



HAL
open science

Les processus de responsabilisation

Kathia Martin-Chenut, Vivian Curran

► **To cite this version:**

Kathia Martin-Chenut, Vivian Curran. Les processus de responsabilisation. Mireille Delmas-Marty; Kathia Martin-Chenut; Camila Perruso. Sur les chemins d'un Jus Commune universalisable, 61, Mare & Martin, pp.323-344, 2021, Collection ISJPS, ISBN 978-2-84934-530-6. halshs-03506753

HAL Id: halshs-03506753

<https://shs.hal.science/halshs-03506753>

Submitted on 5 Jan 2024

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

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

LES PROCESSUS DE RESPONSABILISATION

Vivian GROSSWALD CURRAN
Professeure à l'Université de Pittsburgh

Kathia MARTIN-CHENUT
Directrice de recherche au CNRS, ISJPS (UMR 8103)

La question de la responsabilité a été identifiée comme une notion clé au sein de cette recherche. Elle a, dans un premier temps, fait l'objet d'un rapport préliminaire¹ qui l'abordait sous l'angle des violations des droits humains et qui la plaçait au sein des fragments de droit commun contemporain. Puis elle a été étudiée dans le cadre de l'atelier mis en place pour travailler sur la terminologie². Elle a alors été considérée plutôt comme un « incontournable » et non comme un « intraduisible », comme un terme qui s'impose dans différentes langues, même s'il peut comporter différentes acceptions. Il serait aussi « incontournable », outre son ancienneté, du fait d'apparaître comme cardinal à l'heure de la redéfinition des grands équilibres mondiaux. De nouveaux risques d'envergure globale mettent en danger l'humanité : des risques technologiques, nucléaires, écologiques, génétiques, sanitaires et tant d'autres, qui ne sont pas forcément engendrés par la globalisation mais dont elle peut multiplier les effets. L'humanité est confrontée à l'épuisement des biens publics mondiaux et à de graves violations des droits humains. Or, face à ces risques, la responsabilité semble apparaître comme le principal instrument de réponse. Concept à la fois classique et « plastique », la responsabilité donne lieu à diverses déclinaisons (éthique, religieuse, philosophique, politique, sociale, économique ou juridique)³ et semble se transformer pour répondre à ces nouveaux risques. Dans le cadre de cette recherche, si le concept juridique intéresse au premier plan, il ne peut pas être abordé isolément et les transformations observées le montrent bien.

Si le terme responsabilité n'est pas un « intraduisible », il faut noter que sa traduction peut prêter à confusions, par exemple dans le cas des faux amis

-
1. V. CURRAN, K. MARTIN-CHENUT, « Violations des droits de l'homme et responsabilité des États et des entreprises », rapport préliminaire présenté au séminaire de Goutelas, 10-14 avril 2017, puis discuté lors d'une journée d'études le 27 novembre 2017.
 2. V. dans cet ouvrage, K. MARTIN-CHENUT, « Genèse et décryptage d'une recherche sur les chemins d'un *Jus commune* universalisable ».
 3. V. P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », *Esprit* 1994, p. 28-48, où l'auteur souligne le flou qui entoure le concept de responsabilité.

« responsabilité » et « *responsibility* ». Mais, au-delà des différentes acceptions du terme, lors des travaux en atelier il est apparu que la responsabilité est soumise à différentes dynamiques qui la transforment et c'est sur ce point qu'il a été décidé de concentrer les travaux⁴.

Afin de restituer les travaux menés en atelier et de manière transversale tout au long de cette recherche – parce que la question de la responsabilité des États, mais aussi celle des autres grands acteurs de la mondialisation (et de globalisation économique) que sont les entreprises, a traversé les différentes thématiques abordées dans le cadre de cette recherche (environnement, santé, justice sociale, justice pénale internationale, droits de l'homme, investissements, migrations) – cette contribution présentera à titre liminaire le mouvement qui va du concept responsabilité aux processus de responsabilisation (I), pour ensuite se pencher sur les processus de responsabilisation des deux grands acteurs de la mondialisation que sont les États (II) et les entreprises (III).

I. DU CONCEPT AUX PROCESSUS DE RESPONSABILISATION

Définie généralement comme le devoir de répondre des effets dommageables d'une action ou d'une inaction, la responsabilité sur le plan juridique suppose l'existence d'une règle de droit dont le non-respect implique une sanction ou l'obligation d'indemniser. Que la responsabilité soit civile, pénale ou encore administrative elle suppose l'imputabilité de l'acte. Or cette définition semble être mise à l'épreuve, dans un contexte de mondialisation et de globalisation économique marqué par des interdépendances et des risques globaux où les dommages sont collectifs et dépassent les frontières. Elle est également bousculée face à l'émergence de certains objectifs communs⁵, par exemple celui d'un développement durable. Le développement durable est un concept qui entend faire de l'avenir la question du présent, reposant sur l'idée qu'il existe des devoirs pour les hommes d'aujourd'hui envers les générations futures. L'horizon des décideurs, mais aussi des acteurs du droit et de la justice n'est plus seulement le temps présent, mais aussi et tout autant les temps futurs. Les exigences d'un tel objectif commun demandent, au-delà de la traditionnelle imputation des faits du passé, une orientation plus clairement dirigée vers un futur lointain qui dépasse les conséquences prévisibles⁶.

4. V. K. MARTIN-CHENUT, « Responsabilité : du concept aux processus de responsabilisation », Note Atelier Terminologie présentée lors des journées d'études du 3 et 4 décembre 2018.

5. V. dans cet ouvrage, la contribution d'I. FOUCHARD, C. PERRUSO, « Outils juridiques de délimitation du commun ».

6. V. K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, Paris, Pedone 2016.

La menace des risques globaux déplace en effet le curseur de la responsabilité. Or pour protéger les générations futures et la communauté mondiale tout entière, le droit tend à ouvrir la responsabilité vers la prévention et l'anticipation (responsabilité *ex ante*) au risque de revenir sur sa nature première de réponse aux comportements nuisibles (responsabilité *ex post*).

Différentes dimensions de la responsabilité doivent ainsi être prises en compte. Catherine Thibierge, dans un article visionnaire sur l'avenir de la responsabilité⁷ affirmait que « tout comme la responsabilité civile s'est détachée de la responsabilité pénale, une nouvelle responsabilité juridique pourrait aujourd'hui se détacher de la responsabilité civile, permettant la création d'une action préventive des risques d'atteintes majeures à un intérêt essentiel de l'humanité ». Trois verbes étaient alors employés par l'auteure : punir, réparer et prévenir. Trois verbes qui traduisaient trois fonctions de la responsabilité juridique déclinée en responsabilité pénale, responsabilité civile ou administrative et responsabilité « universelle ». Cette dernière concernant la responsabilité de chacun pour la « durabilité » du genre humain.

Dans cet article de 2004 Catherine Thibierge interrogeait la pertinence de la création d'une responsabilité juridique préventive tout en insistant sur la résistance des juristes : « À la nécessité éthique et vitale [...] d'anticiper les menaces de dommages majeurs à l'environnement ou à la santé, certains juristes opposent une résistance technique invoquant la dénaturation de la responsabilité civile qui en résulterait, cette dernière étant principalement tournée vers la réparation et devant le rester »⁸.

À la suite de l'analyse du basculement du concept de responsabilité chez les philosophes, d'une perspective rétrospective à la perspective prospective, l'auteure affirme que « si la philosophie peut se faire l'inspiratrice du droit en ce tournant si particulier de l'histoire humaine, elle lui montre l'ouverture naturelle du concept de responsabilité vers le futur [...], le *concept*, instrument de connaissance et de compréhension, participe au monde des idées, et ne possède en lui-même aucune valeur normative ». Or, toujours selon l'auteure, « il peut pourtant se concrétiser dans le droit positif et se traduire sous la forme d'une *notion* juridique, susceptible quant à elle de produire des effets de droit ». Si l'on descend de la sphère du concept philosophique à la notion juridique, « ce qui signe la responsabilité juridique, par rapport à la responsabilité philosophique ou éthique c'est l'*obligation* de répondre »⁹.

Mais comment transformer le devoir éthique de responsabilité de l'avenir en une véritable obligation juridique ? Catherine Thibierge, à l'instar de Mireille Delmas-Marty dans son cours au Collège de France¹⁰, fait appel aux forces créatrices ou imaginantes et les associe à l'émergence de principes d'un droit souple (comme

7. C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité et responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 577.

8. *Id.*

9. *Id.*

10. V. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (Le relatif et l'universel ; Le pluralisme ordonné ; La refondation des pouvoirs ; Vers une communauté de valeurs ?)*, Paris, Seuil,

le principe de précaution). Pour l'auteure, « une triple influence de faits nouveaux, d'insuffisance du droit positif et d'idées naissantes prélude souvent aux grandes transformations de la responsabilité civile »¹¹. Il en a été ainsi lors des propositions concernant la théorie du risque, puis lors de la création d'une responsabilité sans faute. L'évolution saurait-elle s'affranchir de la nécessité d'un préjudice consommé à condition, bien soulignée par l'auteure, que la menace de dommage soit grave ? Ne faudrait-il pas une responsabilité ni punitive, ni curative, mais préventive, opérant par anticipation ? Cette « responsabilité-anticipation » viendrait s'ajouter aux formes classiques de « responsabilité-sanction » et de « responsabilité-indemnisation ».

Les résistances à une telle responsabilité « universelle » et préventive sont considérables. Elle suscite d'importantes inquiétudes. Pourtant des évolutions peuvent être constatées lorsque l'environnement ou l'humanité sont érigés en valeur à protéger.

En reprenant l'idée d'« objectifs communs », comme ceux du développement durable, voire équitable, qui postulent l'idée de devoirs transgénérationnels, quels impacts auraient-ils sur la responsabilité ? Le schéma classique de la responsabilité – dommage, fait générateur, causalité – est-t-il encore opérationnel ?

Or ces évolutions sont difficilement saisies si l'analyse se limite au concept ou à la notion juridique de responsabilité. Une telle démarche empêche de pousser la réflexion plus loin. D'où l'importance de se concentrer sur les processus de responsabilisation, ce qui permet de saisir quelques-unes des « métamorphoses » de la responsabilité des deux grands acteurs de la mondialisation¹² : les États et les entreprises. Leurs processus de responsabilisation n'évoluent pas en vase clos, mais interagissent de plus en plus.

II. PROCESSUS DE RESPONSABILISATION DES ÉTATS

Au niveau international, l'État est en première ligne, même si les processus de responsabilisation peuvent varier selon le domaine. Nous avons retenu comme angle d'analyse les droits de l'homme (y compris le droit à un environnement sain), domaine où l'évolution de la responsabilité de l'État a beaucoup évolué depuis le XX^e siècle. Les droits de l'homme ne permettent-ils pas d'élargir le sens

2004-2011 ; M. DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*, Paris, Seuil, 2013.

11. V. C. THIBIERGE, art. cité.

12. Si les États et les entreprises sont les deux acteurs principaux de la mondialisation, il ne faut pas négliger la montée en puissance de la société civile et notamment de la société civile organisée. En revanche en termes de responsabilisation, même si ISO 26000 parle de Responsabilité sociale des organisations (RSO), les processus sont encore assez embryonnaires, mais non moins importants. La question de la responsabilisation des organisations internationales et des organisations non gouvernementales mérite d'être développée.

de la responsabilité et de la projeter vers l'avenir ? C'est aussi un domaine où l'obligation de protéger les droits humains implique un devoir de prévenir les violations susceptibles d'être commises y compris par des entreprises.

Or, la globalisation économique et la conséquente montée en puissance des acteurs privés, principalement des entreprises transnationales, ne devrait pas supposer une redistribution des responsabilités, notamment en matière sociale et environnementale¹³ ? Pour cette contribution nous nous concentrerons ainsi notamment sur l'évolution des processus de responsabilisation des États en matière de protection des droits de l'homme, même si d'autres processus de responsabilisation des États pourraient être analysés dans le cadre de la recherche (par exemple celui lié à la mobilisation d'une responsabilité de protéger qui peine à s'affirmer, celui lié à la mise en place des responsabilités communes mais différenciées entre États en matière climatique, ou même dans le cadre de la protection des droits de l'homme, la « responsabilité aggravée de l'État »...).

L'évolution de la responsabilité des États en matière de droits de l'homme est notamment liée à celle des mécanismes internationaux de contrôle et au renforcement des obligations positives mises à la charge des États par les organes internationaux de contrôle, grâce à une interprétation dynamique ou constructive des traités internationaux de protection des droits de l'homme. Le contrôle exercé par les organes onusiens ou régionaux et leurs articulations contribuent à l'esquisse de fragments d'un droit commun et font évoluer la responsabilité des États. La mise en œuvre de certaines techniques de contrôle par les organes internationaux de protection des droits de l'homme peut contribuer à des rapprochements substantiels d'interprétations. Or une évolution des processus de responsabilisation ressort d'une telle perméabilité substantielle qui est souvent le résultat d'échanges formels ou informels entre organes de contrôle ou entre leurs représentants.

L'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) en 1948 a été suivie d'une multiplication des traités internationaux au sein du système onusien, ainsi que d'organes de contrôle de la mise en œuvre de ces traités. La DUDH a été, à partir de 1965, complétée par des instruments juridiquement contraignants visant des droits spécifiques ou des catégories de personnes. Le premier texte adopté a été la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁴, suivie de l'adoption des deux Pactes en 1966 : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)¹⁵ et le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (PIDESC)¹⁶. Le premier

13. V. K. MARTIN-CHENUT, « Quelles responsabilités face aux exigences d'une démocratie environnementale ? », in E. CANAL-FORGUES (dir.), *Démocratie et diplomatie environnementales : acteurs et processus en droit international*, Paris, Pedone, 2015, p. 281-300.

14. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 déc. 1965 et entrée en vigueur le 4 janv. 1969.

15. Adopté le 16 déc. 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976.

16. Adopté le 16 déc. 1966 et entré en vigueur le 3 janv. 1976.

comité spécialisé n'a été créé qu'à la fin des années 1960 (Comité pour l'élimination de la discrimination raciale) et la prolifération d'instruments et de mécanismes de suivi s'est accentuée surtout ces trente dernières années.

C'est en effet à la suite de l'adoption des deux Pactes et de la Convention relative à la discrimination raciale qu'une protection sectorielle des droits de l'homme s'est développée avec l'adoption de conventions visant à éviter des violations spécifiques (outre la discrimination raciale, la torture¹⁷ ou les disparitions forcées¹⁸) ou à protéger des catégories particulières d'individus (enfants¹⁹, femmes²⁰, migrants²¹, handicapés²²).

Cette multiplication de traités de protection des droits de l'homme a elle aussi été suivie d'une prolifération de mécanismes de contrôle qui par leurs décisions permettent à la fois d'explicitier le commun, de le renforcer, et ce faisant de faire évoluer la responsabilité des États²³.

Bien que mis en place pour contrôler l'application d'une convention précise, les différents comités ont été soumis à des processus de diversification des techniques de contrôle, d'extension de leur portée et d'évolution dans leur mise en œuvre qui les rapprochent les uns des autres, contribuant ainsi à une harmonisation du contrôle onusien. Si dès leur création les divers comités onusiens ont connu une procédure de contrôle fondée sur l'examen de rapports périodiques, ils ont par la suite développé des méthodes de travail certes distinctes au départ, mais qui se sont graduellement rapprochées. De l'observation de l'évolution des techniques de contrôle des organes conventionnels onusiens ressort une influence réciproque certaine qui contribue à une harmonisation des processus de responsabilisation des États et *in fine* d'harmonisation du droit.

17. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 10 déc. 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987.

18. Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée le 20 déc. 2006 et entrée en vigueur le 23 déc. 2010.

19. Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE), adoptée le 20 nov. 1989 et entrée en vigueur le 2 sept 1990.

20. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 déc. 1979 et entrée en vigueur le 3 sept. 1981.

21. Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée le 18 déc. 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juill. 2003.

22. Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée le 13 déc. 2006 et entrée en vigueur le 3 mai 2008.

23. Le plus ancien de ces organes de contrôle est le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), établi en 1970. À la suite du CERD ont été établis : le Comité des droits de l'homme (CDH) en 1977, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) en 1982, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) en 1985, le Comité contre la torture (CAT) en 1987, le Comité des droits de l'enfant (CRC) en 1990, le Comité des travailleurs migrants (CMW) en 2003, le Comité des droits des personnes handicapées (CRPD) en 2008 et le Comité des disparitions forcées (CED) en 2011.

À titre d'exemple, la technique tout à fait classique des rapports périodiques qui s'impose automatiquement aux États dès la ratification des traités, réunit plusieurs fonctions, dont celle d'inciter l'État à analyser l'ensemble de sa législation et ses pratiques afin de les rapprocher de ce qui est prévu par les traités de protection des droits de l'homme ou celle de faciliter les échanges d'informations entre États et la compréhension des problèmes communs en vue de la recherche de solutions pour rendre le respect des droits de l'homme effectif. Cette technique en permettant un échange utile d'informations entre les États, favorise une prise de conscience vis-à-vis de leurs obligations et leur responsabilisation.

La généralisation des communications individuelles, suivie également par une amplification de leur portée, contribue aussi à un renforcement de la responsabilisation des États. Conçues au départ pour « constater » l'existence d'une violation des droits de l'homme garantis par les traités, elles deviennent de plus en plus une occasion pour les comités onusiens d'aller au-delà des simples constatations des violations. Ceux-ci peuvent alors indiquer les moyens permettant de mettre fin à une violation, de réparer le dommage qui en résulte, voire de prévenir la répétition de la violation²⁴. Les décisions des comités onusiens étant dépourvues de force exécutoire, ceux-ci ont mis en place une procédure afin de favoriser l'effectivité des recommandations issues de leurs constatations. Les comités introduisent dans leurs décisions une mention des renseignements que les États doivent fournir sur les mesures prises pour se conformer à la décision. À la suite des informations communiquées, un « dialogue constructif » est établi entre l'État, la victime et l'organe de contrôle afin de contourner les éventuels obstacles rencontrés par l'État dans la mise en œuvre des constatations. Cette procédure peut rester en place pendant plusieurs années et, en cas d'échec du dialogue, les comités peuvent publier l'état du suivi dans un rapport annuel, mais ils peuvent également demander, lors du contrôle sur rapport périodique, des informations à l'État sur la mise en œuvre des constatations. Les différentes techniques de contrôle déployées par les organes conventionnels onusiens peuvent s'articuler, exerçant ainsi une force harmonisatrice en renfort du commun délimité par les conventions internationales et *in fine* renforcer la responsabilité des États en matière de protection des droits de l'homme.

Si la multiplication des mécanismes conventionnels onusiens traduit un renforcement du système de protection des droits de l'homme et des processus de responsabilisation des États, elle entraîne également de la complexité²⁵. Certains

24. Il faut pourtant noter que l'activité contentieuse des comités onusiens reste modeste dans son ensemble.

25. Plus la complexité se renforce, plus la complétude et la cohérence risquent de s'affaiblir. V. M. DELMAS-MARTY, « La tragédie des 3 C » (préface), in M. DOAT, J. LE GOFF et PH. PEDROT (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, p. 7-12.

droits sont garantis par différentes conventions²⁶, parfois avec des diversifications ; un État peut être contraint de présenter à divers comités des rapports abordant des questions identiques ; enfin, des plaintes pourront aussi être déposées devant différents organes de contrôle. Or, même si les voies offertes aux victimes pour que leur cause soit entendue par une instance internationale sont amplifiées²⁷, l'existence de procédures concurrentes implique de délicates articulations et des risques de divergences ou d'incohérences. La coexistence des différents mécanismes est un atout, à condition qu'ils ne s'ignorent pas mutuellement et surtout qu'ils ne se contredisent pas ou n'adressent pas aux États des messages incohérents créateurs d'insécurité juridique et mettant en péril l'efficacité du système.

D'où le souci de rationalisation, qui peut être spontanée ou, dans le système onusien, insufflée par le Haut Commissariat des droits de l'homme (HCDH), qui assure un rôle de coordination favorisant l'émergence du droit commun²⁸. Les comités restent certes indépendants, mais le HCDH crée des conditions pour qu'une coordination soit mise en place²⁹. Le souci de renforcement de l'efficacité du système n'est pas nouveau³⁰, mais le processus de « rationalisation » du système prend une tournure inquiétante ces dernières années³¹.

26. Par exemple, interdiction de la torture (Convention contre la torture et PIDCP), droit à l'autodétermination (PIDCP et PIDESC), l'interdiction de la discrimination raciale (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, PIDCP, PIDESC).

27. V. J.-F. FLAUSS ET S. TOUZÉ (dir.), *Contentieux international des droits de l'homme et choix du forum : les instances internationales de contrôle face au forum shopping*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2012.

28. La « rationalisation » doit être prise avec beaucoup de précautions. Elle ne doit pas être un subterfuge pour affaiblir le système.

29. C'est ainsi que l'existence de services d'appui communs atténue les risques d'ignorance mutuelle des activités et peut éviter un fonctionnement en parallèle et sans communication entre les différents comités. Le HCDH assure le secrétariat de plusieurs organes de contrôle, par exemple, des CDH, CDESC, CDE, CERD, CAT.

30. V. A. WEBER, *Les mécanismes de contrôle non contentieux du respect des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2008 ; E. TISTOUNET, « Amélioration des procédures conventionnelles des Nations Unies en matière de droits de l'homme », *RUDH* 1993, p. 145-155. Si des tentatives d'unification ont vu le jour (idée d'un rapport global unique ou propositions de fusion des comités), elles n'ont pas été retenues. C'est plutôt l'harmonisation qui a été privilégiée : le maintien de rapports distincts, qui permettent des échanges et stimulent le débat national, et un document de base où les informations générales sont harmonisées. Ce document de base commun à l'ensemble des traités est complété par des documents spécifiques à chaque traité (rapport ciblé). Le HCDH a continué d'œuvrer pour une rationalisation des mécanismes onusiens de contrôle afin d'atteindre un « alignement maximum de certaines méthodes de travail » des organes conventionnels « sans contredire les spécificités normatives des traités ». V. HCDH, « Renforcement des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme », *A/66/860*, 26 juin 2012, p. 11.

31. On parle même de crise du système des traités !

Malgré l'évolution des organes conventionnels onusiens et des techniques de contrôle, ils ne sont pas des organes juridictionnels. Il n'existe pas de Cour mondiale des droits de l'homme³² – même si souvent l'activité des différents comités des Nations Unies permet de les qualifier d'organes quasi juridictionnels³³. C'est plutôt au niveau régional que des organes juridictionnels ont été mis en place. En parallèle à l'évolution décrite ci-dessus au sein des Nations Unies, des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme ont été établis en Europe (1950), dans les Amériques (1969) et en Afrique (1981)³⁴. Les Cours régionales des droits de l'homme jouent un rôle essentiel dans l'esquisse d'un droit commun et dans le renforcement des processus de responsabilisation (des États directement et des entreprises indirectement), notamment par l'imposition d'obligations positives.

Les processus de responsabilisation des États en matière de droits de l'homme impliquent forcément la mise en relation entre espaces normatifs, entre organes de contrôle et entre différents systèmes juridiques. La perméabilité procédurale contribue à une perméabilité substantielle. Au-delà des relations entre comités onusiens, les relations horizontales, non hiérarchisées, avec d'autres organes de contrôle, notamment les organes régionaux de protection des droits de l'homme, sont fondamentales. Les interactions entre cours régionales et organes onusiens contribuent à des rapprochements substantiels entre interprétations régionales et mondiales. C'est grâce à ces perméabilités substantielles qu'un droit commun peut s'esquisser et que des processus de responsabilisation évoluent. Le rôle des obligations positives imposées aux États par les organes de contrôle dans ce processus et dans l'esquisse de fragments d'un droit commun est essentiel.

Selon la théorie des « obligations positives », les États doivent adopter toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre effective des droits de l'homme. Pour les organes de protection des droits de l'homme, la pleine effectivité des droits ne peut pas être garantie au travers des seules obligations négatives. La pleine effectivité des droits implique également des obligations positives de protection, y compris dans les rapports entre particuliers, ce qui a été qualifié par certains auteurs d'« horizontalisation des droits de l'homme »³⁵. Le développement de « l'effet horizontal » des conventions de protection des droits de l'homme implique la responsabilité

32. V. O. DE FROUVILLE, « Pourquoi nous avons besoin d'une cour des droits de l'homme des Nations Unies ? », in N. ALOUPI *et al.*, *Les droits humains comparés. À la recherche de l'universalité des droits humains*, Paris, Pedone, 2019, p. 129-161.

33. E. DECAUX, « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 217-232.

34. Malgré l'existence d'autres textes de protection des droits de l'homme en dehors du système onusien et de ces trois systèmes régionaux (à l'instar la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 ou de la Déclaration des droits de l'homme adoptée en 2012 par l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est), ils n'ont pas encore impliqué en systèmes aboutis de protection des droits de l'homme au même titre que les trois systèmes évoqués.

35. V. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST ET S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des*

de l'État pour des violations commises entre particuliers en raison d'une carence de l'ordre juridique ou d'une intervention étatique insuffisante.

Les obligations positives imposées aux États sont surtout des instruments prétoriens qui visent à appréhender des droits « concrets et effectifs », et non à analyser des droits « théoriques ou illusoires »³⁶. C'est dans le cadre d'une d'interprétation constructive des textes conventionnels que des obligations positives sont imposées aux États dans un processus de responsabilisation qui peut aller beaucoup plus loin que celui envisagé par l'État lors de l'adhésion au traité.

Les obligations positives sont employées devant les comités onusiens³⁷, mais c'est surtout devant les cours régionales qu'elles ont pris de l'ampleur. Les juges s'affranchissent des volontés des États sous le fondement de l'effet utile, de l'effectivité des droits³⁸. Des obligations de légiférer (voire d'incriminer³⁹), mais aussi de se doter d'un appareil juridictionnel et de sécurité permettant d'enquêter, de poursuivre, de sanctionner...

François Ost, en se référant aux directives d'interprétation adoptées par la Cour EDH, affirmait que la Cour a choisi le « principe d'interprétation favorable aux droits fondamentaux de l'individu » et non celui « favorable à la souveraineté étatique », en préférant ainsi l'esprit à la lettre⁴⁰.

La jurisprudence internationale des droits de l'homme, grâce à la mobilisation d'obligations positives, pousse le processus de responsabilisation des États assez loin, y compris dans cette horizontalité mentionnée. La responsabilité de

droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, p. 355 et s. V. égal., Cour IDH, 31 janv. 2006, *Massacre Pueblo Bello c. Colombie*, Fond, réparations et coûts, Série C, n° 140, § 120.

36. V. Cour EDH, 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c. Irlande*, Cour IDH, 29 juill. 1988, *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, Fond, Série C, n° 4. Le système africain mobilise aussi les obligations positives, v. CADHP, Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c/ Nigeria. Com. 155/96, 13 oct. 2001.

37. Elles sont notamment reconnues dans l'Observation générale n° 31 du Comité des droits de l'homme (2004).

38. V. C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014.

39. Domaine du droit traditionnellement marqué par le monopole de l'État et par le principe de légalité pénale. V. F. VIGANO, « Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux » et K. MARTIN-CHENUT, « La protection du droit à la vie et les obligations de protection pénale dans le système interaméricain des droits de l'homme », in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (dir.), *Devoir de punir ? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, SLC, 2013, p. 59-78 et p. 141-183 respectivement. Sur la question des limites de ces obligations positives de nature pénale, v. H. DUMONT, I. HACHEZ, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme, dans quelles limites ? », in Y. CARTUYVELS *et al.* (dir.), *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 45-73.

40. V. F. OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour EDH. L'esprit plutôt que la lettre », in F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 259.

l'État prend de plus en plus une dimension préventive. En effet, les processus de responsabilisation des États mettent en lumière la mobilisation de la notion de due diligence⁴¹. En matière de droits humains, l'État est de plus en plus responsabilisé par les organes internationaux de contrôle des droits de l'homme pour des violations commises par des acteurs privés. D'ailleurs, la responsabilisation des États pour des activités extraterritoriales des entreprises progresse⁴². Or en même temps une responsabilisation accrue des acteurs privés semble s'esquisser, notamment celle des grandes entreprises, actrices majeures de la mondialisation. Une dynamique s'esquisse au niveau international, mais aussi au niveau national et concerne aussi bien la sphère législative que la sphère juridictionnelle.

III. PROCESSUS DE RESPONSABILISATION DES ENTREPRISES

Le paradoxe des multinationales ou des entreprises transnationales (ETN) est qu'elles ont accompli ce que Paul Valéry appelait en 1929, dans un autre contexte, « La Conquête de l'ubiquité ». Mais en même temps qu'elles se répandent partout, elles parviennent aussi à se rendre juridiquement invisibles grâce au principe de l'autonomie de la personnalité juridique. Or l'exercice de plus en plus important d'un pouvoir par les acteurs privés économiques ne peut pas ne pas impliquer un renforcement des responsabilités des entreprises. C'est ainsi qu'un processus de redistribution des responsabilités se dessine, poussé notamment par le droit international des droits de l'homme (DIDH). Il se caractérise par une tentative d'accroître les responsabilités des entreprises (le pluriel s'impose), sans pour autant impliquer un rétrécissement des responsabilités des États en matière de protection des droits fondamentaux. Les États restent en effet les premiers défenseurs des droits humains et au niveau international le renforcement des responsabilités des entreprises passe souvent par celle des États, notamment en raison des obligations positives qui pèsent sur eux. Ils sont responsables du contrôle, sur leur territoire (voire au-delà)⁴³, de l'activité des entreprises quant à leurs impacts sur

41. Même si la nature et la mobilisation de cette notion suscitent encore beaucoup d'interrogations. V. SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018. V. aussi S. BESSON, *La due diligence en droit international*, RCADI, 2020.

42. O. DE FROUVILLE, « La responsabilité des États pour les activités extraterritoriales des entreprises et l'interprétation de la notion de "juridiction" par le Comité des droits de l'homme : Quelques remarques à propos de l'affaire Yassin et al. C. Canada », in *Justice et droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de Christine Chanet*, Paris, Pedone, 2019, p. 67-86.

43. *Id.* V. aussi l'Observation générale n° 24 du Comité des droits économiques sociaux et culturels des Nations Unies de 2017 sur les obligations des États en vertu du PIDESC dans le contexte des activités des entreprises (E/C.12/GC/24).

l'exercice des droits humains. Au niveau national ou transnational ce n'est pas le même cas de figure et l'entreprise peut être responsabilisée directement.

Au niveau international, l'asymétrie entre certains États et des entreprises transnationales est flagrante et les limites du droit international importantes : une entreprise peut faire valoir ses droits devant la Cour EDH, mais elle ne peut pas être condamnée par cette juridiction régionale lorsqu'elle est à l'origine d'une violation des droits de l'homme ; la Cour pénale internationale n'est pas compétente à l'égard des personnes morales et, même si elle pourrait juger un dirigeant d'entreprise, elle ne pourrait le faire que pour un noyau dur des crimes internationaux les plus graves (génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre) ; en l'état actuel du droit international, à l'exception des litiges concernant les États et les investisseurs, soumis à l'arbitrage international⁴⁴, seuls les États et les individus sont soumis à des juridictions internationales⁴⁵.

Devons-nous, pour autant, conclure à une impuissance du droit international ou du droit tout court en la matière ? Même si le tableau dressé ci-dessus est assez pessimiste, nous assistons à l'émergence de *standards internationaux* et à leur « densification normative »⁴⁶ qui, outre le fait de contribuer à l'esquisse d'un droit commun, entraînent des processus de responsabilisation, lesquels passent notamment par la juridicisation, voire la judiciarisation de la responsabilité sociétale des entreprises.

Quels sont ces standards internationaux, et comment contribuent-ils à esquisser un droit commun de la responsabilité des entreprises ?

Au sein des Nations Unies, dès les années 1970, la responsabilité internationale des entreprises avait été débattue, notamment en raison du rôle de l'entreprise ITT dans le coup d'État chilien qui a renversé Salvador Allende, ou à propos des investissements privés dans une Afrique du Sud encore sous le régime de l'Apartheid. On assiste depuis, dans cet espace normatif, à la multiplication des textes et à un bras de fer incessant entre *soft law* et *hard law*.

44. Ce contentieux d'ailleurs, n'a fait qu'accroître l'asymétrie entre entreprises et États pendant des décennies. Pourtant, ces dernières années cette situation semble évoluer grâce à une nouvelle vague d'accords internationaux d'investissements et à la jurisprudence arbitrale de plus en plus sensible au comportement socialement irresponsable de certains investisseurs. V. à ce propos, N. MONEBHURRUN, « Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law », *Brazilian Journal of International Law* 2017, 14(2), p. 50-71. V. égal. dans cet ouvrage, la contribution de C. DEVAUX, R. GUILLAUMOND, N. MONEBHURRUN, « L'arbitrage internationale, fragment de droit commun », V. GROSSWALD CURRAN, « Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations », *Chicago Journal of International Law* 2016, vol. 17, p. 403-446.

45. V. toutefois le projet de Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH) découlant du Protocole de Malabo (2014) qui reconnaît la responsabilité pénale internationale des personnes morales.

46. V. C. THIBERGE (dir.), *La densification normative*, Paris, Mare & Martin, 2014.

Face aux limites du droit international, des pistes de responsabilisation se sont esquissées. La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) en est une, même si son émergence et son affirmation ont pu être interprétées plus comme le symptôme d'une crise institutionnelle⁴⁷ que comme un palliatif aux lacunes du droit. La RSE a en effet suscité de nombreuses critiques : on lui a reproché de n'être qu'une responsabilité de façade dont les contours sont maîtrisés par les acteurs auxquels elle s'applique ; son caractère « cosmétique » et son instrumentalisation comme outil de communication pour minimiser les externalités négatives de l'activité économique ont souvent été évoqués ; enfin, les dangers de l'autorégulation⁴⁸ ont en effet souvent été mis en avant, en particulier celui de présenter comme « volontaire » ce qui est en réalité impératif, notamment en matière de droits fondamentaux⁴⁹.

Malgré ces critiques, la RSE est devenue incontournable et a fait l'objet de plusieurs textes internationaux au sein d'instances publiques ou privées à l'instar des Nations Unies, de l'OCDE, de la Banque mondiale (SFI⁵⁰) ou encore de l'ISO⁵¹. Même s'ils relèvent tous du « droit souple »⁵², la force normative⁵³ de la RSE ne cesse de s'accroître, notamment en raison des interactions auxquelles elle donne lieu entre différents espaces normatifs⁵⁴. Définie par l'ISO 26000 (2010) comme une responsabilité « vis-à-vis des impacts des décisions sur la société et sur l'environnement », cette définition inspire celle de l'Union européenne (COM/2011/681). Il en est de même lorsque l'Union européenne et le Conseil de l'Europe préconisent la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour les droits de l'homme et les entreprises incitant les États à adopter des plans nationaux d'action sur la RSE et à réformer leur droit interne pour mettre effectivement en œuvre les principes onusiens relatifs aux entreprises et

47. V. A. SUPIOT, *Grandeur et misère de l'État social*, Paris, Fayard/Collège de France, coll. Leçons inaugurales du Collège de France, 2013 ; A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

48. Les différents mouvements qui vont de la réglementation à la régulation et ensuite à l'autorégulation ont été étudiés dans le cadre de l'atelier terminologique de cette recherche par Ivano Alogna, Note « De la légalité à la régulation » présentée lors des Journées d'études des 3 et 4 décembre 2018.

49. V. E. DECAUX, « Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales », in I. DAUGAREILH (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 459-474.

50. Société Financière Internationale (SFI), organisation de la Banque mondiale dont la mission est la promotion d'investissements dans les régions en développement.

51. Organisation internationale de normalisation.

52. Pour utiliser les termes du Conseil d'État, v. *Le droit souple*, Paris, La Documentation française, 2013.

53. Expression empruntée à C. THIBIERGE (*La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2008).

54. V. K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016.

aux droits de l'homme. Une telle « densification normative » en la matière nous conduit à interroger les différents processus d'internormativité qui participent à la construction d'un droit commun de la responsabilité des entreprises pour des violations des droits humains ou des atteintes à l'environnement. Ces processus normatifs ne sont pas toujours linéaires, ils sont complexes et impliquent des combinaisons, voire des concurrences entre *soft* et *hard law*.

La RSE serait-elle la « tête chercheuse » du *hard law* comme l'affirmait souvent Michel Doucin, ancien ambassadeur au ministère des Affaires étrangères sur des questions attenantes à la RSE et ancien secrétaire permanent de la Plateforme nationale d'actions globales pour la RSE en France ?

Le premier constat est celui d'une concurrence entre *soft* et *hard law* au niveau international, marquée par une prévalence du *soft law*. Mais cette concurrence évolue vers une complémentarité grâce aux interactions normatives entre différents espaces normatifs au niveau mondial, régional et national. Cette trajectoire de la concurrence vers la complémentarité peut-elle contribuer à une harmonisation du droit afin d'aplanir le terrain de jeu (*level playing field*) des entreprises (notamment des entreprises transnationales) ? Peut-elle contribuer à l'esquisse d'un droit commun dont l'objectif serait de responsabiliser de manière effective les entreprises pour des violations des droits de l'homme et des atteintes à l'environnement ?

Le laboratoire onusien est emblématique de ce bras de fer entre *soft* et *hard law* en matière de responsabilisation des entreprises. Dès 1970 les négociations autour d'un code de conduite onusien ont été lancées mais n'ont pas abouti (l'initiative a été relayée par l'OCDE⁵⁵ et l'OIT⁵⁶ sous la forme d'un *soft law*) et le thème n'est ensuite revenu à l'agenda des Nations Unies qu'à la fin des années 1990, avec la création en 1998, au sein de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies, d'un groupe de travail visant à l'élaboration d'un projet de normes contraignantes à l'égard des entreprises en matière de droits de l'homme (*hard law*). Mais en 2000 c'est un Pacte mondial (*Global compact*) qui est adopté dans le dessein d'humaniser la mondialisation⁵⁷.

La mise en place du *Global Compact* (*soft law*), en parallèle, voire en concurrence avec le projet de normes de la Sous-Commission des droits de l'homme de l'ONU (*hard law*), est symptomatique de la tension existante entre ces deux formes de normativité lorsqu'il est question de responsabiliser les acteurs privés économiques. En 2003 le Projet de Normes de la Sous-Commission des droits de l'homme a échoué⁵⁸ et en 2005 John Ruggie a été nommé représentant spécial du

55. Avec l'adoption en 1976 des « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales ».

56. Avec l'adoption en 1977 de la « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale ».

57. V. www.unglobalcompact.org.

58. Sous-Commission des droits de l'homme, 2003/16, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 du 26 août 2003, Commission des droits de l'homme, Décision 2004/116 du 22 avril 2004.

Secrétaire général des Nations Unies chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises dans le dessein d'élaborer des principes directeurs. C'est le début d'un long processus d'adoption par le Conseil des droits de l'homme d'un texte de *soft law* : les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme⁵⁹.

Les principes onusiens se caractérisent par un cadre reposant sur des responsabilités différenciées mais complémentaires des États et des entreprises construit autour de trois piliers⁶⁰ : l'obligation pour les États d'assurer une protection contre les violations des droits de l'homme par les tierces parties, y compris les entreprises ; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme ; la nécessité d'offrir des voies de recours effectives aux victimes. Chacun de ces piliers est considéré comme une composante essentielle d'un système interdépendant et dynamique de mesures de prévention et de réparation.

La notion de *due diligence* est au cœur de ce système de responsabilité. Si traditionnellement la diligence raisonnable est employée dans la gouvernance d'entreprise pour déterminer les risques entrepreneuriaux, elle est devenue, avec les principes onusiens, un *standard* pour mesurer le respect d'obligations internationales. Elle a acquis une nouvelle dimension en sortant d'un contexte de simple gestion des risques internes à l'entreprise pour s'intéresser aux risques que l'entreprise engendre pour les tiers avec l'exercice de son activité.

Mais les initiatives onusiennes, à l'instar du *Global Compact* et des principes directeurs de 2011, n'ont pas été épargnées par les critiques, notamment en raison de l'irresponsabilité de fait de certaines entreprises, dont témoignent les tragédies de Bhopal en Inde, du Probo Koala en Côte d'Ivoire, de Chevron-Texaco en Équateur, de Shell au Nigéria, du Rana Plaza au Bangladesh (la liste est longue...) et les péripéties contentieuses qui les ont suivi.

C'est ainsi que la concurrence entre *soft* et *hard law* perdure aux Nations Unies, désormais avec un processus de négociation d'un traité sur entreprises et droits de l'homme au sein du Conseil des droits de l'homme. À l'initiative de l'Équateur et de l'Afrique du Sud, un groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant a été mis en place depuis 2014⁶¹. Malgré son démarrage difficile en raison du faible soutien que la résolution a rencontré⁶² et la complexité qu'un tel processus implique⁶³, les travaux suivent leur cours au sein des Nations Unies. La sixième session du

59. A/HRC/RES/17/4 du 6 juillet 2011.

60. Rappelons-nous les travaux d'Absjorn Eid, rapporteur pour le droit à l'alimentation dans les années 1980, et sa tripartition des obligations : respecter, protéger et réaliser.

61. A/HRC/26/L. 22/Rev.1.

62. Les États-Unis, le Japon, mais également l'Union européenne et certains pays d'Amérique latine n'ont pas soutenu ce processus.

63. V. C. KESSEDIAN, « Entreprise et droits de l'homme – Vers une convention internationale ? », in C. KESSEDIAN, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016, p. 155-164.

groupe intergouvernemental a eu lieu en octobre 2020. À la suite de la publication d'éléments pour un traité en 2017, d'un *zero draft* en 2018, d'un projet révisé en 2019, suivie d'une deuxième version en 2020, l'année 2021 sera décisive pour les négociations de ce nouvel instrument du processus de responsabilisation des entreprises⁶⁴. Le texte actuel ne révolutionne pas le droit international. C'est un processus interétatique classique où des obligations directes ne sont prévues qu'à l'égard des États. Les entreprises ne sont responsabilisées qu'indirectement⁶⁵.

Les réfractaires à la mise en place de ce processus de négociation au sein du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies ont souvent invoqué le risque de concurrence entre les deux mécanismes (Principes directeurs d'une part, traité d'autre part) et insistaient sur l'importance de mettre en œuvre les Principes directeurs au lieu de se lancer dans l'élaboration d'un nouveau traité comme si ces deux processus étaient forcément concurrents, voire exclusifs. Or la logique de concurrence, voire d'exclusion, ne semble pas la voie la plus adroite pour atteindre une meilleure responsabilisation des entreprises. Il faudrait plutôt privilégier une logique de complémentarité entre les acteurs, entre les différentes formes de normativité et de responsabilité. Et une telle complémentarité semble s'esquisser tant au niveau international, qu'au niveau national. En effet la prolifération de standards RSE diffuse largement la notion de *due diligence*, qui est à l'origine d'un durcissement de la RSE ces dernières années.

Au niveau international, les Principes directeurs des Nations Unies de 2011 irradiant plusieurs espaces normatifs mondiaux et régionaux, notamment grâce à la stratégie utilisée par l'ancien Représentant spécial John Ruggie de se rapprocher de différentes instances publiques et privées pendant un processus d'adoption qui a duré environ six ans⁶⁶. L'ensemble des textes adoptés et l'évolution de leur mise en œuvre contribuent en effet à des processus de dissémination des *standards*

64. Après des débuts difficiles, le projet de 2020 semble être considéré comme une base de travail viable y compris par l'Union européenne qui a résisté, voire boycotté, le processus lancé en 2014.

65. Une nouvelle version du projet révisé a été publiée au mois d'août 2020. V. <https://www.ohchr.org/FR/HRbodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>. V. également l'avis de la CNCDH sur ce projet révisé, 15 oct. 2020, <https://www.cncdh.fr/fr/actualite/avis-de-suivi-sur-le-projet-de-traite-des-nations-unies-pour-les-entreprises-et-les-droits>.

66. John Ruggie s'est rapproché, par exemple, de l'ISO pour qu'elle rebâtisse son chapitre sur les droits de l'homme prévu pour la norme ISO 26000. Il s'est également rapproché de l'OCDE, qui révisait alors ses Principes directeurs à l'intention des multinationales, pour la persuader de l'importance de l'insertion d'un chapitre spécifique sur les droits de l'homme. Il en a été de même pour la Société financière internationale, pour qu'elle aussi intègre à ses *Performance standards* des références aux droits de l'homme. V. K. MARTIN-CHENUT, « Droits de l'homme et responsabilité des entreprises : les "Principes Directeurs des Nations Unies" », in G. GIUDICELLI-DELAGÉ., S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, Paris, SLC, 2013, p. 229-247.

RSE. Ces processus sont présents au niveau mondial⁶⁷ et s'accroissent même au niveau régional européen⁶⁸ tant dans le cadre de l'Union européenne⁶⁹, que dans celui du Conseil de l'Europe⁷⁰.

Une telle prolifération normative au niveau international peut évoquer l'image d'une « jungle normative », surtout si sont pris en considération tous les textes nationaux qui en dérivent (étatiques ou privés). Certes la « jungle normative » qui entoure la RSE, outre le fait de traduire sa complexité (une normativité graduée, contenant un large spectre de normes), nous met également en garde contre les risques d'une densification normative qui ne serait que quantitative ou de surface⁷¹ au détriment de la qualité. Emmanuel Decaux, en se référant au droit onusien et à la multiplication de déclarations, affirmait que « la répétition des déclarations ne renforce pas leur valeur, par une sorte d'incantation qui ferait rimer déclaratoire et déclamatoire. Bien au contraire, elle risque de banaliser des affirmations de principe, vite démenties dans les faits »⁷². Sommes-nous dans ce

67. Outre les textes adoptés par l'OCDE, l'OIT, la SFI, l'ISO, peut être mentionné le texte final de la Résolution par laquelle ont été adoptés les ODD et qui fait référence expresse aux Principes Ruggie (A/RES/70/1, 25 septembre 2015, § 67), ou encore des décisions des organes onusiens de protection des droits de l'homme comme le Comité des droits de l'homme ou le Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Ceux-ci réservent une place de plus en plus importante à la question environnementale et à la responsabilité des entreprises dans leurs décisions.

68. Ce mouvement est pourtant également présent dans les espaces régionaux américain et africain.

69. Pour l'Union européenne, les principes onusiens deviennent une source pour la politique européenne en matière de RSE. V. F. BERROD, A. BOUVERESSE, « Panorama en droit de l'Union européenne », in K. MARTIN-CHENUT, R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, op. cit., p. 67-80. La Commission attend des entreprises qu'elles assument la responsabilité qui leur incombe de respecter les droits de l'homme conformément aux principes directeurs onusiens et invite les États membres à établir des plans nationaux de mise en application de ces principes. V. COM(2011)681 final, 25 octobre 2011, n. 4.8.2., « D » et « E ».

70. Au Conseil de l'Europe, des travaux sur la RSE ont été lancés à partir de 2010 (Résolution 1757 (2010) et recommandation 1936 (2010) de l'Assemblée parlementaire) qui ont notamment abouti à l'adoption d'une recommandation en 2016 (Recommandation CM/Rec (2016)3 du 2 mars 2016). Celle-ci vise à faciliter la mise en œuvre des Principes onusiens dans les quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe et donner des orientations pour combler les lacunes en la matière. La recommandation insiste sur l'importance des obligations positives et enjoint aux États de veiller à ce que leur législation crée des conditions propices au respect des droits de l'homme par les entreprises. Cette recommandation fait l'objet d'un suivi au sein du Conseil de l'Europe.

71. V. D. BESSIRE, E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise. Les paradoxes d'une densification normative », in C. THIBIERGE (dir.), *La Densification normative. Découverte d'un processus*, op. cit., p. 980-998.

72. V. E. DECAUX, « Déclarations et conventions en droit international », *Cahiers du droit constitutionnel* 2007, n° 21.

cas de figure avec la multiplication de standards internationaux en matière de responsabilisation des entreprises avec le développement de principes directeurs, guidelines... ? Or la convergence de la consécration par différents espaces normatifs de certains principes et la mobilisation de certaines notions comme la *due diligence*⁷³ ne peuvent-elles pas augurer une densification qualitative⁷⁴ ? Une telle densification qualitative (au-delà d'une densification quantitative) n'impliquerait-elle pas l'émergence de dénominateurs communs, et par conséquent l'esquisse de fragments de droit commun en matière de responsabilisation des entreprises ?

Comment aller plus loin dans l'objectivation du droit souple en général ? Le rôle du juge dans l'élucidation des normes et l'identification d'obligations est fondamental, que ce soit au niveau international, ou au niveau national (y compris dans le cadre d'un contentieux transnational).

Au niveau international, le renforcement des obligations positives imposées aux États, notamment grâce à une interprétation dynamique et constructive des textes fondateurs par les Cours régionales de protection des droits de l'homme semble être un levier important et qui peut contribuer à la qualité de la densification normative et à l'accroissement de la responsabilité des entreprises. La Cour EDH pourrait-elle utiliser la recommandation du Conseil de l'Europe mentionnée ci-dessus comme paramètre d'interprétation de la Conv. EDH pour fixer des obligations positives aux États qui n'auraient pas empêché les entreprises de porter atteinte aux droits de l'homme ? Quid des principes onusiens ? Même si ces principes sont une source exogène au système régional, et de surcroît de *soft law*, ne pourraient-ils pas contribuer au renforcement de la responsabilité des acteurs privés économiques même de manière indirecte ?⁷⁵ La Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple, lorsqu'elle condamne un État pour des violations des droits des peuples autochtones – commises par une entreprise dans le cadre d'une concession minière –, fait référence aux principes onusiens⁷⁶. Même si la mention aux principes onusiens reste encore très embryonnaire, à l'avenir les standards internationaux RSE pourront peut-être contribuer à une meilleure définition des obligations positives des États relatives au contrôle des activités des entreprises.

73. V. à ce propos, l'avis de la Plateforme RSE sur les Relations responsables entre donneurs d'ordre et fournisseurs. Recommandations pour la mise en œuvre de la diligence raisonnable, juillet 2017, http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/2017-07-10_avis_relations_responsables_donneurs_d_ordre_fournisseurs.pdf.

74. V. K. MARTIN-CHENUT, « Devoir de vigilance : internormativité et durcissement de la RSE », *Droit social* 2017, n° 10.

75. La Cour européenne, réticente dans un premier temps à faire appel aux sources exogènes, et notamment au *soft law*, prend de plus en plus en compte de telles sources. V. Cour EDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c. Turquie*. V. F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK ET F. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *RTDH* 2012, n° 91, p. 434-489.

76. Cour IDH, 25 nov. 2015, *Pueblos Kalina et Lokono c. Suriname*, Série C, n° 309, § 224.

La propagation de la *due diligence* au niveau européen se fait à travers plusieurs instruments, certains d'entre eux de *hard law*⁷⁷, montrant qu'une complémentarité entre *soft* et *hard law* est envisageable, voire souhaitable. Pendant la crise sanitaire de la Covid-19, qui semble avoir sensibilisé certains acteurs à l'importance de revoir le système économique dominant et de responsabiliser les entreprises tout au long de leur chaîne d'approvisionnement, une « promesse » a été faite d'adoption en 2021 d'une nouvelle réglementation européenne consacrée au devoir de vigilance⁷⁸.

Ces processus de densification normative au niveau international ont-ils un impact au niveau national ? Quel rôle peuvent-ils jouer dans l'évolution des droits nationaux ? À l'exception de quelques textes de l'Union européenne relevant de la *hard law*, la grande majorité des standards RSE sont de *soft law*, et pourtant nous assistons par exemple en France à un durcissement de la RSE grâce à l'adoption d'une loi sur le devoir de vigilance⁷⁹.

En effet, la RSE est de plus en plus saisie par le législateur et par le juge français, appelé à contrôler des engagements volontaires et à sanctionner le défaut de leur mise en œuvre effective⁸⁰. Elle peut, en effet, être à tout moment arrachée de la sphère du *soft law* pour intégrer progressivement le droit interne, se transformant ainsi en *hard law*, ou encore être sanctionnée par une juridiction du simple fait qu'un engagement volontaire entre dans le champ d'une catégorie juridique⁸¹. Le processus législatif déclenché en 2013 par quatre groupes parlementaires dans un contexte de commotion causée par l'affaire du *Rana Plaza*⁸² a été long et ardu. La loi française instaure pour les grandes entreprises qui emploient plus de 5 000 salariés en France ou plus de 10 000 dans le

77. À l'instar des directives sur la publication d'informations non financières ou sur les marchés publics, et encore des règlements sur la filière bois et sur la traçabilité dans les chaînes d'approvisionnement des « minerais de conflits »,

78. V. Déclaration du Commissaire européen à la justice Didier REYNERS du 29 avril 2020.

79. Loi n° 2017-399, 27 mars 2017, *JO*, 28 mars 2017. Cette loi insère dans le Code de commerce deux nouveaux articles (L. 225-102-4 et L. 225-102-5) qui instaurent l'obligation de vigilance en énonçant des sanctions à son manquement.

80. V. K. MARTIN-CHENUT, « Juridicisation et judiciarisation de la RSE. Le rôle du droit international des droits de l'homme », in J.-P. CHANTEAU, K. MARTIN-CHENUT, M. CAPRON (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en question. Savoirs et controverses*, Paris, Classiques Garnier, 2017, p. 239-260.

81. V. P. DEUMIER, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.* 2013, n° 23, p. 1564-1569. V. égal. K. MARTIN-CHENUT, J. TRICOT, « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », in K. MARTIN-CHENUT ET R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, *op. cit.*, p. 363-380.

82. Où des étiquettes de marques de vêtements vendus en Europe voisinaient les corps des ouvrières dans les décombres de l'édifice au Bangladesh et qui a mis en lumière les limites du droit à apporter une réponse aux victimes en traduisant en justice les donneurs d'ordre pour des faits commis à l'autre bout du monde.

monde l'obligation de publier et de mettre en œuvre un plan de vigilance⁸³. En articulation avec le déploiement du devoir de vigilance, celui de l'obligation de transparence est également un facteur important dans la mise en place de cette logique de complémentarité entre *soft* et *hard law*⁸⁴. D'ailleurs, le droit français a été pionnier en la matière⁸⁵, ayant même exercé un rôle moteur dans la reconnaissance d'une telle obligation au niveau européen. Et une autre évolution encore dans le processus de responsabilisation des entreprises en France a été l'adoption de la loi PACTE⁸⁶.

Au-delà du phénomène de juridicisation de la RSE, celle-ci est également soumise à un phénomène de judiciarisation. Un tel phénomène émerge indépendamment des réformes législatives et de la transformation du *soft* en *hard law*⁸⁷. Des exemples emblématiques sont les affaires qui, dans la veine de l'affaire *Kasky* aux États-Unis⁸⁸, laquelle a contribué à ouvrir la voie à la pénétration des engagements éthiques dans le champ juridique en les prenant au mot, mobilisent l'outil juridique « pratique commerciale trompeuse » (article L. 121-1-1 du Code de la consommation) à l'encontre d'entreprises suspectées de *fair washing* ou de *greenwashing*. Dans ces cas de figure le droit de la consommation et le droit de la concurrence sont mobilisés pour venir au secours des droits de l'homme et responsabiliser les entreprises. Leur mobilisation vise en effet à protéger les droits

83. Le défaut de publication d'un plan ou un plan de vigilance défaillant pourra entraîner des mesures juridiques (mise en demeure par exemple) mais aussi l'engagement de la responsabilité civile de l'entreprise en cas de dommage en lien avec la non-mise en œuvre des mesures prévues par la loi.

84. La directive européenne sur les informations non financières du 22 octobre 2014 impose aux entreprises de décrire les procédures de vigilance qu'elles ont adoptées (nouvel art. 19 bis, § 1, al. 1, de la directive 2013/34/UE).

85. V. loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (dite loi NRE) et loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 (dite loi Grenelle II).

86. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, qui a modifié le code civil pour élargir l'intérêt social aux enjeux sociaux et environnementaux (art. 1833) et a fait entrer dans ce code des notions nouvelles comme celles de « raison d'être » et de « société à mission ».

87. V. S. GERRY-VERNIÈRES, K. MARTIN-CHENUT, I. PARACHKEVOVA « La responsabilité sociale de l'entreprise », in *Flexibles notions : la responsabilité civile*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 299-318.

88. Au cours des années 1990, l'entreprise Nike fait face à une campagne médiatique organisée par des journalistes et des ONG révélant les conditions de travail des fournisseurs de la multinationale en Asie du Sud-Est. L'entreprise réplique par des actions opérationnelles et une campagne publicitaire. C'est alors qu'un citoyen, Mike Kasky, introduit une action à l'encontre de la société sur le fondement des textes californiens relatifs à la concurrence déloyale et à la publicité mensongère. La saga judiciaire de cette affaire, qui s'est finalement soldée par un accord amiable conduisant l'entreprise à verser 1,5 millions de dollars à la Fair Labor Association, a montré comment les démarches RSE peuvent être prises au sérieux par le droit et, ce faisant, ne plus être circonscrites au champ socio-politique pour être attirées dans le champ juridique.

de l'homme en sanctionnant la déloyauté des entreprises qui invoquent des engagements éthiques à des fins de marketing sans les mettre effectivement en œuvre⁸⁹.

À ces phénomènes de juridicisation et de judiciarisation de la RSE mentionnés, s'adossent de nouveaux contentieux. En France un nouveau contentieux émerge à la suite de la loi sur le devoir de vigilance, mais dont nous n'avons pas encore assez de recul pour savoir s'il contribuera à responsabiliser effectivement les entreprises pour des violations des droits humains ou des atteintes environnementales dans leur chaîne de valeur⁹⁰. Ici la prévention acquiert une nouvelle dimension. Nous assistons à un véritable « contentieux de la prévention » fondé sur la loi relative au devoir de vigilance (et peut être dans les années à venir fondé sur la loi PACTE !).

À ce contentieux de la prévention à investir, vient également s'ajouter, avec plus ou moins de succès, un contentieux transnational des droits de l'homme en la matière qui, en essayant de combler les lacunes du droit international, cherche à responsabiliser les entreprises transnationales et à réparer les violations des droits de l'homme.

Même si la tendance dans certains États, comme les États-Unis, est à la limitation de la compétence extraterritoriale des juges pour poursuivre des entreprises transnationales ayant commis ou ayant été complices de violations des droits humains, dont l'exemple emblématique a été l'arrêt *Kiobel*⁹¹, d'autres pays exercent une compétence extraterritoriale pour juger des entreprises ayant violé les droits humains à l'autre bout du monde. Les Pays-Bas⁹², le Canada⁹³ et le Royaume-Uni⁹⁴ en sont des exemples. Enfin doit être mentionné un contentieux climatique qui touche également les entreprises⁹⁵.

89. V. K. MARTIN-CHENUT, J. TRICOT, « La loyauté des engagements : la RSE prise au mot par le droit », in K. MARTIN-CHENUT ET R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, op. cit., p. 363-380.

90. Les premières affaires en cours sont confrontées à un problème de compétence, la juridiction saisie (le juge judiciaire), a décliné sa compétence au profit du tribunal de commerce (juge consulaire).

91. V. V. GROSSWALD CURRAN, « La jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis sur l'extraterritorialité et d'autres questions d'importance internationale », *D.* 2014. 2473 ; C. FABRE, « Réflexions sur l'Alien Tort Statute (ATS), *RSC* 2016/3, p. 505-522.

92. V. not. l'affaire *Akpan* et la renaissance de l'affaire *Kiobel* au Pays Bas ! Tribunal de La Haye, 30 janv. 2013, ECLI: NL: RBSGR: 2013: BY9854 (*Akpan/Shell*) ; Cour d'appel La Haye, 17 déc. 2015, ECL-NL: GHDHA: 2015:3586 (*Dooh/Shell*).

93. V. not. les affaires concernant la société HudBay. V. S. C. MIJARES PENA, « Human Rights Violations by Canadian Companies Abroad: Choc v Hudbay Minerals Inc, 5 », *Western Journal of Legal Studies* 2014, <http://ir.lib.uwo.ca/uwojls/vol5/iss1/3> ; S. DALEY, « Outcry Echoes up to Canada: Guatemalans Citing Rapes and Other Abuses Put Focus on Companies' Conduct Abroad », *New York Times*, 3 avr. 2016, p. A-1, A-11.

94. V. not. l'affaire *Vedanta : Lungowe c. Vedante Plc* [2016] EWHC (TCC) 975 ; puis devant la Cour suprême du Royaume-Uni, *Vedanta Resources PLC and another c. Lungowe and others* (2019) UKSC 20.

95. V. dans cet ouvrage, la contribution de L. D'AMBROSIO ET M. TORRE SCHAUB, « Le régime juridique du climat : essai de recomposition d'un fragment de *Jus commune* universel ».

Le devoir de vigilance devient une notion clé de l'évolution des processus de responsabilisation des entreprises. Celles-ci doivent anticiper les risques, les cartographier, prévoir des mesures concrètes pour les éviter (mesures qui intégreront leur plan de vigilance, lequel devra être publié) et les mettre en œuvre.

Cette RSE, voire RSO (responsabilité sociétale des organisations)⁹⁶, de plus en plus juridicisée, voire judiciarisée, ne deviendrait-elle pas cette responsabilité universelle, cette « responsabilité de l'avenir » envisagée par Catherine Thibierge en 2004⁹⁷ ?

96. V. ISO 26000.

97. C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité et responsabilité de l'avenir », art. cité, p. 577.