



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droits de l'homme et droit humanitaire
Dirigé par Monsieur le Professeur Emmanuel DECAUX
2012**

*La mise en œuvre extraterritoriale de la
responsabilité des entreprises en matière
de droits de l'homme*

Harald CONDE PIQUER

Sous la direction de Monsieur le Professeur Emmanuel DECAUX

Remerciements

Je tiens en premier lieu à remercier Monsieur Emmanuel Decaux, pour m'avoir aidé à trouver ce sujet passionnant et pour les orientations précieuses qu'il m'a données.

Merci également aux personnes qui m'ont aidé d'une façon ou d'une autre dans la rédaction de ce mémoire : Elin Wrzoncki,, Antoine Bernard et Olivier de Schutter, pour leurs conseils avisés, Maïté, Waltraud, Didier, Marlène, Isabelle et Christian pour leur soutien.

Sommaire

Sommaire	3
Introduction.....	5
I) La nature des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme et leur sanction dans les systèmes internes	23
A. La nature des obligations et responsabilités des entreprises en matière de droits de l'homme.....	25
1) La tentative d'imposer des obligations directes aux entreprises en vertu du droit international des droits de l'homme.....	26
a) Le droit international des droits de l'homme comme source d'obligations pour les personnes privées : les arguments doctrinaux	26
b) Théoriser les obligations des entreprises en droit international	30
c) Les Normes de la Sous-commission des droits de l'homme	33
2) La « Responsabilité de respecter » les droits de l'homme : limites juridiques et apports conceptuels	36
a) Le refus d'étendre les obligations des entreprises au-delà du droit international pénal	36
b) La « responsabilité de respecter » et le concept de diligence raisonnable	40
B. La sanction des obligations des entreprises par les cours nationales.....	45
1) La sanction des crimes internationaux commis par les entreprises.....	46
a) L'Alien Tort Statute : l'application directe du droit international aux entreprises	46
b) L'application décentralisé du droit international à travers les droits pénaux nationaux	54
2) Vers une intégration de la diligence raisonnable en « droit dur »	57
a) La généralisation de la diligence raisonnable dans les instruments de soft law	58
b) Vers une intégration de la diligence raisonnable en hard law	61
II) Face aux obstacles à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises, la nécessité de repenser le cadre conceptuel de l'extraterritorialité	65
A. L'incapacité de l'approche du Conseil des droits de l'homme à assurer les droits des victimes faces aux obstacles liés à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises	68
1) Les obstacles à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises ...	68
a) Les différentes formes de compétence extraterritoriale et les limites à leur exercice	68
b) Les obstacles pratiques à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises au titre de la compétence normative	75
2) L'incapacité de l'approche retenue par le Conseil des droits de l'homme à garantir les droits des victimes et à lutter contre l'impunité.....	80

a)	L'extraterritorialité dans les travaux du Représentant spécial.....	80
b)	La lutte contre l'impunité et les droits des victimes	83
c)	Le troisième pilier des Principes directeurs : l'accès à un recours	86
B.	La nécessité de repenser le cadre conceptuel de la compétence extraterritoriale	89
1)	L'obligation de fournir un recours aux victimes de crimes internationaux	90
a)	L'application extraterritoriale de l'Alien Tort Statute	90
b)	La compétence juridictionnelle universelle en matière pénale	93
2)	L'élargissement des obligations des Etats d'origine et des entreprises en vertu du droit international des droits de l'homme	98
a)	Les obligations extraterritoriales de l'Etat d'origine	98
b)	L'intérêt d'imposer des obligations aux entreprises en matière de droit international des droits de l'homme	105
	Bibliographie	109

Introduction

Le 20^{ème} siècle est marqué par des bouleversements à la fois brusque et profonds de l'ordre international. Le système issu du traité de Westphalie reposait sur l'axiome de la toute-puissance étatique. Souverain à l'intérieur de ses frontières, l'Etat-Léviathan était naturellement le seul à pouvoir agir en dehors. Ce système international ancien peut être pensé comme une « arène », dont les seuls « gladiateurs » étaient les Etats¹. L'anarchie hobbesienne structurant les relations internationales était alors censée se traduire inévitablement par la guerre de tous contre tous. Ce système de pensée est rejeté une première fois après la Première guerre mondiale, avec l'éphémère Société des Nations et la tentative du Pacte Briand-Kellog de mettre la guerre hors-la-loi. Il l'est une deuxième fois trente ans plus tard, avec cette fois un succès plus durable. Si la guerre ne disparaît pas, au-moins la nouvelle « société internationale » se fixe-t-elle un cadre pour régler pacifiquement les différends de ses membres et traiter leurs problèmes communs. La création de l'Organisation des Nations unies (ci-après « ONU ») s'accompagne de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (« DUDH »), par laquelle les Etats reconnaissent certains droits inaliénables à leurs sujets, donnant un contenu, certes à valeur déclaratoire, aux droits de l'homme que la Charte des Nations unies (« la Charte ») vise à promouvoir. Cette société internationale reste presque exclusivement dominée par les Etats, qui se sont donnés pour objectif de remplacer l'arène par un club, ou plutôt des clubs à différents échelons (régional, mondial), dans lesquels les nations tentent de s'entendre. A cette logique de société internationale subsiste cependant celle d'un système dans lequel les puissances s'affrontent et s'équilibrent. Pendant plusieurs décennies, les blocs antagonistes dominés par deux superpuissances au *hard power* sans précédent structurent toujours les relations internationales et paralysent le bon fonctionnement du système multilatéral mis en place pour veiller à la paix et la sécurité internationale.

Malgré cela, l'individu commence à émerger sur la scène internationale, non pas en tant qu'acteur du système, mais au moins en tant que titulaire de droits. L'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« PIDCP ») et du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux (« PIDESC ») en 1966 concrétisent juridiquement l'engagement moral de 1948. Le système de protection des droits de l'homme se bâtit autour de l'idée que les individus disposent de certains droits opposables, le respect de ces droits par les Etats ne relevant plus du domaine de leur compétence nationale exclusive. De sujets soumis à la puissance du Prince, les individus émergent comme sujets de droit international.

Dans les années 1990, l'effondrement du bloc soviétique déverrouille l'ONU. Cette décennie est marquée par un approfondissement de la coopération internationale au sein des instances multilatérales. Le Conseil de sécurité des Nations unies (« le Conseil de sécurité »),

¹ Bertrand Badie, « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », in Relations internationales, P.UF, 2005, p.100.

auparavant sclérosé par l'impossible conciliation des deux blocs, devient l'organe de maintien de la paix et de la sécurité internationale qu'il était censé être depuis 1945. La promesse d'un « nouvel ordre mondial » prospère et pacifique, fondé sur la démocratie, l'économie de marché et les droits de l'homme est faite, tandis que certains voient venir la « fin de l'Histoire » avec la fin des idéologies. La société internationale deviendrait ainsi à même de réguler les guerres, tandis que le capitalisme et l'économie de marché, allant de pair avec les droits de l'homme, assureraient le bien-être des individus. Cette promesse fait long feu. Rapidement, il apparaît que la violence et les conflits n'ont pas disparu de la nouvelle ère qui s'ouvre. Par ailleurs, la logique d'une société internationale composée d'Etats à même d'assurer la sécurité et la jouissance des droits aux individus ne survit pas aux évolutions décrites sous le terme englobant de « mondialisation ».

Depuis la fin des années 1970, le rôle de l'Etat comme unique acteur de la scène internationale s'étiolé progressivement. Sur le plan économique, le remplacement du système monétaire de Bretton-Woods pour un système de changes flottants, la réduction de la marge de manœuvre budgétaire des Etats suite aux deux chocs pétroliers, les politiques anti-inflationnistes, les dérégulations, les privatisations et la libéralisation du commerce mondial constituent autant de facteurs d'affaiblissement l'emprise des Etats sur l'économie, tant sur le plan national qu'international. L'intensification des échanges mondiaux, facilitée par les nouvelles technologies de l'information et de la communication, se fait en grande partie au-delà de la portée de l'action régulatrice de l'Etat national. La logique de marché, libérée des contraintes nationales, devient la source principale de régulation de l'économie mondiale.

L'économie n'est pas le seul champ où les Etats perdent de leur influence. Leur hégémonie culturelle et idéologique est concurrencée sur le plan interne, tandis que la scène mondiale voit l'émergence de nouveaux acteurs comme jamais auparavant². Organisations non gouvernementales (« ONG »), églises, médias, groupes armés non-étatiques, entreprises transnationales, organisations criminelles ou terroristes transnationales, individus, ces acteurs tirent profit des mutations nationales et mondiales pour devenir eux aussi des acteurs à part entière de la nouvelle « société mondiale ».

Les concepts de menaces à la paix et la sécurité se « mondialisent » également. En 1992, le Conseil de sécurité déclare que « l'absence de guerre et de conflits armés entre Etats ne garantit pas à elle seule la paix et la sécurité internationales »³. En 2005, le rapport « Un monde plus sûr » soumis à l'Assemblée générale des Nations unies (« AGNU ») répertorie les nouvelles menaces à l'ordre international: les menaces d'ordre économique et social

2 Pour une analyse du lien entre la fin du système de Bretton Woods et la délégitimation de l'action étatique, voir Terence Turner, « Indigenous resurgence, anthropological theory, and the cunning of history », in *European Journal of Anthropology*, n°49, 2007.

3 Déclaration du Président du Conseil de Sécurité sur la responsabilité du Conseil de sécurité en ce qui concerne le maintien de la paix et de la sécurité internationales, 31 janvier 1992

(pauvreté, maladies infectieuses, dégradation de l'environnement, etc.); les conflits entre États ; les conflits internes (guerres civiles, génocides et autres atrocités, etc.) ; les armes nucléaires, radiologiques, chimiques et biologiques; le terrorisme; la criminalité transnationale organisée⁴. Les Etats ne peuvent pas plus lutter contre ces menaces isolément qu'ils ne peuvent prétendre à réguler seuls les nouveaux acteurs non-étatiques de la société mondiale.

Ces évolutions conduisent à une crise du rôle de l'Etat. Certes, la mondialisation économique n'est pas un phénomène nouveau⁵ ; l'existence de grands acteurs économiques (compagnies des Indes, banques, entreprises pétrolières) ou idéologiques (églises) était déjà observable au cours des périodes précédentes. Aucune de ces périodes n'a cependant vu un tel rétrécissement du pouvoir régulateur des Etats nationaux, sur le plan interne ou international. A la logique de souveraineté du système ou de la société internationale se substitue celle, antinomique, d'interdépendance⁶. La place de l'Etat dans ce nouveau système change profondément.

Dans la logique de « gouvernance » qui supplante celle de gouvernement, il peut de moins en moins dicter leurs conduites aux autres acteurs de manière hiérarchique. Il ne s'agit pas cependant d'un dépassement de l'Etat. Selon Zaki Laïdi, « *la mondialisation se construit à la fois contre l'État mais avec l'État. Ce faisant, elle transforme l'État. L'État mondialisé cesserait d'être ce point archimédien à parti duquel tout se mettrait en mouvement. Il deviendrait un acteur parmi d'autres sans pour autant perdre totalement ses prérogatives de garant de l'intérêt général* ». Ses domaines d'influences ne sont plus les mêmes, et la notion classique de puissance, pensée en terme de rang parmi les nations, est mise en concurrence par la logique transactionnelle qui remplace celle de souveraineté. Dans ce cadre, l'influence des Etats passe de plus en plus par leur capacité à influencer sur les normes qui régulent les relations entre les différents acteurs. Dans la même optique, Bertrand Badie écrit que « *le débat ouvert par la mondialisation n'est donc plus celui de la disparition ou de la résistance de l'État, mais celui de sa dénaturation. On perçoit en effet que la mondialisation prive l'État du monopole de l'action internationale qu'on lui reconnaissait autrefois et que lui conférait l'action hobbesienne. Elle lui retire aussi sa qualité d'acteur souverain : la vraie question consiste alors à se demander si ces mutations, en attaquant l'État dans ce qui fait son identité, ne conduisent pas à la reconstruire de manière fondamentalement différente* ». L'Etat n'est donc pas amené à disparaître. Il reste un acteur, certes diminué, mais central de la scène mondiale. Dans la superposition des trois niveaux d'analyse que nous avons décrits –

4 Rapport à l'AGNU du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement , Un monde plus sûr, 2005.

5 Cf. P. Hirst, « The global economy : Mythes and realities », International Affairs, 73, 1997 ; A. G. Frank, B. K. Gills (ed.), The World System, Londres, Routledge, 1996.

6 Bertrand Badie, « L'adieu au gladiateur ? » op.cit., p.101.

système international, société internationale, société mondiale –, l'Etat garde un rôle régulateur important. Ce sont les modalités de son action et de ses relations avec les autres acteurs qui doivent être repensées, dans un monde où « *chacun d'entre nous agit quotidiennement et maintes fois en acteur transnational sur lequel la frontière n'a plus l'effet discriminant et tranchant qu'elle avait autrefois* »⁷.

Cette nouvelle donne internationale doit être prise en compte lorsque l'on aborde le sujet hautement politique de la régulation des sociétés transnationales⁸. Emblèmes de la mondialisation, elles ont acquis un pouvoir que certains considèrent comme égal voir supérieur à celui des Etats. Susan Strange considère par exemple que dans le système international contemporain, les Etats ont abandonné leur pouvoir aux marchés et aux acteurs économiques⁹. Symbole de ce retrait de l'Etat, l'impunité de certaines entreprises qui commettent des violations des droits de l'homme dans des Etats autoritaires ou incapables de contrôler leurs activités cristallisent la contestation contre les travers de la mondialisation.

Le déséquilibre de la relation Etats hôtes – sociétés transnationales

Cette nouvelle phase des relations internationales est également marquée par l'évolution des relations entre Etats d'origine, Etats hôtes et entreprises transnationales. Au lendemain de la décolonisation, les Etats nouvellement indépendants cherchent à affirmer leur autorité face aux anciennes métropoles et à leurs entreprises, dont certaines ont participé activement au système colonial. Dans les années 1970, l'AGNU vote une série de résolutions visant à l'instauration d'un « Nouvel ordre économique mondial », incluant une « Charte des droits et devoirs économiques des Etats » qui souligne les devoirs du Nord envers le Sud¹⁰. Le rapport de force engagé par de nombreux Etats du Sud se traduit par une série d'expropriations, qui provoquent des tensions diplomatiques autour de la question des indemnisations. Les Etats du Sud considèrent qu'ils sont les seuls à même de décider du montant de ces indemnisations, position à laquelle les Etats d'origine des entreprises s'opposent vivement. Ils instaurent également des accords de développement économiques avec les entreprises transnationales,

⁷ *Ibid.*

⁸ Nous utilisons le terme d'entreprises ou de sociétés « transnationales » plutôt que « multinationales » car c'est celui qui a été retenu dans le cadre des travaux du Conseil des droits de l'homme sur le sujet. Par entreprise transnationale, nous entendons, « une entité économique opérant dans plus d'un pays ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays — quelle que soit leur forme juridique, que ce soit dans le pays du siège ou le pays d'activité et que les entités en question soient considérées individuellement ou collectivement ». Cette définition est tirée des « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises » adoptées par la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme » le 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Notre analyse concerne principalement les entreprises transnationales, mais n'y est pas entièrement réductible. De nombreux développements concernent aussi bien les entreprises « nationales » que transnationales.

⁹ Susan Strange, "The Retreat of the State: the Diffusion of Power in the World Economy", Cambridge University Press, 1996.

¹⁰ Voir notamment AGNU, Rés. 3281, « Charte des droits et devoirs économiques des Etats », 12 décembre 1974 ; Rés. 3201, « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », 1er mai 1974. Pour plus de précisions, voir Steven Ratner, "Corporations and Human Rights, a theory of legal responsibility" in Yale Law Journal, n°111, 2001

dans lesquels les droits et devoirs des deux parties sont établis, la balance penchant alors en faveur des Etats hôtes. Ces derniers cherchent enfin à faire adopter à l'ONU un « Code international de conduite des entreprises transnationales, qu'ils espèrent transformer à terme en instrument contraignant. Le Centre de l'Onu pour les entreprises transnationales, créé en 1974, délivre deux projets de ce code en 1983 et 1990. Bien que reconnaissant certains droits aux entreprises transnationales, il insiste principalement sur leur devoir de respecter le droit, les politiques économiques et plus largement les affaires intérieures des Etats hôtes. En réaction, l'Organisation pour la coopération économique et le développement (OCDE) présente en 1976 ses propres lignes directrices, plus souples et non-contraignantes¹¹.

Cette période est donc marquée par un équilibrage des relations entre Etats hôtes et entreprises en faveur des premiers. La mondialisation et la fin de la Guerre froide inversent cette tendance. A la fin des années 1980, l'affrontement Est-Ouest perd en intensité et les Etats du Sud peuvent de moins en moins compter sur les aides directes de l'un ou l'autre des deux blocs. Il leur devient également plus difficile d'obtenir des crédits internationaux du fait de l'incapacité de nombreux Etats à rembourser leurs dettes. Au même moment où les Etats du Sud cherchent à attirer des capitaux étrangers qui se sont fait trop rares, les entreprises transnationales gagnent à l'inverse en taille et en influence, et le rapport de force entre Etats d'origine, entreprises et Etats hôtes change significativement. L'idéologie libre-échangiste prend le pas sur l'idéologie tiers-mondiste, ce qui se traduit dans les relations juridiques entre les différentes parties. Alors que le projet de Code international de conduite des entreprises transnationales est abandonné, les Etats hôtes concluent de nouveaux accords directement avec les entreprises, ou plus souvent avec leurs Etats d'origine. Ces traités bilatéraux d'investissement font peser les principales obligations sur les Etats hôtes : garanties de traitement juste et équitable des entreprises, indemnisation intégrale en cas d'expropriation, répartition libre des profits, garantie de recours à une procédure d'arbitrage international en cas de différend. Ces accords peuvent dans les faits permettre aux entreprises de se prémunir contre les tentatives des Etats hôtes de changer les conditions de l'investissement, en gelant la réglementation applicable pendant la durée d'un projet – parfois pendant cinquante ans pour certains projets d'infrastructure du secteur minier. Même lorsqu'un changement de réglementation s'applique aussi bien aux entreprises de l'Etat hôte qu'aux entreprises de l'Etat d'origine, celles-ci peuvent demander une exemption ou une indemnisation auprès d'un tribunal arbitral international¹². Le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (« le Représentant spécial ») note dans son rapport de 2008 « Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme » que ces procédures d'arbitrage

11 OCDE, « Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », 1976.

12 John Ruggie, « Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les 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 », A/HRC/8/5, 7 avril 2008, §35.

international étant considérées comme des différents commerciaux, les considérations d'intérêts général telles que les droits de l'homme ne sont pas prises en compte – ces procédures sont par ailleurs souvent confidentielles¹³.

L'activité des sociétés transnationales dans les pays du Sud se transforme dans ce nouveau contexte. Dans un grand nombre de ces pays où l'Etat ne remplit pas les mêmes fonctions régaliennes et régulatrices que dans les Etats du Nord, le processus de mondialisation tend à accroître leur pouvoir et à diversifier les fonctions qu'elles remplissent¹⁴. Les plans d'ajustement structurels imposés par des organisations telles que le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale, qui mènent à la privatisation de nombreuses activités auparavant assurées par les Etats, accentuent cette tendance. De façon corollaire, l'impact des sociétés transnationales sur les droits de l'homme s'accroît. Un rapport du Représentant spécial soumis en *addendum* du cadre « Protéger, Respecter, Réparer », qui fournit une image globale des atteintes aux droits de l'homme les plus fréquemment associées aux activités des entreprises (transnationales ou non), montre que tant les droits civils et politiques que les droits économiques et sociaux peuvent être affectés par leurs activités¹⁵. Avec 45% chacun, les impacts sur les droits des travailleurs et sur les communautés au sein desquelles les entreprises opèrent dominant largement les violations recensées. Dans 60% des cas, les entreprises sont directement impliquées, contre 40% des cas où l'atteinte est indirecte. Les atteintes indirectes consistent principalement en des cas où une entreprise se rend complice ou bénéficie de violations des droits de l'homme commises par des tiers, notamment ses fournisseurs, des États ou des administrations publiques, d'autres entreprises ou des individus. L'industrie extractive et celle du commerce de détail et de produits de consommation sont impliquées dans près de la moitié des violations alléguées recensées par le rapport, suivies notamment par les secteurs pharmaceutique et chimique, des infrastructures et services collectifs, des services financiers, de l'agroalimentaire, et de l'électronique et des télécommunications. Sans surprise, seules 10% des violations sont recensées en Europe ou en Amérique du Nord.

La régulation des entreprises à travers la *soft law*

Face aux impacts croissants des sociétés transnationales sur les droits de l'homme, diverses institutions ont émis des instruments non-contraignants ou promu des initiatives volontaires en matière de responsabilité sociale des entreprises (« RSE »), de droit du travail ou de droits de l'homme. Nous avons déjà mentionné les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE, révisés en 2000 puis en 2011, notamment afin d'y inclure une

13 Ibid., §37.

14 Bertrand Badie, « L'adieu au gladiateur ? » op.cit., p.102.

15 John Ruggie, « Entreprises et droits de l'homme: étude relative à l'étendue et aux types de violations présumées des droits de l'homme mettant en cause des entreprises », 23 mai 2008, A/HRC/8/5/Add.2

partie sur les droits de l'homme. Ils comprennent également des chapitres sur l'emploi, l'environnement, la lutte contre la corruption, la fiscalité, et d'autres domaines liés à l'activité des entreprises multinationales. Ils sont adressés aux entreprises, mais les Etats adhérents, on nombre de 42 dont 34 Etats membres de l'OCDE, ont également la responsabilité d'en promouvoir l'application¹⁶. Des Points de contact nationaux (« PCN ») doivent être mis en place dans chaque Etat-partie, et sont chargés d'assurer la promotion et de résoudre les questions soulevées par la mise en œuvre des Principes à travers la « procédure de circonstances spécifiques », qui permet aux parties intéressées de saisir les PCN¹⁷. La composition et l'efficacité des PCN sont très variées en fonction des Etats, mais ont pour trait commun de rendre des décisions non-contraignantes.

L'Organisation internationale du travail (« OIT ») a pour sa part adopté une « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale », dont la dernière version date de 2006¹⁸. Cette déclaration vise à « *guider les entreprises multinationales, les gouvernements, les employeurs et les travailleurs dans des domaines tels que l'emploi, la formation, les conditions de travail et de vie et les relations professionnelles* ». En cas de différend relatif à son application les parties peuvent adresser au BIT une demande d'interprétation de ses dispositions¹⁹.

Le Pacte Mondial des Nations Unies, lancé en 2000 sur l'initiative de Kofi Annan, regroupe la majorité des plus grandes entreprises transnationales autour d'engagements volontaires en matière de droits de l'homme, de conditions de travail, d'environnement et de lutte contre la corruption²⁰.

Au niveau européen, l'Union européenne (« UE ») publie en 2001 un Livre vert pour « *promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* »²¹. Celui-ci définit la RSE comme « *un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes* »²². Il dégage des pistes de travail pour promouvoir la RSE, également conçue comme non-volontaire. En 2011, après avoir poursuivi une approche de promotion des initiatives volontaires, la Commission européenne adopte une « Nouvelle

16 Voir FIDH, « Entreprises et droits de l'homme », Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG, 2012, p.371.

17 Ibid., p.389.

18 OIT, « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale », 2006.

19 Ibid., Introduction, p.V.

20 <http://www.unglobalcompact.org/languages/french/index.html>

21 Commission des Communautés européennes, « Livre vert. Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », 18 juillet 2001, COM (2011) 366.

22 Ibid., §20.

stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 »²³, qui s'éloigne de la conception uniquement fondée sur l'autorégulation pour adopter une approche de corégulation. La RSE est définie comme étant « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* ». Elle passe notamment par le respect de « *la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux* »²⁴. Nous aurons plus loin l'occasion de revenir sur cette nouvelle stratégie, ainsi que sur les Principes directeurs de l'OCDE.

Le fait que la Commission européenne se soit éloignée, même prudemment, d'une conception uniquement volontariste de la RSE témoigne d'une évolution plus générale. La croyance que la RSE ou le respect des droits de l'homme ne devrait pas être accompagné ou sanctionné par le droit est progressivement abandonnée. En effet, plus de dix ans après l'adoption du Pacte mondial, de la première révision des Principes directeurs de l'OCDE et du Livre vert européen, il est impossible de dégager une tendance générale à l'amélioration du respect des droits de l'homme par les entreprises. L'exemple des activités de l'entreprise pétrolière Shell au Nigéria est frappant quant aux limites de l'approche volontariste. Société européenne, membre du Pacte mondial, tous les instruments précités s'appliquent à elle. La communication de Shell souligne son respect de la biodiversité et de l'environnement, et son engagement auprès des populations locales, attribuant essentiellement la pollution du Delta du Niger aux détournements de pétrole, aux sabotages des pipelines et aux raffineries clandestines²⁵. Un rapport du Programme des nations unies pour l'environnement publié en 2011 en attribue au contraire les principales responsabilités à l'inadéquation du contrôle et de la maintenance de l'infrastructure pétrolière depuis des décennies²⁶. Shell a par ailleurs été accusée à plusieurs reprises de participer à la répression des opposants de la minorité Ogoni²⁷.

L'inadaptation du système international de protection des droits de l'Homme

Pour remédier à ce genre d'atteintes, parfois graves, le système international de protection des droits de l'homme a progressivement commencé à s'intéresser à aux entreprises. Il est aujourd'hui considéré qu'au titre de leur obligation de protéger, les Etats doivent prendre des mesures positives, notamment législatives, administratives et judiciaires, pour prévenir et réprimer les violations des droits de l'homme commises sous leur juridiction par les personnes physiques aussi bien que morales. Si seuls certains traités mentionnent explicitement l'obligation de protéger les droits reconnus contre les atteintes par des

23 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, « Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 25 octobre 2011, COM (2011) 681.

24 Ibid., p.7.

25 Voir le site internet de Shell, notamment la page « Conditions in the Niger Delta » :

http://www.shell.com/home/content/environment_society/society/nigeria/conditions/

26 Programme des Nations unies pour l'environnement, « Environmental assessment of Ogoniland », 2011.

27 Entre autres, voir les deux affaires contentieuses citées en infra.

entreprises, la tendance s'inverse dans les conventions les plus récentes²⁸. Les comités des traités ont pour leur part tous, à travers leurs observations générales et/ou l'examen de communications individuelles, abordé l'obligation de protéger contre les violations commises par les entreprises en général, ou dans certains secteurs particuliers²⁹.

Cependant, en l'état actuel, il est majoritairement considéré que l'obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme incombe uniquement à l'Etat-hôte des entreprises transnationales. Si une partie émergente de la doctrine considère également que certaines obligations incombent à l'Etat d'origine, comme nous le développerons par la suite, la majorité des Etats n'a pas adopté ce point de vue. La pratique en matière de régulation par les Etats des activités des entreprises qui opèrent en dehors de leur territoire est très limitée. Ceci est dû à un manque de volonté politique, mais aussi à cause de l'inadaptation du système multilatéral de protection des droits de l'homme. Ce dernier repose sur des fondements théoriques qui datent du lendemain de la Seconde guerre mondiale. Les principales conventions de protection des droits de l'homme ont été adoptées pour protéger les individus contre le pouvoir de leurs Etats, qui, dans le contexte de l'époque, étaient effectivement responsables de l'immense majorité des violations des droits de l'homme. Cette relation verticale individu-Etat national ne décrit plus aujourd'hui la diversité et la complexité des situations dans lesquelles les droits de l'homme peuvent être violés. L'imposition d'obligations uniquement à l'Etat hôte d'une entreprise transnationale ne correspond pas non plus à la réalité géopolitique contemporaine, ni aux contextes politiques et sociaux locaux. Soit que l'Etat hôte n'en ait pas la capacité, soit qu'il n'en ait pas la volonté, nombreux sont les cas où faire reposer l'ensemble des obligations sur lui ne paraît pas adéquat. Cela est d'autant plus vrai dans les situations où l'Etat est inexistant ou dans celles où il se sert d'entreprises pour appliquer une politique contraire aux droits de l'homme – on peut penser à l'exemple de l'Afrique du Sud sous l'Apartheid.

Outre l'inadaptation du système conventionnel de protection des droits de l'homme, la justice pénale internationale, qui réprime les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit humanitaire, a en partie laissé de côté les entreprises. Le Comité préparatoire de la Cour pénale internationale (« CPI ») et la Conférence de Rome sur la création de la CPI ont considéré la possibilité d'étendre la compétence de la cour aux crimes sanctionnés par le Statut de Rome (génocide, crimes de guerres, crimes contre l'humanité, crime d'agression) commis par des personnes morales, mais l'ont finalement écartée. Le principal obstacle à la fut lié à « l'objection de la complémentarité » : certains Etats ne reconnaissant pas la

28 Notamment la Convention internationale des droits des personnes handicapées, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le Protocole additionnel relatif à la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

29 Pour plus de détails, voir la synthèse faite par le Représentant spécial, « Obligations pour les États de réglementer et de contrôler les activités des sociétés, en application des principaux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme: synthèse des commentaires émanant d'organes conventionnels », 2007, A/HRC/4/35/Add.1

responsabilité pénale des entreprises, le principe de complémentarité aurait selon certains Etat été inapplicable³⁰.

Il ressort de tous ces éléments que si une approche contraignante de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme paraît nécessaire, les mécanismes juridiques sont inadaptés à une régulation effective de leurs activités dans le cadre de la mondialisation. Des quatre acteurs potentiellement concernés par une telle régulation – Etat d'origine, entreprise transnationale, Etat hôte, Etats tiers – l'Etat hôte n'est pas toujours le plus à même de protéger les droits des personnes affectées. Décrire cette réalité ne revient pas à le décharger de ses obligations, mais à prendre en compte la complexité de la régulation d'entreprises puissantes, souvent soutenues politiquement et financièrement par leur Etat d'origine. C'est en ces termes que le Cadre « Protéger, Respecter, Réparer » présente le « problème de gouvernance » actuel.

« La crise actuelle des entreprises et des droits de l'homme tient essentiellement à un problème de gouvernance: le décalage, provoqué par la mondialisation, entre le poids et l'impact des forces et des acteurs économiques et la capacité des sociétés à en gérer les conséquences néfastes. Ces lacunes en matière de gouvernance laissent s'installer un contexte permissif où des abus sont commis par toutes sortes d'entreprises, sans qu'elles soient dûment sanctionnées et sans possibilité de réparation appropriée. Il est fondamental de réduire ce décalage qui touche les droits de l'homme, et de le combler une fois pour toutes. »³¹

Comblé le « fossé de gouvernance »

Plusieurs moyens sont envisageables pour parvenir au but fixé par le Conseil des droits de l'homme. La première, qui continue de nourrir de nombreuses controverses théoriques, consiste en l'imposition d'obligations directes aux entreprises en matière de droit international. La seconde, qui n'est pas exclusive et pourrait même être renforcée par la première, est d'améliorer la régulation des entreprises transnationales par des Etats autres que les Etats hôtes – Etats d'origine ou Etats tiers. Avant d'introduire les travaux que la Commission, puis le Conseil des droits de l'homme, ont entrepris pour adapter le système de protection des droits de l'homme aux entreprises transnationales, quelques remarques préliminaires sont nécessaires quant aux différentes voies que nous envisagerons.

L'imposition d'obligations internationales directes aux entreprises en matière de droits de l'homme s'est tout d'abord longtemps heurtée à un argument doctrinal de poids : les Etats seraient les seuls sujets de droit international, tous les autres acteurs ne pouvant en être que les objets. Selon cette conception classique, la personnalité internationale consiste en la capacité à détenir certains droits et obligations précis en droit international. Bing Cheng en donne en 1991 une interprétation particulièrement restrictive : droit de conclure des traités,

30 Pour une réfutation de cet argument, voir Joanna Kyriakakis, « Corporations and the International Criminal Court: the complementarity objection stripped bare », in *Criminal Law Forum*, n°19, vol.1, 2008.

31 John Ruggie, « Protéger, respecter et réparer », op.cit., §3.

droit de légation, droit de participer légalement à des conflits armés (etc.)³². Une telle interprétation semble cependant anachronique. Dès 1949, La Cour internationale de justice (CIJ) ouvrait la voie à la reconnaissance de la personnalité internationale aux organisations internationales, considérant que « *les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits ; et leur nature dépend des besoins de la communauté. 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 États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États* »³³. Le fait que les entreprises transnationales aient aujourd'hui certains droits et obligations en vertu du droit international ne fait aucun doute. Les traités bilatéraux d'investissement leur confèrent très explicitement des droits vis-à-vis des États hôtes de leurs activités. Dans le domaine plus général du droit des investissements, la tendance est d'autant plus marquée qu'elles participent grandement à en produire les normes applicables, la *lex mercatoria* appliquée par les tribunaux arbitraux³⁴. Les entreprises sont également soumises à certaines obligations en matière de droit international de l'environnement. Leur capacité à détenir des droits et des obligations ne fait donc pas débat ; c'est leur étendue qui doit être définie, ainsi que les moyens de leur sanction³⁵.

Imposer des obligations internationales aux entreprises en matière de droits de l'homme peut prendre deux voies distinctes. Les entreprises peuvent avoir des obligations en droit international pénal, c'est-à-dire « *l'ensemble des règles internationales destinées à proscrire (et punir) les crimes internationaux et à imposer aux États l'obligation de poursuivre et de punir ces crimes (au moins certains d'entre eux)* »³⁶. Il n'existe pas de définition consensuelle des crimes internationaux, et par conséquent pas de consensus concernant une liste précise. Nous interpréterons ici le terme comme synonyme de « crimes de droit international », c'est à dire les crimes dont la prohibition s'impose directement aux personnes privées en droit international. Nous les distinguons des « crimes transnationaux », prohibés par le droit international mais ne créant pas d'obligations directes pour les personnes privées. Une autre définition rassemble les crimes de droit international et les crimes transnationaux sous la

32 Bin Cheng, "Introduction to Subjects of International Law" in Mohammed Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, cité dans Philip Alston, "The "Not-a-Cat" Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?", in Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, 2005, p.20.

33 CIJ, « Réparation des dommages subis au service des Nations unies, Avis consultatif », C.I.J. Recueil 1949, p.178.

34 Voir Mireille Delmas Marty, « Les voies d'un ordre mondial », in *Le Débat* 2006/5 (n° 142), 2006.

35 John Ruggie, « Les entreprises et les droits de l'homme: analyse des normes internationales relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises », A/HRC/4/35, 19 février 2007, §20.

36 Définition d'Antonio Cassese. Source :

<http://www.gerjc.univ-cezanne.fr/MASTER%20I%20XP%202012/MASTER%20I%20DIP%202012/1%20%20Definition%20et%20urgence%20de%20la%20justice%20penale%20internationale.pdf>

même étiquette de « crimes internationaux », qui prend alors un sens plus large. Au sein de la distinction que nous opérerons ici, la limite entre les deux catégories de crimes « internationaux et « transnationaux » est floue et évolutive. Nous étudierons par exemple plus loin le point de vue d'auteurs qui considèrent que la prohibition de certains crimes transnationaux s'impose directement aux personnes privées – par exemple l'interdiction de la corruption d'agents publics étrangers ; en attendant, dans le cadre de notre analyse sur la responsabilité des entreprises, nous considérerons que les crimes internationaux pertinents sont notamment, et *a minima*, le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, la torture, les exécutions extrajudiciaires et les disparitions forcées³⁷.

Des entreprises sont régulièrement accusées de commettre, ou plus souvent de se rendre complices, de crimes internationaux. Ces violations particulièrement graves des droits de l'homme et du droit humanitaire constituent les exemples les plus marquants de la nécessité d'imposer des règles aux entreprises. De nombreux systèmes nationaux prévoient la sanction des entreprises qui participent à ce genre d'exactions, sanction souvent limitée par les limites territoriales de la compétence de leurs cours. L'*Alien Tort Statute* américain représente à ce jour la seule loi effectivement appliquée sans restriction territoriale en matière de répression de la commission de crimes internationaux par des entreprises, diagnostic précaire qui sera peut-être remis en cause par la Cour suprême à l'automne 2012.

Comparée à la répression des individus auteurs de crimes internationaux, celle des entreprises paraît là aussi très en retard. Certes, les dirigeants ou les représentants des entreprises sont, eux, atteignables par la CPI. Cependant, la responsabilité des individus, bien que nécessaire, n'est pas suffisante. Elle peut d'abord être rendue ardue du fait de la complexité des structures des plus grandes entreprises. Les niveaux décisionnels et opérationnels ne sont souvent pas situés dans le même Etat – et souvent pas de le même continent. Remonter la chaîne de décision entre l'endroit et le moment où une violation a été commise et sa source peut se relever être un véritable chemin de croix. Les dirigeants, les actionnaires ou les administrateurs d'une entreprise transnationale ne sont jamais une seule et même personne, et les procédures de prise de décision peuvent être obscures. Il sera donc *a priori* plus difficile d'obtenir la condamnation pénale d'un représentant d'une entreprise que celle de l'entreprise elle-même, lorsque cette solution est possible dans le forum où l'entreprise est poursuivie. En matière civile, les victimes auront bien plus de chances d'obtenir une réparation adéquate si c'est l'entreprise qui peut être condamnée, plutôt qu'un employé qui aurait participé à une violation des droits de l'homme sur le terrain.

37 Pour une analyse fournie de la notion de crime international, ainsi qu'une typologie des crimes internationaux/transnationaux, voir la recherche extensive effectuée pour le Forum for International Criminal and Humanitarian Law. Terje Einarsen, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, disponible à l'adresse suivante :

http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FICHL_14_Web.pdf

La lutte contre l'impunité affichée comme objectif primordial de la communauté internationale et le droit d'accéder à un recours et à une réparation reconnus aux victimes de crimes internationaux constituent pour l'heure des vœux pieux en ce qui concerne les crimes commis par des entreprises. Améliorer la mise en œuvre de la responsabilité des sociétés auteures ou complices de crimes internationaux paraît donc être une nécessité. Cela ne suffirait cependant pas à combler toutes les « lacunes de gouvernances ». Plusieurs arguments plaident au contraire pour que les entreprises soient plus largement régulées au regard de l'ensemble des droits de l'homme internationalement reconnus.

Les entreprises, notamment les transnationales, ont un impact sur les droits de l'homme bien supérieur à celui des individus isolés. Leur puissance économique et leur capacité à se projeter au-delà des frontières sont sans commune mesure. L'impact de leurs décisions peut avoir des conséquences à la hauteur de ces caractéristiques, et l'étendue des droits que les entreprises transnationales peuvent violer est plus proche de celle des Etats que de celles de personnes physiques isolées – sans que cela ne signifie pour autant que les entreprises violent les mêmes droits de la même manière que ne le font les Etats. Les seules crimes internationaux constituent donc une liste, certes importante, mais insuffisante de normes dont la transgression doit pouvoir mener à la condamnation d'une société. Le corpus des droits de l'homme semble par ailleurs une référence utile pour réguler les entreprises, particulièrement les transnationales. Sans exclure la pertinence d'autres voies réglementaires telles que le droit du travail ou les normes anticorruption, la palette des droits de l'homme englobe de nombreux aspects de l'activité des entreprises et permet par là une réglementation unifiée plutôt qu'un enchevêtrement de sources normatives dont le *monitoring* serait ardu. En plus d'éviter l'éclatement des sources de droit applicables, émettre au niveau global des normes applicables à toutes les entreprises peut permettre d'éviter que celui de ses applications nationales ne soit trop important.

Emettre des normes de droits de l'homme applicables aux entreprises peut prendre deux voies. Soit ces normes sont imposées directement par le droit international, soit elles le sont indirectement *via* l'obligation de protéger qui incombe aux Etats. Dans les deux cas, il faut souligner que la mise en œuvre de la responsabilité légale de l'entreprise ne peut se faire qu'à travers un forum national. En l'absence d'instances internationales capables de rendre des décisions contraignantes en matière de droit international pénal comme de droit international des droits de l'homme (« DIDH »), les Etats sont voués à être le bras armé du droit international lorsqu'il cherche à atteindre les entreprises.

Nous avons vu que compter sur les institutions de l'Etat hôte peut, dans de nombreux cas, se révéler insuffisant voire illusoire. Dans les faits, combler le déficit de gouvernance devra donc nécessairement passer par améliorer la possibilité qu'ont les victimes d'accéder à des tribunaux à la fois compétents pour examiner leurs plaintes et à même de leur garantir un

recours effectif et une réparation – c'est-à-dire en règle générale des tribunaux situés dans les Etats du Nord, et ce aussi longtemps que certains Etats hôtes ne seront pas en mesure de satisfaire à leurs obligations internationales.

Mettre en œuvre la responsabilité d'une entreprise au titre de la compétence extraterritoriale des tribunaux des Etats hôtes peut cependant se révéler ardu, du fait de nombreux obstacles sur lesquels reviendrons amplement. Ceux-ci sont principalement liés aux limites que le droit international impose aux Etats qui souhaitent étendre leurs lois à des situations dont tous les éléments constitutifs se sont déroulés en dehors de leur territoire. A ces limites à la compétence extraterritoriale normative s'ajoutent les restrictions que les Etats apportent d'eux-mêmes à leurs pratiques, pour des raisons liées à leur manque de volonté politique ou à leurs traditions juridiques. La structure juridique des entreprises transnationales complique encore la tâche des victimes ; les activités des sociétés transnationales sont divisées en autant d'entités légales séparées qu'elles ont de pays d'implantation. Mettre en œuvre la responsabilité d'une entité présente dans un Etat pour le comportement d'une autre entité du même groupe peut dans les faits se révéler presque impossible, du fait du principe de la responsabilité limitée des sociétés.

Les travaux du Conseil des droits de l'homme et au-delà

Toute tentative de renforcer l'effectivité des droits de l'homme en s'attaquant à la question de la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises doit donc prendre en compte ces contraintes. La première initiative en ce sens sur le plan multilatéral provient de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (« la Sous-commission »), qui adopte en 2003 les « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises »³⁸ (« les Normes ») sur lesquelles nous reviendrons également plus en détail. Les Normes prévoient que dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les entreprises doivent promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne et veiller à leur réalisation. Cette proposition est accueillie très fraîchement par la Commission des droits de l'homme (« la Commission »), glacialement par la Chambre de commerce international et finalement rejetée.

Cependant, le thème n'est pas abandonné, et en 2005, la Commission charge le professeur John Ruggie d'explorer plus en profondeur le sujet. Le Représentant spécial parvient à faire adopter, à l'unanimité du Conseil des droits de l'homme (« le Conseil »), le cadre « Protéger,

³⁸ Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

Respecter, Réparer » en 2008³⁹ et les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » en 2011⁴⁰. Ces deux textes reposent sur trois « piliers » : l'obligation qu'ont les Etats de protéger les droits de l'homme, la responsabilité qu'ont les entreprises de les respecter et la nécessité d'améliorer l'accès à des voies de recours pour les victimes. Ces nouvelles normes ont le grand mérite d'avoir été adoptées, et donc de créer une dynamique régulatrice. Elles souffrent cependant de nombreuses limites quant à leur capacité à réellement améliorer le respect des droits de l'homme par les entreprises au-delà de ce que les approches volontaires ont déjà apporté. Si l'obligation de protéger qui pèse sur les Etats est contraignante, elle ne pèse que sur les Etats hôtes. Quant à la responsabilité de respecter qui incombe aux entreprises, elle n'est pas de nature juridique : il s'agit plutôt d'une responsabilité éthique au regard de laquelle les entreprises doivent être jugées par leurs parties prenantes. En ce sens, l'objectif du troisième pilier d'améliorer l'accès à des voies de recours risque d'être inatteignable, et de se limiter dans les faits aux recours non-judiciaires qui, s'ils peuvent avoir certains avantages, ne peuvent se substituer à l'accès à des tribunaux pour les victimes. Le Groupe de travail qui prend la suite du Représentant spécial a essentiellement pour mission de promouvoir la diffusion des Principes directeurs et d'en assurer la bonne application. Il est par conséquent peu probable qu'il s'engage dans une voie différente⁴¹.

Notre approche concernant le lien entre entreprises et droits de l'homme est, pour les raisons que nous avons invoquées, fondée sur le principe qu'une meilleure régulation passe par la possibilité pour les victimes de violations d'avoir accès à un recours judiciaire dans les Etats d'origine. En ce sens, le cadre d'analyse dans des travaux du Conseil des droits de l'homme depuis 2005 ne permet pas de répondre à l'ensemble des enjeux liés à l'évolution de la place des entreprises sur la scène mondiale, en dépit de certaines pistes intéressantes. Les transformations liées à la mondialisation nécessitent de repenser plus largement le système de protection des droits de l'homme et celui de répression des crimes internationaux, notamment dans leur relation avec les systèmes internes, afin de les adapter aux entreprises transnationales. C'est autour de cette problématique que se construira l'ensemble de notre raisonnement.

Comprendre comment les systèmes nationaux peuvent évoluer pour mieux sanctionner les violations des droits de l'homme commises par des sociétés transnationales nécessite d'abord de déterminer quelles sont les obligations des entreprises et comment les droits internes les appréhendent, ce que nous ferons dans une première partie. A ce titre, nous reviendrons dans une première sous-partie sur les débats théoriques autour de l'imposition d'obligations

³⁹ John Ruggie, « Protéger, respecter et réparer », *op.cit.*

⁴⁰ John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies », 21 mars 2011, A/HRC/17/31

⁴¹ Voir la résolution Résolution 17/4 adoptée le 6 juillet 2011 par le Conseil des droits de l'homme sur « Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises », et plus largement le portail <http://www.business-humanrights.org/Documents/UNWorkingGrouponbusinesshumanrights>

directes en matière de droits de l'homme aux entreprises et sur les Normes adoptées par la Sous-commission. Nous verrons que le Représentant spécial a pris le contre-pied des Normes en refusant d'étendre les obligations des entreprises au-delà du droit international pénal, préférant adopter l'approche d'une responsabilité « éthique » fondée sur le concept de diligence raisonnable. Nous étudierons dans une deuxième sous-partie la sanction par les systèmes internes des obligations et des responsabilités des entreprises que nous aurons ainsi dégagées. Nous distinguerons à cet effet entre la répression des crimes internationaux et celle plus large des violations des droits de l'homme. Notre objectif ne sera ni dans un cas, ni dans l'autre de procéder à une analyse exhaustive de droit comparé, mais de souligner des tendances qui seront pertinentes dans notre analyse ultérieure de l'extraterritorialité. Nous défendrons d'abord l'idée que lorsque les cours sanctionnent la commission de crimes internationaux, y compris par des entreprises, elles agissent en tant qu'agent du droit international. Nous approfondirons particulièrement le cas de l'Alien Tort Statute, qui permet d'appliquer directement le droit international aux entreprises, et verrons que si cette loi est unique dans sa forme, la pratique internationale tend à l'élaboration d'un système de répression décentralisée des crimes internationaux. Nous aborderons ensuite la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises pour violations des droits de l'homme à travers le prisme de la diligence raisonnable, en montrant comment celle-ci nous paraît amenée à devenir une obligation légale sanctionnée par les droits internes des Etats.

Dans une deuxième partie, nous introduirons l'élément de l'extraterritorialité. Après avoir montré pourquoi l'approche adoptée par le Conseil des droits de l'homme s'avère insuffisante pour surmonter les obstacles liés à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises, et ne permet pas par conséquent de faire progresser le respect des droits des victimes et la lutte contre l'impunité, nous proposerons une nouvelle approche de la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises, fondée sur l'ensemble des développements précédents. Nous proposerons l'idée que la sanction des crimes internationaux devrait être considérée comme l'exercice d'une compétence juridictionnelle universelle par les Etats, y compris pour la répression des entreprises. Nous en dégagerons une obligation pour l'ensemble des Etats de fournir un recours effectif à toutes les victimes de crimes internationaux commis par des entreprises. Nous étudierons enfin les possibilités existantes pour améliorer la régulations des impacts des entreprises transnationales sur l'ensemble des droits de l'homme à travers l'imposition d'obligations sur les Etats hôtes et l'élargissement aux entreprises du système de protection internationale des droits de l'homme.

I) La nature des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme et leur sanction dans les systèmes internes

A. La nature des obligations et responsabilités des entreprises en matière de droits de l'homme

Selon une conception doctrinale qui a longtemps prévalu, le droit international régit les rapports entre Etats, seuls sujets du droit international⁴². La réalité scientifique de cette doctrine a été contestée, en ce qu'elle ne prendrait pas en compte la réalité de la participation historiquement importante des acteurs privés à la formation et à la mise en œuvre du droit international⁴³. Elle est néanmoins le point de départ habituel pour analyser les obligations des acteurs non-étatiques en droit international⁴⁴. Dans ce modèle classique, les acteurs non-étatiques ne sont pas sujets, mais simple objet du droit international. En conséquence, seuls les Etats ont la capacité à être titulaires de droits et d'obligations internationales.

Ce modèle stato-centré est remis en cause par le développement du système international de protection des droits de l'homme. Les individus deviennent titulaires de droits opposables aux Etats dans des forums nationaux et internationaux. Les Etats ne sont plus non plus les seuls débiteurs d'obligations. Le droit international humanitaire place des obligations sur des acteurs non-étatiques et, des tribunaux de Nüremberg et Tokyo à la CPI en passant par les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la justice pénale internationale définit et réprime certains crimes internationaux commis par des individus.

Cependant, l'idée que des personnes privées puissent se prévaloir de droits internationalement reconnus contre d'autres personnes privées n'émerge que lentement. Malgré la place croissante accordée aux victimes de crimes internationaux, elles n'ont la capacité de saisir aucune juridiction pénale internationale. Le DIDH s'est pour sa part principalement développé pour protéger les individus contre les Etats. L'obligation directe de protéger les personnes privées contre les violations de leurs droits par d'autres personnes privées est placée sur les Etats. Les obligations qui pèsent sur les acteurs non-étatiques ne sont donc que des obligations indirectes, seule la responsabilité de l'Etat peut être engagée. C'est en ces termes que John Ruggie pose les bases théoriques de son travail.

« Et même quand le régime des droits de l'homme a vu le jour, régime qui semblait aller à l'encontre de ces principes puisqu'il créait des obligations transcendant la qualité d'État et la nationalité, les États ont été

42 Voir par exemple J.L. Brierly, "The Law of nations: an introduction to the international law of peace", Sir Humphrey Waldock ed., 6th ed., 1963: définition du droit international comme "the body of rules and principles of actions which are binding upon civilized States in their relations with one another"; CPJI, «Affaire du Lotus», 7 septembre 1927: « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. »

43 Voir notamment Jordan J. Paust, "Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion", in Virginia Journal of International Law, Volume 51, n°4, p.977, Jordan J.Paust "The Reality of Private Rights, Duties and Participation in the International Legal Process", in Michigan Journal of International Law, n°25, 2004 (voir infra).

44 Pour une contextualisation du débat sur la place des acteurs non-étatiques en droit international, voir Emeka Duruigbo, "Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges", in Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 6, Issue 2 (Printemps 2008).

désignés comme les seuls sujets d'obligations susceptibles de violer le droit international relatif aux droits de l'homme, et comme les seules personnes chargées de mettre en œuvre ces droits en faisant respecter les obligations conventionnelles ou les règles coutumières dans leur juridiction nationale. »⁴⁵

Le cadre théorique du débat sur les obligations des entreprises en matière de droits de l'homme est donc le suivant: les Etats sont débiteurs d'obligations en vertu du DIDH, conventionnel comme coutumier, et les individus sont débiteurs d'obligations en droit international pénal, droit essentiellement coutumier codifié dans les statuts des tribunaux internationaux et par leur jurisprudence. Deux voies non-exclusives sont donc envisageables pour définir les obligations et responsabilités des entreprises en matière de droits de l'homme. La première est l'extension de la responsabilité pénale individuelle aux entreprises. La seconde, plus controversée, est de partir des obligations conventionnelles et coutumières des Etats et d'en dériver des obligations pour les entreprises. Nous examinons dans cette première partie les différentes approches, doctrinales et entreprises dans le cadre du Conseil des droits de l'homme, visant à intégrer les entreprises dans le système international de protection des droits de l'homme. Nous verrons ensuite comment les systèmes internes sanctionnent les entreprises qui violent les droits de l'homme, notamment au regard de développements récents.

1) La tentative d'imposer des obligations directes aux entreprises en vertu du droit international des droits de l'homme

a) *Le droit international des droits de l'homme comme source d'obligations pour les personnes privées : les arguments doctrinaux*

De nombreux auteurs considèrent, à rebours du modèle théorique dominant, que le DIDH impose des obligations directement aux acteurs privés, y compris aux entreprises. Ainsi, les acteurs non-étatiques seraient liés par les conventions de protection des droits de l'homme. Cette opinion est défendue par Jordan J. Paust dès 1992:

« Today, it should be beyond doubt that private individuals can have duties under treaty-based and customary international law' and that such duties can recognizably implicate human rights. (...) Thus, the issue is not whether treaties can bind private individuals but whether private duties can result from the language of a particular treaty even though there is no express mention of individuals or individual duties. (...) Human rights instruments demonstrate the existence of private duties in at least two ways. First, provisions in various instruments explicitly affirm, or at least imply, that individuals can owe duties. Second, rights are generally set

⁴⁵ John Ruggie, « Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises », 22 février 2006, E/CN.4/2006/97, p.4.

forth without any reference to those who owe a corresponding duty and can be understood to impose duties on individuals. »⁴⁶

Cette analyse est valable pour les entreprises, qui, en tant que personnes juridiques, ont les mêmes obligations que les personnes physiques en droit national comme international, comme explicité dans un article plus récent.⁴⁷ La particularité de Paust est qu'il rejette radicalement la théorie stato-centrée du droit international pour son manque de véracité historique.

« In any event, it is irrefutable that traditional international law, even through the early twentieth century, recognized roles, rights, and duties of nations, tribes, peoples, belligerents, and other entities and communities in addition to the state, even though their roles were at times uneven, shifting, complex, and misperceived. This fact by itself demonstrates both the error of a states-alone theory and the error that such a remarkably unrealistic theory had ever been “traditional” outside of rigid state-oriented positivist circles and those who repeat their printed preferences or the necessarily demeaning and pejorative nonsense that under “traditional” international law, “states” were the only actors and the only “subjects” with rights and duties. »⁴⁸

Paust considère par conséquent que les instruments de droits de l'homme ne limitent pas leur portée aux Etats, ou aux agents étatiques. Les acteurs privés peuvent violer le DIDH, qu'ils agissent ou non en tant qu'agents de l'Etat. Entre autres exemples, la DUDH et le PIDCP lieraient ainsi les personnes privées. Pour ce qui est de la DUDH, la majorité de ses articles proclament des droits et libertés des personnes sans aucune mention de la personne ou de l'entité débitrice des obligations corollaires. Paust en tire la conclusion que les droits qu'elle reconnaît peuvent être opposés aux Etats comme aux acteurs non-étatiques. Cette interprétation est renforcée par le préambule, selon lequel la Déclaration constitue *« l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société (...) s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives »*. La référence aux organes de la société est interprétée par Paust, et plus largement par les auteurs qui défendent l'existence d'obligations directes pour les entreprises, comme la preuve que le DIDH lie également les celles-ci⁴⁹ – l'argument opposable étant que si certaines dispositions de la DUDH ont acquis une valeur coutumière et donc contraignante, tel n'est pas le cas de son préambule. Paust applique cette méthode d'interprétation à d'autres traités,

46 Jordan J. Paust, “The Other Side of Right: Private Duties Under Human Rights Law”, in *Harvard Human Rights Journal*, vol.5, 1992, p.51.

47 Jordan J. Paust, “Human Rights Responsibilities of Private Corporations”, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.35, 2002, p.803.

48 J. Paust, “Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion”, in *Virginia Journal of International Law*, Volume 51, n°4, p.977

49 Selon la formule de L.Henkin, “Every individual includes juridical persons. Every individual and every organ of society excludes no one, no company, no market, and no cyberspace. The Universal Declaration applies to them all.” L. Henkin, “The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets”, 25 *Brooklyn Journal of International Law* (1999) 17-25, at 25.

parmi lesquels le PIDCP. Là aussi, argument est tiré de son préambule, qui affirme que « *l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte* ». Autre indice selon Paust, la clause de l'article 5(1) selon laquelle « aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte » (disposition que l'on retrouve également dans la DUDH).

D'autres auteurs interprètent la mention des acteurs non-étatiques dans les traités - de droits de l'homme ou autres – comme impliquant l'existence d'une responsabilité internationale placée directement sur eux. Un certain nombre d'universitaires renommés ont par exemple signé un mémoire d'*amici curiae* dans l'affaire *Kiobel* actuellement pendante devant la Cour Suprême des Etats-Unis qui avance le même genre d'arguments⁵⁰.

« *A diverse array of treaties reveals the accepted understanding that corporations have international obligations and can be held liable for violations of international law as translated into domestic law.* »⁵¹

Les universitaires citent plusieurs conventions qui imposent aux Etats parties de réguler la conduite des personnes privées. Entre autres exemples, l'article 10(1) de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée prévoit que « *chaque État Partie adopte les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent à des infractions graves impliquant un groupe criminel organisé et qui commettent les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention* »⁵². De nombreux traités imposent ainsi aux Etats d'adopter des mesures, en leur laissant une marge de manœuvre quant à leur nature précise. Ces traités créent également, selon le mémoire, des obligations internationales pour les personnes dont la conduite est régulée. Les conventions de protection des droits de l'homme qui mentionnent explicitement les acteurs non-étatiques obéiraient à la même logique. Pour appuyer l'idée d'une responsabilité internationale des entreprises en vertu du système conventionnel onusien, le mémoire cite l'Observation générale n°31 du Comité des droits de l'homme, selon laquelle « *les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives (...) de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais*

50 Cour Suprême des Etats-Unis, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, « Brief of International Law Scholars », 2012. Rédigé par Ralph Steinhardt et Melissa Brenner, signé par Philip Alston, Jose Alvarez, Cherif Bassiouni, Gaspar Biro, Douglass Cassel, Andrew Clapham, Lori Fisler Damrosch, John Dugard, Richard Goldstone, Ryan Goodman, Vaughan Lowe, Chip Pitts, Dinah Shelton, Constance de la Vega, David S. Weissbrodt

51 Ibid., p.17

52 Ibid., p.18. Les autres conventions citées sont relatives au terrorisme, à la criminalité transnationale organisée, à la corruption, aux déchets nucléaires, à l'apartheid et à la protection de l'environnement.

aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales. » Ce type d'assimilation entre l'obligation positive de réguler les activités des acteurs non-étatiques, qui pèse sur les Etats, et l'existence d'une responsabilité internationale placée directement sur eux, reste une interprétation minoritaire. Le Comité des droits de l'homme ne partage par exemple pas l'interprétation de Jordan Paust ou des *amici curiae*. En effet, la phrase qui précède immédiatement le passage précité de l'Observation générale n°31 est :

« Puisque les obligations énoncées au paragraphe 1 de l'article 2 lient les États parties, elles n'ont pas en droit international un effet horizontal direct. Le Pacte ne saurait se substituer au droit civil ou pénal national. »

Pour Andrew Clapham, même si les organes de surveillance des traités ne semblent pas prêts à déduire des obligations directes pour les acteurs non-étatiques⁵³, il n'en reste pas moins qu'au vu des récentes conventions sur la corruption, le financement du terrorisme ou la traite des êtres humains, et de l'existence d'au moins un traité qui crée des obligations internationales pour les entreprises (le traité établissant la Communauté européenne, dont la Cour de justice de l'Union européenne considère depuis les années 1970 qu'il impose des obligations directes en matière de non-discrimination⁵⁴), il est selon lui parfaitement concevable d'étendre le champ d'application des traités de droits de l'homme.

« It is therefore arguable that international law has, in fact, developed regimes for ensuring the liability of corporations. (...) The fact that treaties leave states a choice as to how to sanction a corporation does not undermine the aim of the international treaty, which is to outlaw the relevant corporate conduct. It is suggested that there is a temptation to make too much of the fact that some states prefer criminal sanctions while others focus on administrative sanctions. The fact that there is no uniform national method for holding corporations liable for offences defined in international treaties, should not necessarily lead to the conclusion that there is no liability in international law for corporations engaging in behavior which violates international norms contained in treaties that specifically target legal persons. »⁵⁵

Steven Ratner considère également que dans certains domaines, les traités internationaux placent des obligations directement sur les entreprises. Il prend entre autres exemples la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination qui impose aux Etats de faire « *du trafic illicite de déchets dangereux ou d'autres déchets* » une infraction pénale⁵⁶. Ce type de disposition impose clairement un standard international de responsabilité légale (*liability*) sur les entreprises. Ne pas considérer

53 Andrew Clapham, "Human Rights Obligations of Non State Actors", *Oxford University Press*, 2006, p.240.

54 Voir aussi Steven Ratner, "Corporations and Human Rights, a theory of legal responsibility" in *Yale Law Journal*, n°111, 2001, p.471, citant les arrêts *Walrave v. Association Union Cycliste Internationale*, 1974 E.C.R. 1405; et *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, 1976 E.C.R. 455.

55 *Ibid.*, p.251.

56 Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination (1989), art.4(3).

qu'une obligation internationale pèse alors sur l'entreprise serait confondre l'existence d'une responsabilité avec son mode de mise en œuvre.

« But this once again confuses the existence of responsibility with the mode of implementing it. It suggests that international law does not itself impose liability on the corporations—even though this is the very language of some of the treaties—because the mechanism for enforcement is through a private lawsuit in one or more states. The treaties do impose responsibility upon the polluters, however; the use of domestic courts to implement this liability does not change this reality, just as the use of such courts to implement international criminal responsibility—through, for example, obligations on states to extradite or prosecute offenders—does not detract from the law's imposition of individual responsibility. »⁵⁷

Un autre argument en faveur de cette hypothèse pourrait être tiré du droit international humanitaire, qui s'applique aux acteurs non-étatiques – qui ne sont, par définition, pas eux-mêmes parties aux Conventions de Genève et au protocole additionnel II. Il n'existe pas de raison *a priori* d'exclure une application similaire du droit international des droits de l'homme, dont la dimension horizontale (bien qu'indirecte) est par ailleurs largement reconnue.

b) ***Théoriser les obligations des entreprises en droit international***

Ratner propose plus largement une théorie assez complète qui permette de définir les obligations internationales des entreprises en matière de droits de l'homme. A la différence des Normes (voir *infra*) ou de la position de Paust, si cette théorie est fondée sur des concepts de droit international, Ratner n'affirme pas qu'elle reflète son état actuel. Elle cherche plutôt à tracer la voie d'un consensus futur⁵⁸.

Ratner tente d'élaborer un régime de protection des droits de l'homme adapté aux entreprises qui s'inspire à la fois des règles qui lient les Etats et de celles qui lient les individus. Ces règles comprennent des règles primaires (se rapportant à la substance du comportement prohibé) et des règles secondaires (se rapportant à l'attribution du comportement). Nous ne présenterons qu'un aperçu général de la théorie, dont la valeur dans le cadre de notre démonstration réside dans son contenu, mais également en ce qu'elle montre qu'il est possible, et donc envisageable dans le futur, de créer un régime de responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme en se fondant sur des concepts bien établis du droit international. Si nous nous y attardons, c'est également car elle donne un aperçu intelligible des situations très diverses dans lesquelles les entreprises peuvent influencer sur la jouissance des droits des individus.

⁵⁷ Steven Ratner, "Corporations and Human Rights, a theory of legal responsibility", op.cit., p.481.

⁵⁸ Ibid., p.451

En matière de droits de l'homme, les règles primaires qui lient les Etats sont tirées du DIDH, conventionnel et coutumier. Les règles secondaires sont notamment contenues dans le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, qui codifie les principes ayant trait à l'attribution et à la complicité. Les règles primaires qui lient les individus sont celles du droit international pénal ; les règles secondaires sont des principes de droit pénal communs à de nombreux Etats, reconnus à travers les traités et la jurisprudence internationale, notamment les règles relatives à l'attribution de conduites aux individus, aux motifs d'exonération de la responsabilité, ou d'autres principes tels que celui de légalité. Parmi les règles les plus importantes, on trouve par exemple celles qui régissent la complicité, la responsabilité du supérieur hiérarchique ou les motifs d'exonération de la responsabilité pénale tels que l'incapacité mentale ou la contrainte - mais pas l'obéissance aux ordres.

La transposition des règles primaires qui concernent les individus n'est pas problématique, mais se révèle insuffisante pour réguler les entreprises en ce qu'elle est trop restrictive. En revanche, la transposition des règles primaires qui s'adressent aux Etats pose plus de problèmes. Tous les droits reconnus aux individus par les traités ne peuvent pas créer les mêmes obligations pour les Etats et les entreprises, qui ont fonctions sociales différentes. Ratner propose une comparaison entre les comportements des entreprises d'une part, et ceux des individus et des Etats d'autre part, pour voir dans quels cas il est possible d'appliquer aux premières les règles régissant l'un ou l'autre des deuxièmes. Ainsi, l'enjeu est de construire à la fois une théorie « *down from state responsibility* » et « *up from individual responsibility* », qui développe de nouvelles règles primaires et secondaires pour les entreprises⁵⁹, reconnaissant par là que l'entreprise est plus qu'un individu mais moins qu'un Etat. Les obligations d'une entreprise dépendraient de quatre facteurs : ses liens avec l'Etat, ses connexions avec les populations touchées, le droit particulier en question et la structure de l'entreprise.

Concernant les liens entre l'entreprise et l'Etat, une entreprise peut tout d'abord agir en tant qu'agent étatique, auquel cas ses obligations s'assimilent à celles d'un Etat. Pour qu'un acte d'un acteur privé puisse être imputable à l'Etat, il faut que le comportement du premier soit exercé « sous la direction ou le contrôle » du second⁶⁰. Des divergences jurisprudentielles existent quant au degré de contrôle nécessaire : La CIJ retient un critère de contrôle effectif⁶¹, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et la Cour européenne des droits de l'homme

59 Ibid., p.496.

60 Art.8 du projet d'article de la CDI.

61 CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, 27 juin 1986 ; et CIJ, Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, Bosnie-Herzégovine contre Serbie, 26 février 2007.

(CEDH) des critères plus souples liés au contrôle global⁶². Quelque soit le critère appliqué, la responsabilité principale de l'Etat doit logiquement avoir pour corollaire celle de l'agent, ici l'entreprise à qui l'Etat a instruit la commission d'une violation des droits de l'homme. Cela pourrait par exemple couvrir des cas où l'entreprise détient une personne sur la demande de l'Etat et que cette détention mène sur une violation ; ou encore le cas relativement répandu où l'Etat laisse un tel degré de contrôle à l'entreprise, que celle-ci exerce, *de jure* ou *de facto*, des prérogatives gouvernementales⁶³. Un autre cas de figure est celui où l'entreprise se rend complice d'une violation commise par un Etat. Ratner propose de dériver des standards de responsabilité (civile) de l'Etat et (criminelle) de l'individu une responsabilité internationale de l'entreprise lorsqu'elle contribue matériellement et en connaissance de cause à une violation étatique. Enfin, il envisage le cas où ce n'est pas l'Etat qui donne des instructions à une entreprise mais l'inverse, par exemple lorsqu'elle utilise des forces gouvernementales pour maintenir un périmètre de sécurité autour d'une mine. Il serait alors possible d'adapter aux entreprises le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

Contrairement aux Etats, les entreprises n'ont pas d'obligations concernant l'ensemble de la population d'un territoire national. Ratner propose donc de faire correspondre les obligations des entreprises aux liens avec les populations touchées. Il suggère un schéma proche de celui des sphères d'influence utilisé par le Pacte mondial : des cercles concentriques émanant de l'entreprise, s'élargissant des employés à leurs familles, aux habitants d'une certaine localité affectée par ses opérations, jusqu'à l'ensemble d'un Etat. Si la réalité est souvent plus complexe, Ratner défend le principe général que plus les cercles sont larges, moins les obligations des entreprises sont importantes.

Il faut ensuite distinguer entre les droits qui ne peuvent être directement violés que par l'Etat et ceux qui peuvent être directement violés par une entreprise. Les premiers concernent par exemple les droits des accusés en matière pénale, comme le droit à un procès équitable, qui ne peut pas être violé directement par une entreprise. Cependant, celle-ci peut se rendre complice d'une violation de ce droit, par exemple en fabriquant des fausses preuves. L'obligation qui pèse sur l'entreprise est donc de ne pas se rendre complice de la violation de l'Etat. Le droit d'entrer dans son propre pays sans restrictions arbitraires, le droit à une nationalité, le droit de se marier, le droit à un nom, le droit à l'égalité devant la loi ou encore le droit de vote peuvent être rattachés à cette première catégorie. Concernant les droits qui peuvent être violés directement par les entreprises, déterminer la portée de leurs obligations nécessite de mettre en équilibre les intérêts de l'entreprise et l'individu – tout comme l'ensemble des obligations étatiques est construit sur la mise en équilibre des intérêts de l'Etat et de l'individu. Les Etats peuvent apporter des restrictions à certains droits, pourvu qu'elles soient (entre autres)

62 Voir Chambre d'appel du TPIY, *Le Procureur c/Dusko Tadic*, 15 juillet 1999 et CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995. La CDI a retenu le critère de la CIJ.

63 Articles 5 et 9 du Projet d'articles de la CDI.

« nécessaires dans une société démocratique ». Ce « test d'équilibrage » a un résultat différent selon que l'on se situe dans la relation individu/Etat ou individu/entreprise. Par exemple, le droit à la liberté d'expression empêche les Etats de sanctionner des individus qui critiquent le gouvernement. Mais si l'entreprise doit également s'abstenir de sanctionner ceux qui critiquent le gouvernement, elle pourrait selon Ratner par exemple sanctionner un employé qui injurie l'entreprise auprès de consommateurs. Les droits non-susceptibles de dérogation ou de restriction ne sont pas concernés par cet équilibre. Ratner prévoit également l'existence d'obligations positives pour les entreprises, quand celles-ci sont nécessaires à la réalisation de l'obligation négative – par exemple le fait de former le personnel de sécurité pour éviter la torture. Plus largement, les obligations positives dépendent des liens entre l'entreprise et la population. Si une entreprise jouit d'un degré de contrôle sur un territoire similaire à celui d'un Etat, elle a des obligations au-delà de celle de ne pas empiéter sur les droits, notamment celle de protéger les populations les plus proches d'elle, comme ses employés, de la violation de leurs droits par d'autres acteurs, privés ou publics. De même, dans la situation où l'entreprise a connaissance de la violation des droits de ses employés par des forces publiques – par exemple l'arrestation d'un activiste – elle ne peut rester passive. En revanche, imposer aux entreprises de promouvoir les droits de l'homme de manière générale serait confondre leur rôle avec celui de l'Etat.

Pour ce qui est des principes d'attribution, Ratner propose d'utiliser le principe selon lequel, comme les Etats, les entreprises sont tenues responsables des actes de leurs agents. Mais au vu de la complexité des structures des entreprises transnationales, de leurs activités et de leurs relations avec leurs partenaires économiques (filiales, franchises, licences, joint venture, co-contractants, etc.), la propriété ou le lien de salariat ne peut pas être le seul critère de rattachement d'un acte à une entreprise. Pour Ratner, l'élément central pour établir les obligations de l'entreprise doit donc être le degré de contrôle sur un partenaire économique – ou sur un acte particulier commis par ce partenaire. Concernant la nécessité d'une faute (et donc le degré d'intentionnalité), un critère moins strict que celui de la responsabilité criminelle individuelle paraît nécessaire : comme pour les Etats, le fait qu'un employé agisse « sous couleur » de l'entreprise serait suffisant pour engager la responsabilité de celle-ci. En revanche, quand le lien est moins direct, un critère de diligence raisonnable de la part de l'entreprise serait en général plus approprié. Et, *in fine*, cet élément doit également dépendre du forum (civil, pénal, administratif) devant lequel la responsabilité de l'entreprise est engagée.

c) *Les Normes de la Sous-commission des droits de l'homme*

Les Normes de la Sous-commission des droits de l'homme arrivent dans ce contexte doctrinal, et prennent le parti d'affirmer l'existence d'obligations pour les entreprises au titre

du DIDH et d'autres sources du droit international. Elles constituent la première codification globale des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme. Adoptées au consensus de la Sous-commission en 2003, elles ont recueilli un large soutien de la part ONG, mais provoqué une levée de boucliers chez les entreprises transnationales⁶⁴, avant d'être rejetées par la Commission des droits de l'homme. Elles ont notamment été critiquées pour leur prétention à refléter le droit existant et leur confusion supposée du rôle des Etats et des entreprises – en d'autres termes, c'est leur ambition d'imposer des obligations directes assez larges sur les entreprises qui a été rejetée (voir *infra*).

Les Normes partent du point de départ « *qu'aucun système national n'a à lui seul la capacité de contrôler les activités économiques* » des sociétés transnationales, qui peuvent avoir des impacts aussi bien positifs que négatifs⁶⁵. Les Normes ont donc pour ambition de clarifier les obligations internationales des entreprises en matière de droits de l'homme, mais aussi dans d'autres domaines : droit humanitaire, droit du travail, droit environnemental, droit de la consommation, corruption. Leur base théorique est la considération que, comme le prévoit la DUDH, les droits de l'homme concernent tous les organes de la société⁶⁶. Elles se fondent sur les l'affirmation que « *les sociétés transnationales et autres entreprises, leurs cadres et les personnes travaillant pour elles sont (...) tenus de respecter les principes et normes faisant l'objet d'une reconnaissance générale énoncés dans de nombreuses conventions des Nations Unies et autres instruments internationaux* »⁶⁷. Elles énumèrent comme exemples un large éventail de traités se rapportant aux divers domaines précités.

La responsabilité première de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, de veiller à leur réalisation et, notamment, de garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits est celle des Etats. En cela, les Normes réaffirment la conception classique du DIDH. Elles insistent sur le fait qu'aucune de leurs dispositions ne peut être interprétée comme diminuant les obligations des États en matière de droits de l'homme⁶⁸.

Les Normes dégagent également des obligations pour les entreprises, qui doivent, dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit

64 Pour plus de détails sur la rédaction des Normes, voir D.Weissbrodt, M.Kruger, "Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights", in *The American Journal of International Law*, n°97, 2003 ; Emmanuel Decaux « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », *Revue de science criminelle*, 2005.

65 Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », op.cit., Préambule.

66 Voir Emmanuel Decaux « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », op.cit.

67 Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, op.cit., Préambule

68 Ibid., §19.

interne et veiller à leur réalisation⁶⁹. Elles détaillent par la suite une liste de domaines, et les obligations générales qui pèsent sur les entreprises dans chacun d'entre eux. Nous ne détaillerons pas ici le contenu substantiel de ces obligations, mais abordons les fondements juridiques des Normes.

Soulignons d'abord que les Normes ne sont pas un instrument contraignant. Il s'agit d'un instrument de *soft law* qui entre dans le cadre de la mission de la Sous-commission, qui est de promouvoir les droits de l'homme. Ainsi, selon Emmanuel Decaux :

« A ce titre, la Sous-Commission a tout autant légitimité à dégager des « principes », des « normes » ou des « directives » (guidelines), que le Secrétaire général à mobiliser les entreprises sur une base volontaire autour de son projet de « Pacte mondial » (Global Compact), et a fortiori que les entreprises à mettre en avant leurs propres « codes de bonne conduite » » 70.

Le caractère de *soft law* des Normes est confirmé par Daniel Weissbrodt, leur principal rédacteur⁷¹. Cependant, l'objectif est qu'elles acquièrent à terme une nature contraignante.

« [T]he legal authority of the Norms now derives principally from their sources in international law as a restatement of legal principles applicable to companies, but they have room to become more binding in the future. The level of adoption within the United Nations, further refinement of implementation methods by the working group, and increasingly broad acceptance of the Norms will continue to play an important role in the development of their binding nature » 72

Il est clair au vu des deux passages précités que l'objectif des Normes est, en étant adoptées progressivement à des niveaux de plus en plus élevés, d'acquérir une force obligatoire. En cela, elles entrent dans la lignée des instruments imaginés par la Sous-commission et finalement adoptés à un plus haut niveau, parfois sous forme de traité. Ce qui transparait également est leur prétention à refléter le droit international, à être une codification à droit constant⁷³. Cependant, il convient de ne pas exagérer les conséquences apportées à cette prétention. Au moment où elles sont rédigées, les Normes ne prétendent pas, en tant que « contenant », avoir une nature contraignante. Le fait qu'elles reflétaient le droit international positif est discutable. Cependant, si elles avaient suivi le chemin qui leur était destiné par la Sous-commission, et avaient été adoptées à un niveau plus haut dans le système onusien, elles auraient alors pu prétendre, sans contestation, refléter le droit positif, chemin qu'ont parcouru

69 Ibid., §1.

70 Emmanuel Decaux « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », op.cit.

71 D.Weissbrodt, M.Kruger, "Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights", op.cit., p.914.

72 Ibid., p.915.

73 Voir par exemple D.Weissbrodt, M.Kruger, "Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights", op.cit.. Il y est écrit que «The Norms (...) constitute a succinct, but comprehensive, restatement of the international legal principles applicable to businesses with regard to human rights, humanitarian law, international labor law, environmental law, consumer law, anticorruption law, and so forth » (p.901). Cependant, Weissbrodt affirme également : « The Norms reflect and restate a wide range of (...) legal principles, but also incorporate best practices for corporate social responsibility » (p.912).

nombre d'instruments avant elles. Cette nuance, liée à la nature même du rôle qu'avait la Sous-commission, a sans doute été incomprise, comme le montrent les fortes critiques dont les Normes ont été l'objet.

2) La « Responsabilité de respecter » les droits de l'homme : limites juridiques et apports conceptuels

a) *Le refus d'étendre les obligations des entreprises au-delà du droit international pénal*

Affirmer que les Normes n'ont pas fait l'unanimité serait un euphémisme. Les entreprises transnationales et un grand nombre de gouvernement les ont vertement critiqué tant sur le fond que sur la forme, principalement pour leur inexactitude légale et leur confusion entre le rôle des Etats et celui des entreprises. Les Etats-Unis les accuseront même d'être le reflet de l'agenda « anti-business » de l'ONU⁷⁴. La Commission des droits de l'Homme refusera explicitement d'accorder une valeur juridique aux Normes dans sa décision 2004/116.

Après l'échec des Normes, le professeur John Ruggie est nommé Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises en 2005. Son premier mandat se conclut en 2008 avec l'adoption du cadre « Protéger, Respecter, Réparer », le second sur celle des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme en 2011. Ruggie prend dès le début de son mandat le contrepied des Normes. Dans son rapport intérimaire à la Commission des droits de l'Homme du 22 février 2006⁷⁵, il estime sans ambages que « *les Normes ont sombré dans leurs propres excès doctrinaux* ». Il leur reproche « *leurs prétentions juridiques exagérées* » et « *leurs ambiguïtés conceptuelles* »⁷⁶ concernant deux aspects principaux : leur prétention à refléter le droit international positif et le principe de répartition des responsabilités en matière de droits de l'homme entre Etats et entreprises.

Le Représentant spécial conteste la prétention des Normes de « refléter » et « réaffirmer » le contenu du droit international, notamment en ce qui concerne le caractère directement obligatoire pour les entreprises des obligations qu'elles listent. En effet, « *sauf éventuellement pour certains crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, il n'existe pas à l'échelle*

74 Voir David Kinley, Rachel Chambers, "The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law", *Human Rights Law Review*, n°6 vol 3, 2006

75 John Ruggie, « Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises », 22 février 2006, E/CN.4/2006/97.

76 Ibid., §59.

internationale de principe ayant un tel effet »⁷⁷. Il relève une « *tendance croissante à engager la responsabilité des sociétés qui se sont rendues coupables ou complices de violations extrêmement graves des droits de l'homme, assimilables à des crimes internationaux comme le génocide, l'esclavage, la traite d'êtres humains, le travail forcé, la torture et certains crimes contre l'humanité* »⁷⁸. Cette tendance n'étaye cependant pas « *l'assertion sur laquelle reposent les Normes, à savoir que le droit international s'est transformé au point que les nombreux instruments relatifs aux droits de l'homme imposent des obligations juridiques directes aux sociétés* »⁷⁹. Cette distinction entre droit international pénal et DIDH reflète la position doctrinale majoritaire : le premier impose des obligations directes aux acteurs non-étatiques, le second des obligations indirectes, qui ne peuvent donc suffire à engager leur responsabilité internationale.

John Knox a théorisé cette approche en prenant l'image d'une pyramide à quatre étages, dans laquelle les deux étages du bas – les plus larges – sont constitués des obligations indirectes qui pèsent sur les acteurs privés – l'obligation directe restant étatique, et les deux étages du haut contiennent des obligations directes pour les personnes privées.

*« [The] horizontal human rights regime addresses private duties in four ways. At its lowest level of involvement, human rights law contemplates that states have general duties to restrict private actions that interfere with the enjoyment of human rights, but leaves to governments the task of specifying the resulting private duties. At the next level, human rights law itself specifies the private duties that governments are obliged to impose. At both of these levels, international law only imposes private duties indirectly, as a secondary effect of the duties it places directly on states. At a higher level of involvement, human rights law directly places duties on private actors, but continues to leave enforcement of the duties to domestic law. And, finally, at the highest level of involvement, human rights law enforces private duties at the international level, through international tribunals or other institutions. International law contemplates more correlative duties than it specifies, and it specifies many more duties than it directly places and enforces. As a result, such duties form a pyramid. »*⁸⁰

Les acteurs non-étatiques ont dans ce schéma des obligations directes qui sont mises en œuvre soit au niveau national (troisième étage de la pyramide), soit au niveau international (quatrième étage). Les troisième et quatrième étages ne recouvrent, selon Knox, que le droit international pénal⁸¹. Dans le domaine plus large de la répression internationale des crimes, la différence entre les obligations directes et indirectes qui pèsent sur les acteurs peut être décrite de la même manière. Certains auteurs distinguent entre crimes internationaux et crimes transnationaux. Les crimes internationaux placent des obligations directes sur les acteurs non-étatiques, les crimes les plus graves étant sanctionnés par la CPI. Les crimes transnationaux

77 Ibid., §60.

78 Ibid., §61.

79 Ibid., §64.

80 J.H. Knox, "Horizontal Human Rights Law", in American Journal of International Law, 2008, p.29 de l'article.

81 Ibid., p.44. La différence avec des auteurs que Ratner ou Clapham est que ces derniers considèrent que certaines obligations étatiques « spécifiées » par le droit international (au deuxième étage de la pyramide de Knox) créent en fait également des obligations pour les entreprises.

sont ceux qui préoccupent l'ensemble de la communauté internationale, mais qui, n'atteignent les personnes privées que par l'intermédiaire des droits nationaux. Si la distinction entre crimes internationaux et transnationaux peut être floue dans la pratique, la distinction conceptuelle est claire : certaines obligations pèsent seulement sur les Etats, d'autres atteignent directement les acteurs non-étatiques.

L'existence même d'obligations directes placées sur les entreprises est cependant parfois contestée, même en ce qui concerne les crimes de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. L'inexistence de forums internationaux compétents pour juger les violations du droit international pénal par des entreprises démontrerait pour certains que celles-ci n'ont aucune obligation internationale en la matière. Cette position est très minoritaire en doctrine⁸², bien qu'elle ait connu un renouveau récent dans le cadre du contentieux américain (*infra*). Elle fait l'erreur fondamentale de confondre l'existence d'une norme avec son moyen de mise en œuvre. Les obligations des Etats ne sont elles-mêmes souvent pas sanctionnées par des mécanismes contraignant, ce qui n'invalide pas l'existence de ces obligations⁸³. Les tribunaux de Nüremberg et Tokyo, puis le TPIY, ont pour leur part construit leur raisonnement juridique sur la nature coutumière des obligations individuelles dont ils sanctionnaient la violation : l'absence de mécanisme international de sanction préexistant pour les individus n'a pas été considérée comme signifiant qu'ils n'avaient aucune obligation internationale.

Il serait enfin erroné de penser qu'aucun forum n'a jamais prévu l'application du droit international pénal aux entreprises : la nature criminelle d'entreprises telles qu'IG Farben au regard du droit international a été reconnue dès le lendemain de la Seconde guerre mondiale⁸⁴, mais surtout, comme nous le verrons plus loin, la plupart des systèmes de droit internes répriment la commission de crimes internationaux par les entreprises. Le Représentant spécial a pour sa part reconnu la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité internationale des entreprises pour violation du droit international pénal. S'il n'a pas orienté ses travaux dans ce sens, il a recommandé l'adoption d'un instrument qui codifierait ces obligations dans le futur⁸⁵. Dans un mémoire d'*amici curiae* cosigné avec Philip Alston envoyé à la Cour

82 L'argument de l'inapplicabilité du droit international pénal aux entreprises est par exemple défendu par Carlos Vazquez. Voir C.M. Vasquez, "Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law* n°43, 2005, p. 927-959. Pour une réfutation de la position de Vazquez, voir Larissa Van den Herik, Jernej Letnar Cernic, "Regulating Corporations under International law. From Human Rights to International Criminal Law and Back Again", *Journal of International Criminal Justice*, Juillet, 2010

83 Voir Steven Ratner, "Corporations and Human Rights, a theory of legal responsibility", *op.cit.*, p.476

84 Des débats subsistent à l'interprétation à donner à la Charte de Londres du 8 août 1945 et aux procès de Nüremberg. Pour une description détaillée du traitement des entreprises durant cette période, voir le mémoire d'*amici curiae* présenté par les « Nuremberg Scholars à la Cour d'appel dans l'affaire Kiobel (voir *infra* pour l'analyse de l'affaire), disponible à l'adresse suivante :

<http://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/Kiobel-rehearing-Nuremberg-amicus.pdf>

85 John Ruggie, *Recommandations on follow-up to the mandate*, 11 février 2011. Disponible à l'adresse suivante: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-special-mandate-follow-up-11-feb-2011.pdf>

suprême des Etats-Unis, il a en outre confirmé que ses rapports montraient une reconnaissance « claire et constante » de la responsabilité légale des entreprises en matière de crimes internationaux⁸⁶.

L'autre critique principal faite aux Normes par le monde de l'entreprise et reprise par Ruggie est sa confusion supposée entre les rôles respectifs des Etats et des entreprises. Ce qui est attaqué est notamment une transposition brute de l'obligation étatique de respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme qu'ont les Etats dans leur juridiction, à une obligation similaire pour les entreprises dans leur « sphère d'influence ». Le Représentant spécial critique le recours à la notion de « sphère d'influence » par les Normes, qui l'utilisent selon lui comme une sorte d'équivalent fonctionnel de ce qu'est la juridiction pour un État. Selon Ruggie, placer directement sur les entreprises des obligations similaires à celles des Etats comme mènerait à en faire une « *version du 21^{ème} siècle des compagnies des Indes, ce qui nuirait aux efforts indigènes de développement de capacités sociales et de règles démocratiques, qui sont sûrement les garantes les plus efficaces des droits de l'homme* »⁸⁷. Si les Normes étendent en effet les obligations des entreprises (promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme), cette critique paraît cependant sévère. En effet, les Normes visent précisément les cas où les Etats ne parviennent pas, ou ne veulent pas, remplir leur rôle de garant des droits de l'homme⁸⁸. Elles n'appellent pas au déchargement des responsabilités étatiques sur les entreprises. C'est cependant en grande partie sur cette crainte qu'elles sont rejetées. A contrario, le Représentant spécial veut prendre en compte la différence entre le rôle des entreprises et le rôle des Etats.

« In sum, while it may be useful for some purposes to think of corporations as “organs of society”, they are specialized organs, performing specialized functions. The range of their duties should reflect that fact. Already in a 1949 opinion, the International Court of Justice explained that recognizing an international personality “is certainly not the same thing as saying that... its rights and duties are the same as those of a state.” Imposing on corporations the same range of duties as states for all rights they may impact conflates the two spheres and renders effective rulemaking itself highly problematic. » 89

A l'appui de cette proposition, le Représentant spécial cite les travaux de Ratner décrits plus haut, dont il considère qu'ils constituent *a contrario* une tentative d'esquisser une fondation analytique pour les obligations des entreprises qui reconnaît les rôles sociaux respectifs des Etats et des entreprises. Cependant, il s'est par la suite refusé à une tentative similaire

86 Voir *Kiobel v. Royal Dutch Shell Petroleum*, Brief Amici Curiae of former UN Special Representative for business and human rights, professor John Ruggie; professor Philip Alston; and the Global justice clinic at NYU school of law, disponible à l'adresse suivante: <http://www.business-humanrights.org/Documents/SupremeCourtATCARReview>

87 « The Norms would lead us in the direction of a more benign 21st century version of East India Company enterprises, undermining indigenous efforts to build social capacity and democratic rule – which surely are the most effective guarantors of human rights », Lettre de J.Ruggie à I.Kahn en date du 1er mai 2006, disponible à l'adresse <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-response-to-Amnesty-International-1-May-2006.pdf>

88 Emmanuel Decaux « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », op.cit.

89 J.Ruggie, “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda” (June 2007), KSG Working Paper No. RWP07-029, Juin 2007, p.12.

d'imposer des obligations légales sur le plan international aux entreprises. A la place, le Représentant spécial a dégagé un consensus autour de la « responsabilité de respecter » qui incombe aux entreprises. Nous allons étudier dans la prochaine section ce que recouvre ce concept dans le cadre « Protéger, Respecter, Réparer » et dans les Principes directeurs, en accordant une attention particulière au concept de diligence raisonnable.

b) ***La « responsabilité de respecter » et le concept de diligence raisonnable***

Le cadre « Protéger, Respecter, Réparer » puis les Principes directeurs adoptés par le Conseil des droits de l'homme reposent sur trois piliers : l'obligation légale de protéger les droits de l'homme contre les atteintes des entreprises pèse sur les Etats ; les entreprises ont la responsabilité de respecter les droits de l'homme ; et il est nécessaire d'améliorer les possibilités de recours pour les victimes et l'accès à des mesures de réparation. Dans ce cadre, la teneur donnée à la responsabilité des entreprises doit se comprendre au sens de sa traduction anglaise, *responsibility*. Cette responsabilité ne correspond pas « au champ de la légalité » :

« Outre qu'elles doivent se conformer aux lois nationales, les entreprises doivent avant toute chose respecter les droits de l'homme. Tout manquement à cette obligation les expose au jugement de l'opinion publique – c'est-à-dire des employés, des collectivités, des consommateurs, de la société civile et des investisseurs – et parfois à des poursuites judiciaires. Tandis que le champ de la légalité est défini par les gouvernements, celui plus large de l'obligation de respecter est défini par les attentes de la collectivité et s'inscrit dans ce que l'on appelle parfois la charte éthique d'une entreprise. »⁹⁰

La « responsabilité de respecter » des entreprises est donc avant tout sociale et non légale, bien qu'une erreur manifeste de traduction rende la version française des Principes directeurs ambiguë⁹¹. Pour ce qui est du contenu, la responsabilité de respecter signifie que les entreprises « devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part »⁹². Plutôt que de « définir une liste restreinte de droits de l'homme pour lesquels la responsabilité des entreprises serait engagée, tandis qu'elles assumeraient globalement le même champ de responsabilité que les États lorsqu'elles exercent une influence », Ruggie préfère suivre « la voie plus prometteuse consistant à examiner les responsabilités spécifiques

⁹⁰ John Ruggie, « Cadre "Protéger, respecter, réparer" », *op.cit.*, §54.

⁹¹ Selon la version française du commentaire du principe directeur 11, la responsabilité de respecter « prévaut en outre sur le respect des lois et règlements nationaux qui protègent les droits de l'homme ». Selon la version anglaise : « it exists over and above compliance with national laws and regulations protecting human rights ». L'expression « over and above » doit plutôt se comprendre comme « au-delà », « en plus de », et ne marque donc pas la supériorité légale de la responsabilité de respecter par rapport aux lois nationales.

⁹² Principe directeur 11.

des entreprises pour tous les droits sur lesquels elles peuvent avoir une incidence »⁹³. Le Principe directeur 12 donne cependant une définition « minimale » assez restreinte de ces droits :

La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus – à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail.

Il est indiqué dans le commentaire qu'en fonction des circonstances, « *il peut être nécessaire pour les entreprises d'envisager d'autres normes* », comme les conventions sur les droits des peuples autochtones, des femmes, des minorités, des enfants, des handicapés ou des travailleurs migrants. Cette formulation laisse penser que le respect de ces instruments serait facultatif – bien que plus loin, le commentaire du principe 18 indique que les entreprises doivent prendre en compte « *tous les droits de l'homme reconnus internationalement* ».

La responsabilité de respecter des entreprises est définie négativement, bien que cette obligation négative puisse impliquer de prendre des mesures positives au titre de la diligence raisonnable (voir *infra*) :

« *La responsabilité de respecter les droits de l'homme exige des entreprises:*

a) *Qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent;*

b) *Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences. »⁹⁴*

De cette définition, il ressort également que la notion de sphère d'influence est remplacée par celles des « activités » des « relations commerciales » des entreprises. Les activités de l'entreprise sont « ce qu'elle fait comme ce qu'elle omet de faire » et ses relations commerciales sont ses « *relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux* »⁹⁵.

Concernant la question de la complicité, qui concerne dans les faits une large proportion des violations des droits de l'homme commises par des entreprises, Ruggie adopte une approche fondée sur un critère de connaissance. Les approches nationales et internationales divergent quant à l'élément intentionnel (*mens rea*) requis pour établir la complicité d'une entreprise.

93 John Ruggie, « Cadre "Protéger, respecter, réparer" », *op.cit.*, §6.

94 John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », *op.cit.*, Principe directeur 13.

95 Ibid., Principe directeur 13, commentaire

Selon un critère strict, la complicité est établie seulement si l'entreprise avait l'intention de participer à la commission d'une violation des droits de l'homme. C'est en ce sens que l'on peut par exemple interpréter l'article 25(c) du Statut de Rome⁹⁶. Selon un critère plus souple, retenu notamment par le TPIY, la connaissance des faits suffit. Les Principes directeurs retiennent cette seconde approche. La complicité consiste ainsi à apporter en connaissance de cause une assistance pratique ou un encouragement qui a un effet notoire sur la commission d'un délit.

Respecter les droits de l'homme se traduit concrètement par trois types de procédures et politiques pour les entreprises: l'engagement politique de s'acquitter de leur responsabilité ; l'existence d'une procédure de diligence raisonnable ; et des procédures permettant de remédier à toutes les incidences négatives sur les droits de l'homme qu'elles peuvent avoir ou auxquelles elles contribuent. L'engagement politique consiste en une déclaration de principe qui énonce ce que l'entreprise attend du personnel, des partenaires commerciaux et d'autres parties directement liées à ses activités, produit et service dans le domaine des droits de l'homme. Cette politique doit faire l'objet d'une communication interne et externe et doit être reprise dans les politiques et procédures opérationnelles afin d'être incorporées d'un bout à l'autre de l'entreprise. Les procédures permettant de remédier aux impacts négatifs des activités des entreprises doivent notamment consister en des mécanismes de réclamation au niveau opérationnel. Les entreprises ne sont cependant pas tenues de prévoir elles-mêmes ce genre de mécanisme lorsqu'elles ne sont pas directement à l'origine des incidences négatives sur les droits de l'homme, mais que celles-ci sont liées à leurs activités, produits ou services par une relation commerciale. La diligence raisonnable mérite un examen plus approfondi dans le cadre de notre analyse. Elle est certainement la notion entérinée par les Principes directeurs qui a le plus d'implications pour l'adaptation aux entreprises du régime de protection des droits de l'homme. Nous nous attachons ici à décrire ce que recouvre ce principe dans le cadre des travaux du Représentant spécial.

Les Principes directeurs et d'autres documents soumis au Conseil des droits de l'homme donnent une vision théorique de ce qu'est l'exigence de diligence raisonnable. A un niveau général, le principe directeur 17 définit la définit ainsi :

« Afin d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Ce processus devrait consister à évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme, à regrouper les constatations et à leur donner une suite, à suivre les mesures prises et à faire savoir comment il est remédié à ces incidences. »⁹⁷

96 Une personne est reconnue coupable si « en vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ». « Statut de Rome de la Cour pénale internationale », article 25(c).

97 John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », op.cit., Principe directeur 17.

La diligence raisonnable est destinée à être incorporée dans les systèmes de gestion des risques de l'entreprise, les risques n'étant pas seulement ceux auxquels celle-ci est exposée, mais plus largement toutes les incidences négatives pour les droits de l'homme, effectives ou potentielles, qui doivent être traitées par des mesures de prévention ou d'atténuation des effets, et par des mesures correctives lorsque des impacts négatifs se sont déjà produits.

Le premier stade de la diligence raisonnable est logiquement l'évaluation de la nature des incidences de l'activité ou des relations commerciales de l'entreprise sur les droits de l'homme. Cette évaluation doit recourir à des compétences internes ou externes dans le domaine des droits de l'homme et comprendre des consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés. Elle comprend une évaluation de la situation des droits de l'homme, l'identification de qui pourrait être touché par les activités ou relations commerciales de l'entreprise, la constitution d'un répertoire des normes pertinentes et une anticipation de la manière dont un projet d'activité ou des relations commerciales peuvent avoir des effets négatifs sur les droits de l'homme. Ce type d'évaluation doit être mené régulièrement en fonction de l'évolution de l'activité ou de son contexte⁹⁸.

Le deuxième stade, une fois l'étude d'impact menée, est de prendre les mesures nécessaires, qui varieront en fonction de la position de l'entreprise. Cette dernière peut être originaire d'une violation des droits de l'homme, y contribuer directement du fait de ses relations commerciales ou, sans y contribuer, être dans une situation où la violation est liée à ses activités ou ses relations commerciales avec une autre entité. Dans le premier cas, elle doit prendre les mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser la violation. Dans le deuxième, elle devra au moins user de son influence pour atténuer les incidences dans la mesure du possible. Dans la troisième hypothèse, l'exigence vis-à-vis de l'entreprise dépendra de différents facteurs, tels que son influence, l'importance de la relation pour l'entreprise, la gravité de l'atteinte, et la question de savoir si la cessation de la relation avec l'entité elle-même aurait des conséquences néfastes pour les droits de l'homme⁹⁹.

La troisième étape consiste à contrôler l'efficacité des mesures prises, ce qui peut être fait grâce à des outils existants, tels que des contrats d'objectif et d'études de performance, des sondages, des audits, ou encore grâce au retour fourni par les mécanismes de réclamation au niveau opérationnel. Enfin, l'entreprise doit pouvoir rendre compte de sa mise en œuvre de procédures de diligence raisonnable, et communiquer de façon transparente sur le sujet.

On voit à travers cette description que l'exigence de l'exercice d'une diligence raisonnable par les entreprises répond à une logique inverse de celle des Normes et de leur tentative d'imposer des obligations aux entreprises dans leur sphère d'influence. A l'approche

⁹⁸ John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », op.cit., Principe directeur 18.

⁹⁹ *Ibid.*, Principe directeur 19.

descendante de la responsabilité des entreprises, est substituée une approche ascendante, qui part des « incidences négatives » détectées sur le terrain pour les traduire en termes de violations des droits de l'homme¹⁰⁰. Cette approche correspond à la volonté du Représentant spécial de distinguer les obligations des entreprises de celles des Etats, et de créer un principe opérationnel que les sociétés pourront intégrer à leur fonctionnement quotidien – leur système de gestion des risques. La responsabilité de respecter se distingue également des Normes, nous l'avons vu, par son caractère non-contraignant en droit. Cette absence de valeur légale de la responsabilité de respecter est l'une des critiques principales faites aux Principes directeurs. Certes, ceux-ci, en tant qu'instrument de *soft law*, n'auraient pas en eux-mêmes pu imposer des obligations internationales aux entreprises. Ils auraient néanmoins pu soutenir la dynamique émergente étudiée plus haut. Cependant, nous verrons à la fin de la sous-partie suivante, consacrée à la sanction par les systèmes de droit internes des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme, comment la diligence raisonnable a été ou est en train d'être opérationnalisée par différents acteurs, et qu'au-delà d'un simple principe non-juridique à l'intention des entreprises, elle semble être destinée à devenir une obligation juridique que les Etats devront sanctionner au titre de leur obligation de protéger.

100 Voir Mark Taylor, "The Ruggie Framework: Polycentric regulation and the implications for corporate social responsibility", *Nordic Journal of Applied Ethics*, n°5, 2011, p.16.

B. La sanction des obligations des entreprises par les cours nationales

En l'absence de compétence de la Cour pénale internationale sur les entreprises, c'est entièrement sur les systèmes internes que repose la sanction de leurs obligations en matière de droits de l'homme. Les Etats sont tenus, notamment en vertu de leur obligation de protéger et en vertu des traités auxquels ils sont parties, de sanctionner les acteurs privés qui violent les droits de l'homme ou qui commettent des crimes internationaux. Ce sont ces deux aspects, qui répondent à des logiques différentes, que nous envisagerons ici séparément.

Dans un premier temps, nous nous proposons d'analyser la manière dont les Etats sanctionnent la commission de crimes internationaux par des entreprises. Notre objectif ne sera pas de procéder à une analyse exhaustive de droit comparé, mais de dégager certains principes qui nous serviront dans le cadre de notre démonstration. Nous défendrons notamment l'idée que, malgré les différences inévitables dans la manière qu'ont les Etats de punir les entreprises coupables de crimes internationaux, lorsqu'ils le font, ils agissent en tant qu'agents du droit international : plus que la mise en œuvre de leur droit interne, c'est à celle du droit international qu'ils procèdent. Pour illustrer cela, nous nous attarderons d'abord sur l'Alien Tort Statute américain, recours civil qui permet de sanctionner la commission de crimes internationaux en appliquant directement certaines normes de droit international aux entreprises. Cette loi unique a vu le développement d'une jurisprudence et de débats doctrinaux fournis, notamment sur les questions d'extraterritorialité et de responsabilité des entreprises. C'est le deuxième aspect qui nous intéressera pour le moment. Nous élargirons ensuite notre analyse à la sanction des entreprises pour leur participation à des crimes internationaux par d'autres systèmes de droit. Nous développerons l'hypothèse que ceux-ci, lorsqu'ils sanctionnent des comportements prohibés en vertu du droit international pénal, agissent dans une logique de « *poursuite décentralisée des crimes internationaux* », et que ce faisant, « *les cours nationales agissent comme des organes internationaux* »¹⁰¹. Ce développement posera les bases de l'interprétation extensive des obligations extraterritoriales des Etats en matière de répression des crimes internationaux que nous proposerons dans la seconde partie.

Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur les violations plus larges des droits de l'homme par les entreprises, qui restent, en l'état actuel, sanctionnées juridiquement uniquement à travers des normes nationales. Nous analyserons ce phénomène sous l'angle des développements récents apportés par le Conseil des droits de l'homme, et plus

101 Rüdiger Wolfrum, "The decentralized prosecution of international offences through national courts", in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol.24, 1994, p.186.

particulièrement sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme désormais attendue de la part des entreprises. Nous verrons que la celle-ci, au-delà d'une norme de comportement dépourvue de valeur contraignante, semble devoir devenir une obligation juridique que les Etats devront sanctionner en vertu du premier pilier des Principes directeurs adoptés par le Conseil des droits de l'Homme.

1) La sanction des crimes internationaux commis par les entreprises

a) *L'Alien Tort Statute : l'application directe du droit international aux entreprises*

Plus que tout autre, le contentieux américain autour de l'Alien Tort Statute¹⁰² (ou « loi sur les délits civils contre les étrangers ») permet d'éclairer certaines questions cruciales liées à la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises accusées de crimes internationaux. L'ATS prévoit que «*[les] tribunaux de district sont compétents pour connaître en première instance de toute action au civil intentée par un étranger, uniquement dans le cas d'un délit civil commis en violation du droit international ou d'un traité auquel les États-Unis sont parties*»¹⁰³.

La formulation de cette loi vieille de plus de deux-cents ans donne lieu à de nombreuses questions d'interprétation du droit international comme du droit américain – c'est principalement le premier qui nous intéressera ici. Le texte de l'ATS fait en effet explicitement référence au droit international (« the law of nations »).

L'ATS est adopté en 1789 au sein du *First Judiciary Act*, par lequel le premier Congrès crée le système judiciaire fédéral. Les Etats-Unis cherchent alors à s'affirmer sur la scène internationale, et le Congrès est inquiet des conséquences diplomatiques néfastes du manque de mise en œuvre du droit international par les Etats fédérés. C'est pourquoi il cherche, à travers l'ATS, à assurer aux étrangers une possibilité de recours civil dans le cas où ils auraient à pâtir d'une violation du droit international, que les juristes considèrent alors comme partie intégrante de la *common law*. L'ATS marque ainsi la volonté d'obéir à l'obligation légale des Etats-Unis de mettre en œuvre les règles de droit international qui régulent les conduites individuelles. Il marque également la volonté du pouvoir fédéral de contrôler les

102 Codifiée aujourd'hui à l'article 1350 (titre 28) du Code des États-Unis (28 U.S.C. §1350 ou §1350).

103 Traduction française de «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States », tirée de la version française du deuxième rapport périodique présenté par les Etats-Unis au Comité contre la torture, 6 mai 2005, CAT/C/48/Add.3.

affaires extérieures des Etats-Unis¹⁰⁴. L'ATS reste cependant presque dormant pendant deux siècles.

La loi ne renaît réellement qu'en 1980. Deux Paraguayens, Joel et Dolly Filartiga, portent plainte contre l'ancien inspecteur général de la police d'Asunción Americo Peña-Irala. Ils lui reprochent d'avoir torturé à mort leur fils en représailles à l'activité politique de Joel Filartiga, opposant à la dictature du général Stroessner. Leur plainte est rejetée en première instance, la *District Court* se fondant sur deux précédents en Cour d'appel¹⁰⁵ selon lesquels le droit international ne s'applique qu'aux relations entre Etats. Cependant, la cour d'appel du *Second Circuit* renverse cette jurisprudence¹⁰⁶. Elle considère qu'au vu de l'évolution du droit international, la torture délibérée perpétrée pour le compte d'autorités officielles viole une norme universellement acceptée du droit international des droits de l'homme.¹⁰⁷ Elle reconnaît ainsi la possibilité pour un individu, ici agissant en tant qu'agent étatique, ou « sous couvert de la loi », de violer une norme de droit international des droits de l'homme. En d'autres termes, la cour d'appel affirme l'existence d'obligations directement placées par le droit international coutumier sur certains individus. Les normes applicables dans le cadre de l'ATS doivent cependant obéir au critère rigoureux d'être des règles établies de droit international reconnues par les nations civilisées¹⁰⁸.

Jusqu'en 2004 et l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, les développements jurisprudentiels des cours d'appel respectent majoritairement la position l'interprétation de *Filartiga*. Ils apportent également des développements nouveaux. Le premier arrêt rendu par une cour d'appel après l'arrêt *Filartiga* l'est en 1984 dans l'affaire *Tel-Oren v. Lybian Arab Republic*¹⁰⁹. Les trois juges ont notamment à se prononcer sur une accusation de torture dirigée contre l'Organisation de libération de la Palestine (OLP). Ils concluent tous les trois, pour des motifs différents, au rejet de la plainte. Le seul juge à explicitement adopter la jurisprudence *Filartiga* affirme cependant que la norme internationalement reconnue de prohibition de la torture ne s'applique qu'aux acteurs étatiques, ce qui était le cas d'Americo Peña-Irala mais pas de l'OLP¹¹⁰. Par la suite, la jurisprudence étend à la fois les violations du droit international qui rentrent dans le cadre de l'ATCA et les catégories de défendeurs concernés. La responsabilité des supérieurs hiérarchiques est mise en œuvre, par exemple celles du général argentin Guillermo Suarez

104 B.Stephens, et al., *International Human Rights Litigation in U.S. Court*, Martinus Nijhoff publishers, 2ème édition, 2008, p.4.

105 *Dreyfus v. von Finck* (2nd Circuit), 1976 et *IIT v. Vencap, Ltd.*(2nd Circuit), 1975.

106 Second Circuit, *Filartiga v. Peña-Irala*, 1980. Citation correcte : *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 878 (2d Cir. 1980)

107 *Ibid.*, p.2.

108 “*deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights, regardless of the nationality of the parties*”, *Ibid.*, p.6.

109 *Tel-Oren v. Lybian Arab Republic*, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)

110 *Ibid.*, voir l'opinion du juge Edwards.

Mason, du dictateur philippin Ferdinand Marcos et de sa fille pour des cas d'exécution, de torture et de disparitions. De nombreux cas similaires condamnent des anciens hauts responsables d'Etats à des condamnations de plusieurs millions de dollars¹¹¹.

En 1995, dans l'affaire *Kadic v. Karadzic*, la cour d'appel du *Second Circuit* procède à un développement jurisprudentiel important. Alors que jusqu'ici les cours considéraient que seuls les actes commis par des agents étatiques pouvaient violer le droit international, la Cour affirme au contraire que si, en effet, certaines prohibitions ne concernent que ceux-ci, il existe également des normes qui lient les acteurs non-étatiques. La responsabilité des individus pour violation du droit international peut donc être engagée dans deux situations : certaines normes ne s'appliquent à eux que s'ils agissent sous couleur de la loi (« *under color of law* »), d'autres concernent les acteurs non-étatiques, quand bien même ils agiraient en tant que personnes privées¹¹². La Cour considère que Radovan Karadzic peut-être poursuivi pour génocide, crimes de guerres et crimes contre l'humanité en tant que personne privée, et pour torture et exécutions sommaires en tant que complice de l'Etat de Yougoslavie.

Cet arrêt ouvre la voie à l'élargissement du contentieux de l'ATS aux entreprises transnationales. Ainsi, en 1996, des villageois birmans attaquent l'entreprise Unocal dans le pendant américain des plaintes contre Total en France et en Belgique. Ils lui reprochent de s'être rendue complice de travail forcé, de viol, de torture, d'assassinats et de déplacements forcés commis par l'armée birmane. En 1997, une Cour fédérale de Los Angeles se déclare compétente en concluant que la responsabilité d'une entreprise et de ses dirigeants peut être engagée sous l'ATS. Cependant, elle rejette la demande des victimes au motif que la seule connaissance des faits par Unocal ne suffit pas à engager sa responsabilité de l'entreprise pour complicité. En 2002, la cour d'appel du *Ninth Circuit* renverse cette décision, établissant un critère de complicité fondé sur la connaissance des faits (« *knowing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the perpetration of the crime* »¹¹³) et accepte de revoir l'affaire en appel. En 2004, Unocal accepte un règlement à l'amiable de l'affaire et verse une somme estimée à 30 millions de dollars aux victimes et à un fond d'aide aux populations locales¹¹⁴. Plusieurs dizaines d'autres affaires contre des entreprises suivent¹¹⁵,

111 B.Stephens, et al., *International Human Rights Litigation in U.S. Court*, *op.cit.*, p.14.

112 *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995). Voir p.9: "We do not agree that the law of nations, as understood in the modern era, confines its reach to state action. Instead, we hold that certain forms of conduct violate the law of nations whether undertaken by those acting under the auspices of a state or only as private individuals. An early example of the application of the law of nations to the acts of private individuals is the prohibition against piracy (...). Later examples are prohibitions against the slave trade and certain war crimes."

113 *Doe v. Unocal*, 2002 U.S. App. LEXIS 19263 (9th Cir. Cal. 2002), p.23

114 Olivier de Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », in *Annuaire français de droit international*, volume 52, 2006, p.64, et B.Stephens, et al., « *International Human Rights Litigation in U.S. Courts* », *op.cit.*, p.15.

115 Parmi les affaires les plus importantes, voici une liste établie par Olivier de Schutter (« Les affaires Total et Unocal », *op.cit.*, p.62) : *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000) (rôle de la Royal Dutch Petroleum Co. et de Shell Transport and Trading Co. pic, enregistrées respectivement aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, pour leur rôle dans les graves violations des droits de l'homme commises par les autorités du Nigeria dans le cadre de la répression des opposants à

mais seules quelques unes ont jusqu'ici dépassé le stade de l'examen préliminaire, et aucune n'a abouti à la condamnation d'une entreprise¹¹⁶. Néanmoins, tout comme Unocal, Shell préfère un règlement à l'amiable avant le procès dans une affaire qui l'oppose notamment au fils de Ken Saro-Wiwa, , indemnisant les victimes à hauteur de 15,5 millions de dollars, sans toutefois reconnaître officiellement sa culpabilité¹¹⁷.

Un mot doit être dit ici sur les fondements de la compétence des cours américaines. Sans rentrer plus en détail dans les questions liées à la compétence extraterritoriale, les Etats-Unis considèrent, en vertu de la doctrine du *transitory tort*, que la compétence personnelle et matérielle des cours existe en matière civile à partir du moment où le défendeur se trouve, même temporairement, sur leur territoire. En ce qui concerne les entreprises, une cour pourra établir sa compétence dès lors que celle-ci entretient des activités minimales dans sa juridiction.

En 2004, dans l'affaire *Sosa v. Alvarez Machain*¹¹⁸, la Cour suprême rend pour la première fois un arrêt relatif à l'ATS. Elle confirme largement la jurisprudence *Filartiga* et précise la portée de l'ATS. Elle décrit les violations du droit international que les rédacteurs de l'ATS avaient en tête en rédigeant cette loi comme étant le domaine hybride, selon les conceptions doctrinales de l'époque, dans lequel les deux catégories du droit international se chevauchaient : celle des normes liant les individus pour le bénéfice d'autres individus et celle des normes régulant les relations entre Etats. Cette catégorie hybride était modeste et comprenait les violations des sauf-conduits, les violations des droits des ambassadeurs et la piraterie. La Cour considère que certaines normes du droit international contemporain ont atteint un degré de précision et d'universalité similaire, ce qui leur permet d'être invoquées sous l'ATS. Elle reprend le parallèle fait dans l'affaire *Filartiga*: "*the torturer has become - like the pirate and slave trader before him - hostis humani generis, an enemy of all mankind*". Il existe ainsi aujourd'hui de nouvelles normes qui, bien que s'appliquant à des relations individuelles, concernent la vie internationale. Ce faisant, la Cour Suprême restreint les violations du droit international visées par le statut. Celles-ci doivent être aussi spécifiques, universelles et obligatoires que les violations visées par le Congrès en 1789. En l'espèce, elle

la présence de ces sociétés pétrolières dans le delta du Niger) ; *Aguinda v. Texaco*, 142 F Supp 2d 534 (SDNY 2001) (la US District Court for the Southern District of New York se déclare incompétente, sur la base de l'exception de forum non conveniens, pour connaître d'une action introduite par des citoyens péruviens et équatoriens contre la société pétrolière Texaco pour les dommages environnementaux dont ils sont victimes), confirmée par la Court of Appeals du 2nd circuit : *Aguinda v. Texaco*, 303 F 3d 470 (2d 2002) ; *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233 (2d Cir. 2003) (action en responsabilité pour dommages environnementaux au Pérou) ; *Bodner v Banque Paribas*, 114 F Supp 2d 117 (EDNY 2000) (survivants de l'holocauste agissant en responsabilité, sur la base de l'ATCA, contre la banque Paribas, pour son rôle dans l'holocauste : l'affaire a débouché sur un règlement amiable) ; *In Re : South African Apartheid Litigation*, 346 F. Supp. 2d 538 (SDNY 2004) (action en responsabilité fondée sur l'ATCA en vue d'obtenir réparation des sociétés ayant bénéficié de l'apartheid en Afrique du Sud).

¹¹⁶ Voir John Ruggie, « Rapport intérimaire de du 22 février 2006 », op.cit., §62.

¹¹⁷ *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, op.cit.

¹¹⁸ *Sosa v Alvarez-Machain*, 542 US 692 (US SC 2004)

considère que la courte détention dont est victime Humbeto Alvarez-Machain suite à son enlèvement ne remplit pas ces critères. Bien qu'elle ne l'exprime pas en ces termes, la Cour suprême délimite dans les faits la portée de l'ATS à la répression de certains crimes internationaux. L'ATS ne constitue donc une base juridictionnelle que pour la sanction des obligations directes que le droit international impose aux personnes, à l'exclusion des obligations indirectes tirées du droit international des droits de l'homme, notamment conventionnel. En l'espèce, la Cour affirme que la prohibition de la détention arbitraire par le PIDCP ne permet pas d'engager la responsabilité du défendeur, puisque le Pacte n'a pas d'effet direct et ne contraint pas les individus. Dans une note de bas de page, la Cour reprend également à son compte la distinction entre les actions effectuées *under color of law* et les actions strictement privées.

« A related consideration is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual. »¹¹⁹

Sosa n'a cependant pas résolu toutes les questions d'interprétation de l'ATS. Dans plusieurs affaires, les cours ont notamment discuté quelle norme de complicité était applicable (voir *infra*). Et, surtout, la Cour suprême doit trancher dans le courant de l'année 2012 deux questions importantes qui détermineront l'avenir du contentieux de l'ATS : sa portée extraterritoriale et son applicabilité aux entreprises (et potentiellement l'élément moral requis pour établir la complicité).

L'affaire *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum* actuellement pendante soulève en effet toutes ces questions. En 2002, Esther Kiobel, la veuve d'un activiste Ogoni membre du Mosop¹²⁰, et onze autres Nigériens, portent plainte contre Shell. Ils accusent la filiale nigérienne de l'entreprise de s'être rendue complice de crimes contre l'humanité, de torture, d'exécutions extrajudiciaires et d'autres crimes contre des militants du Mosop. La Cour suprême accepte de revoir l'affaire, et une première série de plaidoiries – précédées de nombreux mémoires d'*amicus curiae* des deux côtés dans lesquels ONG, entreprises multinationales, universitaires et Etats s'affrontent – est entendue par la Cour en février 2012 au sujet de l'applicabilité du droit international aux entreprises. Fait rarissime, la Cour décide ensuite de reporter sa décision, et souhaite connaître les arguments des parties sur la question de l'extraterritorialité et la complicité. Les parties ont soumis de nouveaux mémoires, les *amici curiae* aussi, et la Cour doit donc rendre une décision majeure fin 2012¹²¹.

119 *Ibid*, note de bas de page 20.

120 Movement for the Survival of the Ogoni People, qui milite notamment contre la pollution causée par l'activité de Shell, une meilleure répartition des bénéfices de tirés l'extraction pétrolière et une autonomie politique accrue de la minorité Ogoni.

121 Tous les documents cités sont disponibles à l'adresse suivante: <http://www.business-humanrights.org/Documents/SupremeCourtATCAReview>

Trois types d'arguments s'opposent dans cette affaire. Les premiers concernent des questions de droit interne, par exemple l'intention des rédacteurs de l'ATS ou la « présomption contre l'extraterritorialité » des lois américaines. Les deuxièmes s'affrontent au sujet du droit international : crée-t-il des obligations pour les entreprises, quelle marge laisse-t-il aux systèmes internes pour son application, quelles limites apporte-t-il à la compétence extraterritoriale des Etats, etc. Enfin, une troisième question mélange les deux domaines : quels sont les domaines régis par le droit international et ceux régis par le droit interne lorsque l'ATS est invoqué ? Nous laisserons de côté les débats doctrinaux sur le droit interne, ainsi que, pour le moment, celui sur l'extraterritorialité. Il existe deux positions principales: une première interprétation considère que, sous l'ATS, la norme substantielle applicable et les règles procédurales sont régies par le droit international. Les entreprises défenderesses utilisent généralement ce raisonnement pour tenter démontrer leur immunité en vertu de l'ATS. Une seconde position considère que si la norme substantielle applicable est le droit international, le recours en lui-même –et donc les règles procédurales – sont du ressort de la *federal common law*. Une troisième position existe, qui considère que l'ensemble de l'ATS est régi par le droit interne, mais elle est très minoritaire et nous ne la développerons pas ici¹²². Ainsi, un consensus se dégage quant à la nature des normes substantielles applicables, qui sont des normes de droit international.

Si les règles procédurales sont régies par le droit international, c'est vers celui-ci qu'il convient de se tourner pour déterminer l'existence ou non d'une *cause of action*¹²³, c'est à dire un droit de recours pour les victimes. Cette position est par exemple celle défendue par Shell dans l'affaire *Kiobel*.

« Like the question what” conduct constitutes a “violation of the law of nations” in a suit under the ATS, the question “who” may be liable for such a violation is a matter of international law. »¹²⁴

Ainsi, le droit international fournit la *cause of action* et détermine donc si les entreprises peuvent être poursuivies pour les faits allégués. Or, comme nous l'avons mentionné, la Cour Suprême a restreint les normes dont la violation peut mener à des poursuites sous l'ATS à celles qui ont atteint un certain degré d'universalité. L'absence alléguée de pratique internationale concernant la responsabilité des entreprises pour violation du droit international montrerait que cette exigence d'universalité n'est pas atteinte. La note de bas de page précitée de l'arrêt *Sosa* selon laquelle l'ATS est actionnable si le droit international étend une

122 Voir Ingrid Wuerth, “The Alien tort Statute and federal common law: a new approach”, in Notre Dame Law Review, Vol 85:5, 2010 (voir infra).

123 Une cause of action existe lorsque le plaignant possède un droit de poursuivre pour une conduite qui viole une norme substantielle. La cause of action est le fait ou la combinaison de faits qui donne à la personne ce droit. Voir Beth Stephens, Online Kiobel symposium: The Alien Tort Statute, Kiobel, and standard tools of statutory interpretation, SCOTUSblog (Jul. 10, 2012, 4:55 PM), <http://www.scotusblog.com/2012/07/online-kiobel-symposium-the-alien-tort-statute-kiobel-and-standard-tools-of-statutory-interpretation/oir>

124 Supreme Court of the United States, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, « Brief for Respondents ». p.17.

obligation au défendeur, en l'espèce une entreprise, est donc interprétée comme requérant le même degré d'universalité pour la prohibition de la conduite *et* pour la pratique de répression d'une certaine catégorie de défendeurs. Cette interprétation est également celle de la cour d'appel dans *Kiobel*, qui se déclare incompétente pour défaut de compétence matérielle:

« *To summarize, we hold as follows:*

(1) *Since Filartiga, which in 1980 marked the advent of the modern era of litigation for violations of human rights under the Alien Tort Statute, all of our precedents—and the Supreme Court's decision in Sosa, require us to look to international law to determine whether a particular class of defendant, such as corporations, can be liable under the Alien Tort Statute for alleged violations of the law of nations.*

(2) *The concept of corporate liability for violations of customary international law has not achieved universal recognition or acceptance as a norm in the relations of States with each other. In as much as plaintiffs assert claims against corporations only, their complaint must be dismissed for lack of subject matter jurisdiction.* »¹²⁵

Un mémoire d'*amici curiae* envoyé par des professeurs de droit international défend la même interprétation du droit international:

« *In any event, the U.S. Alien Tort Statute allows enforcement of customary international law only where such law is "specific, universal, and obligatory."* Thus, as this Court has already recognized, the proper question here is whether there is a specific, universal and obligatory norm of international law extending the scope of liability to the type of defendant before the court, in this case corporations. »¹²⁶

L'argument, discuté plus haut, de l'absence de compétence de la Cour pénale internationale pour poursuivre les entreprises est repris par cette partie de la doctrine. De même, le *mens rea* requis devant la CPI pour établir la complicité, qui ne se limite pas à un critère de connaissance (contrairement au critère retenu par le TPIY et le TPIR) indique pour ce courant doctrinal l'absence de norme universellement établie sur la question, et exige donc l'utilisation d'un critère plus strict de volonté de participer au crime dans le cadre de l'ATS.

Shell interprète le droit international comme établissant trois distinctions, qui déterminent la catégorie de défendeur à qui une norme donnée est applicable : distinction entre action de l'Etat et action privée, entre acteurs primaires et acteurs secondaires (entre auteurs principaux d'une infraction et complices) et entre entreprises et individus. Shell pousse le raisonnement à l'extrême, indiquant que ni les entreprises, ni les complices d'une violation ne peuvent être poursuivis sous l'ATS, du fait de l'absence de consensus international sur la question.

A l'inverse, des universitaires « pro-ATS » et les plaignants interprètent la relation entre droit international et droit interne de manière différente. Le droit international définit des normes

125 Court of appeal for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Docket Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv, 17 décembre 2010, p.49.

126 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, mémoire d'*amici curiae* "International Law Professors" signé par Garth Abraham, Petra Butler, Rudolf Dolzer, Rusen Ergec, Matthias Herdegen, Dr. Carlo Enrico Paliero, Malcolm N. Shaw, Yasuhei Taniguchi, Wolfgang Graf.

substantielles, les catégories de personnes qu'elles lient, et laisse en revanche une large liberté aux Etats pour ce qui est de sa mise en œuvre. Par conséquent, l'ATS est un recours fédéral, régi par des règles procédurales américaines (avec possibilité d'inspiration du droit international). La nature fédérale du recours est peu contestable au vu de la position exprimée par la Cour suprême dans *Sosa*¹²⁷.

« *The jurisdictional grant is best read as having been enacted on the understanding that the common law would provide a cause of action for the modest number of international law violations with a potential for personal liability at the time.* »¹²⁸

Selon William Casto, dont des articles précédents avaient été cités dans *Sosa* à l'appui de cette position, ce point de vue s'explique par la distinction faite entre les *droits* reconnus par le droit international et les *recours* qui permettent de les rendre effectifs – le recours civil prévu par l'ATS en étant un exemple particulier.

« *Under this traditional dichotomy, the norm that is enforced in ATS litigation comes from international law and therefore is to a significant degree beyond the federal courts' lawmaking powers. International law comes from treaties and the practice of nations. It is not made by any particular country's judicial system. Sosa's pronouncement that the federal courts have discretion to create or deny a cause of action relates to the remedy rather than the norm.* »¹²⁹

C'est également pour cette raison que les règles procédurales américaines sont applicables¹³⁰. Le mémoire des *International Law Scholars* favorable aux plaignants dans *Kiobel* va dans le même sens. Si un consensus international est nécessaire pour établir les normes substantielles sanctionnées dans le cadre de l'ATS, une pratique universelle de mise en œuvre de la responsabilité des entreprises ne l'est pas. Il suffit que le droit international autorise les systèmes internes à poursuivre les entreprises pour la violation de certaines normes substantielles pour que les cours américaines puissent le faire.

« *Second, the court of appeals misread footnote 20 to require not just an international consensus regarding the content of an international-law norm, but also an international consensus on how to enforce a violation of that norm. That reading reflects a misunderstanding of international law which establishes the substantive standards of conduct and generally leaves the means of enforcing those substantive standards to each state. (...) Once it is established that the international norm applies to conduct by an actor, it is largely up to each state to determine for itself whether and how that norm should be enforced in its domestic law.* »¹³¹

127 La nature fédérale du recours a également été affirmée par les Etats-Unis dans leur deuxième rapport périodique présenté par les Etats-Unis au Comité contre la torture du 6 mai 2005, p.30, §81, CAT/C/48/Add.3.

128 *Sosa v. Alvarez Machain*, p.30.

129 William R Casto, "The new federal common law of tort remedies for violations of international law", in *Rutgers Law Journal*, n°37, 2006, p.639-640.

130 *Ibid.*, p.643-644.

131 131 Cour Suprême des Etats-Unis, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, « Brief of International Law Scholars », p.19.

Par conséquent, puisque le droit international place certaines obligations sur les entreprises, les Etats-Unis sont libres de fournir un recours aux victimes de violations des droits de l'homme commis par cette catégorie de défendeurs. Cette interprétation semble conforme à la jurisprudence des cours d'appel et de la Cour suprême elle-même jusqu'ici. Il serait étonnant que la Cour suprême la renverse.

Il est probable que la Cour suprême déterminera également quelle source détermine l'élément moral requis pour établir la complicité dans les affaires d'ATS. Jusqu'ici, la jurisprudence des cours d'appel est extrêmement confuse. Certaines d'entre elles appliquent des normes internationales, d'autres des normes américaines. Au sein même de ces deux catégories, les cours divergent sur le contenu de chaque norme : la norme internationale a tantôt été interprétée comme exigeant l'intention de la part du complice, tantôt comme se limitant à une assistance pratique apportée en connaissance de cause. La norme américaine a été interprétée comme recouvrant les trois théories de *joint venture*, *agency* and *reckless disregard*, mais un juge l'a également interprétée, elle aussi, comme étant l'assistance pratique apportée en connaissance de cause¹³².

Par sa forme, l'ATS est unique. Aucune autre loi dans le monde ne fournit un recours civil aux victimes de crimes internationaux en appliquant directement le droit international. Sur le fond en sanctionnant les violations du droit international, les cours américaines agissent sans ambiguïté au nom de valeurs universelles, afin de punir « les ennemis de toute l'humanité », y compris les entreprises. En cela, elles ne sont pas si différentes des autres cours nationales. En l'absence de forum international pour punir les entreprises, c'est sur elles que repose la mission de le faire.

b) ***L'application décentralisée du droit international à travers les droits pénaux nationaux***

A la différence du contentieux américain, la voie pénale est généralement privilégiée dans les autres systèmes internes pour mettre en œuvre la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. L'ONG norvégienne *Fafo Institute for Applied International Studies* a publié en 2006 une étude comparative sur les recours judiciaires qui permettent de mettre en œuvre la responsabilité des entreprises accusées de violations graves du droit international¹³³.

132 Pour plus de détails, voir Doug Cassel, "Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts", in *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol.6, n°2, Printemps 2008.

133 FAFO, sous la direction de Mark B. Taylor, *Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A survey of Sixteen Countries*, 2006.

Cette étude, menée dans seize Etats¹³⁴, souligne notamment l'application du droit international pénal aux entreprises dans de nombreux systèmes internes.

Sur les seize Etats étudiés, onze reconnaissent la responsabilité pénale des personnes morales. Sur les cinq restants (Argentine, Allemagne, Indonésie, Espagne, et Ukraine), l'Argentine et l'Indonésie ont créé des régimes spéciaux de responsabilité pénale concernant les crimes les plus graves, et l'Allemagne permet de faire peser des pénalités financières sur l'entreprise dont un représentant s'est rendu coupable d'un crime. Si la responsabilité pénale des entreprises est donc largement reconnue, chaque système juridique a cependant développé des critères différents quant à l'attribution à l'entreprise du comportement d'un de ses représentants. De plus, au moment de l'étude, une majorité d'Etats avait déjà complètement incorporé le Statut de Rome en droit interne, deux autres (dont la France) ne l'ayant à ce moment pas encore transposé. Les cinq Etats étudiés qui n'étaient pas parties au Statut de Rome avaient pour leur part des dispositions de droit interne qui prohibaient l'un ou plusieurs des crimes contenus dans le Statut. Le résultat de ces facteurs combinés est que la compétence restreinte de la CPI, qui ne peut pas sanctionner les entreprises, n'a pas été traduite en droit interne. Ceux-ci comblent donc en partie, du moins potentiellement, l'espace d'impunité laissé par le Statut de Rome aux entreprises. Par ailleurs, la complicité dans la commission d'un crime est elle-même également considérée comme un crime dans l'ensemble des Etats étudiés, bien que l'élément moral diffère en fonction des systèmes. Les victimes de crimes peuvent également chercher un dédommagement civil dans tous les Etats à l'exception de l'Indonésie. La procédure civile existe là encore sous autant de formes qu'il existe de systèmes nationaux. Elle peut par exemple être liée ou non à une procédure pénale, être exclusive ou complémentaire de celle-ci, et son résultat peut-être soumis ou non à celui des poursuites pénales.

L'applicabilité du droit international pénal aux entreprises est corroboré par l'étude « Complicité des entreprises et responsabilité des entreprises » de la Commission internationale de juristes publiée en 2008, qui montre de la même manière que l'espace d'impunité pour les entreprises se réduit considérablement du fait de l'existence de nombreux recours pénaux et civils, malgré la diversité des procédures nationales¹³⁵. Au regard de ces éléments, le Représentant spécial souligne dans son rapport de 2007 « *le développement d'un réseau de responsabilité potentielle des entreprises pour crimes internationaux, imposée par le biais des juridictions nationales* »¹³⁶.

134 Argentine, Australie, Belgique, Canada, France, Allemagne, Inde, Indonésie, Japon, Pays-Bas, Norvège, Afrique du Sud, Espagne, Ukraine, Royaume-Uni, Etats-Unis.

135 Commission internationale des juristes, « Complicité des entreprises et responsabilité juridique », 3 vol., 2008.

136 John Ruggie, « Les entreprises et les droits de l'homme: analyse des normes internationales relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises », op.cit., §22

Cet aperçu montre l'image d'un système international de répression des crimes les plus graves complexe, à mi-chemin entre fragmentation et universalité. L'universalité est visible, en étant peut-être un brin idéaliste, dans l'aspiration commune vers la lutte contre l'impunité, y compris celle des entreprises. La fragmentation ressort elle de la diversité des mises en œuvre nationales de cette aspiration. Il n'existe à ce jour pas d'ordre public mondial. C'est pourquoi Mireille Delmas-Marty assigne à la justice pénale internationale un objectif d'instauration, et non de restauration, d'un ordre public « *ni proprement national, même quand l'affaire est jugée par les juges d'un Etat, ni véritablement mondial – malgré l'apparition de tribunaux pénaux à la composition internationale, comme à Nuremberg, ou même mondiale, comme la future CPI, ou déjà les tribunaux ad hoc de La Haye et Arusha (...)* »¹³⁷. Les niveaux normatifs utilisés pour instaurer cet ordre public mondial sont extrêmement enchevêtrés :

« [L]a norme pertinente peut appartenir au droit conventionnel, à la jurisprudence, nationale, régionale ou internationale, ou encore à la coutume internationale (...). Si l'on se situe dans la perspective (...) où la justice pénale internationale est rendue par des juridictions nationales, on prend la mesure de toute la complexité du droit en vigueur. »¹³⁸

Les normes appliquées sont par conséquent encore en partie nationales, chaque Etat incorporant à des rythmes et des degrés différents les normes internationales. Cela était vrai il y a dix ans au moment où Mireille Delmas-Marty écrivait ces lignes, avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome, et l'est toujours, bien qu'un peu moins en ce qui concerne la répression des personnes physiques. Cependant, cette analyse reste parfaitement d'actualité pour ce qui est des entreprises. L'unification des systèmes de répression nationaux est lente, et freinée par des traditions juridiques nationales très anciennes.

Cependant, au-delà de la diversité apparente des recours permettant de mettre en œuvre la responsabilité des entreprises, il ne faut pas exagérer la portée de ces dissemblances. Dans une analyse de la « traduction » de la jurisprudence *Filartiga* dans d'autres systèmes de droit internes, Beth Stephens affirme que, malgré leur variété, les recours nationaux répondent tous aux mêmes considérations de droit international.

« [C]riminal and administrative proceedings and civil suits based on domestic tort claims respond to the same international law concerns as *Filartiga* lawsuits. These similarities are overlooked both within the United States and abroad, leading to the mistaken belief that we are engaged in significantly different legal enterprises. To the contrary, each of these procedures reflects the "translation" into domestic law of identical international law mandates »¹³⁹

137 Mireille Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec », in Antonio Cassese, Mireille Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002, p.614.

138 Ibid., p.615.

139 Beth Stephens, « Translating *Filartiga* : A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies For International Human Rights Violations », in *Yale Journal of International Law*, n°27, 2002, p.3.

Les nombreux recours à la disposition des victimes d'abus des droits de l'homme sont donc selon Stephens la « traduction » dans le « langage » national des systèmes juridiques de « mandats » du droit international. Conclure au caractère unique – et donc potentiellement à l'illicéité – du contentieux américain ouvert par l'arrêt *Filartiga* du fait de l'absence de copies exactes de l'ATS dans les autres systèmes internes serait erroné. La diversité des recours et des procédures qui permettent de juger les auteurs de violations des droits de l'homme, notamment les plus graves, s'explique par la diversité des traditions juridiques et des Etats. Ainsi, le succès de l'ATS s'explique par une combinaison de facteurs propre aux Etats-Unis : des critères larges de compétences des cours en matière civile, une tradition bien établie d'utiliser le contentieux civil comme voie de réforme sociale, des avantages procédurales pour les victimes, etc. Mais cour, même lorsqu'elle applique des lois ou des procédures qui correspondent à la tradition juridique locale pour sanctionner la violation de comportements prohibés par le droit international, joue un rôle dual. Dans un sens étroit, elle fournit un recours, tranche un litige ou condamne un criminel dans un contexte national ; mais elle participe plus largement au mouvement contentieux transnational « de droit public » (au sens de *public law litigation*) qui contribue au développement et à l'application du droit international. Ce rôle dual renvoie à l'idée que lorsqu'elles appliquent le droit international, même incorporé et traduit dans leur droit national, les cours jouent le rôle d'organes internationaux. Antonio Cassese a développé l'idée selon laquelle la répression nationale des crimes internationaux a finalement concrétisé la théorie du dédoublement fonctionnel. Celle-ci s'applique notamment au cas où les cours nationales jugent des individus au titre de la compétence extraterritoriale à la place de l'Etat compétent territorialement qui a échoué à les juger¹⁴⁰. C'est égal en cela que l'on peut considérer poursuite décentralisée des crimes internationaux », et que ce faisant, « *les cours nationales agissent comme des organes internationaux* »¹⁴¹

2) Vers une intégration de la diligence raisonnable en « droit dur »

La mise en œuvre de la responsabilité des entreprises pour les violations des droits de l'homme dont qui ne sont pas considérées comme des crimes internationaux est largement dépendante de lois internes, sauf dans le cas où un Etat choisi de donner un effet direct horizontal à un traité ou à certaines de ses dispositions. Les obligations juridiques des entreprises sont donc fondées sur le droit civil, administratif ou pénal de chaque Etat. Une

140 Antonio Cassese, "Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law", in *European Journal of International Law*, vol.1, p.228.

141 Rüdiger Wolfrum, "The decentralized prosecution of international offences through national courts", in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol.24, 1994, p.186.

marge de manœuvre importante est donc laissée à ceux-ci dans la façon dont ils s'acquittent de leur obligation de protéger les individus contre les atteintes à leurs droits par des tiers. Cependant, une convergence s'est dégagée autour de l'idée que les entreprises sont tenues d'exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Au-delà d'un simple devoir éthique, il apparaît que celle-ci est appelée à devenir une obligation juridique sanctionnée par les Etats.

a) ***La généralisation de la diligence raisonnable dans les instruments de soft law***

Les instruments de *soft law* qui recourent au concept de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme se multiplient ces dernières années. Forte du consensus trouvé lors de l'adoption à l'unanimité du cadre « Protéger, Respecter, Réparer » en 2008 et des Principes directeurs en juin 2011, la diligence raisonnable est réellement en train de s'imposer comme la norme de comportement attendue de la part entreprises. Plusieurs organisations internationales ont notamment repris à leur compte les Principes directeurs, en premier lieu l'OCDE et l'UE, et tentent de les décliner concrètement à des secteurs différents. En effet, les principes directeurs ont défini à un niveau général les principes qui régissent le devoir de diligence raisonnable, en précisant qu'ils ne prendraient pas la même forme en fonction des secteurs d'activité et des entreprises.

L'OCDE a dans un premier temps intégré la « responsabilité de respecter » à ses propres « Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », révisés le 26 juin 2011. Ceux-ci reprennent les mêmes formulations que les Principes directeurs du Conseil des droits de l'homme. L'OCDE est également allée plus loin, en publiant la même année un « Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque »¹⁴². Ce guide détaillé est le premier instrument à montrer à quoi peut ressembler le devoir de diligence raisonnable dans le contexte d'une industrie particulière. Il est construit autour des différentes étapes du processus de diligence raisonnable décrites plus haut et les adaptes au contexte de l'industrie minière.

Les mesures proposées visent en l'occurrence à éviter la contribution des entreprises à des atteintes graves aux droits de l'homme lors de l'extraction, du transport ou du commerce de minerais, telles que la torture, le travail forcé, le travail des enfants, les violences sexuelles, les crimes de guerre, de génocide, etc. Lorsqu'une entreprise identifie un tel risque d'atteinte grave, elle doit suspendre ses relations avec des fournisseurs qui pourraient y contribuer. Le guide cherche également à empêcher le soutien, direct ou indirect, aux groupes armés-non

142 OCDE, « Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque », 2011.

étatiques, ainsi qu'aux forces de sécurité publiques ou privées, qui contrôlent illégalement des sites miniers ou tirent illégalement bénéfice du commerce de minerai. Les entreprises doivent suspendre immédiatement toute relation qui profite ainsi à des groupes non-étatiques et chercher à prévenir et atténuer le soutien à des forces de sécurité qui seraient dans une même position, au moyen de la mise en place d'un plan de gestion des risques, et rompre également leurs relations avec elles si ces mesures sont insuffisantes.

Le guide détaille certaines mesures concrètes à prendre vis-à-vis de l'Etat, des fournisseurs ou des communautés locales lorsque des risques sont identifiés, ainsi que les indicateurs qui permettent de mesurer ces risques. A titre d'exemple, le guide demande aux entreprises, « en cas d'approvisionnement dans des zones d'exploitation minière artisanale et à petite échelle, [de] favoriser la formalisation des accords en matière de sécurité entre les communautés minières, l'administration locale et les forces de sécurité publiques ou privées, en coopération avec les organismes de la société civile et les organisations internationales, de façon à veiller à ce que tous les paiements soient effectués librement et soient proportionnés au service fourni, à préciser les règles d'engagement conformément aux Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme et à soutenir la mise en place de forums communautaires pour partager et communiquer des informations »¹⁴³.

L'OCDE n'est pas la seule organisation à tenter d'opérationnaliser la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. La Commission européenne a endossé les Principes directeurs dans le cadre de sa nouvelle stratégie sur la RSE dévoilée en 2011¹⁴⁴. Elle a notamment lancé un projet d'élaboration de recommandations en matière de droits de l'homme à l'intention de trois secteurs d'activités, élaboration confiée à l'*Institute for Human Rights and Business*. Les trois secteurs sont ceux des technologies de l'information et de la communication, du pétrole et du gaz, et les agences privées de recrutement et d'emploi. Là encore, l'objectif est de déterminer en quoi consiste la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans chacun de ces contextes. Les recommandations ne seront pas publiées avant fin 2012- début 2013, mais les consultations engagées donnent une idée des enjeux principaux auxquelles elles devront répondre. Entre autres exemples, elles devront indiquer le comportement attendu des entreprises du secteur de l'information et de la communication qui opèrent dans des Etats autoritaires – on se souvient par exemple des accusations de participation à la censure lancées contre des opérateurs européens lors des révoltes arabes en 2011. Les recommandations devraient par exemple préciser le contenu des droits de l'homme applicables dans ce genre de

143 OCDE, « Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque », Annexe 3, p.28-29.

144 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, « Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », op.cit.

situation et comment les entreprises peuvent trouver un équilibre entre droits de l'homme et requêtes des autorités locales.

Un autre exemple de la popularisation de la diligence raisonnable concerne les débats sur les récents allègements des sanctions économiques occidentales contre le régime birman. Alors que l'économie birmane est encore largement contrôlée par les militaires et que la faible protection légale apportée aux habitants contre les atteintes aux droits de l'homme, par exemple en matière d'expropriation, font craindre que l'arrivée massive et désordonnée d'investissements ne profite pas à la population, le débat s'est porté sur l'exigence de diligence raisonnable que les gouvernements devaient imposer à leurs entreprises. En levant leurs sanctions contre la Birmanie, les Etats-Unis comme l'Union européenne ont fait référence aux Principes directeurs et souligné la nécessité d'investissements responsables. Les Etats-Unis ont également émis des obligations de compte-rendu (*reporting requirement*) pour les entreprises qui investissent en Birmanie¹⁴⁵. En plus de notifier le département d'Etat de tout investissement avec le MOGE (l'entreprise pétrolière et gazière contrôlée par les militaires), les entreprises qui investissent plus de 500 000 dollars doivent indiquer dans un rapport annuel quelles démarches elles ont entrepris en matière d'investissement responsable, notamment leurs politiques de diligence raisonnable. Cependant, en cas d'absence d'une telle politique, une entreprise peut simplement le signaler dans le rapport sans être pénalisée, ce qui a été fortement critiqué¹⁴⁶. Malgré cette limite certaine, cela montre que la diligence raisonnable est progressivement incorporée par de nombreux acteurs comme le standard pour juger du comportement des entreprises. Cependant, s'il est trop tôt pour juger de ce que serait sur le long terme une approche uniquement basée sur le droit mou, il est nécessaire – et possible - de transcrire en droit dur le devoir de diligence raisonnable pour en faire un principe universellement mis en œuvre. En effet, si la politique des entreprises transnationales en matière de droits de l'homme est principalement fondée sur une approche de gestion du risque, ce risque est avant tout considéré comme un risque pour l'entreprise, et non pour les droits de l'homme en tant que tels, comme le montre une étude récente de l'Institute for Human Rights and Business¹⁴⁷. La même étude montre que si des progrès ont été faits par certaines grandes entreprises transnationales, peu d'entre elles ont à ce jour intégré les droits de l'homme dans leur politique interne.

145 Disponible à l'adresse <http://www.humanrights.gov/wp-content/uploads/2012/07/Burma-Responsible-Investment-Reporting-Reqs.pdf>. Voir également les Conclusions sur la Birmanie du Conseil de l'Union européenne du 23 avril 2012.

146 Voir par exemple Joanne Bauer, What does corporate responsibility in Burma look like ?, 2 août 2012, <http://www.csrwire.com/blog/posts/489-what-does-corporate-responsibility-in-burma-look-like> et Michael Greene, Daniel Twining, U.S. is moving too fast on Burma, 16 juillet 2012, http://www.washingtonpost.com/opinions/us-is-moving-too-fast-on-burma/2012/07/15/gJQAcMEBnW_story.html

147 Institute for Human Rights and Business, The "State of Play" of Human Rights Due Diligence, Anticipating the next five years, 2011, http://www.ihrb.org/pdf/The_State_of_Play_of_Human_Rights_Due_Diligence.pdf

b) *Vers une intégration de la diligence raisonnable en hard law*

Au-delà d'un principe uniquement contenu dans des instruments non-contraignants, la diligence raisonnable semble destinée à devenir une obligation juridique pour les entreprises, que les Etats devront sanctionner au titre de leur obligation de protéger, faisant ainsi le lien entre les piliers 1 et 2 des Principes directeurs. Tout d'abord, par son origine même, la diligence raisonnable est un concept juridique. Le cadre « Protéger, Respecter, Réparer » rappelle la définition traditionnelle du concept :

« *A traditional definition of due diligence is “the diligence reasonably expected from, and ordinarily exercised by, a person who seeks to satisfy a legal requirement or discharge an obligation”. Black’s Law Dictionary, 8th edition (2006) »¹⁴⁸.*

Le concept vient du droit commercial anglo-saxon. Il est introduit par l'US Security Act de 1933, loi de régulation des marchés de titres financiers. L'exercice de la diligence raisonnable est alors un moyen de défense opposable par les courtiers dans le cas où ils seraient confrontés à une demande de compensation par des investisseurs qui les accuseraient de leur avoir caché certaines informations. Le principe s'est ensuite décliné dans beaucoup de domaines liés à l'activité des entreprises, mêlant approches volontaires mais également contraignantes. Dans le *Foreign Corrupt Practice Act* américain, la diligence raisonnable est ainsi également un moyen de défense pour les entreprises accusées de corruption. En matière environnementale, l'obligation de diligence raisonnable peut s'assimiler à celle d'audit environnemental obligatoire, procédure qui s'est largement répandue au fur et à mesure que la protection de l'environnement est devenue réglementée par des politiques publiques. Il existe de nombreux autres domaines où la diligence raisonnable constitue une obligation légale, à chaque fois sous diverses formes. Il n'y a pas de raison particulière pour que, en matière de droits de l'homme, la diligence raisonnable n'en reste qu'au stade d'une exigence sociale non sanctionnée par les Etats.

La diligence raisonnable peut de plus constituer une théorie d'attribution de la responsabilité en matière de droits de l'homme qui manquait pour les entreprises. Alors que la notion de sphère d'influence n'a pas prospéré, celle de diligence raisonnable semble acceptée largement par les Etats, les entreprises, les organisations internationales et certaines ONG, qui tentent justement de réfléchir à sa traduction légale dans différents systèmes juridiques¹⁴⁹. La diligence raisonnable pourrait fonctionner comme un moyen d'établir la culpabilité d'entreprises qui commettent ou participent à des violations des droits de l'homme – une entreprise devrait démontrer qu'elle a mis en œuvre tous les moyens raisonnables pour éviter

¹⁴⁸ John Ruggie, Cadre « Protéger, Respecter, Réparer », *op.cit.*, note de bas de page 22.

¹⁴⁹ Voir notamment le projet « Human Rights Due Diligence » mené dans le cadre d'ICAR (International Corporate Accountability Roundtable), <http://accountabilityroundtable.org/campaigns/human-rights-due-diligence/>

la commission d'une violation des droits de l'homme liée à ses activités ou ses relations commerciales. Cela permettrait, dans le cadre contentieux, de faire passer la charge de la preuve des victimes vers les entreprises (voir également *infra* concernant ce point)¹⁵⁰. Dans son rapport de 2007 au Conseil des droits de l'Homme, puis dans le Cadre « Protéger, Respecter, Réparer », Ruggie promeut le critère de « culture d'entreprise » pour l'attribution de la responsabilité, notamment en matière pénale¹⁵¹. Ce critère est notamment appliqué aux Etats-Unis et en Australie. Fonder la responsabilité d'une entreprise sur ses politiques, ses règles et ses pratiques comme le font ces Etats plutôt que sur les seuls actes individuels des employés et des dirigeants paraît à la fois plus logique et plus incitatif pour les entreprises, qui doivent prouver qu'elles prennent des mesures concrètes pour éviter d'être mêlées à des violations des droits de l'homme¹⁵².

Une approche de la diligence raisonnable comme obligation juridique paraît d'autant plus pertinente qu'elle est également en cohérence avec le premier pilier des Principes directeurs. Certes, ceux-ci, comme nous l'avons dit, en font une démarche qui va « au-delà » des exigences légales. Cela ne signifie cependant pas que les Etats ne devraient pas l'imposer aux entreprises ; cela veut dire, à l'inverse, que *même* en l'absence de régulation nationale, particulièrement dans les Etats qui n'ont pas la capacité ou la volonté de protéger les droits de leurs citoyens, les entreprises ont la responsabilité de respecter les droits de l'homme. En Par ailleurs, il paraît difficilement contestable que si le meilleur moyen de faire en sorte que les entreprises n'entravent pas l'exercice des droits de l'homme est qu'elles exercent une diligence raisonnable, le corollaire est que la meilleure manière qu'ont les Etats de protéger les droits de l'homme contre les atteintes causées par les entreprises est de leur imposer légalement un devoir de diligence raisonnable.

La lecture des Principes directeurs confirme cette approche. Le Principe directeur 3 est particulièrement clair :

Pour remplir leur obligation de protéger, les États sont tenus:

a) D'appliquer des lois tendant à exiger des entreprises qu'elles respectent les droits de l'homme, ou qui ont cet effet, et, périodiquement, d'évaluer la validité de ces lois et de combler les éventuelles lacunes;

150 Voir Mark Taylor, "Defining Compliance : Why Recent Developments in Law and Policy Should Matter to the Corporate Accountability Movement", <http://accountabilityroundtable.org/analysis-and-updates/defining-compliance-why-recent-developments-in-law-and-policy-should-matter-to-the-corporate-accountability-movement/>

151 Voir John Ruggie, « Les entreprises et les droits de l'homme: analyse des normes internationales relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises », *op.cit.*, §28 et John Ruggie, « Protéger, Respecter, Réparer », *op.cit.*, §31.

152 Voir également à ce sujet Allens Arthur Robinson, Corporate culture as a basis for the criminal liability of corporations, Prepared by for the United Nations Special Representative of the Secretary General on Human Rights and Business, February 2008, <http://198.170.85.29/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>

b) De faire en sorte que les autres lois et politiques régissant la création et l'exploitation courante des entreprises, comme le droit des sociétés, n'entravent pas mais favorisent le respect des droits de l'homme par ces entités;

c) De fournir des orientations effectives aux entreprises sur la manière de respecter les droits de l'homme dans toutes leurs activités;

d) D'inciter les entreprises à faire connaître la façon dont elles gèrent les incidences de leur activité sur les droits de l'homme, et de les y contraindre, le cas échéant.

Il est donc probable que, pour s'acquitter de leur obligation de protéger, les Etats devront dans le futur sanctionner le devoir de diligence raisonnable.

L'exemple de ce à quoi pourrait ressembler le passage de la diligence raisonnable du droit mou vers le droit dur vient des Etats-Unis. Ceux-ci ont incorporé dans le Dodd-Frank Act, adopté en 2010, une provision visant à lutter contre le financement des conflits en République démocratique du Congo (RDC) par le commerce de certains minerais extraits dans ce pays ou les pays frontaliers. Pour atteindre cet objectif, le paragraphe 1502 de la loi crée pour les entreprises qui, de par leur activité, ont recours à certains minéraux (étain, tantalum, tungstène, or), une « obligation de divulgation » (*disclosure requirement*). Ces entreprises devront publier un « rapport annuel sur les minéraux de conflit » montrant qu'elles ne se sont pas fournies de manière à alimenter les conflits en RDC et dans la région des Grands Lacs. Pour ce faire, les entreprises devront mettre en place des procédures de diligence raisonnable et se soumettre à des vérifications externes quand nécessaire. Si une entreprise ne peut pas certifier de l'origine des minéraux qu'elle utilise, cela devra être mentionné dans son rapport – sans que cela n'emporte pour autant de sanction juridique ou de pénalité financière. La Security and Exchange Commission (SEC), chargée de mettre en œuvre la loi et de contrôler les rapports, devait préciser le contenu de la loi avant que celle-ci n'entre en vigueur. Avec un long retard, c'est chose faite depuis le 22 août 2012. La SEC a précisé que l'évaluation de la diligence raisonnable se ferait au regard des standards nationaux et internationaux, ce qui signifie que les entreprises devront se conformer aux règles énoncées dans le « Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque »¹⁵³. Cette intégration de la diligence raisonnable en « droit dur » est un exemple probant de la portée possible de la diligence raisonnable, dont le respect ne peut se limiter à passer par les seules chartes éthiques et codes de bonne conduite des entreprises.

¹⁵³ Global Witness, *La Securities and Exchange Commission (SEC) américaine a voté sur l'adoption de règles historiques*, <http://www.globalwitness.org/fr/library/la-securities-and-exchange-commission-sec-am%C3%A9ricaine-vot%C3%A9-sur-l%E2%80%99adoption-de-r%C3%A8gles>

**II) Face aux obstacles à la mise en œuvre
extraterritoriale de la responsabilité des
entreprises, la nécessité de repenser le
cadre conceptuel de l'extraterritorialité**

Nous avons examiné en première partie comment sont sanctionnées les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, atteintes qui peuvent constituer des violations du droit international ou du droit interne. Dans cette seconde partie, nous introduisons l'élément de l'extraterritorialité dans notre analyse. Les droits des victimes de violations des droits de l'homme à un recours et à une réparation sont souvent entravés par des obstacles théoriques et pratiques à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises. Après avoir présenté ces obstacles et analysé la manière dont ils sont traités dans les travaux du Représentant spécial, nous proposerons une nouvelle approche de l'extraterritorialité. Celle-ci sera fondée sur l'obligation faite à l'ensemble des Etats de fournir un recours à toutes les victimes de crimes internationaux, y compris ceux commis par des entreprises, et sur l'obligation des Etats d'origine des entreprises transnationales de réguler plus largement celles-ci en vertu du droit international des droits de l'homme. Nous concluons en discutant de l'opportunité d'étendre ce dernier aux entreprises par le biais d'obligations directes.

A. L'incapacité de l'approche du Conseil des droits de l'homme à assurer les droits des victimes faces aux obstacles liés à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises

1) Les obstacles à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises

a) Les différentes formes de compétence extraterritoriale et les limites à leur exercice

En droit international, le principe de souveraineté se traduit classiquement par la compétence exclusive des Etats sur leur territoire national. Cela ne signifie pas pour autant que tout exercice extraterritorial de la compétence étatique est prohibé ; l'extraterritorialité est cependant l'exception, quand la compétence territoriale est la règle. Le terme de compétence extraterritoriale englobe des notions différentes. On peut distinguer trois types de compétence extraterritoriale : la compétence d'exécution (ou exécutive), la compétence normative (également appelée compétence législative ou prescriptive) et la compétence juridictionnelle.

La compétence exécutive extraterritoriale renvoie au fait, pour un Etat, d'exercer des actes de contrainte sur le territoire d'un autre Etat. C'est par exemple ce qui s'est produit dans l'affaire Eichmann, quand les services secrets israéliens ont enlevé le criminel de guerre nazi sur le territoire argentin en 1960. Ce type de compétence extraterritoriale ne peut être légalement exercé qu'avec l'accord de l'Etat territorial, qui dispose d'une exclusivité de compétence exécutive sur son territoire. Cette question n'est pas particulièrement problématique au regard du droit international : s'il peut être considéré légitime, l'enlèvement d'Eichmann était illégal en l'absence d'autorisation des autorités argentines.

La compétence normative extraterritoriale renvoie à l'application par un Etat de ses lois à des situations qui se déroulent entièrement en dehors de son territoire. Elle doit être distinguée de certaines mesures domestiques qui peuvent avoir des effets extraterritoriaux, par exemple lorsque la société-mère d'une entreprise multinationale doit rendre compte auprès de son Etat d'origine de l'activité de ses filiales étrangères. Le fondement de la compétence est alors territorial, contrairement aux mesures domestiques d'application directe à l'étranger, qui

peuvent par exemple consister en la prohibition par un Etat de la pratique du tourisme sexuel¹⁵⁴.

La compétence extraterritoriale juridictionnelle est, elle, l'aptitude pour un tribunal de connaître d'une situation dont les faits constitutifs sont entièrement localisés à l'étranger. L'exercice de la compétence juridictionnelle n'implique en principe pas l'exercice de la compétence normative. Une cour peut juger une affaire en appliquant une autre loi que la loi nationale. Cette pratique est courante en matière civile. En matière pénale, les cours appliquent nécessairement le droit de l'Etat du forum. Par conséquent, l'exercice de la compétence normative est traditionnellement considéré comme une condition *sine qua non* de l'exercice de la compétence juridictionnelle, idée que nous remettrons en cause plus loin au regard de l'évolution du droit international et de sa relation avec les systèmes internes.

Le droit international n'interdit pas l'exercice de la compétence extraterritoriale normative ou juridictionnelle. Il leur pose cependant des limites, qui sont plus fortes dans le premier domaine que dans le second. En effet, en étendant ses propres lois à la régulation d'une situation se déroulant à l'étranger, un Etat exerce une plus grande intrusion dans les affaires intérieures de l'Etat territorial que quand il se contente de donner à ses cours le pouvoir de juger la même situation sans appliquer ses lois (en appliquant par exemple la loi de l'Etat territorial). Plusieurs thèses s'affrontent au sujet de la liberté qu'ont les Etats d'étendre l'application de leurs lois à des faits qui se déroulent en dehors de leur territoire, c'est-à-dire concernant les mesures normatives d'application directe à l'étranger.

Une première thèse pose comme limite à la compétence extraterritoriale la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un autre Etat. Selon ce principe, un Etat a la liberté d'exercer sa compétence tant qu'une règle contraire ne le lui interdit pas. Ainsi, tant qu'il ne prétend pas s'immiscer dans les affaires intérieures d'un Etat tiers, l'Etat est libre d'adopter des lois à effet extraterritorial. Cette position est notamment fondée sur l'arrêt *Lotus* de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) du 7 septembre 1927. Dans cet arrêt bien connu, la CPJI énonce notamment le principe suivant :

*« Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables ».*¹⁵⁵

Ainsi, pour reprendre les mots d'Antonio Cassese :

154 Sur cette distinction voir infra, notamment l'intervention de John Ruggie à la conférence organisée par la Présidence de l'UE à Stockholm sur le sujet de la RSE le 10 novembre 2009, disponible à l'adresse suivante :

http://www.se2009.eu/polopoly_fs/1.22911!menu/standard/file/Ruggie,%20speech.pdf

155 CPJI, Affaire du Lotus, 7 septembre 1927.

« La Cour (...) énonçait (...) un principe fondamental que l'on peut résumer ainsi : « Tout ce qui n'est pas interdit est permis. » (...) Cela signifie en substance que chaque Etat peut exercer sa compétence en matière juridictionnelle par rapport à des faits qu'il considère comme tombant sous le coup de sa loi pénale, sauf s'il existe des interdictions, des empêchements issus de principes de droit international. »¹⁵⁶

Selon un second point de vue, moins permissif, la compétence extraterritoriale est subordonnée à un facteur de rattachement entre une situation donnée et l'Etat, à l'existence de contacts minimum entre les deux. La position exprimée par la CPJI dans l'affaire du *Lotus* n'est pas considérée comme déterminante : elle est un simple *obiter dictum* ancré dans une conception extensive de la souveraineté aujourd'hui dépassée¹⁵⁷. Il est vrai que la doctrine du *Lotus* ne correspond pas à la pratique internationale contemporaine. La doctrine des « contacts minimums » soumet la compétence extraterritoriale de l'Etat à un certain nombre d'hypothèses limitées (voir *infra*).

Entre la doctrine extensive de la non-ingérence et celle restrictive des contacts minimums existe une voie intermédiaire. L'Etat devrait faire un usage « raisonnable » de la compétence extraterritoriale. Sans être permis du simple fait de l'absence d'interdiction explicite, l'exercice de la compétence extraterritoriale n'est pas non plus soumis à un catalogue limité de permissions. Celles-ci sont plutôt des illustrations de ce qu'est l'exercice raisonnable de la compétence extraterritoriale. Les liens de rattachement qui peuvent traditionnellement fonder la compétence extraterritoriale d'un Etat, en vertu de la doctrine des contacts minimums, sont les suivants.

La compétence personnelle active, incontestée en droit international, consiste en la capacité de l'Etat de réguler le comportement de ses nationaux à l'étranger. Elle peut en premier lieu être justifiée par le fait que, où qu'ils se trouvent, les citoyens d'un Etat lui doivent allégeance. L'Etat peut donc décider d'obliger ses citoyens à se soumettre à certaines de ses lois même quand ils se trouvent dans un Etat étranger, que les faits soient prohibés par la loi de l'Etat territorial ou non. Cette compétence n'est généralement exercée que pour les actes d'une certaine gravité¹⁵⁸ – nous pouvons reprendre à titre d'exemple le cas du tourisme sexuel. La compétence personnelle active peut également être justifiée par le fait que, de nombreux Etats refusant d'extrader leurs nationaux (notamment les Etats de droit civil), la responsabilité de les juger pour des infractions commises à l'étranger leur incombe. Dans ce cas, la poursuite d'un individu au nom du principe de la personnalité active peut être soumise à la condition de double incrimination, voire à l'existence d'une décision de justice définitive de l'Etat du *loci delicti*. La double incrimination est plus largement justifiable par la règle de

156 Antonio Cassese, « L'incidence du droit international sur le droit interne », in Antonio Cassese, Mireille Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002, p.556.

157 Voir Olivier de Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *op.cit.*, p.88.

158 Voir Frank Höpfel, Claudia Angermaier, « Adjudicating International Crimes », in Philip Reichel (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, SAGE Publications, 2005, p.314.

légalité des délits et des peines. Elle consiste à « vérifier si le fait formant l'objet des poursuites est punissable tant au regard du droit de l'État du lieu de commission de l'infraction et que de celui de l'État dont la juridiction est saisie »¹⁵⁹.

La compétence personnelle passive – lorsque l'Etat fonde sa compétence sur la nationalité de la victime – est plus controversée en droit international. Elle sera en tout état de cause généralement soumise à l'exigence de double incrimination pour respecter le principe de légalité. Ce principe a cependant connu un certain développement, notamment dans les affaires de terrorisme.

Un autre principe qui peut permettre de justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale est la « doctrine des effets ». Selon celle-ci, un Etat est fondé à réguler des actes qui ont un effet « direct, substantiel et prévisible » sur son territoire national¹⁶⁰. Si elle a acquis une valeur coutumière en droit de la concurrence, la « doctrine des effets » est cependant considérée prudemment dans d'autres domaines du fait des ses implications potentielles très larges¹⁶¹. Plus largement, on reconnaît cependant aux Etats le droit d'exercer leur compétence normative au nom du « principe de protection » concernant les activités qui menacent leur sécurité¹⁶².

Le principe de compétence universelle permet à un Etat d'étendre sa compétence à la répression de certains crimes, même en l'absence de tout critère de rattachement des crimes en question à l'Etat. Les « Principes de Princeton sur la compétence universelle » la définissent comme « la compétence pénale fondée uniquement sur la nature de l'infraction, ni le lieu où elle a été commise, ni la nationalité de celui qui en est accusé ou en a été reconnu coupable, ni la nationalité de la victime, ni aucun autre lien avec l'État exerçant la compétence n'étant pris en considération »¹⁶³. C'est donc uniquement la nature du crime qui fonde la compétence de l'Etat, qui agit pour protéger les intérêts de la communauté internationale. Dans une acception large, l'exercice de la compétence universelle n'est pas soumis à la présence de la personne poursuivie sur le territoire de l'Etat qui l'exerce et n'importe quel Etat peut fonder une demande d'extradition en son nom. La pratique internationale penche plutôt dans le sens d'une conception plus restrictive, selon laquelle la présence d'un criminel sur le territoire est exigée pour enclencher l'exercice de la compétence universelle¹⁶⁴.

159 D. Vandermeersch, « La dimension internationale de la loi », in M. Nihoul (dir.) *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, La Charte, 2005, p.258.

160 Olivier de Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », op.cit p.89.

161 Ibid., p.90.

162 Daniel Bodansky, "Human Rights and universal jurisdiction", in David Kinley, *World justice?: US Courts and International Human Rights*, Westview Press, 1991 p.4.

163 Stephen Macedo (dir.), *Principes de Princeton sur la compétence universelle*, 2001.

164 Antonio Cassese, "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice*, n°1, 2003, p.592.

Cependant, pour les crimes les plus graves (crime d'agression, génocide, crime de guerre, crime contre l'humanité, voire torture), il peut être avancé qu'une compétence universelle « pure », sans critère de présence sur le territoire, est autorisée par le droit international¹⁶⁵.

Le terme générique de « compétence universelle » ne décrit cependant pas la diversité de situations et d'interprétations qui en sont données. Amnesty International défend par exemple l'idée que la coutume internationale autorise l'exercice de la compétence universelle non seulement pour les crimes de droit international (tels que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide, la torture, les exécutions extrajudiciaires et les disparitions forcées), pour des crimes de droit national préoccupant la communauté internationale (comme les détournements d'aéronef, la prise d'otage ou les attaques contre des diplomates), mais aussi pour des crimes ordinaires (meurtre, viol, etc.)¹⁶⁶.

La compétence universelle peut également être assimilée à diverses clauses de traités, certaines ayant acquis une valeur coutumière. Les Conventions de Genève imposent une obligation d'imposer « des sanctions pénales adéquates » aux auteurs d'infractions graves et de « *rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves* », soit pour les juger sur le territoire national, soit pour « *les remettre pour jugement à une partie intéressée les à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes* »¹⁶⁷. Ces obligations sont aujourd'hui coutumières¹⁶⁸. Beaucoup de conventions imposent des obligations similaires du type *aut dedere, aut judicare*, pas seulement dans le domaine des droits de l'homme ou du droit humanitaire, mais plus largement pour la répression des crimes internationaux. Il est également défendu que la compétence universelle se limite expressément à ces obligations de poursuivre ou d'extrader et qu'elle n'est autorisée ou imposée dans aucun autre domaine. Une autre question qui se pose quant à la compétence universelle est celle de son égalité ou de sa subsidiarité par rapport à des critères de rattachement plus classiques.

Il faut également souligner que les clauses *aut dedere, aut judicare* ne sont pas interprétées par l'ensemble de la doctrine et des Etats comme étant rattachable à la compétence universelle¹⁶⁹. Le principe sous-jacent de ces dispositions peut également être interprété comme relevant de la « compétence déléguée » ou de l'« administration déléguée de la justice » (*vicarious jurisdiction* en anglais). La compétence déléguée tire sa source de la pratique de certains Etats de droit civil (Allemagne et Autriche notamment), qui permettent à

¹⁶⁵ Voir « Principes de Princeton », *op.cit.* 1.2 et 1.3.

¹⁶⁶ Amnesty International, « Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation, Introduction. », 2001

¹⁶⁷ Voir respectivement les articles 49, 50, 129 et 146 des Conventions de Genève I, II, III et IV.

¹⁶⁸ Olivier de Schutter, « Les affaires Total et Unocal », *op.cit.*, p.81.

¹⁶⁹ Voir le Quatrième rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) rédigé par le Rapporteur spécial Zdzislaw Galicki, 31 mai 2011, A/CN.4/648§22.

leurs cours d'appliquer le droit pénal national à des crimes commis à l'étranger sans lien traditionnel de rattachement à l'Etat. Les conditions nécessaires et suffisantes en sont : (1) la présence du criminel sur le territoire de l'Etat, (2) l'impossibilité d'une extradition au motif de l'absence de demande en ce sens ou parce qu'elle est interdite pour une raison autre que la nature du crime, (3) la nature du crime pourrait justifier une extradition et (4) la conduite doit être répréhensible dans l'Etat territorial et dans l'Etat du forum¹⁷⁰. Le principe d'administration déléguée de la justice repose sur l'idée que l'Etat qui exerce sa compétence le fait au nom de l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis, afin de ne pas laisser ce crime impuni. Sa justification est donc différente de celle de la compétence universelle, qui confère une compétence inhérente à la nature du crime. La compétence universelle n'est pas liée à l'impossibilité d'extrader. Le principe de compétence déléguée, qui n'a jamais souffert de contestation en droit international¹⁷¹, est donc à la fois plus large et plus restrictif. Plus large car il peut s'appliquer à des crimes de droit commun. C'est en l'occurrence peut-être plutôt sur ce fondement qu'il faut interpréter la coopération des Etats en matière de répression des crimes « mineurs », plutôt que sur la compétence universelle, comme le fait Amnesty International (*supra*). Plus restrictif, car il est soumis au principe de double incrimination. Si l'origine historique de la compétence déléguée est donc la mise en œuvre d'une solidarité interétatique dans la répression des crimes (y compris les crimes de droit commun), il ne s'ensuit en revanche pas nécessairement que son exercice soit soumis à la demande, ou même à l'accord de l'Etat territorial. Même soumis à une demande d'extradition, l'Etat qui détient le criminel peut refuser de l'extrader pour des raisons qui lui sont propres¹⁷².

La nature et la portée des provisions *aut dedere, aut judicare* a été récemment précisée par la Cour internationale de justice dans l'affaire « Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader »¹⁷³. La CIJ considère que les deux éléments du principe ne doivent pas être mis sur le même plan : l'extradition est une option, tandis que la poursuite est une obligation internationale dont le non-respect engage la responsabilité pour fait illicite de l'Etat¹⁷⁴. En l'espèce, la Cour fonde donc la violation de la Convention contre la torture par le Sénégal sur le non-respect de son obligation de poursuivre Hissène Habré, non sur sa non-extradition vers la Belgique. La demande de cette dernière devant la Cour était recevable non

170 *Ibid.*, p.318.

171 Cedric Ryngaert, "Jurisdiction in International Law", Oxford University Press, 2008, p.104

172 La Cour suprême autrichienne a par exemple fondé sa compétence dans l'affaire Dusko C., accusé de crime de génocide en Bosnie, sur le principe de compétence déléguée. En l'espèce, l'obligation d'extrader prévue dans la Convention sur le génocide ne pouvait pas être honorée à cause de l'impossibilité de communiquer avec les administrations bosniennes compétentes, qui résultait de la guerre civile en cours. La Cour suprême autrichienne note en obiter dictum que l'obligation d'extrader vers l'Etat territorial de commission d'un génocide peut souvent se révéler impossible, lorsque ledit génocide est mené dans le cadre d'une politique d'Etat ou lorsque cet Etat ne dispose pas d'un système juridictionnelle capable de juger le criminel¹⁷². La Cour envisage donc explicitement la possibilité pour elle de se déclarer compétente pour juger un génocidaire au titre de la compétence déléguée dans le cas où le génocide est une politique menée par l'Etat territorial – et donc où cet Etat serait manifestement opposé à la répression du génocidaire en question.

173 CIJ, Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), 20 juillet 2012.

174 *Ibid.*, §95.

pas sur le fait qu'elle avait fait une demande d'extradition qui n'avait pas abouti, mais sur sa qualité de partie à la convention, qui crée des obligations *erga omnes partes*¹⁷⁵. La Cour a par ailleurs explicitement assimilé la compétence des tribunaux créée par la Convention contre la torture à une compétence universelle¹⁷⁶. Elle n'a cependant pas examiné l'existence d'une obligation coutumière de poursuivre ou d'extrader les auteurs de crimes de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, comme le lui demandait la Belgique.

S'il existe certaines hypothèses où la compétence normative extraterritoriale des Etats pose peu de problèmes, sa portée au-delà de certaines permissions reste sujette à controverses. Le droit international place en revanche beaucoup moins de limites à l'exercice extraterritorial de la compétence juridictionnelle quand elle est dissociée de celui d'une compétence normative. La compétence juridictionnelle peut être fondée sur la simple existence de contacts minimums entre le défendeur et le forum. L'activité régulée ne doit en revanche pas obligatoirement être rattachée à l'Etat¹⁷⁷. Les Etats-Unis ont par exemple une conception large de la compétence de leurs tribunaux en matière civile. En vertu de la doctrine anglo-saxonne du *transitory tort*, la présence temporaire du défendeur sur le territoire national suffit à fonder la compétence personnelle d'une cour, et donc sa compétence juridictionnelle au regard du droit international. La Cour d'appel dans l'affaire *Filartiga* justifie la doctrine du *transitory tort* par l'intérêt légitime qu'a l'Etat dans la résolution d'un litige opposant des personnes présentes sur son territoire, et ajoute que lorsque la loi du *loci delicti* est appliquée, l'Etat fait œuvre de courtoisie envers l'Etat territorial¹⁷⁸. Dans le cas des entreprises, la présence d'un minimum d'activités commerciales dans la juridiction spatiale d'une cour suffit à fonder sa compétence personnelle. Les critères de compétence civile au sein de l'Union européenne, régis par le règlement Bruxelles I¹⁷⁹, sont plus restrictifs. L'Etat compétent est généralement celui du domicile du défendeur, avec certaines exceptions. En matière délictuelle, l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit peut par exemple être compétent, cette dernière notion comprenant le lieu où le dommage lui-même est survenu ou le lieu de l'événement causal¹⁸⁰. Ces restrictions à la compétence des cours visent à éviter les conflits de juridictions entre les Etats-membres. Elles ne concernent pas les défendeurs domiciliés dans un Etat tiers, le règlement renvoyant alors aux règles de compétence nationale des Etats, point qui devrait être

175 *Ibid.*, §68.

176 *Ibid.*, §75, §84 et §91..

177 Daniel Bodansky, « Human Rights and Universal Jurisdiction », *op.cit.*, p.6.

178 "It is not extraordinary for a court to adjudicate a tort claim arising outside of its territorial jurisdiction. A state or nation has a legitimate interest in the orderly resolution of disputes among those within its borders, and where the *lex loci delicti commissi* is applied, it is an expression of comity to give effect to the laws of the state where the wrong occurred", *Filartiga*, p.12.

179 Règlement (CE) 44/2001 du Conseil des Communautés européennes du 22 décembre 2000 concernant la compétence juridictionnelle, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

180 FIDH, « « Entreprises et droits de l'homme », Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG », 2012.

modifié par la révision en cours¹⁸¹. La question distincte de la loi applicable est complexe, à cause des exceptions et dérogations à la règle instaurée par le règlement Rome II¹⁸² selon laquelle la loi appliquée est celle de l'Etat où le dommage survient (indépendamment du lieu où le fait générateur est survenu). Généralement, cette règle sera cependant appliquée lorsque les faits générateurs de dommages sont survenus après le 11 janvier 2009, sauf « *si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* »¹⁸³. La définition stricte des critères de compétence dans le cadre européen obéit à des logiques d'efficacité internes à l'UE. Elle n'est pas imposée par le droit international et ne concerne que la compétence en matière civile, le contentieux européen de mise en œuvre de la responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'homme étant, lui, essentiellement pénal.

b) *Les obstacles pratiques à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises au titre de la compétence normative*

La mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité pénale des entreprises en matière de droits de l'homme est souvent rendue difficile par des obstacles pratiques, qui sont parfois communs à ceux rencontrés pour poursuivre les personnes physiques, parfois spécifiques. Ils tiennent notamment à la détermination de la nationalité de l'entreprise, à l'exigence de double incrimination, à la structure juridique complexe des activités transnationales des entreprises et enfin à l'inapplicabilité aux entreprises des clauses établissant des obligations de poursuites ou d'extradition.

L'exercice de la compétence personnelle active ou passive exige de déterminer la nationalité de l'entreprise. Comme pour ce qui est des personnes physiques, celle des personnes morales n'est régie par aucun critère exclusif en droit international. Il existe donc un risque d'impunité dans l'hypothèse où aucun Etat ne considère qu'une entreprise donnée n'a sa nationalité. Au contraire, un Etat pourrait utiliser des critères trop souples et étendre artificiellement sa compétence personnelle. La complexité des activités des entreprises met en concurrence plusieurs critères pour déterminer leur nationalité : le lieu de constitution de la société, le lieu principal d'exploitation, le siège social, voire la nationalité des dirigeants ou l'origine des capitaux. Malgré cette complexité apparente, le problème n'est cependant pas très différent de celui de la détermination de la nationalité des personnes physiques. Les Etats sont libres quant aux critères qu'ils utilisent pour octroyer leur nationalité, mais les Etats tiers ne sont pas tenus de reconnaître les conséquences juridiques de cette détermination, ce qui peut par exemple

¹⁸¹ Le texte en préparation est disponible à l'adresse suivante : http://www.contentieux-international.net/offres/file_inline_src/358/358_A_4254_18.pdf

¹⁸² Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

¹⁸³ *Ibid.*, art.26.

éviter un recours trop extensif à la protection diplomatique¹⁸⁴. Ce principe peut être transposé aux entreprises : pourvu que les critères utilisés ne soient pas arbitraires, les Etats sont libres de déterminer le rattachement national d'une entreprise. Les critères généralement acceptés sont le lieu d'enregistrement, le principal lieu d'établissement et le lieu où se situe le centre d'activité de l'entreprise¹⁸⁵. Par ailleurs, pour prendre l'exemple de la France, la compétence personnelle active sera établie si la personne physique ou morale était française soit au moment de la commission des faits soit au moment du déclenchement de la poursuite pénale en France, et ce afin d'éviter qu'un changement de nationalité ne soit utilisé à des fins d'impunité¹⁸⁶.

La condition de double incrimination fait souvent obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises au titre de la compétence personnelle active. Comme nous l'avons vu, la double incrimination est généralement liée au principe de légalité et au refus des Etats d'extrader leurs nationaux. Cependant, certains Etats ne conditionnent pas l'exercice de leur compétence personnelle active à la double incrimination pour les infractions qui revêtent une gravité particulière. La France ne l'exigera par exemple pas quand l'auteur principal d'un crime commis à l'étranger est français. La Belgique ne l'exige pas non plus lorsque une personne est poursuivie pour violation grave du droit international humanitaire. La Grèce ou le Portugal ne requièrent pas la double incrimination dans un cas différent, lorsque le territoire sur lequel l'infraction a été perpétrée souffre respectivement d'absence « d'organisation étatique » ou de « pouvoir de répression »¹⁸⁷.

En revanche, la double incrimination est exigée en France lorsque le Français ou l'entreprise française est l'auteur d'un délit¹⁸⁸ ou le complice d'un crime ou d'un délit. Dans ces cas, les conditions d'applicabilité de la loi pénale française sont particulièrement strictes, puisque le délit ou le crime doivent avoir été constatés par une décision définitive de la juridiction étrangère¹⁸⁹. L'absence d'une décision définitive de la justice camerounaise fut par exemple l'un des motifs d'irrecevabilité avancé par la Chambre de l'Instruction de la Cour d'appel de Paris le 13 février 2004 pour rejeter la plainte de villageois camerounais, qui accusaient l'entreprise française Rougier, maison-mère de la Société forestière de Doumé, de s'être rendue complice de destruction de biens appartenant à autrui, faux et usage de faux, escroquerie, recel et corruption de fonctionnaires, dans le cadre de pillage illicite de

¹⁸⁴ Olivier de Schutter, « Les Affaires Total et Unocal », *op.cit.*, p.92.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.92.

¹⁸⁶ FIDH, « Entreprises et droits de l'homme », *op.cit.*, p.307.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p.317.

¹⁸⁸ Art 113-6 du Code pénal.

¹⁸⁹ Art 113-5 du code pénal.

ressources forestières. La Cour rejetait au passage l'argument de la corruption des institutions locales¹⁹⁰.

Même sans exigence d'une décision définitive de justice dans l'Etat territorial, la double-incrimination peut également être un obstacle lorsque les faits se sont déroulés dans un Etat peu soucieux de protéger les droits de ses citoyens, et qui ne sanctionnerait pas dans son droit pénal certaines atteintes aux droits de l'homme. Par ailleurs, certains Etats interprètent la double incrimination de manière large : elle se limite à l'incrimination du fait à l'étranger (double incrimination *in abstracto*). D'autres Etats exigent en revanche que le fait soit également imputable à la personne incriminée (double incrimination *in concreto*)¹⁹¹. La responsabilité pénale des personnes morales étant inégalement reconnue, cette condition peut s'avérer être une difficulté supplémentaire.

Une autre difficulté pour les victimes peut provenir du contrôle sur les poursuites exercé par l'Etat du forum. Dans l'affaire Rougier, le rejet de la plainte a également été fondé sur le monopole dont dispose le ministère public sur l'ouverture d'une enquête concernant les faits incriminés. Les articles 113-6 et suivants du Code pénal français confèrent au procureur de la République un droit de veto concernant l'ouverture d'une enquête visant un délit commis par un Français à l'étranger contre un étranger. Selon William Bourdon et Yann Queinnec, « *ce pouvoir d'opportunité (...) permet au pouvoir exécutif, par le truchement du parquet, de paralyser un certain nombre d'enquêtes, s'agissant notamment de délits financiers commis par des Français à l'étranger* »¹⁹². Si ce pouvoir d'opportunité ne concerne ici pas l'ensemble des violations des droits de l'homme mais uniquement les délits, ces derniers concernent directement des situations liées aux premières.

Au-delà de ces obstacles qui concernent à peu de choses près les personnes physiques comme morales, la structure même des entreprises transnationales peut faire échec à la mise en œuvre de la responsabilité de leurs entités. Il existe souvent un décalage entre leur structure juridique et la réalité de leurs activités économiques transnationales. Celles-ci peuvent prendre trois formes principales. Une maison-mère peut s'implanter directement dans l'Etat d'accueil, par exemple à travers la création d'une succursale. La société mère est alors directement responsable des actes et omissions de l'entité créée. En revanche, lorsqu'elle crée une filiale, celle-ci dispose d'une personnalité juridique séparée et est soumise à la législation du pays

¹⁹⁰ FIDH, « Entreprises et droits de l'homme », *op.cit.*, p.308.

¹⁹¹ *Op.cit.*, p.316. Pour un exemple des différences entre Etats européens, voir Conseil de l'Europe, *Note du Secrétariat établie par la Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit sur la double incrimination, in concreto ou in abstracto*, disponible à l'adresse suivante :

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/PC-OC%20%282012%29%202%20Final%20FR%20Note%20on%20dual%20criminality%20in%20concreto%20or%20in%20abstracto.pdf.

¹⁹² Yann Queinnec, William Bourdon, « Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions », *Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale*, 2010, p.52.

d'accueil. La séparation des personnalités juridiques signifie que la société mère n'est pas présumée être responsable des actes et omissions de sa filiale. Enfin, les entreprises peuvent développer des relations contractuelles avec des partenaires locaux. Dans les deux dernières hypothèses, la mise en œuvre de la responsabilité de la société mère est compliquée par la doctrine de la responsabilité limitée. Trois solutions sont alors envisageables¹⁹³.

La première consiste en la « levée du voile social ». La responsabilité de la société-mère est alors engagée indirectement pour les actes commis par sa filiale. Il faut alors montrer que, dans les faits, la séparation des personnalités juridiques ne correspond pas à la réalité des liens entre société-mère et filiale. Cette solution fait peser sur les demandeurs la charge de démontrer que la société mère exerçait, *de jure* ou *de facto*, un contrôle sur les actes ou omissions de la filiale qui ont résulté en une violation des droits de l'homme. Outre le fait que la charge de la preuve pèse sur les plaignants, cette technique peut par ailleurs désinciter la société mère à contrôler les activités de ses filiales, puisque la preuve d'un tel contrôle peut mener à la lever du voile social dans le cadre contentieux. Elle peut enfin être source d'insécurité juridique pour les entreprises, les techniques de levée du voile social variant d'un pays à l'autre.

Une seconde approche consiste à présumer le contrôle de la société-mère sur ses filiales, ce qui permet d'engager sa responsabilité pour tous les actes et omissions de celles-ci. Les lois de l'Etat d'origine de l'entreprise s'appliquent dans ce cas aux filiales constituées sous le régime juridique des pays d'accueil. Cette approche est plus en adéquation avec la nature des activités contemporaines des entreprises transnationales. Celles-ci consistent de moins en moins en une série de sociétés nationales dont les activités économiques seraient indépendantes, cadre dans lequel la société-mère laisserait une grande marge de manœuvre à ses filiales. La mondialisation économique a vu l'émergence d'une division internationale du travail, les entreprises transnationales s'apparentant à un réseau d'organisations qui interviennent à différents stades de la conception, la production et la commercialisation de produits. La société-mère joue un rôle prépondérant dans ce cadre économique, et exerce un contrôle au moins général sur l'ensemble de la chaîne de production. Bourdon et Queinnec proposent par conséquent d'établir un régime juridique propre aux groupes de sociétés, qui permettrait de lutter contre l'abus de la personnalité morale¹⁹⁴.

¹⁹³ Les développements qui suivent sont essentiellement basés sur le rapport soumis par Olivier de Schutter à John Ruggie : Olivier de Schutter, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations", Rapport préparé dans le cadre des travaux du Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 2006 ; sur l'additif au rapport présenté en 2007 par le Représentant spécial au 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, Additif : Responsabilité des sociétés au regard du droit international et questions relatives au régime d'extraterritorialité: résumé des ateliers juridiques », A/HRC/4/35/Add.2 ; et sur les travaux de William Bourdon et Yann Queinnec : Yann Queinnec, William Bourdon, « Réguler les entreprises transnationales », *op.cit.* (notamment les propositions 2, 3, 21 et 22).

¹⁹⁴ Yann Queinnec, William Bourdon, « Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions », *op.cit.*, proposition n°2.

Une troisième approche consiste à engager la responsabilité de la société mère directement pour ses propres actes ou omissions, et non pour ceux de ses filiales. L'efficacité de cette technique dépend essentiellement du cadre juridique imposé par l'Etat d'origine de l'entreprise transnationale. Si la responsabilité de la société mère ne peut être engagée que pour ses actes, il existe peu de chances de pouvoir atteindre à travers elle les violations des droits de l'homme commises à travers ses filiales. En revanche, si ses omissions sont également sanctionnées, notamment à travers le principe de diligence raisonnable, la société mère sera incitée à contrôler les impacts de ses filiales sur les droits de l'homme. L'avantage de cette approche est qu'elle incite les entreprises à contrôler les activités de leurs filiales, et qu'elle permet également d'atteindre les activités de ses autres partenaires économiques, par exemple ses sous-traitants, qui n'ont pas de lien juridique ou capitalistique direct avec l'entreprise transnationale. L'approche du Représentant spécial étant fondée sur la diligence raisonnable, cela milite d'autant plus pour en faire une obligation légale pour les entreprises.

En plus des obstacles pratiques liés à la structure des entreprises transnationales, il est un domaine important où les critères de compétences applicables aux personnes physiques ne semblent tout simplement pas transposables aux personnes morales. Si certains instruments imposent des obligations *aut dedere, aut judicare*, il est peu probable que les clauses qui étendent la compétence des Etats et créent une obligation de poursuivre les auteurs de certains crimes internationaux soient applicables aux personnes morales. Ces instruments n'ont pas été rédigés à leur intention. Contrairement aux interdictions substantielles, qui visent aussi bien les personnes morales que physiques, les mécanismes juridictionnels qu'ils créent sont spécifiquement adaptés à la répression d'individus. L'alternative entre poursuite et extradition ne peut par exemple pas être adaptée aux entreprises. De nombreux Etats ne reconnaissant pas ou que partiellement la responsabilité pénale des personnes morales, les clauses qui créent explicitement une obligation de pénaliser certains comportements ne peuvent à l'évidence pas les viser (à la différence des dispositions qui imposent de prendre des mesures en laissant le choix aux Etats quant à leur forme législative, administrative, civile, pénale, etc.). Cela ne signifie pas qu'un Etat ne pourrait pas éventuellement poursuivre une entreprise accusée de torture présente sur son territoire, sur une base coutumière qui serait dérivée du traité créant une obligation de poursuivre ou d'extrader les personnes physiques. Cela équivaldrait cependant à l'exercice optionnel d'une compétence extraterritoriale, non à la mise en œuvre d'une obligation¹⁹⁵.

Un autre biais par lequel les Etats auraient pu étendre leur compétence universelle aux entreprises pour les crimes les plus graves (génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité) était la transposition du Statut de Rome dans leur droit interne. Comme

¹⁹⁵ Olivier de Schutter, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations", Rapport préparé dans le cadre des travaux du Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 2006.

développé plus haut, une majorité d'Etats applique les dispositions du Statuts aux entreprises. Cependant, parmi les ceux-ci, seuls quatre des Etats étudiés par la Fafu ont adopté une loi de compétence universelle : l'Australie, le Canada, les Pays Bas et le Royaume Uni. Aucun d'entre eux n'a jusqu'à présent engagé des poursuites contre une entreprise à ce titre¹⁹⁶.

Au vu de ces différents éléments, il apparaît que la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises au titre de la compétence normative des Etats est généralement difficile. Concernant les crimes internationaux, il est difficile, en droit international conventionnel, de dégager une obligation de poursuivre les entreprises. Pour les autres violations des droits de l'homme, même en faisant appel à un critère de compétence admis en droit international comme la compétence personnelle active, de nombreux obstacles peuvent empêcher les victimes d'obtenir une réparation dans l'Etat d'origine des entreprises transnationales. C'est à cette situation que le Représentant spécial devait s'attaquer pour mettre fin au « fossé de gouvernance » qui caractérise la relation entre droits de l'homme et entreprises transnationales.

2) L'incapacité de l'approche retenue par le Conseil des droits de l'homme à garantir les droits des victimes et à lutter contre l'impunité

a) L'extraterritorialité dans les travaux du Représentant spécial

Le Représentant spécial s'est intéressé à la question de l'extraterritorialité, qui est mentionnée dans différents rapports. Parti d'une approche très restrictive de la compétence extraterritoriale des Etats, sa position a évolué vers une importance accrue accordée à la régulation des entreprises par leurs Etats d'origine. Cependant, aucun principe clair n'a été dégagé pour permettre d'étendre ou d'améliorer l'efficacité des mécanismes existants de mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises.

Dans le premier rapport intérimaire de 2006, l'extraterritorialité est prudemment abordée. Le Représentant spécial se contente de mentionner le fait que rien ne s'oppose en théorie à ce que les Etats étendent leur compétence aux activités de leurs propres entreprises à l'étranger. Il ajoute cependant que ce n'est pas une proposition « concernant le droit établi » mais « l'avenir du droit », qui exige, au même titre que l'imposition d'obligations directes aux entreprises par les traités de DIDH, une intervention des Etats pour prendre effet¹⁹⁷. De plus,

¹⁹⁶ Pour une liste complète des affaires mettant en cause des entreprises pour violations des droits de l'homme à travers le monde, voir l'adresse suivante : <http://www.business-humanrights.org/LegalPortal/Home/Countrywherelawsuitfiled>

¹⁹⁷ *Rapport intérimaire du 22 février 2006, op.cit.*, §66.

si le rapport souligne qu'il faut accorder « *une attention particulière* » à la « *question cruciale* » de « *l'extension éventuelle de l'application extraterritoriale de la [compétence]¹⁹⁸ de certains pays [d'origine]¹⁹⁹ pour les pires violations des droits de l'homme commises par leurs sociétés à l'étranger* », il est ajouté que « si cette porte était ouverte ou même entrebâillée, les entreprises pourraient être assujetties à différentes normes nationales, comme elles l'ont déjà été dans le domaine du blanchiment de l'argent et de la corruption »²⁰⁰. L'approche initiale de la compétence extraterritoriale est donc particulièrement conservatrice. Selon ce premier rapport du Représentant spécial, il n'est même pas certain que l'exercice de la compétence personnelle active soit admis pour la répression des pires violations des droits de l'homme.

En 2007, la position a évolué et Ruggie prend note du fait que « *plusieurs pays prévoient une compétence extraterritoriale pour ce qui est des crimes internationaux commis par ou contre leurs ressortissants; par ailleurs, quelques-uns s'appuient sur la «compétence universelle» pour étendre leur législation, indépendamment des liens de nationalité. Ainsi, si elles permettent également d'adopter des sanctions pénales contre des sociétés, ces dispositions extraterritoriales pourraient être étendues aux entreprises* »²⁰¹. La problématique de la séparation juridique des filiales est évoquée dans le même article, et, prudemment, le Représentant spécial affirme que « les règles qui régissent la compétence extraterritoriale semblent indiquer » qu'imposer la responsabilité civile de la société mère pour les actes et omissions de ses filiales à l'étranger est permis²⁰².

Au vu de cette approche initiale timide, le cadre « Protéger, Respecter, Réparer » marque une évolution nette. Le rapport contient la première analyse réelle de la question de l'extraterritorialité.

*« Les spécialistes divergent sur la question de savoir si le droit international oblige les États d'origine à contribuer à prévenir les atteintes aux droits de l'homme commises à l'étranger par des sociétés dont le siège se trouve sur leur territoire. On s'accorde davantage sur le fait que rien n'empêche les États de s'y employer, dès lors qu'il existe une base de compétence reconnue, et que les actes de l'État d'origine obéissent à un critère global, celui du caractère raisonnable, qui inclut la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États. En effet, sur le plan international, les États d'origine sont de plus en plus encouragés, notamment par les organes conventionnels, à adopter des règles visant à empêcher les pratiques abusives de leurs sociétés à l'étranger »*²⁰³

¹⁹⁸ Dans la version française du rapport, le terme anglais *jurisdiction* est traduit par « juridiction ». Nous préférons le terme « compétence ».

¹⁹⁹ Du fait d'une coquille dans la version française, le terme « home country » est traduit par « pays d'accueil » au lieu de « pays d'origine ».

²⁰⁰ *Ibid.*, §71.

²⁰¹ John Ruggie, « Les entreprises et les droits de l'homme: analyse des normes internationales relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises », *op.cit.*, §25.

²⁰² *Ibid.*, §29.

²⁰³ *Ibid.*, §19.

Les rapports et interventions ultérieurs du Représentant spécial préciseront la direction qu'il souhaite donner aux débats sur l'extraterritorialité. Il affirme à plusieurs reprises que l'extraterritorialité recouvre des réalités différentes, faisant la distinction entre la « vraie » extraterritorialité, qui consiste en des mesures d'application directe à l'étranger fondées sur la compétence personnelle active, et les mesures domestiques qui ont des effets extraterritoriaux, qui reposent sur la compétence territoriale des Etats. Les mesures adoptables pour réguler les activités des entreprises transnationales peuvent être décrites sous forme d'une matrice de deux lignes et trois colonnes : les lignes sont 1) les mesures domestiques qui ont des implications extraterritoriales et 2) la compétence extraterritoriale directe. Les colonnes sont 1) les politiques publiques à l'égard des entreprises (telles que les politiques de responsabilité sociale, les critères des organismes de crédit à l'exportation, les politiques de marchés publics ou le soutien consulaire) ; 2) les réglementations (par exemple à travers le droit des sociétés) et 3) les mesures d'exécution (les sanctions juridictionnelles et l'application de mesure juridictionnelles ou de décisions d'organes exécutifs)^{204 205}.

Dans une intervention lors d'une conférence organisée par la présidence suédoise de l'UE le 10 novembre 2009, le Représentant spécial déclare que si les entreprises, les Etats d'origine et d'accueil sont réticents au sujet de la compétence extraterritoriale directe, il est nécessaire de faire avancer le débat sur la question pour combler les lacunes en matière de gouvernance. Prenant l'exemple des zones de conflits où le régime international de protection des droits de l'homme ne peut pas fonctionner correctement du fait de l'incapacité des institutions locales à le mettre en œuvre, il déclare :

“What message should home countries send the victims of corporate-related human rights abuses in those situations? Sorry? Good luck? Or that, at a minimum, we will work harder to ensure that companies based in our jurisdictions do not contribute to the human rights abuses that so often accompany such conflicts, and to help remedy them when they do occur? Surely the last is preferable »²⁰⁶

Se référant à sa matrice à six entrées, il affirme que toutes les cases sont à l'heure actuelle « sous-peuplées ». Cela constitue une « bizarrerie » lorsque les Etats d'origine soutiennent les entreprises à travers des organismes de crédit ou d'assurance. Et de conclure que pour progresser sur le sujet de l'extraterritorialité, il est nécessaire de percer la mystique qui l'entoure, en séparant ce qui est problématique de ce qui est autorisé en droit international. S'il n'est pas fait mention des obligations extraterritoriales des Etats, la voie est donc engagée

²⁰⁴ Voir le rapport intérimaire *Business and human rights: further steps toward the operationalization of the “protect, respect and remedy” framework*, 9 avril 2010, A/HRC/14/27, §48-49 (pas de version française disponible).

²⁰⁵ Les décisions de justice sont ici assimilées à des mesures d'exécution. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles sont interdites : seul le fait de tenter de leur donner force exécutoire à l'étranger sans l'accord de l'Etat territorial est prohibé.

²⁰⁶ John G. Ruggie, *Keynote Presentation at EU Presidency Conference on the ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, Stockholm, November 10-11, 2009. L'intervention intégrale est disponible à l'adresse suivante :

http://www.se2009.eu/polopoly_fs/1.22911!menu/standard/file/Ruggie,%20speech.pdf

vers une régulation extraterritoriale des activités des entreprises, y compris le fait de fournir un recours aux victimes de violations des droits de l'homme. Au vu de cette évolution, les Principes directeurs sont décevants dans leur traitement de l'extraterritorialité. Celle-ci est abordée dans le commentaire du principe directeur 2.

« Les États devraient énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités. »

Le commentaire affirme que les États ne sont pas tenus de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sous leur juridiction – le cadre « Protéger, Respecter, Réparer » faisait état du manque de consensus sur le sujet. Il se borne ensuite à donner quelques exemples de régulations possibles – mesures nationales ayant des implications extraterritoriales et mesures d'application extraterritoriale directe. Les régimes pénaux se fondant sur la compétence personnelle active sont notamment présentés comme une simple option.

Il est peu probable que ces recommandations prudentes provoquent un réel changement de pratique. Aucune obligation de régulation fondée sur la nationalité de l'entreprise n'est avancée. Aucune obligation de fournir un recours effectif aux victimes de violations graves des droits de l'homme n'est envisagée. Ces conclusions paraissent aller à rebours de l'évolution du système international de protection des droits de l'homme, qui fait de la lutte contre l'impunité l'une de ses priorités et place de plus en plus les droits des victimes au centre de ses préoccupations. Le troisième pilier des Principes directeurs, l'accès à des voies de recours, paraît lui-même très affaibli par ce cadre inadapté à la sanction des entreprises auteures de violations des droits de l'homme.

b) *La lutte contre l'impunité et les droits des victimes*

« L'Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité » définit l'impunité comme « *l'absence, en droit ou en fait, de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de violations, ainsi que de leur responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriées, y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes* »²⁰⁷. La Commission du droit international (CDI), qui a présenté en 2011 son quatrième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre²⁰⁸, note

²⁰⁷ Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité, présenté à la Commission des droits de l'homme le 8 février 2005 ; E/CN.4/2005/102/Add.1

²⁰⁸ Commission du droit international, *Quatrième rapport sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare)*, présenté à l'Assemblée générale le 31 mai 2011, A/CN.4/648.

que « le devoir de concourir à la lutte contre l'impunité est déjà considéré par certains États et par la doctrine comme une règle coutumière, qui crée pour les États une indubitable obligation ». Elle cite l'intervention d'Eric David devant la CIJ dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* :

« Cette règle, qui oblige les États soit à lutter contre l'impunité, soit à traduire en justice les auteurs de crimes de droit international – les expressions peuvent varier – ne figure pas seulement dans [les traités internationaux] que j'ai mentionnés; on la retrouve dans près d'une quarantaine de résolutions adoptées par le Conseil de sécurité depuis 2003 jusqu'à aujourd'hui. » Pour ce qui est du contenu du droit invoqué par la Belgique, Eric David déclare à juste titre que : « [...] le droit pour la Belgique est de voir les États respecter leur obligation de poursuivre ou d'extrader l'auteur d'un crime de droit international. Ce droit n'est évidemment rien d'autre que la transcription en termes de droit par la communauté internationale d'une valeur morale et sociale essentielle désormais élevée au rang d'exigence juridique – celle de ne pas laisser impunis les crimes les plus graves »²⁰⁹

Les Etats ont par conséquent l'obligation de ne pas laisser impunis les crimes les plus graves – quels que soient leurs auteurs. Ils ont au minimum l'obligation de coopérer en vue de lutter contre les atteintes graves aux droits de l'homme. Les « Lignes directrices du Conseil de l'Europe pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme » affirment dans ce sens que les Etats ont des obligations en matière de coopération, notamment en matière d'entraide mutuelle, de poursuites et d'extraditions²¹⁰. La CDI préconise également d'étendre la compétence des tribunaux nationaux comme moyen de lutter contre l'impunité.

La lutte contre l'impunité peut être considérée sous deux angles. Elle peut viser à la préservation des intérêts des Etats, créant ainsi des obligations au niveau interétatiques dans la lutte contre les différents aspects de la criminalité transnationale. Un deuxième angle – qui n'est pas exclusif mais complémentaire du premier – est, dans le cadre particulier de la protection des droits de l'homme, de se placer du côté des victimes. Les Etats doivent alors lutter contre l'impunité pour respecter leurs obligations vis-à-vis des individus. Cette approche est aujourd'hui fortement ancrée dans le système international de protection des droits de l'homme. Plus particulièrement, le droit à un recours et à une réparation pour les victimes de violations des droits de l'homme en est devenu une pierre angulaire.

Le droit à un recours effectif est énoncé dans de nombreuses conventions internationales ou régionales. Au niveau universel, on le trouve par exemple à l'article 8 de la DUDH, à l'article 2 du PIDCP, à l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, à l'article 14 de la Convention contre la torture et à l'article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Il est également réaffirmé régulièrement

²⁰⁹ *Ibid.*, §37 et §38.

²¹⁰ Conseil de l'Europe, *Éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'Homme Lignes directrices et textes de référence*, 2011.

par les comités des traités. Concernant les violations graves, il est inscrit dans le marbre par les 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. Ces principes, adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005, montrent bien l'évolution du droit international vers une approche centrée sur les victimes. Il est affirmé dans le préambule « qu'en adoptant une approche axée sur la victime, la communauté internationale affirme sa solidarité humaine à l'égard des victimes de violations du droit international, y compris de violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, ainsi qu'à l'égard de l'humanité tout entière ». Au travers de ces principes, l'Assemblée générale rappelle le principe, qui vaut pour l'ensemble des violations des droits de l'homme, qu'au titre de leur obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le DIDH et le DIH²¹¹, les Etats doivent garantir un accès équitable, effectif et rapide à la justice, mettre en place des recours suffisants, utiles, rapides et appropriés, y compris la réparation²¹².

En cas de violations « flagrantes » du DIDH et de violations graves du DIH qui constituent des crimes de droit international, les Principes réaffirment l'obligation d'enquêter et de poursuivre qui incombe aux Etats, leur obligation de coopération²¹³ et, « *lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit, les États incorporent ou mettent en œuvre, dans leur droit interne, des dispositions appropriées instaurant la juridiction universelle*²¹⁴ ». Le droit des victimes à un recours comprend celui d'un accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité, une réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi et l'accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation²¹⁵.

L'accès à un recours judiciaire est donc inscrit au cœur du droit international contemporain. Le droit à la réparation l'est tout autant, y compris quand sa responsabilité incombe à une personne physique ou morale²¹⁶. L'Etat doit alors assurer la réparation aux victimes en surveillant l'exécution des décisions de réparation prononcées par ses juridictions internes mais aussi des décisions prononcées par des juridictions étrangères, « *conformément à son droit interne et à ses obligations juridiques internationales* »²¹⁷. Les réparations peuvent consister en des mesures de restitution, d'indemnisation, de réadaptation, de satisfaction et

²¹¹ John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », *op.cit.*, Principe 1.

²¹² *Ibid.*, Principe 2.

²¹³ *Ibid.*, Principe 4.

²¹⁴ *Ibid.*, Principe 5.

²¹⁵ *Ibid.*, Principe 11.

²¹⁶ *Ibid.*, Principe 15.

²¹⁷ *Ibid.*, Principe 17.

des garanties de non-répétition²¹⁸. La place centrale du droit à la réparation des victimes dans la justice pénale internationale a encore récemment été renforcée par la première décision d'indemnisation des victimes prise par la chambre de première instance de la CPI dans l'affaire Lubanga²¹⁹. Si, à l'inverse du système de protection international des droits de l'homme, les individus n'avaient pas une place importante aux débuts de la mise en place de juridictions pénales internationales, la place que leur fait le Statut de Rome a largement commencé à renverser cette tendance. Si cette évolution est traduite dans le troisième pilier des Principes directeurs, les faiblesses des évolutions sur la question de l'extraterritorialité risquent de prolonger l'anormalité que constitue le domaine des entreprises et des droits de l'homme.

c) Le troisième pilier des Principes directeurs : l'accès à un recours

La nécessité d'améliorer les recours mis à disposition des victimes de violations des droits de l'homme commises par des entreprises constitue le troisième pilier du cadre mis en place par le Représentant spécial. Fournir un recours effectif fait partie de l'obligation de protéger des Etats. La mise à disposition de mécanismes de recours fait également partie de la responsabilité de respecter des entreprises. Le fait que cet aspect constitue un pilier à part entière montre l'importance qu'il revêt aux yeux du Représentant spécial. L'une des critiques faites par certaines ONG aux Principes directeurs est cependant son manque de clarté quant à la nature judiciaire du recours que les Etats doivent fournir²²⁰. Nous allons cependant voir que si les formulations qu'ils emploient sont parfois obscures, il ne fait aucun doute que le cadre « Protéger, Respecter, Réparer » et les Principes directeurs affirment l'obligation des Etats de mettre à disposition des victimes des recours judiciaires, les recours non-judiciaires pouvant les compléter mais non s'y substituer.

Certes, il n'est affirmé ni dans le Cadre « Protéger, Respecter, Réparer », ni dans les Principes directeurs, que l'accès à un recours effectif et à une réparation constituent un droit opposable pour les victimes. Cependant, le principe directeur 25 fait clairement peser sur l'Etat une obligation juridique :

« Au titre de leur obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, les États doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires,

²¹⁸ *Ibid.*, Principe 18.

²¹⁹ Cour pénale internationale, Chambre de première instance, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, 7 août 2012, CC-01/04-01/06.

²²⁰ Voir par exemple la position d'Amnesty International sur le sujet :

<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR50/002/2010/en/44111ff4-44cc-47d4-8c6f-7756a39c0eac/ior500022010en.html>

administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif »

Selon le commentaire qui suit, l'obligation de protéger « peut être affaiblie voire même vidée de son sens »²²¹ quand l'Etat n'enquête pas au sujet des violations des droits de l'homme, ne punit pas les responsables et n'assure pas de réparation aux victimes. Cette formulation, certes floue, indique toutefois que l'Etat qui ne fournit pas de recours effectif ne respecte pas son obligation de protéger. Cependant, il n'est pas certain à première vue que ce recours doive obligatoirement être judiciaire. Seul le principe directeur 26 est consacré aux recours judiciaires :

« Les États devraient prendre des mesures appropriées pour assurer l'efficacité des mécanismes judiciaires internes lorsqu'ils font face à des atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, y compris en examinant les moyens de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours »

Ce principe insiste cependant plus sur l'efficacité des mécanismes judiciaires que sur le fait qu'ils sont obligatoires. Les cinq autres principes directeurs qui traitent des recours sont consacrés aux recours non-judiciaires, dont un sur ceux qui relèvent de l'Etat.

« Les États devraient fournir des mécanismes de réclamation non judiciaires efficaces et appropriés, en plus des mécanismes judiciaires, dans le cadre d'un système étatique complet de réparation des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises »²²²

Selon le commentaire de ce principe, les mécanismes non-judiciaires « jouent un rôle essentiel en complément et en remplacement des mécanismes judiciaires. Même lorsque les systèmes judiciaires sont efficaces et bien dotés en ressources, ils ne peuvent pas prendre en charge toutes les atteintes présumées; des voies de recours ne sont pas toujours nécessaires; ce n'est pas non plus l'approche privilégiée par tous les requérants ». La formulation « en complément et en remplacement » peut porter à confusion. La version anglaise est bien moins floue en employant les termes « *complementing and supplementing* », qui n'indiquent en aucun cas une possibilité de substitution de recours non-judiciaires aux recours judiciaires mais bien un rôle uniquement complémentaire. La seule interprétation cohérente des passages précités, à la fois au vu du droit international, mais aussi de l'ensemble des travaux du Représentant spécial, est que les victimes doivent pouvoir accéder à des mécanismes non-judiciaires, parfois plus souples, lorsqu'elles le souhaitent et lorsque la nature de la violation s'y prête, sans que cela n'affecte leur droit d'accéder à un recours judiciaire. Cela transparait clairement dans le paragraphe 84 du cadre « Protéger, Respecter, Réparer ».

²²¹ Voir John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », *op.cit.*, commentaire du principe directeur 25.

²²² *Ibid.*, Principe directeur 27.

« Les mécanismes non - judiciaires jouent un rôle important parallèlement aux procédures judiciaires. Ils peuvent se révéler particulièrement utiles dans les pays où les tribunaux ne sont pas en mesure, pour une quelconque raison, d'offrir un accès adéquat et effectif à des voies de recours. Ils sont néanmoins également importants dans les sociétés où les institutions garantes de l'état de droit fonctionnent bien, car ils peuvent fournir un premier recours plus rapide, plus facilement accessible, plus abordable et plus flexible. »

Il s'agit donc bien d'un « premier recours » dans les pays qui disposent d'un système judiciaire solide, et d'un recours par défaut lorsque l'Etat n'est pas en mesure de remplir son obligation de fournir un recours judiciaire. Pour se conformer à leur obligation de protéger, les Etats doivent donc mettre en place des recours judiciaires pour les victimes de violations de leurs droits par des entreprises. La portée extraterritoriale de cette obligation a été abordée par le Représentant spécial. Dans le rapport de 2008, il est indiqué que les Etats devraient offrir un recours aux victimes étrangères sur la base de la compétence personnelle active.

« Les États devraient renforcer la capacité de leurs tribunaux pour examiner des plaintes et faire appliquer les réparations auxquelles a été condamnée toute entreprise en activité ou ayant son siège sur leur territoire, tout en offrant des garanties contre les recours abusifs. Les États devraient s'attaquer aux obstacles qui entravent l'accès à la justice, notamment pour les demandeurs étrangers – en particulier lorsque les violations alléguées constituent des violations massives et systématiques des droits de l'homme. »²²³

Le commentaire du Principe directeur 26 détaille les obstacles que les Etats devraient lever pour assurer leur obligation de fournir un recours effectif. Parmi ces obstacles, sont cités « la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit pénal et civil interne » et le cas de figure où « les requérants s'exposent au déni de justice dans un État d'accueil et ne peuvent pas accéder aux tribunaux des États d'origine quel que soit le bien-fondé de la plainte ». Ces formulations prudentes, qui s'assimilent à des recommandations, ne semblent cependant pas dégager une obligation juridique pour les Etats.

Si le cadre « Protéger, Respecter, Réparer » et les Principes directeurs affirment le principe de l'obligation de mettre un recours effectif à disposition des victimes, ils ne dégagent que peu de pistes, et aucune contrainte juridique, quant à l'effet extraterritorial de cette obligation.

²²³ John Ruggie, « Cadre Protéger, Respecter, Réparer », *op.cit.*, §91.

B. La nécessité de repenser le cadre conceptuel de la compétence extraterritoriale

Le cadre contemporain de répression des violations des droits de l'homme par les entreprises reste largement marqué par son impuissance à lutter contre l'impunité. Les travaux du Représentant spécial n'ont pas résolu le problème fondamental de l'impossibilité qu'ont les victimes d'accéder à un recours judiciaire, droit qui leur est pourtant reconnu, du fait de leur absence de remise en question du carcan théorique qui crée les conditions de cette impunité. Nous proposons ici un cadre qui pourrait permettre de mettre fin à l'incohérence de l'absence de règles contraignantes qui entoure les activités des entreprises transnationales. Ce cadre est bâti sur deux propositions principales.

D'une part, les Etats ont l'obligation de fournir un recours aux victimes de crimes internationaux commis par ou avec la complicité d'entreprises présentes sur leur territoire, indépendamment de tout autre lien de rattachement entre l'Etat et la situation. Pour cela, il est nécessaire de repenser les fondements théoriques de la compétence extraterritoriale : lorsque celle-ci vise non-pas à poursuivre des intérêts étatiques, mais à sanctionner les obligations internationales qui pèsent sur les entreprises, elle ne doit pas être considérée comme l'extension de la compétence normative des Etats, mais comme l'exercice de leur compétence juridictionnelle. Cette approche se distingue des conceptions qui régissent actuellement la pratique des Etats. Elle est néanmoins plus adaptée aux évolutions du droit international, et plus largement du système international, qui appellent à repenser la relation entre droit interne et droit international.

D'autre part, les Etats d'origine des entreprises transnationales ont l'obligation de veiller à ce que celles-ci ne violent pas l'ensemble des droits de l'homme internationalement reconnus dans le cadre de leurs activités internationales. Cela doit notamment passer par une sanction juridique de l'exercice de la diligence raisonnable avec un effet extraterritorial, et par la mise à disposition de recours pour les victimes de violations des droits l'homme sur la base de la compétence personnelle active.

1) L'obligation de fournir un recours aux victimes de crimes internationaux

a) *L'application extraterritoriale de l'Alien Tort Statute*

Les débats doctrinaux autour de la répression extraterritoriale des crimes internationaux commis par ou avec la complicité d'entreprises se focalisent essentiellement sur l'admissibilité de la compétence normative extraterritoriale des Etats. Ils sont marqués par l'idéologie de concurrence des souverainetés étatiques, qui semble dépassée dans le domaine de la répression des crimes internationaux. Le modèle de l'*Alien Tort Statute* est une alternative tranchante à ce cadre de pensée. Certes, les meilleurs résultats qu'aient obtenus des plaignants face à des entreprises sont à ce jour des règlements à l'amiable. Cela peut au moins contrer l'argument selon lequel la généralisation de ce genre de recours à l'échelle internationale mènerait au chaos judiciaire. Un peu plus de quinze ans après la première plainte déposée contre Unocal, il apparaît que l'existence même du risque contentieux que représente l'ATS est cependant un premier pas vers la fin de l'impunité.

Dans le cadre de l'ATS, un trait remarquable des décisions de justice est que les cours qui se déclarent compétentes pour juger des actes dont aucun élément constitutif n'est rattachable aux Etats-Unis ne se fondent pas sur la doctrine de la compétence universelle ou de l'obligation de juger ou d'extrader certains criminels. Cela s'explique par le fait que ces critères de compétence, tout comme le rattachement territorial ou la nationalité, s'appliquent à l'exercice de la compétence normative. Or, comme nous l'avons vu, dans le contentieux de l'ATS, les cours appliquent directement le droit international. L'ATS ne fait qu'établir la compétence des cours²²⁴ : si le recours est fédéral, la norme substantielle sanctionnée est une norme de droit international. La compétence exercée par les cours américaines est par conséquent de nature juridictionnelle. Elle est justifiée par le devoir de punir les *hostis humani generis*, les ennemis de toute l'humanité, en se faisant l'agent d'un droit international qui ne peut être sanctionné ailleurs. Par conséquent, une fois la compétence personnelle établie, selon le critère souple que nous avons décrit, la compétence matérielle dépend de l'applicabilité aux entreprises de la norme internationale invoquée par les plaignants. Sous réserve d'un revirement de jurisprudence de la Cour Suprême dans l'affaire *Kiobel*, il n'existe pas de limitation territoriale à l'applicabilité de l'ATS. Dans la plupart des arrêts importants cités plus haut (*Filartiga*, *Marcos*, *Sosa*), les affaires concernaient des violations des droits de l'homme commises à l'étranger, par des étrangers, contre des étrangers.

²²⁴ C'est un *jurisdictional statute*.

Le grand nombre de décisions d'incompétence des cours américaines l'est pour d'autres motifs que des limitations territoriales à l'applicabilité de l'ATS. Les doctrines les plus souvent invoquées sont celles du *forum non conveniens*, de la *political question*, et de l'*act of State*. La doctrine du *forum non conveniens* permet au juge américain d'écarter sa compétence lorsqu'il juge qu'une juridiction étrangère serait mieux placée pour examiner le recours introduit par le plaignant ou pour lui accorder une réparation. Cette décision est prise au cas par cas, au regard des circonstances de l'espèce, et ne constitue pas une limitation de principe à la compétence extraterritoriale. Les entreprises ont fréquemment recours à cette doctrine, les pays où elles sont accusées d'avoir commis des violations des droits de l'homme offrant des garanties plus faibles aux plaignants. Le juge américain peut décliner sa compétence s'il estime qu'il existe une autre juridiction vers laquelle le demandeur peut se tourner et en pondérant l'ensemble des intérêts en jeu, y compris les intérêts publics²²⁵, la charge de la preuve pesant sur le défendeur²²⁶. Le forum alternatif sera considéré adéquat « s'il offre une solution effective, c'est-à-dire s'il autorise l'action en cause sur une base adéquate et moyennant une réparation acceptable »²²⁷. L'indépendance du système judiciaire sera notamment prise en compte. La doctrine du *forum non conveniens* a permis le rejet de nombreuses plaintes invoquant l'ATS²²⁸. La *political question doctrine* permet également au juge de décliner sa compétence, lorsqu'il considère que l'affaire qui lui est présentée relève du pouvoir exécutif et législatif de l'Etat, notamment en matière d'affaires étrangères. L'*act of State doctrine* permet d'écarter des affaires qui mettent en cause des actes exécutifs d'un Etat qui ne seraient pas déjà couverts par le *Foreign Sovereign Immunities Act*.

Malgré ces nombreux chefs d'incompétences invocables, qui ont de fait limité considérablement la portée de l'ATS, ces limitations sont fondées sur des bases différentes de celles qui exigent des liens de rattachement entre un Etat et une situation en matière de compétence normative. L'approche de l'ATS est une limitation au cas par cas, qui pondère les différents intérêts en présence, alors que les limitations à la compétence normative sont générales et excluent *a priori* la compétence des cours et l'accès des victimes à un recours effectif.

Cette compétence très large des cours américaines fait débat, et certains auteurs tentent d'interpréter l'ATS différemment au regard du droit international afin d'en limiter la portée.

²²⁵ FIDH, « Entreprises et droits de l'homme », *op.cit.*, p.207.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*, p.208.

²²⁸ Il n'existe pas à notre connaissance de statistiques concernant le contentieux de l'ATS. Pour des décisions d'incompétence fondées sur la doctrine du *forum non conveniens*, voir par exemple l'affaire *In Re Union Carbide Corp Gas Plant Disaster at Bhopal*, 634 F Supp 842 (SDNY 1986), (concernant l'accident industriel de Bhopal) et *Sequihua v. Texaco, Inc.* (847 F. Supp. 61) (plainte de citoyens équatoriens qui accusaient Texaco d'avoir provoqué des pollutions). Pour des affaires où l'incompétence au motif du *forum non conveniens* a été écartée, voir *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co, op.cit.*, et *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc. and The Republic of Sudan*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003), 453F. Supp. 2D 633 (S.D.N.Y 2006), No. 07-0016cv (2d Cir. Oct. 2, 2009) (plainte contre Talisman Energy déposée par l'Eglise presbytérienne du Soudan des soudanais pour complicité de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre).

Comme nous l'avions brièvement mentionné plus haut, il est par exemple défendu que la norme substantielle appliquée dans le contentieux de l'ATS est une norme interne et non internationale. Les Etats-Unis exerceraient de ce fait une compétence normative, et non juridictionnelle. Ingrid Wuerth, entre autres arguments en faveur de cette position, affirme par exemple :

« *Because application of international norms in ATS cases may rely in part on uniquely U.S. concerns, acknowledging that U.S. courts are actually applying federal common law is normatively superior because it is more accurate, and because it may help avoid the charge that the United States misunderstands the content and relevant sources of international law* » ²²⁹.

Cet argument selon lequel le fait que les cours américaines se livrent à un exercice d'interprétation du droit international impliquerait nécessairement la nature normative de la compétence qu'elles exercent n'est pas convainquant. Il impliquerait par analogie que toute cour appliquant la loi du *locus delicti* dans un contentieux civil exercerait également une compétence normative, puisqu'elle ne manquerait pas d'appliquer cette loi de manière différente de ce qu'aurait fait une cour locale. Cela signifierait par conséquent que tout exercice d'une compétence juridictionnelle par une cour nécessiterait l'exercice d'une compétence normative, position qui n'est pas retenue par la doctrine. De la même manière, l'application de règles procédurales internes ne change pas la nature juridictionnelle de la compétence exercée par les cours américaines. Selon le troisième *Restatement of the Law of Foreign Relations of the United States*, la compétence normative s'apprécie au regard de la loi substantielle applicable, et non des règles procédurales²³⁰. Cette interprétation est logique. Une procédure juridictionnelle est toujours régie par les règles du forum. Le terme même de compétence extraterritoriale juridictionnelle n'aurait là non plus pas de sens si l'on considérait que l'application de ces règles procédurales équivalait à l'exercice d'une compétence normative.

Durant la première audience de l'affaire *Kiobel* en février 2012, les juges de la Cour suprême se sont montrés réticents à étendre la portée de l'ATS à des situations sans lien avec les Etats-Unis, et il est donc possible qu'elle place des restrictions techniques à son champ d'application, par exemple en instaurant l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, comme le demande le deuxième mémoire d'*amicus curiae* des Etats-Unis dans cette affaire²³¹. Cependant, au regard du droit international, l'absence de limite *de principe*

²²⁹ Ingrid Wuerth, "The Alien tort Statute and federal common law: a new approach", in *Notre Dame Law Review*, Vol 85:5, 2010, p.1943.

²³⁰ Cité dans le Mémoire supplétif des requérants, *Kiobel* et dans le mémoire d'*amicus curiae* des International Law Scholars.

²³¹ *Kiobel v. Royal Dutch Shell*, Supplemental brief for the United states as *amicus curiae* in partial support of affirmance. Ce second mémoire n'a pas été signé par le département d'Etat conjointement avec le ministère de la Justice, contrairement au premier qui soutenait les demandeurs dans leur affirmation que l'ATS était applicable aux entreprises, ce qui a été interprété comme un signe de protestation à l'égard des restrictions à l'application extraterritoriales qu'il préconise. Voir par exemple le commentaire de John Bellinger, ancien conseiller juridique du Département d'Etat, à l'adresse suivante :

l'application extraterritoriale de l'ATS paraît tout à fait licite. Nous défendons ici également le point de vue qu'elle constitue un obligation, qui devrait également peser sur tous les Etats, qui sont tenus de mettre à disposition des victimes de crimes internationaux des recours judiciaires, qu'ils soient civils ou pénaux.

b) ***La compétence juridictionnelle universelle en matière pénale***

L'ATS montre qu'en considérant que la compétence exercée à l'égard des entreprises accusées de crimes internationaux est de nature juridictionnelle, il est possible de contourner les limites inhérentes à l'exercice de la compétence normative. La transposition de ce raisonnement à d'autres systèmes de droit n'est cependant pas évidente. L'ATS est un recours civil, régi par des règles de droit privé, domaine dans lequel la loi du forum n'est pas nécessairement appliquée pour régler les litiges. Il en va de manière différente en droit pénal, où la loi du forum sera toujours appliquée. La conclusion qui en est généralement tirée est que toute compétence extraterritoriale en matière pénale est normative. Olivier de Schutter explique ainsi la spécificité du droit pénal :

« [L]a matière pénale présente une double spécificité qui conduit à nuancer cette hétérogénéité de principe entre compétence normative et compétence juridictionnelle extraterritoriale. Premièrement, à la différence de ce qui est le cas en droit privé, le juge pénal appliquera en principe exclusivement la loi du for, et non pas le droit pénal étranger 90. Ce principe s'explique sans doute par le lien étroit que l'on postule encore entre le droit pénal de l'État et sa souveraineté territoriale ; l'interdépendance accrue des États dans le contexte actuel de la mondialisation des rapports économiques permet cependant de prédire, sans grand risque de se tromper, sa disparition prochaine.

Deuxièmement, compte tenu de l'importance que revêt le respect dû à la sécurité juridique en matière pénale, l'application de la loi pénale du for sera habituellement subordonnée, lorsque l'acte a été commis à l'étranger, au principe de la double incrimination, de manière telle que ne pourra être poursuivi que l'individu ayant posé un acte érigé en infraction à la fois par l'État territorial et par l'État devant les juridictions duquel il est poursuivi ».

Ces deux spécificités du droit pénal ne nous paraissent cependant pas rédhibitoires. La condition de double incrimination peut tout d'abord être écartée. Concernant les crimes internationaux, il paraîtrait illogique d'appliquer ce principe. Prenons l'exemple de la torture. Le droit international impose aux entreprises l'interdiction de se rendre complices de la commission d'actes de torture par des autorités étatiques. Conditionner la poursuite d'une entreprise complice d'un Etat qui torture ses citoyens par l'incrimination de la torture dans le droit pénal de cet Etat serait manifestement absurde. La condition de double incrimination est en outre déjà écartée dans différents systèmes internes pour les infractions les plus graves

(voir *supra*). Par ailleurs, comme mentionné dans l'extrait ci-dessus, l'interdépendance des Etats liée à la mondialisation remet en cause la spécificité du droit pénal. Nous avons vu dans notre première partie que si les régimes juridiques permettant de mettre en œuvre la responsabilité des entreprises sont divers, ils poursuivent tous l'objectif de réprimer des violations du droit international qui ne peuvent être sanctionnées dans aucun forum supranational. Au vu de l'objectif affiché de lutte contre l'impunité des auteurs des crimes les plus graves, au vu également du changement d'approche qui place le droit des victimes à un recours et à une réparation au cœur de la répression internationale de certains crimes, il est aujourd'hui possible de considérer que la répression des crimes internationaux par les systèmes nationaux s'apparente à l'exercice d'une compétence juridictionnelle.

Daniel Bodansky propose en ce sens une interprétation de la compétence universelle différente de celle de la doctrine majoritaire, qui la voit comme une forme de compétence normative. Il est ainsi selon lui possible de considérer que lorsque un Etat exerce sa compétence pour sanctionner la violation d'une obligation dont un individu est directement débiteur en droit international, il applique une règle substantielle de droit international et non une règle de droit interne. Si cela paraît contre-intuitif dans les systèmes dualistes, où la norme internationale doit être transposée en droit interne pour être applicable, au bout du compte, la norme substantielle régulant la conduite est dérivée du droit international²³² (voir *infra*). L'exercice de la compétence universelle ne devrait par conséquent pas être problématique, puisqu'en exerçant une compétence juridictionnelle, les Etats ne peuvent être soupçonnés de projeter leurs propres politiques légales – crainte qui justifie en partie les limites à la compétence normative²³³.

Cette approche est soutenue par plusieurs évolutions du droit international. Celui-ci régule de plus en plus les conduites individuelles, reposant sur les Etats pour appliquer les normes qu'il édicte. Le DIDH fait sortir les relations entre un Etat et ses citoyens du domaine de la compétence nationale exclusive. Le principe de non-ingérence n'est donc pas applicable à ces domaines régulés par le droit international, qui ne sont plus exclusivement du ressort des juridictions nationales. L'exigence de contacts minimums peut, elle, être remplie dès lors qu'une obligation est *erga omnes*, comme le sont au moins certaines règles de droit international des droits de l'homme²³⁴. Un Etat peut être fondé à connaître d'une violation des normes de droit international, par exemple l'interdiction du génocide ou de la torture, sans que l'on puisse considérer qu'il s'ingère dans les affaires intérieures de l'Etat dans lequel ces violations se sont produites. L'exercice de la compétence universelle est donc permis dès lors qu'un Etat sanctionne une violation du droit international.

²³² Bodansky, "Human Rights and universal jurisdiction", *op.cit.*, p.10.

²³³ *Ibid.*, p.11.

²³⁴ CIJ, « Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power, Belgique c. Espagne », 5 février 1970.

Bodansky précise que tous les droits de l'homme ne sont pas concernés : la compétence universelle existe quand le droit international établit la responsabilité individuelle pour une violation des droits de l'homme. La liste des violations des droits de l'homme sujets à la compétence universelle n'est pas définie ni figée – il cite les crimes de guerre, la torture, la traite d'esclaves, le génocide. En somme, Bodansky considère que les Etats sont autorisés à sanctionner tous les crimes de droit international. Cette autorisation n'est pas dérivée de traités, elle est inhérente au fait que les Etats exercent alors une compétence juridictionnelle. Elle est donc de nature coutumière.

Bodansky se cantonne cependant à dégager une autorisation d'exercice de la compétence universelle. En cela, cette théorie, qu'il émet pour la première fois avant la création des tribunaux pénaux internationaux, reste limitée au vu du peu d'entrain qu'ont les Etats à mettre en œuvre le droit, voire l'obligation, qui leur est conférée par certains traités. En revanche, en la mettant en perspective avec d'autres évolutions du système international de répression des crimes internationaux, la nature juridictionnelle de la compétence exercée par les Etats pourrait faire naître certaines obligations, qui concerneraient également les crimes commis par des entreprises.

Nous avons vu que l'objectif de lutte contre l'impunité fait émerger l'obligation pour les Etats de ne pas être un refuge pour les auteurs de certains crimes, et celle de coopérer à leur répression. Les droits des victimes de ces crimes sont également universellement reconnus, notamment celui d'accéder à un recours effectif et celui d'obtenir une réparation. Par conséquent, puisque les Etats ont l'autorisation d'exercer leur compétence juridictionnelle pour réprimer certains crimes, ils se mettraient en porte à faux vis-à-vis de leurs obligations à l'égard des victimes et de la communauté internationale s'ils refusaient de le faire lorsqu'une plainte est déposée devant leurs juridictions. Sous cette optique, un Etat qui accepte d'examiner le recours déposé par la victime d'un crime international ne fait qu'accéder à son droit à un recours effectif.

Il pourrait être objecté que si un Etat prenait l'initiative de poursuivre une entreprise étrangère pour commission d'un crime à l'étranger contre des étrangers, par exemple par l'intermédiaire de son ministère public, il pourrait légitimement être soupçonné de poursuivre un agenda caché. Cependant, dans l'hypothèse où il est confronté à un recours introduit par des victimes d'un crime international, cette objection ne vaut plus. Au contraire, l'Etat ne cherche pas dans ce cas à étendre la portée de ses propres lois, mais fournit simplement un forum pour que les victimes puissent exercer leur droit de recours. L'Etat participe alors en même temps à la lutte internationale contre l'impunité. Une telle approche permet de plus de contourner l'inadaptation des instruments qui prévoient la répression des personnes physiques à celle des personnes morales. L'existence de liens minimaux entre l'entreprise défenderesse, et la

présence du plaignant sous la juridiction de l'Etat suffiraient à fonder le droit, et l'obligation, qu'il a d'exercer sa compétence.

Une autre objection à cette approche est que lorsqu'un Etat incorpore une obligation internationale dans son droit interne, par exemple par une loi de transposition, la norme internationale ainsi « traduite » dans le « langage » de l'Etat, pour reprendre l'expression de Stephens (*supra*), perd nécessairement de sa pureté. La transposition implique une dose de création juridique, qui transformerait la compétence uniquement juridictionnelle en compétence également normative. L'application de règles procédurales internes renforcerait cet effet. Le passage suivant, tiré d'un article de Donald Francis Donovan et Anthea Roberts, résume l'argument.

« Given the international source and character of the standards universal jurisdiction authorizes states to apply, it is arguably less problematic than other forms of extraterritorial prescriptive jurisdiction because it is less prone to the criticism that the forum state is seeking to impose its own legal rules on other states. At the same time, given the difficulty of applying broadly articulated norms to specific facts, the legislatures and courts of states exercising universal jurisdiction will necessarily engage in interpretation and application of those norms – the inevitable consequence of nationalizing international law. In addition, although the sanctionable conduct may be defined by international law, national law will inevitably influence enforcement – in the criminal sphere, for example, by the choice between lay juries or professional judges, and by the application of a national penalty regime, and in the civil sphere, for example, by the application of national law procedures, such as class actions, and remedies, such as moral or punitive damages. »²³⁵

On peut répondre à cette objection en répétant deux idées précédemment avancées. Lorsque, en droit international privé, une cour applique la loi d'un Etat étranger, les mêmes observations sont applicables. Dans l'affaire *Filartiga* comme dans l'affaire *Doe c. Unocal*, les cours ont, après examen des différentes possibilités, choisi d'appliquer le droit international plutôt que la loi de l'Etat du *loci delicti*. Le processus de création juridique n'est pas plus grand dans un cas que dans l'autre, il n'existe pas de raison de considérer que l'application du droit international est par nature plus problématique que celle de la loi d'un Etat étranger. Par ailleurs, lorsque le droit international n'est pas interprété directement par le juge mais en amont par le législateur qui le transpose en droit interne, il est possible de considérer que la marge de manœuvre laissée à l'Etat équivaut à celle laissée au juge en matière civile. Un second argument renvoie à la nature même de l'application du droit international par les cours internes : les conséquences de la traduction d'un mandat du droit international dans le langage interne des Etats ne devraient pas être exagérées. Les différentes

²³⁵ Donald Francis Donovan & Anthea Roberts, *The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction*, in *American Journal of International Law* n°100, 2006, p.142. Voir également Andre Nollkaemper, *Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts*, *American Journal of International Law*, n°101, 2007, p.795: "Since international law determines only general principles, leaves much of the detail of the fashioning of relief to the domestic level, and relies on domestic law to supplement it with necessary detail and to adjust it to the domestic context, different states will inevitably come up with different responses."

déclinaisons de la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises obéissent à un même objectif, qui est de lutter contre l'impunité et de fournir un recours effectif aux victimes.

Reste la définition de l'étendue des crimes concernés par une telle interprétation. *A minima*, la compétence juridictionnelle universelle est applicable aux crimes de droit international, qui placent directement des obligations sur les entreprises – pour reprendre le schéma de la pyramide de Knox, les deux étages supérieurs. Il serait à notre avis possible de descendre encore un étage et de l'étendre à certains crimes transnationaux en recourant au principe de compétence déléguée. Prenons l'hypothèse d'un traité qui impose aux Etats parties de prendre des mesures internes pour réguler une conduite, sans faire de cette conduite un crime de droit international – le traité fait peser l'obligation directe sur l'Etat. L'article 2 de la Convention des Nations unies sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales prévoit par exemple que « *chaque État Partie adopte les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent aux infractions établies conformément à la présente Convention* »²³⁶. Si un Etat n'a pas la volonté ou la capacité d'effectivement réguler cette conduite sur son territoire, et que la commission d'un crime en résulte sans que l'auteur n'en soit puni, le principe de compétence déléguée, incontesté en droit international, semble pouvoir conférer à tous les autres Etats parties au traité le droit d'exercer leur compétence. La condition de double-incrimination peut être réputée satisfaite, l'Etat territorial défaillant s'étant engagé internationalement à réguler la conduite. Les conditions de l'administration déléguée de la justice sont remplies – nous avons également vu que les poursuites ne sont pas conditionnées par le consentement de l'Etat territorial. La compétence déléguée a par ailleurs été interprétée par plusieurs auteurs comme s'apparentant à une compétence juridictionnelle²³⁷. Et même si le recours à la notion de compétence déléguée n'était pas retenu, il est aujourd'hui possible de considérer que les dispositions similaires à l'article 2 de la Convention contre la corruption font peser des obligations directes sur les entreprises.

Si nous pouvons donc dégager un principe d'obligation universelle de mettre en œuvre la responsabilité des entreprises auteurs principales ou complices de la commission de crimes internationaux, nous pouvons également aller au-delà des conclusions du Représentant spécial en ce qui concerne le reste des droits de l'homme.

²³⁶ Convention des Nations unies sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 2003.

²³⁷ Voir Rüdiger Wolfrum, "The decentralized prosecution of international offences through national courts", in *Israel Yearbook on Human Rights*, *op.cit.* ; J. Meyer, "The Vicarious Administration of Justice: An Overlooked Basis of Jurisdiction", in *Harvard International Law Journal*, vol.31, n°1, 1990.

2) L'élargissement des obligations des Etats d'origine et des entreprises en vertu du droit international des droits de l'homme

En dehors du domaine des crimes internationaux, un grand nombre de droits de l'homme peuvent être impactés par les entreprises. La situation actuelle, dans laquelle certains Etats hôtes d'entreprises transnationales ne protègent pas les droits de leurs citoyens et les Etats d'origine ne s'en préoccupent pas plus, n'est pas satisfaisante. Etendre la compétence universelle des Etats à l'ensemble des violations des droits de l'homme n'est à l'évidence ni possible, ni souhaitable. La régulation des entreprises transnationales par leurs Etats d'origine est embryonnaire, bien en deçà de ce que permet le droit international. Le Représentant spécial a souligné que le *statu quo* ne profitait ni aux victimes, ni à certains Etats hôtes qui ne parviennent pas à faire face aux conséquences du manque de régulation, ni aux Etats d'origine dont la réputation est en jeu, ni aux entreprises qui sont susceptibles de faire l'objet d'une plainte invoquant l'ATS dans la prochaine décennie²³⁸. Si certaines pistes ont été envisagées dans ses travaux pour sortir de ce *statu quo*, très peu de propositions concrètes ont été faites. Nous nous proposons ici d'examiner les pistes qui pourraient permettre une meilleure mise en œuvre de la responsabilité des entreprises, notamment dans les pays d'origines. Nous dégagerons pour cela d'abord une obligation pour l'Etat d'origine de réguler les activités des entreprises transnationales qui ont sa nationalité. Nous verrons qu'une telle approche permet de montrer comment les victimes pourraient avoir accès à la justice dans les Etats d'origine. Nous concluons enfin par le thème avec lequel nous avons commencé, à savoir l'opportunité d'imposer des obligations directes aux entreprises en matière de droits de l'homme.

a) *Les obligations extraterritoriales de l'Etat d'origine*

Les Principes directeurs concluent à l'autorisation mais à l'absence d'obligation pour les Etats de réguler extraterritorialement le comportement des entreprises transnationales. Une approche aussi catégorique semble à rebours de l'évolution du droit international. C'est ce que soulignent les Principes de Maastricht et leurs commentaires²³⁹, qui, en se fondant sur des sources conventionnelles, coutumières, jurisprudentielles et de *soft law* dégagent au contraire des obligations extraterritoriales pour les Etats en matière de respect, de protection et de réalisation des droits économiques, sociaux, et culturels - sont notamment cités le droit au

²³⁸ John Ruggie, *Keynote Presentation at EU Presidency Conference on the 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, *op.cit.*

²³⁹ Olivier De Schutter, Asbjørn Eide, Ashfaq Khalfan, Marcos Orellana, Margot Salomon, Ian Seiderman, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights*, 2012.

travail, le droit à des conditions de travail décentes, à la sécurité sociale, à un niveau de vie suffisant, à un logement, à l'alimentation, à la santé et de participer à la vie culturelle.

Les Principes de Maastricht se veulent être une explicitation des obligations des Etats. Celles-ci sont contenues dans diverses sources. L'obligation de coopérer en vue du respect et de la réalisation de certains droits est inscrite dans de nombreuses déclarations²⁴⁰ et de traités de protection des droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²⁴¹. La portée juridique de l'obligation de coopérer est certes débattue, mais l'existence de certaines obligations est cependant consensuelle, par exemple concernant le droit à l'alimentation²⁴². Le droit international coutumier interdit de plus aux Etats d'autoriser que leur territoire soit utilisé pour provoquer des dommages sur le territoire d'autres Etats²⁴³. Les obligations de respecter, protéger et réaliser les droits visés par les Principes sont plus largement contenues dans la Charte des Nations unies, la DUDH et du Pidesc²⁴⁴, et comprennent des aspects extraterritoriaux, tant au regard des actes et omissions des Etats que de leur obligation d'agir, séparément et à travers la coopération internationale, à la réalisation des droits de l'homme²⁴⁵.

La portée extraterritoriale des obligations des Etats est principalement justifiée par une interprétation évolutive de la notion de juridiction. Sous le régime des principales conventions internationales ou régionales de protection des droits de l'homme, les Etats doivent respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme des personnes qui se trouvent sous leur juridiction. Le terme prend un sens différent de sa définition en droit international général, domaine où il désigne l'exercice autorisé du pouvoir de l'Etat sur son territoire. En matière de droit de l'homme, la juridiction correspond au seuil à partir duquel les Etats sont tenus d'appliquer les dispositions d'une Convention dans une situation donnée. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) et le Comité des droits de l'homme (CDH) ont interprété la juridiction de manière de plus en plus souple. Celle-ci n'est plus seulement limitée au territoire de l'Etat, mais s'étend également aux situations où l'Etat exerce un contrôle effectif sur une personne ou un territoire. Elle a surtout été étendue, dans certains cas, aux actes ou omissions de ses autorités lorsque ceux-ci

²⁴⁰ Déclaration sur le droit au développement (1986), Programme d'action d'Accra (PAA) de l'OCDE (2008), Déclaration du Millénaire adoptée par l'AGNU (200).

²⁴¹ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art.2(1) ; Convention relative aux droits des personnes handicapées, art.32 ; Convention contre la torture, art.9, Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art.15 ; Protocoles additionnels I et II à la Convention sur les droits de l'enfant, respectivement art.10 et art.7.

²⁴² Voir la résolution 64/159 de l'AGNU sur le droit à l'alimentation du 18 décembre 2009, adoptée sans vote, §20 et §32 (A/RES/64/159).

²⁴³ *Commentary to the Maastricht Principles, op.cit.*, principe 4 (commentaire).

²⁴⁴ *Ibid.*, Principe 6.

²⁴⁵ *Ibid.*, Principe 8.

produisent des effets prévisibles, sur ou en dehors de son territoire²⁴⁶. Les Principes de Maastricht tirent de cette dernière extension de la notion de juridiction la conséquence que l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser les droits économiques, sociaux et culturels a des effets extraterritoriaux en vertu des dispositions des principaux traités pertinents²⁴⁷, dans tous les cas où les actes et omissions des Etats peuvent produire des effets prévisibles en dehors de leur territoire - ces obligations ne sont pas équivalentes à celle de l'Etat territorial.

Cette interprétation est audacieuse, la jurisprudence étant encore balbutiante en la matière. Les arrêts de la CEDH, du CIADH et du CDH qui ont recouru à cette approche de la juridiction sont encore peu nombreux, parfois peu clairs quant à l'articulation des différentes notions juridiques, et semblent pour le moment constituer des exceptions à la règle qui exige un certain degré de contrôle de l'Etat pour que sa juridiction puisse être établie. L'interprétation des Principes de Maastricht s'inscrit cependant dans la tendance réelle de l'élargissement de la notion de juridiction, que les cours et les organes de surveillance des traités tentent, tout en ménageant la susceptibilité des Etats, de faire correspondre à la réalité de leurs activités et des relations internationales, qui ont profondément évolué depuis l'adoption des conventions de protection des droits de l'homme. Dans le domaine des droits économiques et sociaux, qui sont les plus exposés aux impacts engendrés par la mondialisation, il n'est plus possible de considérer que les Etats n'ont des obligations que vis-à-vis de leur ressortissants ou des zones où ils exercent un contrôle effectif, tant les activités économiques dépassent – et se servent des lacunes de gouvernance créées par – les frontières nationales. Cette approche est cependant également valable pour les droits civils et politiques, qui peuvent aussi être entravés par les entreprises.

Pour renforcer cette approche, les Principes de Maastricht dégagent une obligation distincte, ancrée cette fois dans le droit international général, d'éviter de porter préjudice aux droits économiques, sociaux et culturels, à travers une analogie entre ceux-ci et la règle dégagée dans l'avis consultatif *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, selon laquelle les Etats ont l'obligation générale de « veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale »²⁴⁸. Le sens du terme juridiction est ici à différencier de celui qu'il prend en matière de droits de l'homme.

Les conséquences de cette approche pour la régulation des entreprises transnationales sont importantes. La notion de compétence extraterritoriale – également distincte de celle de

²⁴⁶ Voir CEDH, *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, (Appl. No. 48787/99) 8 juillet 2004 ; CIADH, *Victor Saldano v. Argentina*, Report No. 38/99, 11 Mars 1999 ; Comité des droits de l'Homme, *Munaf v. Romania*, Communication No. 1539/2006, (CCPR/C/96/D/1539/2006), 21 août 2009.

²⁴⁷ *Commentary to the Maastricht Principles, op.cit.*, principe 9 et commentaire.

²⁴⁸ « Commentary to the Maastricht Principles », *op.cit.*, principe 13. Voir CIJ, « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », 1996, §29.

juridiction – peu notamment être examinée sous un jour nouveau. Nous nous concentrons ici sur ce que signifie pour un Etat le fait de respecter et de protéger les droits de l’homme au-delà de son territoire dans le cadre des activités des entreprises transnationales. »

Tout d’abord, concernant l’obligation de respecter les droits de l’homme qu’ont les Etats en vertu de différents traités largement ratifiés, il est un premier aspect qui a été abordé par le Représentant spécial. Les Etats peuvent fournir une assistance cruciale aux investissements des entreprises à travers différents mécanismes, au premier lieu desquels les traités bilatéraux d’investissement²⁴⁹. Lorsqu’une violation des droits de l’homme peut être liée au fait que les provisions d’un tel traité empêchent l’Etat hôte d’adopter des mesures qui rendent plus effectifs les droits de sa population, l’Etat d’origine s’inscrit en porte à faux vis-à-vis de ses obligations internationales. Selon l’Observation générale 18 du Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), « le fait pour l’État de ne pas tenir compte des obligations juridiques qui lui incombent en vertu du droit au travail lors de la conclusion d’accords bilatéraux ou multilatéraux avec d’autres États, avec des organisations internationales ou avec d’autres entités telles que les entités multinationales, constitue un manquement à son obligation de respecter le droit au travail »²⁵⁰. Si cette obligation est ici adressée à l’Etat hôte, les développements que nous venons de décrire indiquent qu’elle doit également peser sur l’Etat d’origine. La CEDH et la CIADH considèrent par ailleurs que les Etats ne peuvent se délier de leurs obligations en matière de droits de l’homme par la conclusion d’un accord international²⁵¹. La nature de l’obligation qui pèse sur l’Etat d’origine est dans ce cas négative, elle concerne les actes de ses autorités ou de ses organes ayant des effets en dehors de son territoire. Une autre hypothèse où l’Etat peut, par ses actes, contribuer à une violation des droits de l’homme est celui où il accorde un financement à une entreprise par l’intermédiaire d’une agence de crédit à l’exportation. L’obligation de ne pas contribuer à une violation des droits de l’homme exige a priori dans ce cas des actes positifs de l’Etat. En effet, son obligation de ne pas nuire aux droits de l’homme en dehors de son territoire vaut pour les effets prévisibles de ses actes ou omissions. Le fait que l’Etat n’ait pas pris les mesures nécessaires pour anticiper les conséquences négatives de ses actes ne devrait cependant pas pouvoir le délier de sa responsabilité. A l’inverse, il serait plus cohérent d’exiger des Etats qu’ils exercent une diligence raisonnable, à l’instar de ce que le deuxième pilier des Principes directeurs demande aux entreprises. Cette obligation de diligence raisonnable peut être assimilée, dans les Principes de Maastricht, à l’obligation de mener des évaluations d’impact²⁵². Il pourrait alternativement être demandé aux agences de crédit à

249 Voir le principe directeur 9, qui recommande aux Etats se préserver une marge d’action nationale suffisante lorsqu’ils signent des traités bilatéraux d’investissement.

250 Comité DESC, Observation générale n°18, §33.

251 Voir CEDH, *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Ireland* (Appl. No. 45036/98 [2005]), 30 juin 2005 ; CIADH, *Inter-American Court of Human Rights, Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Series C No. 146, 29 mars 2006.

l'exportation d'exiger des entreprises qu'elles soutiennent d'exercer elles-mêmes une diligence raisonnable, ce qui est recommandé par le cadre « Protéger, Respecter, Réparer »²⁵³.

Au-delà de ces obligations de respecter les droits de l'homme lorsque des actes de l'Etat d'origine peuvent nuire à leur jouissance, il est plus largement possible de dégager une obligation de réguler les activités des entreprises au titre de l'obligation de protéger qui incombe aux Etats. Les Principes de Maastricht détaillent ce en quoi pourrait consister cette obligation. Nous reproduisons ici les principes 24 et 25.

« 24. *Obligation to regulate*

All States must take necessary measures to ensure that non-State actors which they are in a position to regulate, as set out in Principle 25, such as private individuals and organizations, and transnational corporations and other business enterprises, do not nullify or impair the enjoyment of economic, social and cultural rights. These include administrative, legislative, investigative, adjudicatory and other measures. All other States have a duty to refrain from nullifying or impairing the discharge of this obligation to protect.

25. *Bases for protection*

States must adopt and enforce measures to protect economic, social and cultural rights through legal and other means, including diplomatic means, in each of the following circumstances:

- a) the harm or threat of harm originates or occurs on its territory;*
- b) where the non-State actor has the nationality of the State concerned;*
- c) as regards business enterprises, where the corporation, or its parent or controlling company, has its centre of activity, is registered or domiciled, or has its main place of business or substantial business activities, in the State concerned;*
- d) where there is a reasonable link between the State concerned and the conduct it seeks to regulate, including where relevant aspects of a non-State actor's activities are carried out in that State's territory;*
- e) where any conduct impairing economic, social and cultural rights constitutes a violation of a peremptory norm of international law. Where such a violation also constitutes a crime under international law, States must exercise universal jurisdiction over those bearing responsibility or lawfully transfer them to an appropriate jurisdiction ».*

Si une violation des droits de l'homme résulte des omissions de l'Etat – l'absence de régulation de l'activité d'une entreprise -, il manque à son obligation de protéger les droits de l'homme. Cette interprétation est cohérente avec l'interprétation que font les organes des traités pertinents. Le Comité DESC a notamment résumé sa position sur le sujet dans sa « Déclaration sur les obligations des États parties concernant le secteur des entreprises et les

252 Commentary to the Maastricht Principles, op.cit., principe 14.

253 Cadre « Protéger, Respecter, Réparer », §40

droits économiques, sociaux et culturels ». Il considère notamment que pour remplir leur obligation de protéger « les États parties devraient aussi prendre des mesures de prévention des atteintes aux droits de l'homme commises à l'étranger par des sociétés dont le siège relève de leur juridiction, sans porter atteinte à la souveraineté des États hôtes ni diminuer leurs obligations au titre du Pacte . Il rappelle ses prises de positions précédentes, selon lesquelles «les États parties devraient prendre des mesures pour empêcher leurs propres ressortissants ou des compagnies qui relèvent de leur juridiction de violer le droit à l'eau de particuliers et de communautés dans d'autres pays», ou encore que «les États parties devraient protéger en dehors de leur territoire le droit à la sécurité sociale en empêchant leurs ressortissants ou des entreprises relevant de leur juridiction de violer ce droit dans d'autres pays»²⁵⁴. Les fondements juridiques de ces obligations extraterritoriales ne sont pas explicites, et il sera intéressant de voir si, en examinant les communications individuelles, le Comité se basera sur la notion de juridiction pour les justifier ou s'il se fondera sur le fait que le Pacte ne précise pas à qui s'adressent les obligations des Etats.

Traduite en termes de compétence extraterritoriale, cette approche oblige les Etats à l'exercer sous diverses formes pour réguler les entreprises qui ont leur nationalité, nationalité qui peut être déterminée selon plusieurs critères généralement admis. Comme nous l'avons vu, les Etats d'origine sont généralement réticents à exercer leur compétence extraterritoriale, réticence qui s'exprime par exemple à travers le principe de double incrimination. Les Etats hôtes peuvent également vivre l'exercice de la compétence extraterritoriale de l'Etat d'origine comme une atteinte à leur souveraineté. Cependant, les limites à la compétence personnelle active des Etats ne paraissent pas justifiées en matière de droits de l'homme, qui ne relèvent plus du domaine de la compétence exclusive des Etats. L'imposition d'obligations ou la mise à disposition de recours pour les victimes de violations n'est donc pas une ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat hôte, dont la souveraineté n'est pas remise en cause par les régulations de l'Etat d'origine.

Une objection pourrait être que les mesures qui visent directement les filiales régies par le droit local ne peuvent être justifiées, ni par le principe de compétence personnelle active, ni par aucun autre critère de rattachement. Plusieurs réponses peuvent être apportées à ce problème. Tout d'abord, les traités bilatéraux d'investissement négociés par les Etats d'origines pour protéger les intérêts de leurs entreprises adoptent en général une interprétation large de ces intérêts: sont également protégées les filiales créées sous la loi du pays d'accueil. Il ne serait pas logique d'adopter une approche plus restrictive en matière de droits de l'homme qu'en matière de droit des investissements. Même sans retenir cette première approche, la compétence d'un Etat peut être justifiée dans d'autres situations que la liste

254 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration sur les obligations des États parties concernant le secteur des entreprises et les droits économiques, sociaux et culturels, 12 juillet 2011, E/C.12/2011/1.

restreinte de liens de rattachement précédemment présentée. La base de compétence présentée à l'article 25 (d) fait ainsi référence au lien raisonnable entre l'activité régulée et l'Etat qui peut justifier l'adoption de mesures. On peut considérer qu'il existe un lien raisonnable entre l'Etat d'origine et la filiale étrangère d'une société mère qui a sa nationalité. Ce lien du « raisonnable » devrait être interprété au vu des objectifs poursuivis par l'Etat membre : lorsque des mesures visent à protéger les droits de l'homme, en conformité avec une obligation internationale de l'Etat et des objectifs plus larges poursuivis par la communauté internationale, leur caractère raisonnable peut être présumé.

Il est en outre probable qu'au vu des développements récents, le problème de l'extraterritorialité ne se présentera pas sous cette forme. En effet, l'obligation de protéger se dirige plutôt vers la codification dans les droits nationaux de l'obligation des entreprises d'exercer une diligence raisonnable. Cette approche privilégie la mise en œuvre de la responsabilité de la société mère pour ses propres actes et omissions plutôt que pour les actes et omissions des ses filiales. Par conséquent, seule la société mère est visée par les régulations de l'Etat hôte : c'est son échec à mettre en œuvre des procédures adéquates pour respecter les droits de l'homme dans toutes ses activités et relations commerciales, y compris avec ses filiales ou ses fournisseurs, qui permet d'engager sa responsabilité. Cette approche permet à la fois d'éviter les objections à l'exercice d'une compétence extraterritoriale directement sur les sociétés formées en vertu du droit de l'Etat hôte, et a par ailleurs le mérite de ne pas pousser les entreprises transnationales à sous-traiter leurs activités dans le but de ne pas être tenues responsables de violations des droits de l'homme. Plus largement, que ce soit dans ses relations avec des partenaires économiques, des groupes armés ou des Etats autoritaires, l'application extraterritoriale de la diligence raisonnable diminuerait la capacité de certaines entreprises transnationales à se cacher derrière une prétendue ignorance des conséquences de leurs actes et omissions, comme cela commence déjà à être le cas en ce qui concerne les minéraux de conflit.

En vertu des différents principes que nous avons abordés, il paraît clair que les Etats qui maintiennent des obstacles tels que l'exigence de double incrimination, de l'existence d'une décision définitive de justice étrangère ou un pouvoir d'opportunité très large du ministère public entravent les droits des victimes. Le Comité DESC affirme en ce sens « qu'il est de la plus haute importance que les États parties garantissent aux victimes d'atteintes de leurs droits économiques, sociaux et culturels par une entreprise l'accès à des recours utiles par des voies juridictionnelles, administratives, législatives ou autres, le cas échéant », obligation qui s'applique extraterritorialement. Les Principes de Maastricht codifient également en ce sens l'obligation de fournir un recours et une réparation, ainsi que celle, liée, de *monitoring* des activités des entreprises, condition nécessaire à l'effectivité des recours²⁵⁵. Les droits des

255 Commentary to the Maastricht Principles, *op.cit.*, Principes 36, 37 et 38.

victimes seraient bien mieux protégés si cette approche était adoptée que si l'on en restait à celle des Principes directeurs. De même, il apparaît qu'aller plus loin que ce qu'ils prévoient en termes d'obligations internationales pour les entreprises pourrait permettre d'améliorer l'accès des victimes à un recours et à une réparation.

b) ***L'intérêt d'imposer des obligations aux entreprises en matière de droit international des droits de l'homme***

Nous avons vu, à travers les travaux de Steven Ratner, comment une extension du DIDH aux entreprises pourrait s'effectuer. Le Représentant spécial a loué cette approche respectueuse des rôles différents qui incombent aux Etats et aux entreprises en matière de droits de l'homme, tout en apportant, à travers la diligence raisonnable, un outil qui pourrait constituer un critère d'attribution aux entreprises de la violation d'une norme primaire de droit international. En s'inspirant des travaux de Ratner et des rapports du Représentant spécial, il serait donc possible d'imaginer une nouvelle version des Normes qui prennent en compte les différentes critiques auxquelles celles-ci avaient été sujettes.

Nous avons abordé l'intérêt et la possibilité de faire peser sur les Etats hôtes une obligation de réguler les entreprises transnationales. Il peut également être intéressant, en la présence ou en l'absence d'une telle obligation, de faire peser des obligations directement sur les entreprises en vertu du DIDH. De telles obligations favoriseraient la mise en œuvre extraterritoriale de leur responsabilité, ainsi que la régulation plus large de leurs activités, et ce de diverses manières.

Lors d'un atelier organisé par le Représentant spécial en 2010²⁵⁶, les réticences des différents acteurs qui font obstacle à une plus large utilisation de l'extraterritorialité ont été examinées. Certaines entreprises craignaient que l'extraterritorialité ne crée des conditions inégales entre elles (« *unlevel playing fields* ») et n'augmente l'insécurité juridique de leurs activités au regard du risque contentieux. Ces effets indésirables seraient selon elles la conséquence des différences entre systèmes juridiques, qui n'imposeraient pas tous les mêmes normes aux entreprises. Si nous partons du principe que le *statu quo* n'est pas non plus souhaitable, la réponse à ces préoccupations pourrait passer par une harmonisation, au travers du droit international, des obligations qui pèsent sur les entreprises. Ces obligations ne seraient alors plus uniquement dépendantes des droits nationaux. Leurs implications pourraient être précisées au fil du temps par un mécanisme de suivi international.

²⁵⁶ Exploring extraterritoriality in business and Human Rights: summary note of experts meeting, disponible à l'adresse suivante: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie-extraterritoriality-14-sep-2010.pdf>

Dans l'hypothèse où les Etats d'origine exercent effectivement un contrôle sur les activités des entreprises transnationales, le DIDH permettrait alors d'éviter que les pratiques nationales ne soient trop fluctuantes. Le risque de désavantage concurrentiel pour certaines entreprises serait alors diminué, ainsi que celui d'insécurité juridique. Dans l'hypothèse où l'approche des Principes de Maastricht n'est pas retenue, et que peu ou pas d'Etats d'origine ne régulent les activités des entreprises, élargir le DIDH à celles-ci permettrait au moins de les placer sous surveillance des organes des traités, qui pourraient leur appliquer la palette des instruments dont ils disposent : observations générales, examen de communications individuelles, etc. La surveillance des entreprises par les organes des traités pourrait permettre de réduire les désavantages commerciaux qui pourraient éventuellement naître de l'inégale régulation des Etats d'origine. Les Etats vertueux pourraient en effet être lésés par l'imposition de règles plus strictes que celles de leurs voisins et concurrents commerciaux, désavantage en partie comblé par l'existence d'une source extérieure de régulation. Durant l'atelier sur l'extraterritorialité, il a dans ce sens été noté que l'harmonisation des standards étatiques applicables aux entreprises pourrait encourager l'exercice de la compétence extraterritoriale des Etats et en diminuer les effets négatifs. La discussion n'aborde cependant pas le sujet de l'extension du DIDH aux entreprises, qui constituerait pourtant une voie efficace en la matière.

L'adoption d'un tel instrument permettrait également de lever d'autres obstacles à la mise en œuvre extraterritoriale de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. Si une obligation pèse directement sur une entreprise, la question de la double incrimination ne se pose plus vraiment : les comportements prohibés par le DIDH le sont où que l'entreprise opère. Le caractère raisonnable de l'exercice de la compétence extraterritoriale par un Etat serait lui lié à la sanction des obligations internationales des entreprises.

Il pourrait même être envisagé que l'absence de répression d'une violation du DIDH commise par une entreprise par l'Etat d'origine puisse permettre d'engager la responsabilité de celui-ci. L'obligation de réguler qui pèserait ainsi sur les Etats ne serait plus liée à une interprétation large du concept de juridiction, mais découlerait d'une obligation de lutter contre l'impunité des acteurs qui violent le droit international. Une telle obligation ne serait cependant adressée qu'à l'Etat d'origine d'une entreprise, ou à d'autres Etats qui disposent d'un lien raisonnable avec la situation régulée, mais pas à l'ensemble des Etats. Il ne serait pas possible, et sans doute pas souhaitable, d'étendre la compétence universelle à l'ensemble des violations des droits de l'homme commises par des entreprises.

Par conséquent, au vu de l'approche que nous avons adoptée concernant la répression des crimes internationaux, les violations d'une obligation internationale au titre du DIDH par une entreprise n'emporteraient pas les mêmes conséquences juridiques que celles de la commission d'un crime international. La distinction entre crimes et délits internationaux, qui

n'a pas été retenue pour les Etats, pourrait être pertinente en ce qui concerne les entreprises. En effet, au-delà de son aspect symbolique, l'extension du régime de protection des droits de l'homme aux entreprises doit avoir un intérêt fonctionnel. Reconnaître que les entreprises peuvent enfreindre leurs obligations internationales de diverses manières, de façon plus ou moins grave, et moduler les conséquences juridiques correspondantes, paraît une voie équilibrée et potentiellement consensuelle. Cela permettrait de créer un régime adapté qui reconnaisse la spécificité des entreprises dans la société mondiale, ce que ne font ni le droit international des droits de l'homme, ni le droit international pénal aujourd'hui.

Il convient donc de dédramatiser la portée qu'aurait sur l'équilibre du système de protection internationale des droits de l'homme l'imposition d'obligations directes aux entreprises. Les seuls forums où leur responsabilité peut être mise en œuvre sont les cours nationales. Les conséquences de ces obligations directes seraient limitées à une pression accrue sur les Etats d'origines afin qu'ils exercent collectivement l'influence dont ils sont capables pour réguler la mondialisation, et à une pression sociale plus forte autour des activités des sociétés transnationales. Loin de créer un chaos international, cela aurait pour effet inverse de rééquilibrer un peu la balance des pouvoirs sur la scène mondiale.

.

Bibliographie

Représentant spécial

John Ruggie, « Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises », 22 février 2006, E/CN.4/2006/97.

Représentant spécial, « Obligations pour les États de réglementer et de contrôler les activités des sociétés, en application des principaux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme: synthèse des commentaires émanant d'organes conventionnels », 2007, A/HRC/4/35/Add.1

John Ruggie, « Les entreprises et les droits de l'homme: analyse des normes internationales relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises », A/HRC/4/35, 19 février 2007, §20.

John Ruggie, « Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les 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 », A/HRC/8/5, 7 avril 2008,§35.

John Ruggie, « Entreprises et droits de l'homme: étude relative à l'étendue et aux types de violations présumées des droits de l'homme mettant en cause des entreprises », 23 mai 2008, A/HRC/8/5/Add.2

John Ruggie, « Keynote Presentation at EU Presidency Conference on the « Protect, Respect and Remedy » Framework », Stockholm, November 10-11, 2009

John Ruggie, « Business and human rights: further steps toward the operationalization of the « protect, respect and remedy” framework », 9 avril 2010, A/HRC/14/27

John Ruggie, « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies » », 21 mars 2011, A/HRC/17/31

John Ruggie, « Recommendations on follow-up to the mandate », 11 février 2011.

Olivier de Schutter, « Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations », Rapport préparé dans le cadre des travaux du

Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 2006.

Allens Arthur Robinson, « Corporate culture as a basis for the criminal liability of corporations », Rapport préparé dans le cadre des travaux du Représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 2008

Ouvrages

Andrew Clapham, « Human Rights Obligations of Non State Actors », *Oxford University Press*, 2006.

Beth Stephens, et al., « International Human Rights Litigation in U.S. Court », *Martinus Nijhoff publishers*, 2ème édition, 2008.

Cedric Ryngaert, « Jurisdiction in International Law », *Oxford University Press*, 2008

Susan Strange, « The Retreat of the State: the Diffusion of Power in the World Economy », *Cambridge University Press*, 1996

Yann Queinnec, William Bourdon, « Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions », *Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale*, 2010

Chapitres d'ouvrages

Mireille Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec », in Antonio Cassese, Mireille Delmas-Marty, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002, p.614

Bertrand Badie, « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », in *Relations internationales*, P.UF, 2005

D. Vandermeersch, « La dimension internationale de la loi », in M. Nihoul (dir.) *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, La Charte, 2005, p.258.

Frank Höpfel, Claudia Angermaier, "Adjudicating International Crimes", in Philip Reichel (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, SAGE Publications, 2005, p.314.

Articles

Cherif Bassiouni, « International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes* », in *Law and Contemporary Problems*, vol.59, n°4, 1996.

Antonio Cassese, « Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction », in *Journal of International Criminal Justice*, n°1, 2003

Antonio Cassese, «Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoublément fonctionnel) in International Law », in *European Journal of International Law*, vol.1

Antonio Cassese, «L'incidence du droit international sur le droit interne », in Antonio Cassese, Mireille Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, 2002

Beth Stephens, « Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies For International Human Rights Violations », in *Yale Journal of International Law*, n°27, 2002

D.Weissbrodt, M.Kruger, « Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights », in *The American Journal of International Law*, n°97, 2003

Emmanuel Decaux « La responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », in *Revue de science criminelle*, 2005

Daniel Bodansky, « Human Rights and universal jurisdiction », in David Kinley, *World justice? US Courts and International Human Rights*, Westview Press, 1991

Donald Francis Donovan & Anthea Roberts, « The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction », in *American Journal of International Law*, n°100, 2006

Doug Cassel, « Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts », in *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol.6, n°2, 2008

Emeka Duruigbo, « Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges », in *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol.6, n°2, 2008

Ingrid Wuerth, « The Alien tort Statute and federal common law: a new approach », in *Notre Dame Law Review*, Vol 85, n°5, 2010

Jordan Paust, « Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion », in *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, n°4.

Jordan Paust, « Human Rights Responsibilities of Private Corporations », in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.35, 2002

Jordan Paust, « The Other Side of Right: Private Duties Under Human Rights Law », in *Harvard Human Rights Journal*, vol.5, 1992

Steven Ratner, « Corporations and Human Rights, a theory of legal responsibility » in *Yale Law Journal*, n°111, 2001

J.H. Knox, « Horizontal Human Rights Law », in *American Journal of International Law*, 2008,

John Ruggie, « Business and Human Rights: The Evolving International Agenda », KSG Working Paper No. RWP07-029, Juin 2007

Joanna Kyriakakis, « Corporations and the International Criminal Court: the complementarity objection stripped bare », in *Criminal Law Forum*, n°19, vol.1, 2008.

J. Meyer, « The Vicarious Administration of Justice: An Overlooked Basis of Jurisdiction », in *Harvard International Law Journal*, vol.31, n°1, 1990.

Mark Taylor, « Defining Compliance: Why Recent Developments in Law and Policy Should Matter to the Corporate Accountability Movement », <http://accountabilityroundtable.org/analysis-and-updates/defining-compliance-why-recent-developments-in-law-and-policy-should-matter-to-the-corporate-accountability-movement/>

Mark Taylor, « The Ruggie Framework: Polycentric regulation and the implications for corporate social responsibility », *Nordic Journal of Applied Ethics*, n°5, 2011.

Mireille Delmas Marty, « Les voies d'un ordre mondial », in *Le Débat*, vol.5, n° 142, 2006.

Olivier de Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », in *Annuaire français de droit international*, vol.52, 2006.

Terence Turner, « Indigenous resurgence, anthropological theory, and the cunning of history », in *European Journal of Anthropology*, n°49, 2007.

Voir David Kinley, Rachel Chambers, « The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law », *Human Rights Law Review*, n°6 vol.3, 2006

William R Casto, « The new federal common law of tort remedies for violations of international law », in *Rutgers Law Journal*, n°37, 2006

Rüdiger Wolfrum, « The decentralized prosecution of international offences through national courts », in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol.24, 1994

Rapports

Diane Orentlicher, « Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité », 8 février 2005 ; E/CN.4/2005/102/Add.1

Rapport à l'Assemblée générale des Nations unies du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, « Un monde plus sûr », 2005

Zdzislaw Galicki, « Quatrième rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) », 31 mai 2011, A/CN.4/648

Deuxième rapport périodique présenté par les Etats-Unis au Comité contre la torture, 6 mai 2005, CAT/C/48/Add.3.

Organisations internationales

Assemblée générale des Nations unies, Rés.64/159 sur le droit à l'alimentation , 18 décembre 2009

Assemblée générale des Nations unies, Rés. 3281, « Charte des droits et devoirs économiques des Etats », 12 décembre 1974

Assemblée générale des Nations unies, Rés. 3201, « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », 1er mai 1974.

Commission des Communautés européennes, « Livre vert. Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », 18 juillet 2001, COM (2011) 366.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, « Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 25 octobre 2011, COM (2011) 681.

Conseil de l'Europe, « Eliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'Homme Lignes directrices et textes de référence », 2011.

« Déclaration du Président du Conseil de Sécurité sur la responsabilité du Conseil de sécurité en ce qui concerne le maintien de la paix et de la sécurité internationales », 31 janvier 1992

OCDE, « Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque », 2011.

OCDE, « Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », 1976, 2011.

OIT, « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale », 2006.

Règlement (CE) 44/2001 du Conseil des Communautés européennes du 22 décembre 2000 concernant la compétence juridictionnelle, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

Programme des Nations unies pour l'environnement, « Environmental assessment of Ogoniland », 2011

Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

Conventions internationales

Convention des Nations unies sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 2003

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1998

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination, 1989

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966

Convention relative aux droits des personnes handicapées, 2006

Convention contre la torture, 1984

Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 2006

ONG

Amnesty International, « Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and implement legislation », 2001

Commission internationale des juristes, « Complicité des entreprises et responsabilité juridique », 3 vol., 2008

FAFO, « Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law. A survey of Sixteen Countries », 2006

FIDH, « Entreprises et droits de l'homme, Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG », 2012

Institute for Human Rights and Business, “The “State of Play” of Human Rights Due Diligence, Anticipating the next five years”, 2011

. Terje Einarsen, « The Concept of Universal Crimes in International Law, *Forum for International Criminal and Humanitarian Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012

Décisions de justice – Comités des traités

Sosa v Alvarez-Machain, 542 US 692 (US SC 2004)

Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co., 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000)

Doe v. Unocal, 2002 U.S. App. LEXIS 19263 (9th Cir. Cal. 2002).

Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)

Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995).

Court of appeal for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Docket Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv, 17 décembre 2010

CIJ, « Réparation des dommages subis au service des Nations unies, Avis consultatif », C.I.J. Recueil 1949

CIJ, « Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* », 27 juin 1986

CIJ, « Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, *Bosnie-Herzégovine c. Serbie* », 26 février 2007.

CIJ, « Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader *Belgique c. Sénégal* », 20 juillet 2012

CIJ, « Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power, Belgique c. Espagne* », 5 février 1970

CPJI, « Affaire du *Lotus* », 7 septembre 1927

Cour pénale internationale, Chambre de première instance, « Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations », 7 août 2012, CC-01/04-01/06.

CEDH, « *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi* » c. Ireland” (Appl. No. 45036/98 [2005]), 30 juin 2005

CEDH, « Ilascu et autres c. Moldavie et Russie », (Appl. No. 48787/99), 8 juillet 2004

CIADH, « Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay », Series C No. 146, 29 mars 2006.

CIADH, Victor Saldano v. Argentina, Report No. 38/99, 11 Mars 1999

TPIY, Chambre d'appel, « Le Procureur c/Dusko Tadic », 15 juillet 1999

Comité des droits de l'Homme, Munaf v. Romania, Communication No. 1539/2006, (CCPR/C/96/D/1539/2006), 21 août 2009.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Déclaration sur les obligations des États parties concernant le secteur des entreprises et les droits économiques, sociaux et culturels », 12 juillet 2011, E/C.12/2011/1.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Observation générale n°18 », 24 novembre 2005

Divers

Olivier De Schutter *et al.*, « Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights », 2012

Stephen Macedo (dir.), « Principes de Princeton sur la compétence universelle, 2001

Mémoires d'*amicus curiae* dans l'affaire Kiobel v. Royal Dutch Shell pendante devant la Cour Suprême : « International Law Professors » ; « Former UN Special Representative for business and human rights, professor John Ruggie; professor Philip Alston; and the Global justice clinic at NYU school of law » ; « Supplemental brief for the United states as amicus curiae in partial support of affirmance ».

Sites internet

<http://www.business-humanrights.org/>

<http://accountabilityroundtable.org/>

<http://www.csrwire.com/>

<http://www.earthrights.org>

<http://www.shell.com>

