pour exercer sa compétence personnelle sur l'entreprise¹⁶⁹.

En droit international, l'Etat exerce trois sortes de compétence : la compétence territoriale, la compétence personnelle et la compétence qui découle de sa souveraineté, seules les deux premières relevant de cette étude¹⁷⁰.

D'une part, la compétence territoriale autorise l'Etat à exercer son pouvoir sur des biens, personnes ou faits situés sur son territoire¹⁷¹. L'Etat exerce donc sa compétence *territoriale* sur les entreprises établies sur son territoire, qu'elles soient des multinationales ou non. D'autre part, la compétence personnelle concerne l'exercice du pouvoir de l'Etat sur ses nationaux, même s'ils ne se trouvent pas sur son territoire. Elle s'applique aussi aux personnes morales, et particulièrement aux entreprises déployant leurs activités à l'étranger. En effet :

« Le rattachement national s'applique bien entendu aussi aux personnes morales. Peuvent être considérées comme ayant la nationalité d'un Etat, en vertu des règles internationales, les personnes morales soit qui ont leur siège social dans cet Etat, soit qui sont incorporées selon les lois de cet Etat. Les activités extraterritoriales de nombreuses personnes morales peuvent aussi donner lieu à des applications extraterritoriales du droit de leur Etat de rattachement »¹⁷².

L'application extraterritoriale des droits de l'Homme est un élément central du troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU. En effet, comme on a déjà eu l'occasion de souligner, souvent, les victimes des violations des droits de l'Homme n'ont

¹⁶⁹ United States Court of Appeals, Second circuit, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, 14 septembre 2010, accessible sur : <https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/9.00%20-%20second%20circuit%20opinion.pdf>, dernière visite le 4 juin 2018.

¹⁷⁰ Au-delà des compétences territoriale et personnelle, l'Etat peut exercer une compétence liée à sa souveraineté. Il peut exercer son pouvoir sur des faits menaçant son existence ou sa sécurité (principe de protection). Dans ce cadre, la compétence universelle peut également s'appliquer, dès lors que des crimes contre l'Humanité sont commis par des étrangers à l'étranger (principe de l'universalité). STERN (B.), Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit, in : *Annuaire français de droit international*, volume 32, 1986, p. 25, accessible sur : https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi_0066-3085_1986_num_32_1_2708.pdf, dernière visite le 20 juin 2018.

¹⁷¹ STERN (B.), Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit, précité, p. 26.

¹⁷² STERN (B.), Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit, précité, p. 25.

pas d'accès au recours effectif dans le pays où le préjudice s'est produit. Pour cette raison, amener l'affaire en justice dans le pays d'origine de l'auteur de la violation représente un dernier espoir pour l'obtention d'une réparation¹⁷³.

Jusqu'à présent, au regard du droit international, les Etats ont une marge d'appréciation totale quant à l'exercice ou non de leur compétence extraterritoriale. Il serait souhaitable que le futur Traité affirme de façon explicite que les juridictions d'un État peuvent connaître des faits qui ont eu lieu en dehors du territoire de cet État¹⁷⁴.

Une disposition dans ce sens trouverait une base juridique suffisamment solide. Au commentaire du Principe directeur n° 2, on trouve en effet :

« Au stade actuel, les États ne sont généralement pas tenus en vertu du droit international des droits de l'homme de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. Cela ne leur est pas non plus interdit en règle générale pourvu qu'il existe une base juridictionnelle reconnue. En tenant compte de ces paramètres, certains organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme recommandent aux États d'origine de faire le nécessaire afin d'empêcher les atteintes qui seraient commises à l'étranger par des entreprises commerciales relevant de leur juridiction »¹⁷⁵.

Par ailleurs, même dans le cadre onusien, la question de l'obligation et/ou de la faculté de l'exercice de la compétence extraterritoriale a évolué depuis les Principes directeurs, publiés en 2011. L'Observation générale n° 24 de 2017 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises, affirme que l'Etat a des obligations extraterritoriales de protection et de mise en œuvre des droits de l'Homme. Il en ressort que :

« Des obligations extraterritoriales naissent lorsqu'un État partie est susceptible d'exercer une influence sur des événements qui se déroulent en dehors de son territoire,

¹⁷³ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), 2013, p. 11.

¹⁷⁴ CASSEL (D.) & RAMASASTRY (A.), White Paper: options for a treaty on business and human rights, in: *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 6, 1, article 4, 2016, p. 48, accessible sur : <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4>, dernière visite le 1^{er} juin 2018.

¹⁷⁵ Commentaire au principe n. 2. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, précité.

dans les limites imposées par le droit international, en contrôlant les activités des entreprises domiciliées sur son territoire et/ou relevant de sa juridiction »¹⁷⁶.

L'obligation de l'État d'exercer sa compétence extraterritoriale sur des actes commis à l'étranger par des entreprises dont le domicile, le siège ou le cœur des leurs activités sont situés sur son territoire est justifiée au regard du droit international, notamment celui issu du système onusien de protection des droits de l'Homme. En tout état de cause, même si l'existence d'une telle *obligation* peut encore faire l'objet de débats, l'Etat a le *droit* de le faire.

Par conséquent, même si le pays hôte ne ratifie pas le Traité, les faits et violations ayant eu lieu dans le pays hôte seraient régis par l'instrument, à la condition néanmoins que le pays du for de l'origine de l'entreprise le ratifie.

L'État, dans lequel les entreprises (et notamment les maisons mères) sont domiciliées, ont leur siège ou leur cœur d'activités, exercerait alors sa compétence extraterritoriale sur ces entreprises, dans la mesure où les faits en question se déroulent dans le pays hôte.

Aux Etats-Unis la loi fédérale de l'*Alien Tort Statute* (ATS) accorde aux étrangers la possibilité de faire un procès devant les juridictions fédérales américaines en raison des violations de certaines normes du droit international¹⁷⁷.

Néanmoins, lors du jugement de l'affaire *Kiobel* en 2013, la Cour Suprême des Etats-Unis a considéré que la présomption de non-extraterritorialité s'appliquait aux litiges régis par l'ATS¹⁷⁸. En l'occurrence, des ressortissants nigériens ont intenté des actions contre le groupe Shell devant les juridictions américaines. Ils invoquaient des violations des droits de l'Homme causées par l'exploitation du pétrole au Nigeria par une filiale de *Shell* (SPDC). Ils accusaient aussi le groupe d'avoir soutenu l'armée nigérienne dans la commission d'actes de torture.

¹⁷⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 24 (2017) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises*, 2017, accessible sur : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=fr, dernière visite le 9 juin 2018.

¹⁷⁷ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 30.

¹⁷⁸ Supreme Court of the United States. *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co et al.*, n° 10-1491, 7 avril 2013, accessible sur : https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf, dernière visite le 20 juin 2018.

La Cour a statué que l'ATS ne régissait pas les violations des droits de ressortissants étrangers s'étant déroulées en dehors du territoire américain. Par conséquent, elle a reconnu l'incompétence des juges américains pour statuer sur des faits extraterritoriaux concernant des ressortissants étrangers.

La portée de l'ATS a été encore limitée récemment par la Cour Suprême américaine, lors du jugement de l'affaire *Jesner v. Arab Bank* le 24 avril 2018, quand les juges ont expressément exclu les personnes morales étrangères du champ d'application de l'ATS¹⁷⁹. En l'espèce, les demandeurs accusaient une banque d'avoir facilité l'activité du Hamas, notamment des actes terroristes commis au Moyen Orient (soit en dehors des Etats-Unis). La Cour a considéré que l'ATS ne s'appliquait pas aux personnes morales étrangères dans le cadre de violations des droits de l'Homme commises à l'étranger.

Cette décision « vient en effet limiter les obligations et responsabilités des entreprises après leur avoir reconnu, dans la période récente, des droits traditionnellement attachés aux personnes physiques »¹⁸⁰.

Néanmoins, les restrictions du champ d'application de l'ATS par *Kiobel* et *Jesner* (ne pas pouvoir attirer devant les juridictions américaines une personne morale étrangère pour des violations commises à l'étranger) n'apportent pas nécessairement de conséquences sur l'application du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme.

Il convient de rappeler que ces affaires concernaient des requérants et des défendeurs (entreprises) étrangers, les entreprises n'ayant pas leur siège ou domicile aux Etats-Unis.

Pour éviter que la juridiction se déclare incompétente, il faudrait que le Traité prévoie expressément la possibilité que le défendeur (et notamment la société mère) puisse être saisi dans son Etat d'origine pour des violations ayant eu lieu en dehors de ce territoire (en l'occurrence, dans le pays hôte)¹⁸¹.

¹⁷⁹ Supreme Court of the United States. *Jesner et al. v. Arab Bank, PLC*, 584 U. S. ____ 2018, accessible sur : https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf, dernière visite le 4 juin 2018.

¹⁸⁰ MORRI (J.) Alien tort statute : nouveau tour de vis sur la compétence des juridictions civiles américaines en matière de violations du droit international, in : *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2018, accessible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/3865#tocto1n2>, dernière visite le 4 juin 2018.

¹⁸¹ Il convient de signaler, en revanche, que la reconnaissance de la compétence de la juridiction n'entraîne pas forcément l'application de la loi du for. Au contraire, généralement la norme applicable est celle de l'État dans lequel le préjudice a lieu. C'est pourquoi il est important que les dispositions du futur Traité soient les plus précises possibles afin d'éviter que le droit applicable soit déterminé au cas par cas par les droits nationaux. Nous ne développerons pas cet aspect dans la présente étude mais cela reste une question importante qui doit être abordée lors des négociations du Traité. Sur débiter ce sujet, voir : SINOPOLI (L.), Ancrer la « RSE » des multinationales : pistes sur le terrain des conflits de lois, in : *Cahiers*

Il peut être prévu dans le Traité, comme c'est le cas dans les Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des Etats dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels (Principes de Maastricht), que les entreprises peuvent être poursuivies non seulement dans le pays où elles sont formellement immatriculées, mais aussi dans le pays où « la société, ou la société mère ou dominante de celle-ci, dispose de son cœur d'activité dans l'Etat concerné, y est immatriculée ou domiciliée, ou y exerce l'essentiel ou une part substantielle de ses activités »¹⁸².

La Commission européenne, *amicus curiae* dans l'affaire *Kiobel*, a soutenu dans le même sens que le principe de la nationalité était un critère incontestable de l'exercice de la juridiction¹⁸³. Comme nous avons eu l'occasion de souligner, la nationalité est généralement accordée aux personnes morales selon le pays du siège, du domicile ou dans le pays dans lequel s'exerce le cœur des activités de l'entreprise.

Au sein de l'Union européenne, lorsqu'est intentée une action en responsabilité civile, le Règlement Bruxelles Ibis impose que la juridiction de l'État dans lequel le défendeur est domicilié se déclare compétente pour trancher l'affaire¹⁸⁴. L'article 60-1 du même règlement prévoit que « les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé : a) leur siège statutaire ; b) leur administration centrale, ou c) leur principal établissement ». Pour les défendeurs domiciliés ailleurs que dans l'Union, il appartient toujours à chaque État membre de poser les règles de compétence.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Recommandation CM/REC(2016)3 du Comité des Ministres aux États membres, adoptée le 2 mars 2016, dispose que :

de droit de l'entreprise, n. 5, septembre-octobre 2017, pp. 38-41. Voir également et le « 6^{ème} enjeu » énoncé par SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, pp. 55-57.

¹⁸² Les Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des Etats dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels (2013) sont un ensemble de principes élaborés par le Consortium ETO, « un réseau de membres, composé de nombreuses organisations de la société civile et d'universitaires intéressés par la promotion et la protection des droits humains ». Consortium ETO, *Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des Etats dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels*, 2013, accessible sur : https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-fr_web.pdf, dernière visite le 3 juin 2018.

¹⁸³ Supreme Court of the United States. *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co et al.*, n° 10-1491, Brief of the European commission on behalf of the European Union as *amicus curiae* in support of neither party, 2012, p. 11, accessible sur : https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_neither_amcu_eu.authcheckdam.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

¹⁸⁴ Article 4 du Règlement (UE) n ° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, accessible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32012R1215>, dernière visite le 4 juin 2018.

« Les Etats membres devraient appliquer les mesures législatives ou autres nécessaires, le cas échéant, pour faire en sorte que leurs tribunaux internes soient compétents concernant les actions civiles à l'égard de violations des droits de l'homme liées aux activités économiques d'entreprises relevant de leur juridiction »¹⁸⁵.

Un traité qui impose des obligations à la société mère (en l'occurrence, le devoir de vigilance sur la chaîne de production) doit également permettre de la saisir en justice devant la juridiction de son Etat d'origine, dès lors que cet Etat a ratifié le Traité.

En conclusion, si un ou plusieurs défendeurs (entreprises) ont leur domicile, leur siège, ou le cœur de leurs activités dans l'Etat où est intentée l'action, les juridictions de cet Etat doivent avoir la compétence pour trancher le litige.

Au-delà des enjeux concernant l'exercice de la compétence territoriale, les victimes des violations des droits de l'Homme causées par les entreprises multinationales peuvent se retrouver devant un autre obstacle : la doctrine du *forum non conveniens*.

c) La doctrine du forum non conveniens

Selon la doctrine du *forum non conveniens*, une juridiction, même après avoir reconnu sa propre compétence, peut rayer l'affaire du rôle si elle considère qu'une autre instance serait plus appropriée pour trancher l'affaire. Cette doctrine :

« permet aux tribunaux d'empêcher la poursuite d'une action dans la juridiction où elle est intentée du fait de l'existence d'une autre juridiction plus adéquate pour connaître du litige en raison de l'emplacement des parties, des témoins et des éléments de preuve, et du fait que le tribunal local connaît mieux le droit local, qui est souvent le droit applicable à l'affaire »¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Recommandation n° 34. Conseil de l'Europe. *Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres aux États membres, Droits de l'Homme et entreprises*, accessible sur : <https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-etentreprises-recommandation-cm-rec-2016-3-du-comite/16806f2031>, dernière visite le 9 juin 2018. Le texte signale également que « La doctrine du *forum non conveniens* ne devrait pas s'appliquer dans ces cas ». Cette doctrine fera objet d'analyse dans la sous-partie suivante.

¹⁸⁶ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 12.

Or, souvent, le forum « le plus adéquat » ne l'est pas au regard de la victime. Un exemple emblématique est celui de l'affaire *Chevron*, dans laquelle la société Texaco (rachetée par Chevron), exploitant les ressources pétrolières de l'Equateur, a pollué la forêt amazonienne pendant plus de trente ans, causant ainsi l'un des pires dommages écologiques de la planète.

En l'occurrence, la demande avait été rejetée par le Second circuit de la Cour d'appel aux Etats-Unis après que les défendeurs aient accepté d'aller devant le tribunal de l'Equateur, considéré comme mieux placé pour trancher le litige¹⁸⁷. En 2011, l'entreprise a été condamnée à verser une somme de 18 milliards de dollars pour réparer le préjudice, montant réduit à la moitié en 2013 par la Cour Suprême de l'Equateur. Malgré cette réduction du montant de la réparation, l'obligation n'a toujours pas été acquittée.

Entre-temps, *Chevron* a saisi la Cour permanente d'arbitrage de la Haye en soutenant que l'Équateur avait violé un traité bilatéral d'investissement avec les Etats-Unis. L'arbitrage a donné lieu à un accord en faveur de l'entreprise. L'affaire est néanmoins toujours en cours, les victimes ayant saisi les juridictions de plusieurs pays pour obtenir réparation, sans succès pour l'instant¹⁸⁸.

Bien que le cas *Chevron* illustre plusieurs enjeux d'ordre juridique et politique, l'application de la doctrine du *forum non conveniens* a néanmoins contribué à l'impunité de l'entreprise, dont la responsabilité pour la pollution en Amazonie a pourtant été largement reconnue par les juges.

Il est important que le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme évite de tels risques¹⁸⁹. Cette doctrine est adoptée aux Etats-Unis et dans certains pays du *common law*. Au sein de l'Union européenne, la Cour de justice a rejeté son application. Les juges ont considéré que la Convention de Bruxelles :

« S'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non

¹⁸⁷ United States Court of Appeals, Second circuit. *Maria Aguinda et al. v. Texaco INC*, 303 F.3d 470, 16 août 2002.

¹⁸⁸ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 39.

¹⁸⁹ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 39.

contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant »¹⁹⁰.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, la recommandation n° 34, antérieurement citée, dispose que la doctrine du *forum non conveniens* ne devrait pas s'appliquer dans ces cas¹⁹¹.

Il convient de rappeler que les demandeurs préfèrent en général agir en justice dans leur propre Etat, dans lequel ils se trouvent et dans lequel s'est produit le préjudice. Mais, s'ils estent souvent en justice devant les juridictions d'un autre État, cela signifie entre autres que l'accès à la justice est difficile dans le pays hôte¹⁹².

Pour ces raisons, le Traité doit décourager le rejet des poursuites fondé sur la doctrine du *forum non conveniens*.

Certains spécialistes soutiennent que le principe du *forum non conveniens* ne devrait plus s'appliquer en droit international¹⁹³. D'autres soutiennent que ce principe devrait être au moins plus encadré pour que les juges l'appliquent dans des cas limités, et tout en prenant en compte le décalage de moyens entre les requérants et les défendeurs dans les cas de violations des droits de l'Homme par des multinationales. Les

¹⁹⁰ Cour de justice des communautés européennes (CJCE) (GC). *Andrew Owusu contre N. B. Jackson, agissant sous le nom commercial "Villa Holidays Bal-Inn Villas" et autres*, demande de décision préjudicielle : Court of Appeal (England and Wales), Civil Division - Royaume-Uni, Affaire C-281/02, 1^{er} mars 2005.

¹⁹¹ Recommandation n° 34. Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres aux États membres*, Droits de l'Homme et entreprises, accessible sur : <https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-etentreprises-recommandation-cm-rec-2016-3-du-comite/16806f2031>, dernière visite le 9 juin 2018.

¹⁹² L'affaire *Bhopal* illustre l'idée selon laquelle l'accès à la justice peut être difficile dans les pays hôte. Elle concerne le désastre causé par l'explosion d'une usine chimique en Inde. Il s'agit du pire accident industriel de l'histoire. Des plaintes ont été rejetées aux Etats-Unis sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens*. En Inde, les parties ont conclu un règlement amiable. Celui-ci est très critiqué pour ne pas avoir offert une voie effective de recours aux victimes et pour avoir fixé une indemnisation peu élevée. United States Court of Appeals, Second circuit. *Bhopal v. Union Carbide Corporation*, 809 F.2d 195, 14 janvier 1987. SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 38.

¹⁹³ Voir, dans ce sens : GARDNER, (M.), *Retiring Forum Non Conveniens*, in : *New York University Law Review*, n° 390, pp. 391-491, 2017, accessible sur : <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.fr/&httpsredir=1&article=2665&context=facpub>, dernière visite le 4 juin 2018.

sociétés mères ne doivent pas pouvoir invoquer cette doctrine pour échapper à la responsabilité des préjudices causés par elles ou par leurs filiales ¹⁹⁴.

Certains pays reconnaissent la doctrine du *forum necessitatis*, selon laquelle le juge peut exercer sa compétence dans une affaire quand il lui semble qu'il n'y a pas d'autre instance disponible pour répondre aux besoins des victimes¹⁹⁵. Cette doctrine suit le même raisonnement que la doctrine du *forum non conveniens*, mais, alors que la première donne « aux défendeurs une occasion supplémentaire d'enterrer une affaire, (la seconde) donne aux demandeurs une occasion supplémentaire de la sauver »¹⁹⁶.

En France, même si les dispositions ne sont pas aussi protectrices qu'on le souhaiterait pour le Traité à venir, les articles 14 et 15 du Code civil rendent les tribunaux nationaux compétents pour juger l'action civile intentée contre un ressortissant *français*, en l'absence de tout autre chef de compétence¹⁹⁷. Cette règle est aussi appliquée aux Pays-Bas et en Suisse¹⁹⁸.

En 2009, la Commission européenne a proposé l'inclusion dans le Règlement Bruxelles I d'une règle relative au *forum necessitatis* afin de combler les lacunes d'accès à la justice de certaines victimes. Cette solution n'a pas été retenue, mais elle peut servir d'inspiration pour le Traité en question :

« Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu du Règlement, les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, connaître du litige si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit »¹⁹⁹.

¹⁹⁴ AREVALO, (C.), Is an international corporate human rights liability framework needed? An Economic Power, Business and Human Rights, and American Extraterritorial Jurisdiction analysis, in: *Opinión Jurídica*, v. 12, n. 24, juillet-décembre 2013, p. 115.

¹⁹⁵ ZERK (A. J.), *Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*: a report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, précité, p. 42.

¹⁹⁶ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 42.

¹⁹⁷ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 34.

¹⁹⁸ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 43.

¹⁹⁹ Commission des communautés européennes, *Livre vert sur la révision du Règlement (CE) n. 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile*

Une disposition relative au *forum necessitatis* permettrait aux tribunaux d'un État partie d'exercer leur compétence, si aucun autre for ne garantissait l'accès effectif à la justice²⁰⁰.

Afin d'éviter que la doctrine du *forum non conveniens* s'applique dans le cadre du futur Traité, celui-ci pourrait contenir « une présomption selon laquelle le for étranger est inadéquat lorsqu'un demandeur étranger intente un recours devant un tribunal étatique (...) pour des faits commis à l'étranger ». De plus, si un tribunal se dessaisit sur le fondement du *forum non conveniens*, cela doit être sans préjudice pour les demandeurs qui pourraient intenter l'action à nouveau devant le tribunal d'origine, lequel demeurerait compétent après la procédure devant le for d'accueil²⁰¹.

et commerciale, 2009, accessible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0175>, dernière visite le 9 juin 2018.

²⁰⁰ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 43.

²⁰¹ SKINNER (G.), MCCORQUODALE (R.) & DE SCHUTTER (O.), *Le troisième pilier : l'accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales* (rapport), précité, p. 83.

CONCLUSIONS SUR LES MOYENS JURIDICTIONNELS DE MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

1. L'enjeu principal est de déterminer le lieu d'accès à la justice : dans l'Etat où s'est déroulé le préjudice (le pays hôte) ou dans le pays d'origine de l'entreprise (en général, le pays où elle est domiciliée) ;

2. Intenter l'action dans le pays hôte présente certains avantages (il est plus compliqué du point de vue logistique et budgétaire de saisir une juridiction étrangère). Le procès dans le pays hôte pourrait également contribuer à faire évoluer les institutions sur place et à mettre fin au climat d'impunité ;

3. Néanmoins, souvent, les autorités du pays hôte ne sont pas en mesure de répondre de manière satisfaisante au préjudice subi à cause de l'influence qu'exercent les entreprises sur les institutions publiques ;

4. Il est essentiel de disposer d'un autre for où intenter une action pour les violations des droits de l'homme commises par des entreprises. Les requérants ne doivent pas être tenus d'épuiser les voies de recours locales avant de saisir une juridiction alternative (telle que celle du pays d'origine du défendeur) ;

5. La juridiction du pays où l'entreprise a son siège, son domicile ou le cœur de ses activités doit avoir la compétence personnelle pour trancher le litige. Mais des enjeux juridiques tels que l'extraterritorialité des violations et la doctrine du *forum non conveniens* peuvent constituer des obstacles à la réparation des victimes ;

6. Il est souhaitable que le Traité affirme de façon explicite la compétence des juridictions du pays d'origine de l'entreprise concernant des violations qui se sont déroulées à l'étranger ;

7. Le Traité doit décourager le refus de l'exercice de la compétence fondé sur la doctrine du *forum non conveniens*, notamment par l'adoption d'une clause du *forum necessitatis*, selon laquelle le juge peut exercer sa juridiction dans une affaire quand il lui semble qu'il n'y a pas d'autre instance adéquate pour répondre aux victimes.

III) LA MISE EN ŒUVRE DU TRAITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Il existe dans la doctrine et dans le projet avancé par l'Équateur en septembre 2017 des propositions de modes de suivi internationaux du Traité. L'avantage principal d'un tel mode de suivi réside dans le fait que les victimes qui font souvent face à des impasses dans les circuits nationaux, peuvent s'adresser à un organe indépendant et impartial spécialisé dans le suivi de la bonne application du Traité. Cela permettrait de résoudre les problèmes de recours ineffectifs au sein des États (lenteur, mauvaise volonté à appliquer le Traité, corruption des juges, etc) ou encore les hésitations liées à la compétence des tribunaux nationaux face aux affaires transnationales et complexes.

En général, la mise en œuvre des Traités existants est laissée à l'appréciation des États et du droit interne. La mise en place d'un organe conventionnel international (A) ou d'une Cour internationale (B) n'a été utilisée que dans un nombre limité de cas. Nous allons étudier ces cas existants de suivi des obligations en termes d'entreprises et de droits de l'Homme dans l'ordre international, et proposer des transpositions au nouveau Traité²⁰².

A) LA MISE EN PLACE D'UN ORGANE NON-JURIDICTIONNEL DE SUIVI DU TRAITE

Le futur Traité pourra prévoir la création d'un organe conventionnel pour contrôler le bon respect du Traité par les États et les entreprises²⁰³, sur le même modèle que les neuf comités créés par plusieurs traités sur les droits de l'Homme²⁰⁴.

²⁰² Nous ne traiterons pas de l'arbitrage dans ce rapport, comme prévu lors de la réunion de délimitation du sujet avec SHERPA.

²⁰³ Au lieu de créer un nouvel organe conventionnel, le futur Traité pourrait rendre compétent un organe déjà existant, tel que par exemple le Conseil des Droits de l'Homme. En pratique, cette proposition risque néanmoins d'être difficile à mettre en œuvre car le Comité des Droits de l'Homme a déjà une charge de travail considérable et essuie de fortes critiques sur son fonctionnement et sa politisation. Voir Assemblée générale des Nations Unies, *Le Président du Conseil des droits de l'homme dresse le bilan de cet organe devant la Troisième Commission*, Communiqué de presse, 2 novembre 2017, accessible sur : <https://www.un.org/press/fr/2017/agshc4217.doc.htm>, dernière visite le 10 juin 2018.

²⁰⁴ Le Comité des droits de l'homme (CCPR), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), le Comité contre la torture (CAT), le sous-Comité pour

Il serait préférable que la mise en place d'un Comité soit prévue directement dans le corps du Traité, et non dans une clause ou un protocole facultatif. Certaines compétences du Comité pourront ensuite être acceptées de façon facultative par les États.

Nous allons réfléchir sur les compétences du Comité et sur leurs incidences dans le cadre du futur Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises. Le Traité pourrait prévoir que le Comité puisse publier des observations générales (a), et examiner les rapports qui lui sont soumis par les États (b) et les communications individuelles (c).

a) Les observations générales, pour une interprétation évolutive du Traité

Les Observations Générales publiées par les comités onusiens sont un moyen de rassembler l'ensemble de leurs interprétations sur les dispositions de certaines Conventions internationales des droits de l'Homme.

Le nouveau Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, s'il met en place un Comité conventionnel, pourrait prévoir que celui-ci puisse publier régulièrement des Observations Générales. Ces Observations Générales seraient, comme elles le sont déjà dans le cadre de certains instruments onusiens des droits de l'Homme, des synthèses des observations finales et des constatations individuelles que le Comité publierait. **L'avantage principal réside dans le fait que le futur Traité ne sera pas figé et qu'une voix unique donnera l'interprétation qu'il faudra faire de ses dispositions.** Si les procédures de rapports étatiques et de communications individuelles lui en donnent l'occasion, le Comité pourra rappeler et préciser dans ses Observations Générales certains droits ou certaines obligations, voire interpréter le Traité de façon à le rendre efficace en termes de respect des droits de l'Homme par les entreprises.

Concernant les obligations des États vis-à-vis des entreprises, on retrouve l'idée **chez beaucoup de comités onusiens que l'État a l'obligation d'instaurer un**

la prévention de la torture (SPT), le Comité des droits de l'enfant (CRC), le Comité des travailleurs migrants (CMW), le Comité des droits des personnes handicapées (CRPD), le Comité des disparitions forcées (CED).

environnement propre à réaliser l'ensemble des droits humains. Bien que les instruments internationaux ne lient que les États parties, ceux-ci ne peuvent en réalité pleinement s'acquitter de leurs obligations internationales que s'ils protègent les individus contre les violations commises par les autorités publiques, et par les personnes privées, physiques ou morales. C'est ce que préconisent le Comité des droits de l'Homme dans son Observation générale n.31²⁰⁵ ou encore le Comité des droits économiques sociaux et culturels dans son Observation générale n.12²⁰⁶, pour ne citer qu'eux.

Pour résumer, si le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme n'impute des obligations directes qu'aux seuls États, le Comité pourra tout de même suivre l'exemple **d'autres comités onusiens qui recommandent à l'État de prendre des mesures précises pour faire en sorte que les activités des entreprises soient en conformité avec les droits de l'Homme.** Par ricochet, les entreprises devront respecter les obligations que leur auront imposées les États.

b) Les rapports étatiques, un moyen de contrôler le suivi du Traité sur le long terme

Le système des rapports étatiques existant dans le domaine des droits de l'Homme a déjà donné de bons résultats en matière d'entreprises et de droits de l'Homme.

²⁰⁵ « Le Pacte [relatif aux droits civils et politiques] vise dans certains articles des domaines dans lesquels l'obligation positive existe pour les États parties de réglementer les activités de personnes privées, physiques ou morales. Dans des domaines qui concernent des aspects fondamentaux de la vie courante comme le travail ou le logement, les individus doivent être protégés de toute discrimination au sens de l'article 26 » : Organisation des Nations Unies, Comité des droits de l'Homme, *Observation générale No 31 La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, §8.

²⁰⁶ « Les entreprises privées – nationales et transnationales – doivent mener leurs activités dans le cadre d'un code de conduite qui favorise le respect du droit à une nourriture suffisante, arrêté d'un commun accord avec le Gouvernement et la société civile. [...] Dans le cadre de leurs obligations de protéger la base de ressources servant à la production alimentaire, les États parties devraient prendre les mesures voulues pour faire en sorte que les activités des entreprises privées et de la société civile soient en conformité avec le droit à l'alimentation » : Organisation des Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation n.12 Directives unifiées concernant les rapports présentés par les États Parties*, CCPR/C/66/GUI/Rev.2, 2001, §G.1.

Dix traités ou protocoles sur les droits de l'Homme, dont certains sont mondialement ratifiés²⁰⁷, et tous les Traités de l'OIT²⁰⁸, exigent des États parties qu'ils soumettent régulièrement un rapport sur les progrès qu'ils ont réalisés et les obstacles qu'ils ont rencontrés dans la mise en œuvre des obligations découlant du Traité.

L'avantage d'un tel système de suivi de l'application du Traité des droits de l'Homme et des entreprises réside dans le fait qu'il repose sur un **dialogue constructif** (entre les États, le Comité et la société civile) et sur la bonne foi des États. En matière de violations des droits de l'Homme impliquant des entreprises, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a par exemple recommandé au Canada de « prendre les mesures législatives ou administratives voulues pour empêcher les sociétés transnationales immatriculées au Canada d'opérer d'une manière préjudiciable à l'exercice de leurs droits des peuples autochtones dans les territoires situés hors Canada » et de communiquer dans son prochain rapport les « effets des activités des sociétés transnationales immatriculées au Canada sur les peuples autochtones à l'étranger »²⁰⁹.

Mais l'absence de force contraignante n'incite pas les États à se conformer rapidement (voire à se conformer tout court) au Traité.

Dans la même affaire concernant le Canada, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale se félicite dix ans plus tard « des informations indiquant que de récentes décisions de justice permettent d'engager une procédure devant les tribunaux canadiens contre des sociétés canadiennes actives à l'étranger et que des mécanismes

²⁰⁷ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (1966), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984) et son protocole facultatif (2002), la Convention relative aux droits de l'enfant (1989), la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille (1990), la Convention relative aux droits des personnes handicapées, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006).

²⁰⁸ Une fois qu'un État a signé une recommandation de l'OIT, il est tenu de présenter périodiquement un rapport sur les mesures prises pour lui donner effet à la Commission d'expert pour l'application des conventions et recommandations. Pour plus d'informations, voir : Organisation internationale du travail (OIT), *La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, accessible sur : <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--fr/index.htm>, dernière visite le 23 juin 2018.

²⁰⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : Canada*, CERD/C/CAN/18, 25 mai 2007, § 17.

non judiciaires ont été établis ». Mais le Comité reste préoccupé « par le fait que les victimes d'activités imputées à des sociétés transnationales enregistrées au Canada et ayant des incidences négatives sur les droits de personnes à l'étranger, ne bénéficient pas de l'accès voulu à la justice »²¹⁰.

Finalement, un pays occidental et riche, tel que le Canada, ne règle pas en dix ans l'accès à la justice des victimes des activités des entreprises transnationales violant les droits de l'Homme. Cela illustre l'inconvénient majeur de ce système, qui repose entièrement sur la bonne volonté des États. Si seul un tel mécanisme de mise en œuvre est prévu par le futur Traité, deux difficultés majeures verront le jour : d'une part l'absence de force contraignante, et d'autre part l'absence de recommandation adressée directement aux entreprises. Les entreprises, bien que citées dans de nombreuses conclusions finales, telles que celle sur le Canada, ne sont pas les interlocutrices directes du Comité, ne soumettent pas de rapport qui sera contrôlé par le Comité, et, de ce fait, ne subissent pas directement l'aspect dissuasif du mécanisme.

Si le Comité n'est compétent que pour examiner les rapports étatiques, les victimes n'auront aucun recours devant un organe international. Les recours nationaux pouvant être ineffectifs, les victimes n'obtiendront dans ce cas pas de réparation juste de la part des États et/ou des entreprises.

S'agissant du traité sur les ENT et les droits de l'Homme, une proposition instaurant le contrôle sur rapports étatiques sera sûrement **moins controversée** dans les négociations que la mise en œuvre d'un **réel mécanisme de plainte** contre les États, voire les entreprises. Néanmoins, l'existence de ce seul mécanisme serait aussi très insatisfaisante, du point de vue des victimes des violations aux droits de l'Homme²¹¹. Pour ces personnes, **l'existence d'une procédure de plainte est une exigence primordiale** afin d'obtenir une réparation juste.

Par ailleurs, le Traité pourrait aussi instaurer une procédure de rapports que les **entreprises** devraient elles-mêmes présenter au Comité. La procédure pourrait suivre

²¹⁰ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observation finales : Canada*, CERD/C/CAN/CO/21-23, 13 septembre 2017, § 21-22.

²¹¹ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, pp. 434-435.

le **modèle des procédures étatiques**, c'est-à-dire que les entreprises devraient présenter périodiquement un rapport sur les mesures prises pour mettre en œuvre le Traité, sur les progrès qu'elles auraient réalisés et les obstacles rencontrés.

Ces obligations pourraient néanmoins **peser trop lourdement** sur les entreprises qui ne sont pas des multinationales et/ou qui n'ont pas les capacités logistiques/financières pour présenter régulièrement de tels rapports. Pour éviter cela, un **seuil** à partir duquel les entreprises devraient se soumettre à l'obligation de rapports pourrait être institué sur le **modèle de la loi sur le devoir de vigilance**²¹².

Cette proposition a néanmoins fait l'objet de nombreux débats et est à **manipuler avec attention**. Le **seuil proposé par la loi de vigilance est plutôt élevé** et exclut finalement un grand nombre d'entreprises. On pourrait proposer que le futur Traité n'exclue de son champ d'application que les petites et moyennes entreprises (PME). Comme nous avons eu l'occasion de souligner auparavant, la limite de 250 salariés est un seuil souvent adopté par l'Union européenne²¹³.

Une telle procédure visant directement les entreprises aurait pour avantages de plus les **responsabiliser**, qu'elles se sentent **plus concernées par le rôle qu'elles peuvent jouer dans la bonne mise en œuvre du Traité** et, plus largement, dans la **réalisation des droits de l'Homme**. Une procédure de rapports des entreprises permettrait surtout d'instaurer un **contrôle international** sur le respect des obligations qui leur sont imputées par le Traité, contrôle dans lequel la **société civile** pourrait jouer un rôle important avec la production de contre-rapports.

Mais les **inconvenients** d'une procédure de rapports pour les entreprises seraient les mêmes que ceux qui existent déjà pour les procédures étatiques (**absence de force contraignante, de mesures de réparation**).

²¹² Loi n.2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, précitée, article 1 : « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille 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, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. ».

²¹³ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Les petites et moyennes entreprises : force locale, action mondiale, in : *Synthèses de l'OCDE*, 2000, accessible sur : <http://www.oecd.org/fr/industrie/pme/1918323.pdf>, dernière visite le 9 juin 2018.

c) L'examen par le Comité de communications individuelles

Le Comité pour le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme pourrait aussi être compétent pour examiner les plaintes qu'il reçoit des victimes des violations du Traité par les États et par les entreprises. La principale nouveauté concernerait les communications individuelles dirigées contre les entreprises, alors que celles dirigées contre les États pourraient suivre le modèle des procédures déjà existantes.

1. Les communications individuelles dirigées contre l'État

Le Comité pour le Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises pourrait être compétent pour recevoir des communications individuelles, sur le même modèle de ce qui existe déjà pour huit organes onusiens de traités sur les droits de l'homme²¹⁴.

Ces traités des droits de l'Homme prévoient des clauses ou des protocoles facultatifs, qui mettent en place un système de communication individuelle. Les individus victimes des violations du Traité peuvent se plaindre au Comité une fois les voies de recours internes épuisées contre les États qui ont auparavant accepté la procédure. Certains Comités reçoivent expressément les plaintes fondées sur la défaillance d'un État à prévenir ou à remédier à la faute d'une entreprise. C'est le cas du mécanisme de plainte créé par le premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP). Le Comité des droits de l'Homme, dans sa Constatation individuelle sur la responsabilité de l'État pour les activités des entreprises privées, « considère qu'il existe des situations dans lesquelles un **État partie a l'obligation de veiller à ce que les droits reconnus par le Pacte ne soient pas violés par les activités extraterritoriales menées par les entreprises sous sa juridiction** »²¹⁵.

²¹⁴ Voir la note n. 207: Toutes les Conventions précitées, ou leurs protocoles, exceptée celle sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille (pas d'entrée en vigueur), ont mis en place un organe non-judiciaire pour recevoir les plaintes individuelles.

²¹⁵ Comité des droits de l'Homme, *Constatation individuelle Yassin et al. v. Canada*, CCPR/C/120/D/2285/2013, 7 décembre 2017, §6.5. En l'espèce pourtant, l'affaire avait été déclarée inadmissible.

Le contrôle du Comité des droits de l'Homme est donc un **contrôle indirect**, dans le sens où il surveille indirectement, c'est-à-dire par le truchement de l'État, les actions ou omissions des entreprises qui pourraient nuire au droit des individus. Le Comité des droits de l'Homme vérifie que l'État instaure un **cadre juridique adéquat** pour **protéger les droits** des individus, issus du PIDCP, contre les agissements des **entreprises**. La protection est d'autant plus **étendue** qu'elle touche aussi les individus victimes de la conduite des entreprises dont les **activités sont développées au-delà de la sphère de compétence** de l'État.

Le Comité institué par le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme pourrait également suivre cette voie en prenant en compte, dans l'examen d'une plainte, les efforts et résultats faits par l'État pour protéger les individus plaignants contre les violations commises par les entreprises. Finalement, le Comité s'assurerait que l'État remplisse ses obligations liées directement au Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme et son « obligation de protéger » les individus des violations des droits de l'Homme par les entreprises. Les États s'assurent donc que l'environnement légal du milieu des affaires respecte les droits de l'Homme et, en répercussion, les entreprises doivent elles-mêmes respecter les obligations et prescriptions que l'État leur impose.

De plus, le mécanisme basé sur les communications individuelles peut être une proposition intéressante pour le Traité sur les droits de l'Homme car la procédure de plainte écrite a un coût bien moins important qu'un véritable contentieux judiciaire²¹⁶.

Néanmoins, une telle procédure de communication individuelle serait décevante si, comme aujourd'hui, elle débouche sur de simples recommandations adressées à l'État²¹⁷. L'exécution par l'État ne dépend que de sa bonne volonté alors qu'il ne voit souvent pas les recommandations du Comité comme juridiquement contraignantes. Certes, les résultats de l'examen de la plainte publiés par le Comité pourront mettre une certaine pression à l'État pour accorder une réparation à la victime, mais il importe surtout pour les victimes qu'elles puissent obtenir des décisions exécutoires et non des recommandations qui reposent sur la bonne volonté des États. D'un autre côté, il vaut mieux qu'il existe un mécanisme de plainte non contraignant plutôt qu'il n'existe aucun

²¹⁶ CASSELL (D.), RAMASTRY (A.), White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights, précité, p.31.

²¹⁷ STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, précité, pp. 434-435.

mécanisme de plainte, surtout dans le cas où des États sont résistants à un Traité qui impose des procédures de plainte contraignantes.

Ainsi, bien que le mécanisme de **recommandations non contraignantes** repose sur la **bonne volonté des États**, il aussi susceptible d'être **plus facilement accepté par les États parties au futur Traité**.

Très souvent, le nombre d'États ayant accepté la procédure de communication pour un traité onusien sur les droits de l'Homme est largement inférieur au nombre d'États parties au traité. Par exemple, le Pacte international des droits civils et politiques comprend 168 États parties²¹⁸ alors que son premier Protocole facultatif n'en comprend que 116²¹⁹. Si une telle procédure de communication est mise en place pour le Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises, on observerait probablement une mise en œuvre du Traité à double vitesse entre les États prêts à se soumettre à l'examen du Comité et ceux qui garderaient la seule compétence juridictionnelle nationale.

Néanmoins, la possibilité d'« opt-in » évite le blocage de l'entrée en vigueur du Traité par les États qui ne veulent pas se soumettre à l'examen du Comité. Le mécanisme facultatif permet de maximiser le nombre d'États parties au Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, tout en créant une procédure de communication individuelle pour les États qui l'acceptent.

2. Les communications individuelles dirigées contre les entreprises

Dans le cadre d'une procédure de communications individuelles adressées à un Comité de suivi du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, l'enjeu primordial est de savoir si les communications peuvent aussi être adressées directement contre les entreprises.

²¹⁸ Voir état des ratifications, accessible sur : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=fr, dernière visite le 30 mai 2018.

²¹⁹ Voir état des ratifications, accessible sur : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=fr, dernière visite le 30 mai 2018.

L'avantage est significatif puisque les entreprises, directement visées par les plaintes, devront elles-mêmes se justifier lors de la procédure. Pour éviter un impact trop significatif sur leur réputation, elles devront tout faire pour respecter les obligations qui découlent du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme. L'aspect dissuasif sera probablement plus efficace que si les communications individuelles visent seulement les États. Les entreprises devront directement faire face à leur responsabilité.

Mais un tel mécanisme, visant directement les entreprises, peut être inadapté selon l'avancée des négociations. En effet, il faut que certaines obligations du Traité lient directement les entreprises. Si seuls les États, qui restent pour certains les seuls acteurs de la mise en œuvre des droits de l'Homme, se voient imputer des obligations par le Traité, alors le Comité de suivi ne pourra pas examiner de communications adressées contre les entreprises.

Cette possibilité de formuler une plainte devant une instance contre les agissements des entreprises existe pourtant dans le cadre de l'OCDE. Le Traité pourrait suivre l'exemple des PCN (compte tenu du fait que certains aspects du modèle sont critiquables par ailleurs, comme nous allons aussi le développer). Ceux-ci sont compétents pour recevoir les plaintes contre les entreprises qui auraient failli à suivre les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

Les États membres de l'OCDE ont en effet déjà accepté cette forme de plainte individuelle contre les actions des entreprises transgressant les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales²²⁰. Les États mettent en place des Points de Contact Nationaux (PCN) pour examiner les plaintes reçues contre les entreprises qui ont prétendument manqué à respecter les Principes directeurs. Les PCN sont compétents pour résoudre les litiges entre l'entreprise multinationale et le requérant, principalement par la médiation et la conciliation. Toute personne, physique ou morale (individu, ONG, syndicat, entreprise), qui a un intérêt à « saisir » un PCN peut le faire. La définition large de l'intérêt à agir permet à des ONG du monde entier d'utiliser

²²⁰ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, précité.

ces instances pour réagir aux impacts négatifs du monde des affaires sur les droits de l'Homme.

Le Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises pourrait peut-être s'inspirer du modèle des PCN, la pression diffuse de ce mécanisme pouvant produire **certains effets**. Il faut en revanche rester extrêmement prudent sur les obstacles liés au mécanisme non-juridictionnel des PCN.

En effet, les victimes qui intentent de tels recours font face aux mêmes difficultés qu'exposées précédemment : les victimes savent rarement que ces recours existent ; elles ont rarement les ressources pour saisir l'autorité compétente ; le processus est lent et fastidieux ; et surtout, **l'arbitrage et les recommandations remplacent les jugements exécutoires**. De plus, l'affaire *Michelin* illustre bien les critiques faites par les ONG sur les procédures devant les PCN comme étant inégales et **souvent inefficaces**. Cinq organisations, dont SHERPA, avaient saisi en 2012 le PCN français au sujet de l'implantation en Inde d'une usine Michelin²²¹. Or, en 2016, « le PCN félicite le Groupe *Michelin* qui a intégré la diligence raisonnable à sa stratégie d'entreprise »²²² et met fin à la procédure. Les organisations plaignantes mettent en doute la capacité de cette instance à mener à bien sa mission. Elles pointent notamment du doigt le fait que le PCN avait reconnu que les études d'impact menées par l'entreprise n'avaient pas été suffisantes et que le projet industriel dans la zone avait eu des incidences fortes sur la vie des populations. Le PCN recommandait aussi au groupe Michelin « de prendre davantage en compte le droit des populations indigènes ». Pourtant, le PCN s'est refusé à souligner le manquement de Michelin aux Principes directeurs de l'OCDE.

Cet exemple illustre les difficultés des victimes à obtenir des résultats de la part des entreprises. Si le Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises instaure un Comité, celui-ci devra certes appliquer des obligations plutôt que de simples principes directeurs (comme le font les PCN), mais il serait tout de même opportun de réfléchir à la façon dont l'instance recevant les communications individuelles à l'encontre des

²²¹ Les griefs portaient sur la consultation des populations, l'impact social et environnemental, la « diligence » en matière de droits humains, de contribution fiscale, d'information des parties prenantes, et l'emploi.

²²² Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Point de contact national, France, *Fin du suivi de la circonstance spécifique Michelin en Inde*, 29 février 2016, p.1, accessible sur : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/423786>, dernière visite le 19 mai 2018.

entreprises pourrait donner lieu à des réels changements dans les comportements de celles-ci.

L'avantage et l'inconvénient de cette proposition de mise en place d'un organe onusien non juridictionnel se recourent : les avis que rend le Comité ne seraient juridiquement pas contraignants et exécutoires. D'un côté, les États accepteraient plus facilement un tel mode de suivi du Traité. D'un autre côté, une bonne application du Traité sera peut-être mieux atteinte si une Cour internationale émet des décisions contraignantes et exécutoires.

CONCLUSIONS SUR LA MISE EN ŒUVRE QUASI-JURIDICTIONNELLE DU TRAITE DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

1. Le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme pourrait prévoir la mise en place d'un **Comité** compétent pour examiner les **rapports étatiques, les communications individuelles** adressées aux **États et aux entreprises**, et pour publier des **observations générales** sur l'interprétation du Traité.

2. L'avantage principal des observations générales réside dans le fait que le Traité ne sera **pas figé** et qu'une **voix unique donnera l'interprétation** qu'il faudra faire de ses dispositions.

3. La procédure des rapports étatiques repose sur un **dialogue constructif** (entre les États, le Comité et la société civile). Mais **l'absence de force contraignante** n'incite pas les États à se conformer rapidement (voire à se conformer tout court) au Traité et les victimes n'obtiennent **pas de réparation** au terme de la procédure.

4. Le Traité pourrait aussi instaurer une **procédure de rapports que les entreprises devraient elles-mêmes présenter au Comité**. Un tel mécanisme offrirait l'avantage de plus **responsabiliser les entreprises**, qu'elles se sentent plus **concernées** par le rôle qu'elles peuvent jouer dans la bonne mise en œuvre du Traité et, plus largement, dans la réalisation des droits de l'Homme.

5. Recevant des **plaintes individuelles contre les États**, le Comité s'assurerait que l'État en question remplit ses obligations liées directement au Traité et son « **obligation de protéger** » les individus des violations des droits de l'Homme par les entreprises.

6. L'aspect dissuasif sera probablement plus efficace si le Comité reçoit des **communications individuelles visant aussi les entreprises**, par un mécanisme apparenté aux **PCN** (compte tenu du fait que certains aspects du modèle, tenant à son manque d'efficacité et aux allégations de parti pris des PCN, sont critiquables par ailleurs).

B) LA MISE EN PLACE D'UNE JURIDICTION INTERNATIONALE

L'influence des multinationales auprès de certaines juridictions nationales justifie pour certains la création d'une Cour internationale, compétente pour les allégations de violations des dispositions du futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme.

Les entreprises multinationales ont les ressources pour se défendre devant les tribunaux nationaux dans des affaires de violations des droits de l'Homme qui, parce qu'elles sont transnationales, sont coûteuses et complexes. Au regard du taux élevé des jugements étrangers non exécutés, le caractère dissuasif de telles décisions juridictionnelles internes s'estompe pour les grandes EMN²²³. De plus, les plaignants n'ont souvent pas d'autre choix que de se tourner vers des juges étrangers, car ils peuvent être autrement confrontés aux décisions inexécutables délivrées par les juges locaux ou à la corruption. Les entreprises multinationales profitent aussi de la complexité des affaires et de la multiplicité des procédures traitant de la même affaire à travers le monde. L'exemple de *Chevron* est parlant car en plus de vingt ans de procédure, l'entreprise pétrolière a pu se soustraire à toute réparation au bénéfice des victimes du fait des désastres environnementaux qu'elle aurait causés²²⁴.

L'instauration d'une Cour internationale, qui aurait compétence sur les allégations de violations des dispositions du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, permettrait une procédure unique dans l'ordre international.

Il existe plusieurs hypothèses préliminaires (l'effet direct vertical et horizontal du Traité) qui déterminent l'étendue de la compétence de la Cour internationale.

²²³ STEINITZ (M.), GOWDER (P.), Transnational Litigation as a Prisoner's Dilemma, in : *North Carolina Law Review*, vol. 94, n. 3, Rev. 751, 2016, p. 798, disponible sur : <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol94/iss3/1>, dernière visite le 1er juin 2018.

²²⁴ La Cour d'Appel Fédérale des Etats-Unis admet que les plaignants ne peuvent demander l'exécution de leur jugement (réparation s'élevant à 9 milliards de dollars) en raison de la fraude et de la corruption qui pèsent sur la décision équatorienne.

D'abord, le futur Traité peut offrir ou non une voie de recours individuel aux personnes privées devant une juridiction internationale. Si oui, les personnes privées peuvent directement invoquer une norme du Traité devant cette juridiction internationale, afin de faire reconnaître leurs droits. Sinon, la Cour est compétente pour les conflits relatifs à l'application du Traité sur les droits de l'homme et les entreprises, sans droit au recours individuel des personnes privées (seuls les États pourraient alors soumettre des cas à la Cour). On considèrera dans le raisonnement qui suit que le droit de recours individuel est alloué aux personnes privées, pour accéder à une telle Cour internationale.

Ensuite, si le Traité est directement applicable aux seuls États, c'est-à-dire qu'ils sont les seuls destinataires des obligations prévues dans le Traité, alors seuls les États pourront être attraites devant la juridiction. C'est seulement si le Traité impute également des obligations directes aux entreprises que celles-ci pourront aussi être attraites devant la juridiction internationale, et de ce fait, qu'elles devront elles-mêmes réparer les victimes.

L'avantage d'une telle juridiction réside dans le fait qu'elle permet une solution juridictionnelle aux victimes dans les cas où les voies de recours nationales ne sont pas effectives.

a) La mise en place d'une Cour internationale civile sur les entreprises et les droits de l'Homme

Mettre en place une Cour civile internationale, compétente pour les violations du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, se heurte à des obstacles évidents tels que les coûts ou l'existence d'un consensus politique.

Créer une nouvelle Cour civile internationale, compétente en cas d'allégations de violations du Traité par les États seuls ou par les États et les entreprises, représente des obstacles. Premièrement, il semble difficile d'arriver à un consensus politique aboutissant à la création d'une telle Cour, notamment par manque de volonté et d'unité politiques²²⁵. En effet, malgré diverses propositions en ce sens, les États ne se sont jamais

²²⁵ STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, précité, p. 433.

accordés sur la création d'une Cour internationale des droits de l'Homme. Ensuite, cela prendrait beaucoup de temps et d'argent avant qu'une telle structure voit le jour et soit opérationnelle. En outre, la performance de cette Cour dépendra pour beaucoup de l'engagement, de la coopération et de l'efficacité des mécanismes nationaux ; sa seule existence ne suffira pas à rendre l'ensemble du système de mise en œuvre du Traité efficace.

Pour finir, une Cour civile pourrait peut-être rendre des jugements plus rapidement qu'une Cour pénale internationale, mais elle ne serait vraisemblablement pas capable de résoudre tous les cas qui lui seraient présentés dans un temps raisonnable²²⁶.

Les Cours régionales sont un modèle à suivre car elles offrent déjà un recours aux individus pour faire valoir leurs droits face aux violations par les États de leurs obligations conventionnelles. Nous allons voir que la Cour européenne des droits de l'Homme va même au-delà en interprétant la Convention de telle sorte que certaines obligations de la Convention incombent aux entreprises par l'intermédiaire des États. Ce modèle permet d'avoir un impact fort auprès des entreprises, qui se sentent plus concernées par les jugements de la Cour.

Ce système de mise en œuvre du Traité par l'intermédiaire d'une Cour supranationale a déjà fait ses preuves et peut être de nouveau mis en place. Au niveau régional, la Cour Européenne des Droits de l'Homme est par exemple une instance compétente pour recevoir les recours des personnes privées victimes des violations de la Convention par les États. En grande majorité, la Cour suit seulement l'application des obligations conventionnelles étatiques. En effet, une entreprise ayant violé une obligation ou un droit inscrit dans la Convention ne sera pas directement condamnée.

Mais, comme vu précédemment, on observe une tendance à appliquer certains droits de la Convention dans les litiges entre seuls acteurs privés. Par exemple, la CEDH a condamné l'Espagne sur le fondement de l'article 8 de la Convention²²⁷ (vie privée et familiale) alors qu'une station d'épuration privée proche d'une habitation avait nuit à la

²²⁶ STEPHENS (B.), Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies, précité, p. 433.

²²⁷ Cour européenne des droits de l'Homme, *Lopez Ostra c. Espagne*, 16798/90, 9 décembre 1994.

requérante, la privant de la jouissance de son domicile. La Cour condamne ainsi un État qui n'a pas mis en œuvre son obligation d'imposer aux personnes privées des obligations (en l'espèce, imposer à la station d'épuration de résoudre ses graves problèmes de pollution). Cette affaire est très intéressante pour le Traité car la Convention a eu en l'espèce des répercussions en droit privé.

Cet exemple est particulièrement utile si les entreprises ne sont pas destinataires d'obligations qui leur sont directement imputables dans le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme. Dans ce cas, si une juridiction internationale veille à la bonne application du Traité, et si les États sont responsables devant cette juridiction, celle-ci pourrait s'inspirer de la jurisprudence de la CEDH, et appliquer le Traité de telle sorte que certaines des obligations du Traité incombent aux entreprises par l'intermédiaire des États.

Il est plus vraisemblable qu'une Cour ne soit créée que par un protocole facultatif adossé au Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises. Cela permettrait au Traité d'entrer en vigueur dans un premier temps, sans la mise en place d'une Cour, donc avec moins de risque de blocage.

La plupart des traités et conventions ont été élaborés sans un tel mécanisme de renforcement et ont plutôt mis en place une juridiction internationale dans un protocole facultatif. C'est le cas, dans le système régional africain, de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples qui a été créée par l'article 1 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples²²⁸. 30 États sont Parties à ce Protocole et seulement 8 ont reconnu la compétence de la Cour contre 53 États ratificateurs de la Charte²²⁹.

Si les négociations ne permettent pas d'instaurer une Cour compétente pour l'ensemble des violations des obligations du Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme, il serait possible de proposer l'instauration d'une Cour dans un protocole

²²⁸ Organisation de l'Unité africaine, *Protocole relatif à la Charte Africaine portant sur la Création d'une Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, 2004, accessible sur : http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/achpr_instr_proto_court_fra.pdf, dernier accès le 22 juin 2018.

²²⁹ État des ratifications, accessible sur : <http://fr.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>, dernier accès le 22 juin 2018.

facultatif, dont l'entrée en vigueur dépendrait du nombre de ratifications par les États parties.

Il est probable que les États-Unis, le Royaume-Uni et la Chine résistent à un Traité qui expose leurs entreprises devant une Cour internationale, même avec des garde-fous procéduraux²³⁰. Cette proposition permettrait alors l'entrée en vigueur du Traité avec un moindre risque de blocage.

Le Traité, s'il prévoit la création d'une Cour internationale civile, doit aussi envisager certaines dispositions primordiales sur l'aspect matériel, substantiel et procédural.

Pour que la Cour ait compétence, il faudra toujours être attentif à la règle de la subsidiarité en droit international selon laquelle la Cour n'est compétente que si l'autorité nationale est déjà intervenue (épuisement des voies de recours interne) ou si l'environnement national ne permet pas un recours effectif²³¹.

En plus d'une disposition générale qui oblige les États à garantir le droit au recours effectif à travers les voies juridictionnelles, administratives et législatives, il serait judicieux d'ajouter une disposition spécifique sur le droit à la réparation et l'aspect substantiel du droit au recours, telle que : « Chaque individu a le droit à des réparations adéquates, effectives, rapides et appropriées qui incluent le principe de *restitution in integrum* ». ²³²

Sur l'aspect substantiel, il serait intéressant de ne pas limiter la réparation à une indemnisation en argent (réparation matérielle), tel que le font la plupart des

²³⁰ CASSELL (D.), RAMASTRY (A.), *White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights*, précité, p.33.

²³¹ Le principe de subsidiarité est très présent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par exemple. C'est seulement à titre subsidiaire que la Cour intervient. Les États signataires sont les premiers chargés des droit garantis par la Convention. Ce principe est consacré en tant que tel dans l'article 1 du Protocole 15 (2013, pas d'entrée en vigueur) : « A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit :

« Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité... ». Accessible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_FRA.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

²³² GEORGE (E. R.), LAPLANTE (L. J.), *Access to Remedy, Treaty Talks and the Terms of a New Accountability Accord*, précité, p. 403.

instruments de protection des droits de l'Homme²³³. Pour allouer aux victimes une réparation plus complète, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme est une exception qui peut servir d'exemple. En effet, les juges interaméricains des droits de l'Homme placent les victimes des violations des droits de l'Homme au centre du processus judiciaire pour obtenir la réparation la plus juste possible. L'État condamné doit alors mettre la victime dans la situation dans laquelle elle serait si la violation n'avait pas eu lieu et se voit pour cela imposer des mesures de réparation très précises, incluant entre autres des mesures de satisfaction (« restitutio in integrum ») et des garanties de non-répétition²³⁴. Dans l'arrêt *Aloeboetoe Vs. Suriname*²³⁵, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme connaît l'affaire sur le massacre de l'ethnie *Saramaca* de 1987 et elle assoit pour la première fois ce principe de réparation globale. Elle impose à l'État du Suriname, en sus de la réparation financière aux victimes, la réouverture d'une école et l'embauche de suffisamment de personnel pour qu'elle fonctionne en pratique. Dans le cadre des disparitions forcées et des massacres, la Cour exige aussi des États condamnés qu'ils demandent publiquement pardon aux victimes ou qu'ils fassent construire un monument aux morts pour honorer les victimes²³⁶. Le nouveau Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme pourrait suivre cet exemple en prévoyant que la Cour internationale s'attache à accorder une réparation globale et la plus juste possible aux victimes.

La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1987) garantit elle aussi « le droit d'obtenir réparation et d'être

²³³ GEORGE (E. R.), LAPLANTE (L. J.), *Access to Remedy, Treaty Talks and the Terms of a New Accountability Accord*, précité, p. 389.

²³⁴ GEORGE (E. R.), LAPLANTE (L. J.), *Access to Remedy, Treaty Talks and the Terms of a New Accountability Accord*, précité, p. 402.

²³⁵ Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, Serie C n.15, 10 septembre 1993, par. 96.

²³⁶ Voir par exemple Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *La Cantuta Vs. Perú*, Serie C n.162, 29 novembre de 2006, par. 61 : L'Etat péruvien doit ériger un monument (baptisé « l'œil qui pleure ») aux victimes des disparitions forcées.

Voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *González et al. ("Cotton Field") v. Mexico*, 16 novembre 2009, disponible sur : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_ing.pdf, dernière visite le 9 juin 2018. La Cour reconnaît la responsabilité de l'Etat pour cause de négligence dans les enquêtes des disparitions et morts de trois femmes. Elle a condamné l'Etat à prendre plusieurs mesures de réparation, telles que la construction d'un mémorial aux victimes, la formation des fonctionnaires sur la non-discrimination au regard des femmes et une assistance médico-psychologique aux proches des victimes.

indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible »²³⁷.

b) La mise en place d'une Cour pénale internationale sur les entreprises et les droits de l'Homme

La poursuite pénale des entreprises et de leurs dirigeants pour des crimes contre les droits de l'Homme est déjà une réalité dans l'ordre international et peut être à nouveau développée dans le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme.

Dès la fin de la seconde guerre mondiale, les dirigeants des entreprises ont été poursuivis pour les violations manifestes des droits de l'Homme qu'ils ont contribué à causer pendant la guerre²³⁸.

Plus récemment, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, le protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme (2008) prévoira, s'il rentre en vigueur, la possibilité d'une poursuite pénale, non seulement des individus, mais aussi des entreprises. D'ailleurs, le protocole sur les amendements au protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme (2014) prévoit que la connaissance par l'entreprise de la commission d'une infraction peut être établie par la preuve que la connaissance réelle ou présumée de l'information pertinente était détenue par l'entreprise²³⁹. Cette facilitation dans l'obtention de la preuve de l'intention simplifiera peut-être l'incrimination des personnes morales dans le cadre du système interafricain. La Cour africaine aura compétence sur des crimes pour lesquels les entreprises peuvent être plus particulièrement impliquées, comme, entre autres, le mercenarisme, la corruption, le blanchiment d'argent, le trafic humain, le trafic de drogues, le trafic illégal de déchets dangereux et l'exploitation illicite des ressources²⁴⁰.

²³⁷ Organisation des Nations Unies. *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, New York, 1984, article 14.1, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>, dernière visite le 9 juin 2018.

²³⁸ Voir la condamnation à mort par le tribunal militaire britannique d'occupation de deux dirigeants d'une entreprise allemande qui avait vendu le gaz nécessaire au fonctionnement des chambres à gaz des Nazis : CASSELL (D.), RAMASASTRY (A.), *White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights*, précité, p.35.

²³⁹ Article 46C, Organisation de l'Unité Africaine, *Protocole portant amendements au protocole portant statut de la Cour africaine des droits de l'Homme*, précité.

²⁴⁰ Art. 28A. 1, Organisation de l'Unité Africaine, *Protocole portant amendements au protocole portant statut de la Cour africaine des droits de l'Homme*, précité.

La Cour pénale internationale est également un modèle conséquent en la matière. Elle n'a néanmoins compétence que pour poursuivre les personnes physiques – incluant les dirigeants d'entreprises – pour un panel de crimes déterminés (génocide, crimes de guerre, crimes contre l'Humanité).

Il existe plusieurs propositions que le futur Traité pourrait avancer en termes de poursuites pénales des personnes morales, en cas de crime contre les droits de l'Homme. Au-delà d'une coopération internationale, le mode de création de la Cour pénale internationale reste débattu.

Le Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme à venir pourrait d'abord exiger que les États assurent des poursuites pénales internes et coopèrent dans ce sens au niveau international pour incriminer les entreprises et leurs dirigeants qui ont commis ou sont complices de crimes contre les droits de l'Homme, tels que les génocides, les crimes contre l'Humanité, les crimes de guerre, la torture, le travail forcé, et d'autres crimes préalablement définis²⁴¹.

Les propositions divergent ensuite. Soit est créée une toute nouvelle Cour pénale internationale spécialisée dans les crimes commis par les entreprises et leurs dirigeants ou en lien avec le monde des affaires. Soit est inscrit dans le Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale un amendement pour étendre matériellement sa compétence aux personnes morales²⁴² ou pour ajouter une seconde Chambre à la Cour²⁴³.

Si le Traité reprend le modèle institué par le Protocole Africain pour instituer un tribunal pénal international sur les entreprises et les droits de l'Homme, la liste des crimes pour lesquels il aurait compétence pour condamner les entreprises serait large. Le Traité ne devra en revanche pas retenir la disposition du Protocole Africain qui

²⁴¹ CASSELL (D.), RAMASASTRY (A.), *White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights*, précité, p.28.

²⁴² Il suffirait d'ajouter à l'article 25.1 du Statut de Rome, qui pose la compétence de la Cour sur les seules personnes privées, la compétence sur les personnes morales. Mais, le processus d'amendement du Statut de la Cour pénale internationale est difficile car il faut obtenir, pour qu'il rentre en vigueur, un degré élevé de consensus entre les États Parties (voir art. 121-123 du Statut).

²⁴³ STEPHENS (B.), *Making remedies work: envisioning a treaty-based system of effective remedies*, précité, p. 433.

prévoit l'immunité pour les hauts responsables de l'État²⁴⁴. Cette immunité rend les efforts vains lorsqu'on se retrouve dans la situation d'entreprises ou de chefs d'entreprises qui agissent en complicité avec de hauts responsables de l'État, puisque seuls les complices peuvent être poursuivis, et non les principaux auteurs.

Mettre en place un nouveau système pénal international pour les entreprises et les droits de l'Homme s'oppose à des obstacles évidents tels que les coûts ou l'existence d'un consensus politique.

Créer une nouvelle Cour pénale internationale spécialisée ou élargir la compétence de la Cour pénale internationale sont deux propositions qui peuvent potentiellement coûter très cher. Ces objectifs semblent aussi, pour les mêmes raisons que l'instauration d'une Cour civile, difficiles à accomplir politiquement. De plus, le processus d'incrimination pénale internationale sera vraisemblablement, comme dans le cadre de la Cour pénale internationale, très long et laborieux. Par ailleurs, la Cour pénale internationale ne peut se saisir d'une affaire que lorsque l'État ne veut ou ne peut pas agir, et son efficacité dépend lourdement de la coopération des États parties au statut de Rome, notamment pour l'enquête et l'arrestation des suspects. La seule existence de la Cour pénale internationale ne suffit pas à rendre efficace le système international pénal.

Néanmoins, l'existence d'une Cour pénale internationale spécialisée dans les droits de l'Homme et les entreprises pourrait être la cause d'efforts supplémentaires dans l'amélioration des recours internes comme moyen d'éviter le risque d'une procédure pénale internationale.

²⁴⁴ Article 46A Bis. Organisation de l'Unité Africaine, *Protocole portant amendements au protocole portant statut de la Cour africaine des droits de l'Homme*, précité.

CONCLUSIONS SUR LA CREATION D'UNE COUR INTERNATIONALE POUR METTRE EN ŒUVRE LE TRAITE

1. La mise en place d'une Cour offre de nombreux **avantages** pour accorder aux victimes des agissements des entreprises en violation des droits de l'Homme un **recours effectif**. Mais l'instauration d'une telle Cour aura des **coûts très élevés** et elle semble **difficilement faire consensus** entre les États négociateurs, dont certains refusent de déléguer à une instance internationale les affaires concernant leurs entreprises.

2. Les **Cours régionales** sont un modèle à suivre car elles offrent déjà un **recours aux individus** pour faire valoir leurs droits face aux violations par les États de leurs obligations conventionnelles. La **CEDH** va même au-delà en interprétant la Convention de telle sorte que **certaines obligations de la Convention incombent aux entreprises par l'intermédiaire des États**. Ce modèle – transposé à la mise en œuvre du Traité – permettrait d'avoir un **impact fort auprès des entreprises**.

3. Si jamais elle est acceptée, il est vraisemblable qu'une telle Cour ne soit créée que par un **protocole facultatif** adossé au Traité sur les droits de l'Homme et les entreprises. Cela permettrait au **Traité d'entrer en vigueur** dans un premier temps sans la mise en place d'une Cour donc avec **moins de risque de blocage**.

4. La **poursuite pénale** des **entreprises et de leurs dirigeants** dans l'ordre **international** pour des crimes contre les droits de l'Homme est **déjà une réalité** et peut être à nouveau développée dans le futur Traité sur les entreprises et les droits de l'Homme.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

CASTAGNEDE (B.), *Précis de fiscalité internationale*, 5 éd., Paris, PUF, 2015, 708 pp.

DEVA (S.) & BILCHITZ, (D.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge University Press, 2017, 536 pp.

DUBIN (L.), BODEAU-LIVINEC (P.), ITEN (J.L.) & TOMKIEWICZ (V.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017, 522 pp.

GRINSEL, (G), *Application extraterritoriale du droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, 2010, 462 pp.

GUINCHARD (S.), *Droit processuel*, Dalloz, 9ème édition, 2017, 1516 pp.

HIGGINS (R.), *Problems and process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, 1994, 304 pp.

ISRAËL (L.), *L'Arme du droit*, Les Presses de Sciences Po, 2009, 137 pp.

JÄGERS (N.), *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Intersentia, 2002, 309 pp.

MERCIAI (P.), *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, 1993, 414 pp.

ZERK (J. A.), *Multinationals and corporate social responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge University Press, 2011, 368 pp.

ARTICLES

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), Les personnes morales devant la Cour Européenne des droits de l'Homme, in : BIOY (X.), *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 221-232.

AREVALO, (C.), Is an International Corporate Human Rights Liability Framework needed? An Economic Power, Business and Human Rights, and American

Extraterritorial Jurisdiction analysis, in: *Opini3n Jur3dica*, v. 12, n. 24, juillet-d3cembre 2013, pp. 101-118.

BEDINELLI (T.), Samarco pagou s3 1% do valor de multas ambientais por trag3dia de Mariana, in : *El Pa3s Brasil*, 2017, accessible sur : https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html, derni3re visite le 19 juin 2018.

CASSEL (D.) & RAMASASTRY (A.), White Paper: options for a treaty on business and human rights, in: *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 6, 1, article 4, 2016, accessible sur : <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4>, derni3re visite le 1^{er} juin 2018.

CLAES (E.) et VANDAELE (A.), L'effet direct des trait3s internationaux. Une analyse en droit positif et en th3orie du droit ax3e sur les droits de l'homme, in : *Institut de droit international de la K.U. Leuven, Working Paper n. 15*, d3cembre 2001, accessible sur : <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/working-papers/WP15f.pdf>, derni3re visite le 8 juin 2018.

COISPLET, (N.), La catastrophe de Mariana 2 ans apr3s : trois chiffres, accessible sur: trois infos, in: *Bom dia Br3sil*, 2017, accessible sur: <http://bomdiabresil.com/la-catastrophe-de-mariana-deux-ans-apres-trois-chiffres-trois-infos>, derni3re visite le 9 juin 2018.

DE SCHUTTER (O.), Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights, in: RIEDEL (E.), GIACCA (G.) & GOLAY (C.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 193-224.

DE SCHUTTER (O.), La responsabilit3 des Etats dans le contr3le des soci3t3s transnationales : vers une Convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'Homme commises par les soci3t3s transnationales, in : DECAUX, (E.), *La responsabilit3 des entreprises multinationales en mati3re de droits de l'homme*, Collection Droit et Justice, 89, Bruylant & Nemesis, 2010, p. 20-100.

DE SCHUTTER (O.), SKINNER (G.), & MCCORQUODALE (R.), *Le troisi3me pilier : l'acc3s 3 la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales*, 2013, accessible sur : <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2014/09/Le-Troisieme-Pilier-The-Third-Pillar-French-version.pdf>, derni3re visite le 1^{er} juin 2018.

FABRE-MAGNAN (M.), Chapitre VII - Les sujets de droit, in : *Introduction au droit*, Presses Universitaires de France, 2016, p. 101-111.

GARDNER, (M.), Retiring Forum Non Conveniens, in : *New York University Law Review* n° 390, pp. 391-491, 2017, accessible sur : <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.fr/&httpsredir=1&article=2665&context=facpub>, dernière visite le 4 juin 2018.

GOWDER (P.), STEINITZ (M.), *Transnational Litigation as a Prisoner's Dilemma*, North Carolina Law Review, vol. 94, N.3, Rev. 751, 2016, pp. 752-816, accessible sur : <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol94/iss3/1>, dernière visite le 1er juin 2018.

GREEN (D.), *The world's top 100 economies: 31 countries; 69 corporations*, 2016, accessible sur : <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/world-s-top-100-economies-31-countries-69-corporations>, dernière visite le 9 juin 2018.

KNOX (J. H.), Horizontal Human Rights Law, in: *American Journal of International Law* n.102, 2008, pp. 18-27

MORRI (J.), Alien Tort Statute : nouveau tour de vis sur la compétence des juridictions civiles américaines en matière de violations du droit international, in : *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2018, accessible sur : <https://journals.openedition.org/revdh/3865#tocto1n2>, dernière visite le 4 juin 2018.

NARAIN (S.), *30 years of Bhopal gas tragedy: a continuing disaster*, accessible sur : <http://www.downtoearth.org.in/coverage/30-years-of-bhopal-gas-tragedy-a-continuing-disaster-47634>, dernière visite le 9 juin 2018.

RUGGIE (J.), *Quo vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, Institute for Human Rights and Business, 2014, accessible sur : <https://www.ihrb.org/other/treaty-on-business-human-rights/quo-vadis-unsolicited-advice-to-business-and-human-rights-treaty-sponsors>, dernière visite le 8 juin 2018.

SINOPOLI (L.), Ancrer la « RSE » des multinationales : pistes sur le terrain des conflits de lois, in : *Cahiers de droit de l'entreprise*, n. 5, septembre-octobre 2017, pp. 38-41.

STERN (B.), Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit, in : *Annuaire français de droit international*, volume 32, 1986, p. 7-52, accessible sur : https://www.persee.fr/docAsPDF/afdi_0066-3085_1986_num_32_1_2708.pdf, dernière visite le 20 juin 2018.

ZERK (A. J.), *Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies: a report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, 2013, accessible sur : http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues

[/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1](#), dernière visite le 2 juin 2018.

DOCUMENTS DES ORGANISATIONS GOUVERNEMENTALES

Organisation des Nations Unies

Assemblée générale des Nations Unies, *Le Président du Conseil des droits de l'homme dresse le bilan de cet organe devant la Troisième Commission*, Communiqué de presse, 2 novembre 2017, accessible sur : <https://www.un.org/press/fr/2017/agshc4217.doc.htm>, dernière visite le 10 juin 2018.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n. 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises*, 2017, accessible sur : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=fr, dernière visite le 9 juin 2018.

Comité des droits de l'Homme, *Observation générale n. 31 La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, accessible sur <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/french/f-gencom31.html>, dernière visite le 10 juin 2018.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation n. 12 Directives unifiées concernant les rapports présentés par les États Parties*, CCPR/C/66/GUI/Rev.2, 2001.

Comité des Droits de l'Homme, *Concluding Observations on the 6th Periodic Report of Germany*, 2 novembre 2012.

Comité des droits de l'Homme, *Constataion individuelle Yassin et al. v. Canada*, CCPR/C/120/D/2285/2013, 7 décembre 2017.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales : Canada*, CERD/C/CAN/18, 25 mai 2007.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observation finales : Canada*, CERD/C/CAN/CO/21-23, 13 septembre 2017.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *World Investment Report 2000: cross-border Mergers and Acquisitions and Development*,

2000, p. 15-18, accessible sur: http://unctad.org/en/Docs/wir2000_en.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

Conseil des droits de l'Homme, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014, accessible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/53/PDF/G1408253.pdf?OpenElement>, dernière visite le 6 juin 2018.

Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, M. John Ruggie, A/HRC/8/5, 2008, accessible sur : <https://daccess-ods.un.org/TMP/4172770.97702026.html>, dernière visite le 1^{er} juin 2018.

Forum 2017 des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'Homme, *Contribution of the European Union*, 2017, accessible sur : https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/36353/2017-United-Nations-forum-business-and-human-rights-eu-contribution_en, dernière visite le 7 juin 2018.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Les institutions nationales des droits de l'Homme : passerelle entre le droit international et l'action locale*, 2017, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/NHRlinkinternationallawtolocalaction.aspx>, dernière visite le 9 juin 2018.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Procédures d'examen des requêtes soumises par des particuliers en vertu des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Fiche d'information n.7/Rev.2, 2013, accessible sur : https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev.2_fr.pdf, dernière visite le 21 juin 2018.

Présidence du Groupe de travail inter-gouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits de l'homme, établie par la Résolution A/HRC/RES/26/9. *Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, 2017, accessible sur : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf, dernière visite le 23 juin 2018.

Autres organisations internationales

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Les petites et moyennes entreprises : force locale, action mondiale, in : *Synthèses de l'OCDE*, 2000, accessible sur : <http://www.oecd.org/fr/industrie/pme/1918323.pdf>, dernière visite le 9 juin 2018.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Point de contact national, France, *Fin du suivi de la circonstance spécifique Michelin en Inde*, 29 février 2016, accessible sur : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/File/423786>, dernière visite le 19 mai 2018.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Point de Contact National, Suisse, *Specific Instance regarding the World Wide Fund for Nature International (WWF) submitted by Survival International Charitable Trust (Initial Assessment)*, 2016.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Rapport annuel sur les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 12 décembre 2012, accessible sur : http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/rapportannuel2012surlesprincipesdirecteursd_elocde.htm, dernière visite le 10 juin 2018.

Organisations en Europe

Commission des Communautés Européennes, *Livre vert sur la révision du Règlement (CE) n. 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 2009, accessible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0175>, dernière visite le 9 juin 2018.

Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres aux États membres, Droits de l'Homme et entreprises*, accessible sur : <https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-etentreprises-recommandation-cm-rec-2016-3-du-comite/16806f2031>, dernière visite le 9 juin 2018.

Organisation gouvernementale nationale

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), *Laudo técnico preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre*

envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, 2015, accessible sur: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

DOCUMENTS DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES

ONG internationales

Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'Homme, *Inde : dossier sur les conséquences sanitaires et environnementales de la catastrophe de Bhopal*, accessible sur : <https://www.business-humanrights.org/fr/inde-dossier-sur-les-cons%C3%A9quences-sanitaires-et-environnementales-de-la-catastrophe-de-bhopal>, dernière visite le 9 juin 2018.

Consortium sur les obligations extraterritoriales (ETO), *Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des Etats dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels*, 2013, accessible sur : https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principes-fr_web.pdf, dernière visite le 3 juin 2018.

Coopération Internationale pour le Développement et la Solidarité (CIDSE), *Contribution to the Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights for their third session*, 2017, accessible sur: <http://www.cidse.org/publications/business-and-human-rights/business-and-human-rights-frameworks/cidse-written-statement-for-the-3rd-session-of-the-igwg.html>, dernière visite le 7 juin 2018.

Institut de Droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, tome 57, 1977, accessible sur : <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-57-A-OCR.pdf>, dernière visite le 8 juin 2018.

ONG européennes

Centre Europe-Tiers Monde (CETIM), Institute for Policies Studies & Transnational Institute, *Contribution écrite à la 3e session du Groupe de travail intergouvernemental sur les sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme*, 2017, accessible sur : http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CE_TIM-TNI_FR.pdf, dernière visite le 7 juin 2018.

Consortium d'ONG européennes, *Statement by European NGOs on the publication of the elements for the open-ended intergovernmental working group (IGWG) on transnational corporations and other business enterprises for Cohom, Member States, the European Commission and the European Parliament*, 2017, accessible sur: <https://www.somo.nl/statement-ngos-publication-elements-un-treaty-business-human-rights/>, dernière visite le 7 juin 2018.

European Coalition for corporate justice (ECCJ), *Day 1 UN Treaty Negotiations - the EU brings a sense of déjà vu*, 2017, accessible sur: <http://corporatejustice.org/news/3514-day-1-un-treaty-negotiations-the-eu-brings-a-sense-of-deja-vu>, dernière visite le 8 juin 2018.

ONG nationales

Collectif étiq ue sur l'étiq uette, *Rana Plaza 5 ans après : l'heure du bilan*, 2018, accessible sur : https://ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/ranaplaza5ansapres_dpavril2018.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

EarthRights International, *Community-Driven Operational Grievance Mechanisms discussion paper for a new model*, 2014, accessible sur : https://earthrights.org/wp-content/uploads/ogm_discussion_paper.pdf, dernière visite le 31 mai 2018.

Global Justice Now, *Corporations vs Governments revenues*, 2015, accessible sur : http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

TEXTES JURIDIQUES

Internationaux

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, 2011, accessible sur : http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf, dernière visite le 8 juin 2018.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Résolution n. 60/147, 2005, accessible sur: <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>, dernière visite le 2 juin 2018.

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 1976, édition de 2011, accessible sur : <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>, dernière visite le 8 juin 2018.

Organisation des Nations Unies, *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, New York, 1984, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>, dernière visite le 9 juin 2018.

Organisation des Nations Unies, *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, New York, 1990, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>, dernière visite le 9 juin 2018.

Organisation des Nations Unies, *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, New York, 1966, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>, dernière visite le 9 juin 2018.

Organisation des Nations Unies, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, New York, 1966, accessible sur : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, dernière visite le 9 juin 2018.

Organisation des Nations Unies, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, accessible sur [https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome Statute French.pdf](https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome%20Statute%20French.pdf), dernier accès le 10 juin 2018.

Organisation internationale du travail (OIT), *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 1977, §6, édition de 2017, accessible sur : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf, dernière visite le 8 juin 2018.

République française et République populaire de Chine, *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 26 novembre 2007, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/11/18/MAE1129744D/jo/texte>, dernière visite le 9 juin 2018.

Régionaux

Conseil de l'Europe, *Convention européenne des droits de l'Homme*, Rome, 1950, accessible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

Organisation de l'Unité africaine, *Protocole relatif à la Charte Africaine portant sur la Création d'une Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, 2004, accessible sur : http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/achpr_instr_proto_court_fra.pdf, dernier accès le 22 juin 2018.

Union africaine, *Protocole sur les amendements au protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'Homme*, 27 juin 2014, accessible sur : <https://lawyersofafrica.org/wp-content/uploads/2014/10/PROTOCOLE-PORTANT-AMENDMENTS-AU-PROTOCOLE-PORTANT-STATUT-DE-LA-COUR-AFRICAINE-DE-JUSTICE-ET-DES-DROITS-DE-LHOMME-FR-Clean.pdf>, dernier accès le 10 juin 2018.

Union européenne, *Règlement (UE) n ° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, accessible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32012R1215>, dernière visite le 4 juin 2018.

Nationaux

République africaine d'Afrique du Sud, *Constitution de la République africaine d'Afrique du Sud*, 1996, version consolidée en 2009, accessible sur : http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=182082, dernière visite le 10 juin 2018.

République française, *Code civil*, version consolidée du 3 janvier 2018.

République française, *Code du commerce*, modifié par la loi n. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 2017.

RECUEIL DE JURISPRUDENCE

Internationale

Cour Internationale de Justice (CIJ), *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power, Limited*, arrêt du 5 février 1970 accessible sur : <http://www.icj->

[cij.org/files/case-related/50/050-19700205-IUD-01-00-FR.pdf](http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-IUD-01-00-FR.pdf), dernière visite le 20 juin 2018.

Cour internationale de Justice (CIJ), Avis consultatif *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, 11 avril 1949, accessible sur : <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-FR.pdf>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour permanente internationale de Justice (CPIJ), Avis consultatif *Compétence des Tribunaux de Dantzig*, Série B, n.15, 3 mars 1928, accessible sur : [http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie B/B 15/01 Competence des tribunaux de Danzig Avis consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie%20B/B%2015/01%20Competence%20des%20tribunaux%20de%20Danzig%20Avis%20consultatif.pdf), dernière visite le 6 juin 2018.

Régionale

Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), *Chowdury et autres c. Grèce*, n.21884/15, 30 mars 2017.

Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), *Laine c. France*, n.41476/98, 17 janv. 2002, accessible sur : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["LAINE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-64573"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), dernière visite le 10 juin 2018.

Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), *Lopez Ostra c. Espagne*, n.16798/90, 9 décembre 1994, accessible sur : [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext":\["LOPEZ"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62468"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), dernière visite le 10 juin 2018.

Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), *Paeffgen GmbH c. Allemagne*, n.25379/04, 18 septembre 2007.

Cour interaméricaine des droits de l'Homme (CIADH), *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, Serie C No. 15, 10 septembre 1993.

Cour interaméricaine des droits de l'Homme (CIADH), *La Cantuta Vs. Perú*, Serie C No. 162, 29 novembre 2006.

Cour interaméricaine des droits de l'Homme (CIADH), *González et al. ("Cotton Field") v. Mexico*, 16 novembre 2009, disponible sur : [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec 205 ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_ing.pdf), dernière visite le 9 juin 2018.

Cour de justice des communautés européennes (CJCE), *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd c. Commission européenne*, C-550/07 P, 14 novembre 2010.

Cour de justice des communautés européennes (CJCE), *Andrew Owusu contre N. B. Jackson, agissant sous le nom commercial "Villa Holidays Bal-Inn Villas" et autres*, Demande de décision préjudicielle, 1^{er} mars 2005.

Nationale

Conseil d'Etat, *GISTI*, n.282275, 12 juin 2006, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008254204>, dernière visite le 5 juin 2018.

Conseil d'État, *GISTI et autres*, n.322326, 11 avril 2012, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000025678343>, dernière visite le 5 juin 2018.

Conseil d'Etat, *Préfet de la Seine maritime*, n.143866, 29 juillet 1994, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007871788>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre civile 1, n.04-16.942, Publié au Bulletin, 14 juin 2005, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051372>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre civile 1, n.91-11.310, Publié au bulletin, 10 mars 1993, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030074&fastReqId=640221689&fastPos=1&oldAction=rechJuriJudi>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre civile 3, n.01-00.519, Publié au Bulletin, 18 décembre 2002, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046554>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, n.97-82008, 18 juin 1997, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007071372>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre sociale, n.00-44.403, Publié au Bulletin, 26 novembre 2002, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044834>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre sociale, n.04-46.499, Publié au Bulletin, 29 mars 2006, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007050004>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de cassation, Chambre sociale, n.05-40.876, Publié au Bulletin, 16 décembre 2008, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019967052>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre sociale, n. 07-44.124, Publié au Bulletin, 1er juillet 2008, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019127815>, dernière visite le 10 juin 2018.

Cour de cassation, Chambre sociale, n.09-40.094, Publié au Bulletin, 18 janvier 2011, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023462245>, dernière visite le 5 juin 2018.

Cour de Cassation, Chambre sociale, n. 10-28.512, Publié au Bulletin, 10 mai 2012, accessible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025861328>, dernière visite le 10 juin 2018.

Supreme Court of the United States, *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co et al.*, n° 10-1491, 2012, accessible sur : https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_previous/briefs/10-1491_neither_amcu_eu_authcheckdam.pdf, dernière visite le 9 juin 2018.

Supreme Court of the United States, *Jesner et al. v. Arab Bank, PLC*, n.584 U. S., 2018, accessible sur : https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf, dernière visite le 4 juin 2018.

United States Court of Appeals, Second Circuit, *Bhopal v. Union Carbide Corporation*, 809 F.2d 195, 14 janvier 1987.

United States Court of Appeals, Second Circuit, *Licci et al. v. Lebanese Canadian Bank*, n.15-1580, 24 août 2016.

United States Court of Appeals, Second circuit, *Maria Aguinda et al. v. Texaco INC*, 303 F.3d 470, 16 août 2002.

United States Court of Appeals, Second circuit, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum*, 14 septembre 2010, accessible sur :
<https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/9.00%20-%20second%20circuit%20opinion.pdf>, dernière visite le 4 juin 2018.