

Entreprises multinationales et responsabilité(s)
Demi-journée de Saint-Denis (Université Paris VIII) – 15 avril 2016

LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DE L'ÉTAT À
L'ÉPREUVE DE LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES
MULTINATIONALES

Bamidayé Komi ASSOGBA
Doctorant en droit public,
Université Paris 8 Vincennes-Saint-Denis,
Laboratoire Forces du droit EA 4387

En droit international, tout comme en droit constitutionnel, il est établi que l'État a la faculté de définir l'étendue de ses compétences. La mondialisation de l'économie semble affecter toutefois l'exercice des compétences de l'État. Il est en effet devenu difficile pour un État de réglementer les entreprises multinationales (ci-après EMN) sans prendre le risque d'empiéter sur la souveraineté des autres États.

Une réglementation unilatérale des EMN implique précisément la mise en œuvre de la compétence¹ internationale² de l'État. Elle doit être entendue comme la faculté de l'État d'édicter des normes de portée internationale par l'entremise de ses organes législatif, judiciaire ou exécutif (compétence normative) ou de prendre des dispositions de mise en œuvre des normes en recourant au besoin aux moyens de coercition tels que

¹ La compétence est l'« ensemble des pouvoirs reconnus ou conférés par le droit international à un sujet de droit ou un organe, les rendant aptes à remplir des fonctions déterminées et à accomplir les actes juridiques qui en découlent » et de préciser que la compétence de l'État est le « pouvoir juridique conféré ou reconnu par le droit international à un État de soumettre des personnes, physiques ou morales, des biens et des activités à son ordre juridique » (*Dictionnaire de droit international public* (dir. Jean SALMON), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 210).

² Le caractère international de cette compétence découle du fait que l'un des éléments de mise en œuvre de la norme n'est pas localisé sur le territoire de l'État qui l'a édictée. En clair, c'est le champ territorial des actes de l'État qui affecte le caractère de sa compétence. En ce sens, la compétence internationale peut être opposée à la compétence nationale. La compétence internationale de l'État se décline à travers les concepts d'extraterritorialité et d'universalité.

la saisine (compétence d'exécution ou opérationnelle)³. Exercer une telle compétence à l'égard des EMN relève d'une gageure à plusieurs égards surtout que la qualité de sujet de droit international de ces dernières ne fait pas l'unanimité⁴. Leur définition n'est pas moins sujette à débat⁵, et cela rend incertain l'objet même de toute réglementation les concernant. Nous proposons de considérer l'EMN comme la représentation⁶ que l'on se fait d'un groupe international de sociétés⁷ dont les composantes localisées dans plusieurs États entretiennent des relations économiques d'interdépendance qui laissent supposer l'existence d'un intérêt propre au groupe de sociétés considéré.

L'entreprise multinationale ainsi définie est en réalité le vecteur de la mondialisation⁸. Ce dernier phénomène, accéléré par la chute du mur de Berlin, a transformé les relations économiques internationales. La circulation des capitaux et des marchandises est assurée à l'échelle planétaire par des EMN qui ont relégué les États au

³ V. B. STERN, « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *AFDI*, 1986, pp. 1-47.

⁴ La question de la personnalité internationale fait l'objet de controverses doctrinales. Certains auteurs pensent que seules les États ou leurs créations peuvent prétendre à la qualité de sujet de droit international. À côté d'eux, il y a les auteurs qui plaident pour un ordre juridique international ouvert à des entités non-étatiques (V. sur ces différentes acceptions de la personnalité internationale : M. COSNARD, Rapport introductif, in *Le sujet en droit international*, Colloque du Mans du 04 et 05 juin 2005 de la SFDI, Paris, A. Pedone, pp. 14-53 ; Th. MARGUERITTE, R. PROUVEZE, « *Le droit international et la doctrine saisis : la diversification des sujets du droit international* », *RQDI*, 2016, pp. 159-189). S'agissant particulièrement des entreprises, très tôt, plaçant pour un ordre juridique transnational, Ph. JESSUP les avait présentées comme des sujets de droit international. C'est toutefois grâce au développement de l'arbitrage transnational que d'autres auteurs vont défendre avec moins de complexe leur qualité de sujet de droit international (V. L. KAMMOURIEH, « L'entreprise sujet parmi d'autres du droit international chez Philipp C. Jessup », in *Les sujets*, Paris, A. Pedone, 2015, pp. 303-328 ; P. DUMBERY, « *L'entreprise, sujet de droit international public ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements* », *RGDIP*, 2004, pp. 103-122).

⁵ Dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, l'on a préféré, par exemple, souligner le caractère relatif de la définition que l'on proposait de l'entreprise multinationale. D'autres instruments juridiques, comme les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, n'ont pas simplement proposé de définition à propos des entités qu'ils entendaient régir.

⁶ L'on peut douter, comme le professeur A. PELLET, de l'existence même des entreprises multinationales (v. préface, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque de la SFDI, Paris, A. Pedone, 521p.). Pour nous, il s'agit avant tout de la représentation que l'on se fait des relations économiques d'interdépendance qui se nouent entre différentes entités de différents États. De ce fait, retenir une définition catégorique peut être un frein à la compréhension de la diversité des phénomènes de multinationalisation. Plutôt que de figer l'entité par une définition juridique, et prendre le risque de préjuger de sa nature juridique, il est intéressant de s'appesantir sur les rapports juridiques qui se nouent en son sein.

⁷ La Chambre criminelle de la Cour de Cassation donne une définition éclairante du groupe de sociétés : « *un groupe de sociétés peut se définir, de façon empirique, comme un ensemble économique cohérent, c'est-à-dire un ensemble animé d'un intérêt commun, gouverné par une stratégie commune ou tendant à un objectif de dispersion ou de partage des risques* ». Elle précise dans la même affaire que « *cet intérêt peut être d'ordre social, économique, financier ou technique* » (V. Cass. Crim., 16 janvier 2013, n° 11-88-852 : Dr. Soc. 2013, comm. 74, note R. Salomon).

⁸ En même temps qu'elle est l'instrument par lequel la mondialisation se réalise, elle apparaît comme la résultante de la mondialisation. En ce sens, l'entreprise multinationale et la mondialisation sont les deux faces d'une même pièce. Pour l'OCDE, ce sont les entreprises multinationales qui mettent en œuvre la mondialisation de l'économie en organisant les flux et reflux de marchandises et de capitaux : *Manuel de l'OCDE sur les indicateurs de la mondialisation économique*, OCDE, 2005, 255p.

second rang. La mondialisation porte effectivement en creux les germes d'une concurrence entre États et EMN mais également d'une concurrence entre les États eux-mêmes⁹. Dans tous les cas, ce sont les EMN qui semblent mener la danse dans le nouvel environnement compétitif. Pour s'en convaincre, suivant une démarche rétrospective, il faut se rappeler que les pays en développement avaient vivement réagi à la toute-puissance des EMN, dans le cadre onusien, dans les années soixante-dix. Ils avaient d'ailleurs appelé de leurs vœux un nouvel ordre économique international¹⁰. Aujourd'hui cependant, on peut constater que ce dernier n'a pas vu le jour ; mais, qu'au contraire, l'abandon du projet de code de conduite pour les entreprises transnationales par la commission des sociétés transnationales des Nations Unies témoignerait plutôt d'une certaine « victoire » des entreprises multinationales sur l'État¹¹.

En l'absence de consensus sur la mise sur pied d'un cadre multilatéral juridique contraignant pour les EMN, une forme de responsabilité, non prise dans son sens de *liability* ou de *responsability*, est promue par différentes Organisations internationales (ci-après OI)¹². Dépouillée de ses attraits de contrainte, cette responsabilité a pris la forme de l'*accountability* et est accueillie chaleureusement dans le milieu des affaires¹³. À rebours de la prolifération des normes dites de *soft law* promue par ces OI, le contentieux transnational des droits de l'homme n'a pas moins pris une proportion importante dans les affaires internationales. Cette situation montre à suffisance que les activités transnationales des entreprises continuent de produire des externalités négatives.

Pour remédier à ces externalités négatives, les prétendues victimes des EMN, soutenues par des acteurs de la société civile¹⁴, n'hésitent plus désormais à saisir des *for* étrangers qui présentent un lien plus ou moins ténu avec le fait incriminé. Les victimes se livrent bien souvent à un *forum shopping* mettant à l'épreuve les règles de conflit de

⁹ Sans aucun complexe, comme un auteur a pu le constater, « *l'attractivité normative des territoires est désormais un enjeu essentiel de la compétition internationale* » entre États (V. C. L. BAKER, « L'ordre juridique de la société multinationale », in *L'entreprise multinationale dans tous ses états*, tome 56 Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2013, pp.71-90.).

¹⁰ A. MAHIOU, « *La déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* », United nations audio visual library of international law.

¹¹ F. RIGAUX, « Les sociétés transnationales », in *Le droit international : bilan et perspectives*, M. BEDJAOUI (dir.), Paris, Pedone, Unesco, 1991, pp. 129-139.

¹² L'OCDE avec les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de 1976 ; L'OIT avec sa Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de 1977 ; L'ONU avec le Pacte mondial de 2000 et les Principes des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011 ; L'UE avec le Livre vert de la commission de 2001.

¹³ Les acteurs privés se sont appropriés les questions de leur propre responsabilité en développant de nouvelles formes de normativités. Les codes illustrent parfaitement le mouvement mais pour s'assurer d'une adhésion de la sphère privée à la dynamique, il faut peut-être se référer à la liste des entreprises participantes au Pacte mondial des Nations unies. Pour un regard rétrospectif et analytique du pacte mondial, V. L. BOISSON DE CHAZOURNES, E. MAZUYER (dir.), *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après The global compact of the united nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 206 p.

¹⁴ V. B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, « *Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique* », RTDH, 2009, pp. 73-136.

lois et de juridictions de certains États bénéficiant ainsi d'une aura particulière¹⁵. Clairement, ils tentent de faire imputer aux sociétés localisées dans différents pays le fait d'une des sociétés membre du groupe que constitue l'EMN. C'est bien souvent la maison-mère qui est mise en cause pour le fait de ses filiales étrangères. Il peut arriver que ce soit les États qui par des mesures unilatérales tentent d'appréhender le groupe de société dans son ensemble par l'intermédiaire de la composante localisée sur leur territoire¹⁶. Également, des États ont eu à soutenir des actions visant à mettre en cause une maison-mère pour le fait d'une filiale qui relevait pourtant de leur juridiction¹⁷. Il est clair, dans ces conditions, que c'est la structure même des EMN qui crée ce réflexe à vouloir appréhender l'ensemble par le moyen d'un ordre juridique national. Alors, devant cette situation où diverses prétentions normatives nationales peuvent naître ou être sollicitées dans une même affaire mettant en cause une EMN, il est certainement intéressant d'analyser les règles de droit international qui en amont fixent le cadre des règles de conflits de compétence et de juridiction¹⁸. On pourrait donc utilement envisager toutes les virtualités que recèlent les règles encadrant la compétence internationale de l'État.

Il faut, à cet effet, se demander si l'ordre juridique international autorise un État à exercer sa compétence normative à l'égard d'une entreprise étrangère pour des actes commis à l'étranger. En outre, au regard des défis posés par la mondialisation et des attentes sur la responsabilisation des EMN, on peut même se demander si la mise en œuvre d'une telle compétence ne lie pas les États ? L'exercice de cette compétence peut-il se faire sans créer de frictions entre États ou encore sans créer de conflits avec l'intérêt de l'État à protéger ses entreprises nationales ?

Les États restent les auteurs et destinataires privilégiés du droit international. À ce titre, la mise en œuvre des obligations qui en découlent leur incombe d'autant plus que certaines obligations des États en vertu des droits de l'homme supposent une action positive de leur part. Quoi qu'il en soit, la capacité de certains États à se conformer à leurs obligations est considérablement diminuée par un déficit démocratique, leur dépendance économique vis à vis des investisseurs étrangers¹⁹ ou simplement par

¹⁵ L'affaire Total reste symptomatique de la quête de justice des victimes des entreprises multinationales. On a pu relever effectivement, dans cette affaire, que les *for* américain, français et belge ont été sollicités par différentes victimes. Sur cette affaire, V. O. DE SCHUTTER, « *Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme* », *AFDI*, 2006, pp. 55-101 ; V. également B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, *ibid.*

¹⁶ Nous pensons, par exemple, aux lois d'embargo adoptées par les USA contre Cuba, l'Iran et l'Irak (v. J.-M. SOREL, « *Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente* », In *RJO*, 1996-4. pp. 415-440).

¹⁷ Par exemple, dans l'affaire du Bhopal, c'était le gouvernement indien qui représentait les victimes (V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I, Paris, puf, 2014, 3^e éd., n° 134, p.152).

¹⁸ Il faut bien distinguer les conflits de lois et de juridiction des conflits de compétences de l'État. Si les premiers types de conflits renvoient à l'applicabilité d'un ordre juridique dans un cas concret, les seconds portent plus abstraitement sur l'opportunité de l'exercice de la compétence étatique pour légiférer dans une matière donnée ou pour donner compétence à ces tribunaux sur une matière donnée.

¹⁹ La capacité normative des États est considérablement réduite par le risque de se voir attirer devant un tribunal arbitral. Cette situation s'explique par les clauses de stabilisation et d'intangibilité que les investisseurs font insérer dans les contrats avec les États. En outre, il existe un foisonnement d'accords

manque de volonté politique. C'est bien souvent le cas des États en développement qui accueillent des investisseurs des pays industrialisés par le biais de filiales locales. Cette configuration de l'ordre juridique international superposée à celle de l'EMN fait qu'il reste aux États d'origine à encadrer les activités de leurs nationaux à l'étranger pour garantir l'effectivité du droit international ; or, ce dernier les habilite à exercer leur compétence à cette fin. L'affaire du *Lotus*²⁰ définit le cadre juridique international de l'exercice de la compétence étatique. Il en ressort que les actes d'exécution ne peuvent être tolérés sur le territoire d'un autre État. Mais un État peut faire juger par ses juridictions des faits qui se sont déroulés sur le territoire d'un État étranger.

Eu égard à la nature spécifique des normes du droit international que violent les EMN, les États devraient confier une telle compétence à leur juridiction (I). Les victimes des abus des entreprises multinationales dans une quête mondiale de justice tentent de faire jouer au droit international privé un rôle qui n'est pas fondamentalement le sien, témoignant de l'existence d'une zone d'incertitude pour elles, pour ne pas dire d'irresponsabilité pour les entreprises. Autrement dit, les techniques inadaptées et inappropriées du droit international privé créent une insécurité juridique permanente pour les victimes des entreprises multinationales. Or, pour être efficace, la régulation de la globalisation doit être l'œuvre d'une manifestation souveraine expresse de l'État dans l'une de ses formes solennelles. À défaut d'un recours à un instrument conventionnel visant à encadrer les activités des entreprises multinationales, des actes normatifs de droit interne de même objet doivent être adoptés (II).

I. – L'OPPORTUNITÉ DE L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

Les règles de droit international reconnaissent aux États une certaine liberté dans l'exercice de leur compétence normative en vertu de laquelle ils pourraient appréhender les activités des entreprises situées à l'étranger (A). Il apparaît dans la pratique de certains organes de protection des droits de l'homme, en écho à la doctrine, que les États doivent réglementer les activités de leurs entreprises nationales à l'étranger (B).

A- La liberté de l'État de réglementer les EMN

L'orthodoxie Westphalienne s'est imposée, depuis le XVII^{ème} siècle, au sein de l'ordre juridique international. C'est donc la souveraineté sacralisée, bien qu'érodée par la mondialisation, qui organise toujours fondamentalement les compétences des sujets primaires de cet ordre juridique. En effet, chacun jouit de la souveraineté pleine et

de promotion et de protection d'investissement très favorables aux investisseurs (V. à propos des clauses de stabilisation, C. TITI, « *Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ?* », *JDI*, 2014, pp.541-562).

²⁰ CPJI, *Affaire du Lotus*, 1927, série A n°10.

entière sur son territoire²¹. On en déduit intuitivement que la compétence des États est territoriale. Les normes adoptées par les organes d'un État ainsi que les mesures de leur mise en œuvre sont présumées n'être applicable que sur le territoire de cet État. La présomption de territorialité des actes de l'État, corollaire du principe de souveraineté territoriale et de l'égalité souveraine des États, a longtemps reçu une interprétation stricte dans les relations internationales. Toutefois, cette présomption connaît des atténuations pour les besoins du commerce international et dans l'intérêt des relations privées transnationales²². La Cour Permanente de Justice Internationale (ci-après CPJI) va également atténuer la portée de cette présomption sur la base d'une distinction entre la compétence d'exécution et la compétence normative de l'État.

La CPJI avait soutenu dans l'Affaire du *Lotus* que la « *limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État* »²³. Elle a ainsi posé l'interdiction d'accomplir des actes matériels d'exécution, notamment le recours aux actes de contrainte ou de puissance publique, sur le territoire d'un État étranger. Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence internationale n'a pas manqué de sanctionner à diverses occasions l'incursion d'un État sur le territoire d'un autre²⁴. Cette prescription peut, toutefois, souffrir d'exceptions en vertu du droit international général ou de la volonté des États, notamment lorsque ces derniers concluent des conventions afin de tolérer mutuellement des actes d'exécution sur leur territoire respectif²⁵. Ainsi, par exemple, trouve-t-on des conventions d'extradition ou encore des conventions d'assistance judiciaire. Les États ne peuvent donc recourir à des actes matériels d'exécution à l'encontre d'une entreprise à l'étranger que dans les conditions limitatives. S'agissant des actes normatifs, la Cour avait affirmé qu'on ne peut valablement soutenir que « *le droit international défend à chaque État d'exercer, dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il s'agit des faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international* »²⁶. Elle pose, en ces termes, les principes constitutifs des compétences internationales de l'État en droit international qui reposent sur l'idée que « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* » par le droit international²⁷. En d'autres termes, les États

²¹ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 528 et s.

²² D. HOLLOWAY, T. SCHULTZ, « *Retour sur la comity : les origines de la comity au carrefour du droit international privé et du droit international public* », *JDI*, 2011, pp.863-886 ; D. HOLLOWAY, T. SCHULTZ, « *Retour sur la comity : la comity dans l'histoire du droit international privé* », *JDI*, 2012, pp.571-595.

²³ CPJI, *Affaire du Lotus*, 1927, série A n°10, par.18-19.

²⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, Recueil 1986, p. 14.

²⁵ L. FOCSANEANU, « *L'instruction extraterritoriale de litiges économiques et la défense de la souveraineté des États* », *AFDI*, 1981, pp.1-26.

²⁶ CPJI, *op. cit.*

²⁷ V., sur l'apport de cet arrêt, G. CAHIN, rapport introductif, in *Les compétences de l'État en droit international*, Colloque de la SFDI, organisé à Rennes le 2, 3 et 4 juin 2005, Paris, A. Pedone, 2005. Sur les controverses doctrinales sur les implications de cet arrêt V. également B. STERN, « *Quelques*

peuvent exercer une compétence normative internationale dès lors que le droit international ne l'interdit pas. Et cela signifie, *a contrario*, que la compétence normative internationale est susceptible d'être limitée par le droit international. En ce sens, une limite matérielle est apportée à la compétence normative de l'État.

En effet, en droit international, on distingue les domaines de compétences exclusives des domaines de compétences concurrentes de l'État. Les premiers renvoient au cas où l'État est susceptible d'être impliqué dans la situation juridique en tant que sujet de droit ou parce qu'un de ses éléments constitutifs est en cause²⁸. À titre d'exemple, on peut évoquer les questions de fiscalité et de nationalité. Dans ces domaines, la compétence normative de l'État n'est pas illimitée. A l'inverse, l'État dispose d'une compétence illimitée dans les domaines de compétence concurrente comme celui de la filiation ou encore du mariage. Ainsi, un État peut librement exercer sa compétence normative internationale à l'égard des EMN sur des questions n'ayant pas trait au domaine réservé d'un autre État. En dehors de cette restriction d'ordre matériel à la compétence normative de l'État, il est communément admis, en droit international général, que son exercice repose sur des facteurs de rattachement qui constituent ses titres de compétence pour régir une situation.

Traditionnellement, les éléments caractéristiques de l'État, à savoir le territoire, la nationalité, et la souveraineté, peuvent valablement lui servir de titre de compétence²⁹. Toute personne ou bien situé sur le territoire d'un État, ainsi que toute situation survenue sur son territoire, tombent sous le coup de sa législation. Intuitivement, le territoire ne peut pas servir de titre de compétence à un État pour soumettre une entreprise étrangère à sa législation. Mais la CPIJ avait soutenu qu'il était communément admis en matière pénale qu'un État puisse exercer sa compétence à propos d'une infraction dont l'un des éléments se serait produit sur son territoire bien que les autres éléments du délit aient été consommés sur un territoire étranger³⁰. La territorialité objective, ainsi consacrée, pourrait, dans une certaine mesure, légitimer le choix d'un État de soumettre une entreprise étrangère à sa juridiction. Dans cet ordre d'idées, c'est ce principe de la territorialité objective qui a donné lieu à la doctrine des effets en droit américain³¹. Mais elle a été critiquée récemment par la Cour suprême américaine³².

observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, pp.1-47.

²⁸ P. MAYER, « *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* », *Rev. crit. DIP*, 1979, pp. 1-29 ; P. MAYER, « *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* », *Rev. crit. DIP*, 1979, pp. 349-388.

²⁹ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 12^e éd., 2014, p. 349 et s.

³⁰ CPIJ, *Affaire du Lotus*, 1927, série A n°10, par. 20.

³¹ Pour avoir un aperçu général sur l'évolution des critères de rattachement, V. L. S. MEDJABRA, « *L'extraterritorialité en droit international économique* », Thèse présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du grade de docteur en droit, 18 novembre 2010, Université Panthéon-Sorbonne (Paris D), 449p.

³² Cour suprême des États-Unis, 17 avr. 2013, n° 10-1491, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, *Rev. crit. DIP*, 2013. 595, note H. MUIR WATT.

Le critère de nationalité semble être le plus pertinent pour les États qui souhaiteraient soumettre les entreprises étrangères à leur loi nationale. Il est en effet admis que l'État puisse soumettre ses nationaux à ses lois du fait de leurs agissements même à l'étranger au nom du principe de la personnalité active. L'extension de ce dernier principe débouche sur le principe de la personnalité passive en vertu duquel un État peut soumettre à sa juridiction les auteurs des agissements répréhensibles à l'encontre de ses nationaux. Mais le recours à ce titre de compétence suppose que l'on s'accorde sur la nationalité des EMN. Si la structure des EMN peut laisser penser que tous les membres du groupe ont une nationalité unique, la réalité est toute autre au regard des règles du droit international qui encadrent la nationalité. Le droit international laisse chaque État définir les conditions d'acquisition et de perte de sa nationalité. La seule exigence du droit international qui encadre les règles d'acquisition de la nationalité a trait à l'effectivité de la nationalité dont l'on se prévaut. L'effectivité ne joue, en réalité, qu'en termes de condition d'opposabilité de la nationalité prétendument acquise³³. Quoi qu'il en soit, la nationalité des personnes morales est soumise à un régime particulier en droit international. En effet, dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique, la CIJ a retenu, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le critère de l'incorporation et du siège social pour définir la nationalité des personnes morales de droit privé. Autrement dit, elle pose la règle selon laquelle la nationalité d'une société est celle de l'État qui lui a octroyé la personnalité juridique³⁴. Par-là, la CIJ rejette le « critère de contrôle », amenuisant l'espoir légitime de ceux qui soutiennent que « *lorsque l'État territorial manque à son obligation de protéger les droits de l'homme sous sa juridiction, que cela soit par défaut de moyens ou par manque de volonté politique, il peut être demandé à l'État d'origine de l'entreprise transnationale que celui-ci assume une responsabilité de contrôle des activités de cette entreprise, [...] en se fondant sur le principe de la personnalité active pour justifier l'exercice de la compétence extraterritoriale* »³⁵. Mais cela n'empêche pas qu'un État puisse encadrer unilatéralement les activités extraterritoriales d'une société nationale.

Enfin, la souveraineté est un titre de compétence qui peut légitimer la compétence d'un État à l'égard d'une entreprise pour des faits commis à l'étranger. Elle implique que l'État puisse mettre en œuvre ses compétences pour protéger ses intérêts fondamentaux. Les intérêts fondamentaux des États n'étant pas que nationaux, ils recouvrent également ceux de la communauté internationale et cela peut conduire l'État à conférer la compétence universelle à ses juridictions pour certains crimes internationaux. Tous les États seraient donc compétents pour soumettre les entreprises à leur juridiction pour certaines violations liées notamment au droit international pénal et humanitaire.

³³J. COMBACAU, « L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'État en droit international », in *Droit international et Nationalité*, Paris, Pedone, 2012, pp. 93-116.

³⁴N. ANGELET, « La nationalité des personnes morales en droit international public », in *ibid.*, pp. 477-488.

³⁵O. 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 *AFDI*, 2006, pp. 55-101.

En l'absence d'une hiérarchie entre ces critères de rattachement, ils peuvent tous, individuellement ou cumulativement, mais raisonnablement³⁶, permettre aux États d'appréhender les entreprises multinationales dans leur unité en soumettant les membres étrangers d'un groupe d'entreprise à leur législation. Il n'y a pas d'obstacles découlant du droit international général qui puissent empêcher un État de réglementer unilatéralement les EMN dès lors qu'il fonde sa législation sur l'un des titres de compétences. Les seuls obstacles éventuels à une telle réglementation ne peuvent être que d'ordre politico-économique. Mais les États ne peuvent pas demeurer indifférents aux demandes des victimes des abus les plus graves des EMN. Ils doivent agir.

B- L'esquisse d'une obligation de l'État de réglementer les EMN

La globalisation de l'économie a généré des risques juridiques nouveaux pour les individus. Les réponses de l'ordre juridique international à ces risques découlant des activités des EMN tardent à venir. Pour autant, on ne doit pas hâtivement conclure à une correspondance entre ordre juridique international et zone de non-droit pour les EMN. Il existe des dispositions internationales qui pourraient servir de justification matérielle à un encadrement unilatéral des EMN par les États. Elles pourraient ainsi venir en renfort aux titres de compétence dont peut se prévaloir les États. En effet, certaines matières sont largement investies par le droit international et imposent une diligence raisonnable aux États. Dans cet ordre d'idées, on pourrait attendre de ces derniers qu'ils exercent leurs compétences normatives pour soumettre les entreprises aux règles du droit international, notamment les plus importantes relatives aux obligations *erga omnes*³⁷. Il s'agira pour un État, eu égard à la situation des EMN, de réglementer les activités à l'étranger de ses entreprises, quelle que soit la forme juridique par le moyen duquel elles agissent en dehors du territoire de cet État.

Mais les Principes directeurs relatifs aux entreprises et droits de l'homme, adoptés par le Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies en 2011, stipulent qu'« *au stade actuel, les États ne sont généralement pas tenus en vertu du droit international des droits de l'homme de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction* »³⁸. L'on peut nuancer cette disposition dans l'absolu à l'aune de la pratique des organes des traités de droits de l'homme. Ils sont pour une protection extraterritoriale des droits de l'homme. C'est le cas des organes onusiens de suivi et de mise en œuvre des Pactes de 1966. Le comité des droits de l'homme, dans son observation n° 31 sur la nature juridique générale de l'obligation imposée aux États parties³⁹, et le comité des droits économiques

³⁶ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 12^e éd., 2014, pp. 349 et s.

³⁷ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, Recueil 1970, p. 3.

³⁸ HRC/17/31

³⁹ HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). Par.10 : « *aux termes du paragraphe 1 de l'article 2, les États parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte. Cela signifie qu'un État partie doit respecter et*

et socio-culturels, dans son observation n° 14⁴⁰, imposent effectivement aux États des obligations extraterritoriales découlant des droits consacrés par les Pactes. La Cour internationale de justice s'inscrit également en faveur de la protection extraterritoriale des droits de l'homme⁴¹. Toutefois, pour être minutieux, imposer une obligation extraterritoriale aux États pour le fait d'EMN peut s'avérer difficile à justifier en droit international. Il faudra donc vérifier dans quelle mesure une telle obligation peut s'imposer aux États au point de donner lieu à leur responsabilité internationale.

Tout d'abord, l'État n'est responsable que de son propre fait ou de celui des entités qu'il contrôle conformément aux articles de la CDI⁴². La responsabilité de l'État ne peut donc être engagée pour le fait d'une entreprise à l'étranger du simple fait que l'entreprise qui contrôle cette dernière est domiciliée sur le territoire de cet État. En effet, on ne peut induire du fait de la domiciliation d'une entreprise dans un État l'existence d'un contrôle de l'État sur cette entreprise.

Mais le fait qu'une entreprise soit domiciliée sur le territoire d'un État à partir duquel elle conduit ses activités à l'étranger peut conduire à la responsabilité de ce dernier dans certaines conditions. En effet, si les activités d'une entreprise domiciliée dans un État causent un dommage dans un autre État, la responsabilité de l'État où elle est domiciliée peut-être retenue. Il en est ainsi pour les dommages environnementaux transfrontaliers causés par des entreprises⁴³. La source du dommage est bien clairement localisée sur le territoire de l'État sur lequel l'on fait peser l'obligation. L'admission de la responsabilité de l'État repose dans ce cas sur la violation de son obligation de diligence raisonnable qui est une obligation primaire. Elle n'est donc pas fondée sur l'article 8 des articles de la CDI. Elle implique que l'État prenne les dispositions nécessaires pour prévenir l'utilisation dommageable de son territoire. En ce sens, il s'agit d'une obligation de moyen. Une telle obligation pourrait tout de même trouver un écho particulier dans le cadre plus général de la responsabilité de l'État pour le fait des EMN dans la mesure où la filiale étrangère est supposée dépendre de l'entreprise nationale d'un État qui la contrôle. On peut supposer que, s'il est avéré que des décisions prises et actions menées par une entreprise domiciliée dans un État causent un dommage à l'étranger, la responsabilité de cet État puisse être retenue. Mais en dehors de ce deuxième cas de figure où les actes matériels de l'entreprise domiciliée sur le

garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire ».

⁴⁰ UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004). Par. 39 : « pour s'acquitter des obligations internationales leur incombant au titre de l'article 12, les États parties doivent respecter l'exercice du droit à la santé dans les autres pays et empêcher tout tiers de violer ce droit dans d'autres pays s'ils sont à même d'influer sur ce tiers en usant de moyens d'ordre juridique ou politique compatibles avec la Charte des Nations Unies et le droit international applicable ».

⁴¹ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, Recueil 2004, p. 136 ; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, Recueil 2005, p. 168.

⁴² V. Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

⁴³ V. CIJ, *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (argentine c. Uruguay)*, arrêt C.I.J. Recueil 2009, p.14.

territoire de l'État ont contribué à la commission du fait internationalement illicite, la responsabilité de ce dernier ne peut résulter du simple lien capitalistique entre une entreprise domiciliée sur son territoire et une entreprise opérant à l'étranger. En outre, il faut insister sur le fait qu'il s'agit d'une obligation de moyen qui pèse sur l'État. Et il faudra alors prouver que l'État n'a pas pris les moyens nécessaires pour prévenir les agissements de l'entreprise domiciliée sur son territoire. Pour parer à cette hypothèse, les États devraient se doter d'une réglementation encadrant les activités internationales de leurs entreprises.

Enfin, il est intéressant de voir si les États ne sont pas tenus de réglementer les activités des EMN en vertu du droit international des droits de l'homme. La théorie des obligations positives peut être convoquée pour justifier l'existence d'une obligation extraterritoriale à la charge des États en raison des activités à l'étranger des entreprises domiciliées sur leur territoire⁴⁴. Mais l'obligation qui pèse sur les États en vertu des droits de l'homme sont circonscrites à leur territoire national. Lorsque l'on a entendu dépasser le cadre strict du territoire national de l'État en vue de lui imposer des obligations en vertu des droits de l'homme, l'obligation de protection extraterritoriale découlait du « *contrôle global sur un territoire étranger ou sur des emplacements situés en territoire étranger* »⁴⁵. C'est le cas généralement des locaux consulaires ou dans le cadre d'une présence militaire à l'étranger. Mais il faut que cette présence militaire soit imputée à l'État⁴⁶. Il arrive également que l'exercice de l'autorité étatique à l'égard d'une personne à l'étranger puisse justifier la responsabilité internationale de l'État pour violation de convention relative aux droits de l'homme⁴⁷. Le contrôle que l'État exerce sur une personne à l'étranger est susceptible de créer à sa charge une obligation extraterritoriale dans le cadre des droits de l'homme. Mais ce contrôle doit porter sur la victime (critère fonctionnel) ou être en rapport avec le lieu où elle se trouve (critère territorial) et non sur l'auteur de la violation. Or, il n'existe pas un contrôle de l'État d'origine sur la victime de l'entreprise à l'étranger ni sur la base du critère personnel, ni sur la base du critère territorial. Cela démontre à suffisance qu'il n'existe pas de base jurisprudentielle pour imposer une obligation de protéger les droits de l'homme à l'étranger à l'État d'origine d'une entreprise.

L'interprétation que donne les organes de protection des droits de l'homme à l'obligation extraterritoriale des États ne permet pas de justifier l'existence d'une

⁴⁴ En dehors des droits de la première génération (droit à la vie, droit à la vie privée, la non-discrimination, etc.) dont la mise en œuvre ne nécessite pas l'intervention étatique et peuvent donc produire un effet horizontal, les autres droits de l'homme (droit à l'eau, droit à un logement, droit à un travail, etc.) sont des droits-créances dont la jouissance nécessite l'intervention de l'État. Mais la théorie des obligations positives, développée par les organes de protection des droits de l'homme, rend cette distinction obsolète. Les États doivent donc prendre les mesures nécessaires pour réaliser tous les droits de l'homme.

⁴⁵ V. R. ERGEC, « *L'État extraterritorial et la Convention européenne des droits de l'homme* », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et Marc VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État*, Liber amicorum Yves Lejeune, Bruxelles, Bruylant, 2017, p.414 et s.

⁴⁶ *Ibid.*, p.417. Lorsque la présence à l'étranger de l'État est couverte par une décision d'une Organisation internationale, c'est la responsabilité de cette dernière qui doit être recherchée.

⁴⁷ *Ibid.*, p.418.

obligation pour les États de réglementer les activités internationales de leurs entreprises. Toutefois, l'on connaît l'activisme de ces organes qui n'hésitent pas au besoin à faire évoluer le contenu des obligations qui pèsent sur les États. Ainsi n'a-t-on pas été étonné de voir la pratique des comités conventionnels étendre l'obligation de protéger de l'État aux activités de ses entreprises à l'étranger. On a pu parler à ce propos de la naissance d'une « doctrine officielle des comités conventionnels »⁴⁸. Dans l'affaire Mubende-Neumann, le Comité des droits de l'homme avait, dans le cadre des listes à traiter, demandé à l'Allemagne d'apporter des clarifications sur les allégations de violations des droits de l'homme concernant une entreprise allemande en Ouganda⁴⁹. Il s'agit d'une évolution dans la pratique des droits de l'homme que la doctrine semble accueillir favorablement. Les Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États en matière des droits sociaux et économiques montrent que l'obligation de réglementer les entreprises est une nécessité⁵⁰. Pour assurer l'effectivité du droit international, les États doivent favoriser la mise en cause des EMN devant leurs *for* respectifs.

II. – L'EFFICACITÉ DE L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

Le droit, à l'instar de la nature, a horreur du vide. Même s'il n'existe pas de dispositions nationales particulièrement élaborées aux fins de réglementer les activités internationales des entreprises, les EMN ne restent pas moins à l'abri d'un procès sur le fondement des règles de droit commun (A). L'incertitude qui caractérise souvent l'issue de ces tentatives amène encore une fois à soutenir qu'il faut une intervention législative des États pour encadrer les EMN (B).

A- La compétence internationale des juridictions nationales éprouvée

En droit international public, les organes juridictionnels sont considérés comme des organes de l'État. En conséquence, leurs faits sont imputables à l'État et entraînent sa responsabilité internationale. Cette situation peut créer une confusion entre la fonction de dire le droit des organes juridictionnels de l'État et la compétence normative juridictionnelle de l'État en droit international⁵¹. De plus, le terme de compétence

⁴⁸ E. FROMAGEAU, D. PALOMBO, « L'affaire Mudende-Neumann (Comité des droits de l'homme) : l'obligation de l'État de faire respecter les droits de l'homme est-elle la voie à suivre ? », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 377.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 363-380.

⁵⁰ Ces principes ont été adoptés par des experts internationaux en vue de clarifier les obligations extraterritoriales des États en matière de droits de l'homme. Le principe 24 pose précisément l'obligation pour l'État de réglementer les sociétés transnationales pour satisfaire à son obligation de protéger classique issue de différents traités internationaux.

⁵¹ P. MAYER, « *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* », *Rev. crit. DIP*, 1979, pp. 1-29 ; P. MAYER, « *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* », *Rev. crit. DIP*, 1979, pp. 349-388.

juridictionnelle utilisé en droit international privé peut faciliter la confusion⁵². Mais celle-ci doit être entendue, au sens du droit international privé, comme l'appréciation souveraine d'une juridiction sur l'opportunité pour elle de se saisir d'une affaire eu égard à la confrontation de la situation concrète aux règles préétablies qui fondent sa compétence. Ces règles préétablies qui fondent sa compétence relèvent également en droit international public de la compétence juridictionnelle de l'État. Les États précisent particulièrement les conditions dans lesquelles leurs juridictions nationales peuvent se saisir d'affaire comportant un élément d'extranéité. Ils exercent ainsi leur compétence internationale. Cela correspond, dans un cas concret, à la compétence internationale des juridictions nationales également en droit international privé.

C'est la compétence internationale des juridictions dans ce dernier sens qui est sollicitée, lorsque l'on porte devant une juridiction nationale les affaires mettant en cause une entreprise pour ses propres faits à l'étranger ou ceux de sa filiale. Dans cet ordre d'idées, s'il n'existe pas de loi spécifique encadrant les activités à l'étranger des EMN, les juridictions internes d'un État peuvent toujours, à l'aune des principes classiques issus des règles de conflits de loi et de juridiction, décider des cas dans lesquels elles peuvent statuer sur les faits reprochés à une entreprise et commis à l'étranger. Le cadre normatif de l'Union Européenne dans le domaine de la compétence internationale des juridictions des États membres l'illustre⁵³. Le règlement Bruxelles I sur la reconnaissance et l'exécution des obligations en matière civile et commerciale pose la compétence des juridictions des États membres de l'Union lorsque le défendeur est situé sur le territoire de l'Union. Eu égard à cette règle, les entreprises domiciliées au sein de l'Union peuvent se voir poursuivre pour leurs activités extraterritoriales devant les juridictions d'un des États membres⁵⁴.

Mais les tribunaux des États membres de l'Union ne sont pas compétents lorsque l'on tente d'intenter une action contre une filiale étrangère ou un sous-traitant ou partenaire d'une société domiciliée dans l'un de ces États. Les filiales et sous-traitants ont effectivement une personnalité juridique distincte de celle de la société domiciliée dans l'Union Européenne. Ils ne peuvent donc être considérés comme domiciliés dans l'Union pour se voir attirer devant les juridictions des États membres. L'alternative à l'impossibilité d'attirer ces filiales directement serait d'imputer leurs faits à la maison-mère. Or, si la réalité économique témoigne d'une dépendance de la filiale ou des sous-traitants à l'égard de la société dominante au point où on est spontanément poussé à chercher à leur imputer les faits des sociétés dominées, la réalité juridique ne permet pas une confusion des deux entités. On est donc hypothétiquement confronté à

⁵² *Ibid.*

⁵³ Les États peuvent collectivement exercer leur compétence sans pour autant perdre au regard du droit international leur habilitation d'exercer librement cette compétence. En ce sens, l'article 81 du TFUE donne compétence à l'Union européenne pour déterminer les règles de compétence des juridictions des États membres.

⁵⁴ V. sur la mise en œuvre de ce règlement dans le cadre de procès mettant en cause des entreprises multinationales, C. BRIGHT, *L'accès à la justice en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales*, Thèse soutenue en juillet 2013 pour l'obtention du grade de docteur, European University Institute, 268p.

l'impossibilité d'attirer la filiale en justice et d'imputer à la maison-mère ses faits. Seule l'ingéniosité des juges va permettre de contourner au cas par cas ces obstacles à la responsabilité des EMN.

En effet, il peut arriver que l'on puisse lever le voile social afin d'admettre la responsabilité de la maison-mère pour les faits de la filiale. La levée du voile social est une opération banale en droit de l'Union européenne. L'opération est un acquis à l'aune des règles de la concurrence de cette dernière parce que son juge retient une définition particulière de l'entreprise qui lui permet de passer outre les limites posées par le droit des sociétés⁵⁵. Le juge de l'Union peut alors imputer à la société-mère les faits de sa filiale⁵⁶. Il a même institué une présomption simple de responsabilité de la société-mère du fait de sa filiale à cent pour cent⁵⁷. Contrairement au juge de l'Union qui admet le principe de la correspondance entre l'unité économique de l'EMN et son unité juridique, certaines juridictions internes procèdent à une levée du voile circonstancielle. En droit social⁵⁸, en droit pénal⁵⁹ et en droit commercial⁶⁰, il existe effectivement des cas où les juges français ont été amenés à établir de façon aléatoire l'unité juridique du groupe de société sur la base d'éléments factuels. Le caractère banal de l'opération, en droit communautaire, comme un auteur a pu le souligner⁶¹, repose sur les impératifs du marché concurrentiel. On ne peut donc s'empêcher de se demander si la protection des droits de l'homme et de l'environnement ne peut pas légitimement constituer un impératif susceptible d'atténuer la rigueur du principe de la séparation des personnes morales. On en est loin actuellement en toute évidence⁶² même si les tribunaux

⁵⁵ L'on a pu souligner, à différentes reprises, que la définition que retenait la Cour de l'Union de l'entreprise (« un agent sur un ou plusieurs marchés, doté d'une autonomie de décision ») lui permettait de poser le principe de l'unité juridique de l'entreprise multinationale (V. notamment A. LYON-CAEN, « *Le droit sans l'entreprise* », RDT, 2013, Étude 748).

⁵⁶ CJCE, *Imperial Chemical Industries Ltd, c. Commission des communautés européennes*, 14 juill. 1972, aff. C-48/69, Rec. P.621. ; CJCE, *Europemballage Corporation et continental Can Company Inc. C. Commission des communautés européennes*, 21 févr. 1973, aff. C-6/72 Rec. P. 21. ; CJCE, *Papierfabrik*, 3 sept. 2009, aff. C-322/07, C-327/07 et C-338/07.

⁵⁷ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, *Akzo nobel BV, Europe* 2009, comm. N°427, L. IDOT.

⁵⁸ Dans le cadre du contentieux du travail, la notion de co-employeur permet au juge de lever le voile de la société (V. Cass. Soc., 18 janvier 2011, n° 09-69199 et 1^{er} févr. 2011, n°10-30045, Bull. Joly, 215, note MORVAN, rev. Soc. 2011, 154, note COURET).

⁵⁹ Pour retenir l'abus de biens sociaux du dirigeant d'une société, le juge pénal, dans le cadre des sociétés appartenant à des groupes de sociétés, vérifie si l'acte incriminé n'a pas été posé dans l'intérêt social du groupe. Le cas échéant la responsabilité pénale du dirigeant n'est pas retenue (V. Cass. Crim., 11 février 2009 : *Dr. Soc.* 2009, n°82, obs. R. SALOMON).

⁶⁰ La fictivité, la confusion des patrimoines (V. Cass. Com., 19 avr. 2005, *Metaleurop, JCP E*, 2005. 721, obs. B. ROLLAND), l'immixtion (V. Cass. Com., 26 févr. 2008, n°06-20.310 : *Bull. Joly sociétés* 2008, p.602, note Ch. HANNOUN ; Cass. Com., 12 juin 2012, n° 11-16.109 : *Rev. Sociétés* 2013, p.95, note C. TABOUROT-HYEST) ou l'existence de relations financières anormales (V. Cass. Com., 13 sept. 2011, n°10-24.536 : *Bull. Joly sociétés* 2012, p.63, note P. LE CANNU ; Cass. Com., 29 juin 1993 : *Rev. Soc.* 1995, p.50, note Ph. DELEBECQUE) correspondent à des situations où le juge en matière civile est appelé à lever le voile social de la société.

⁶¹ V. A. LYON-CAEN, « *Le droit sans l'entreprise* », RDT, 2013, Etude 748.

⁶² Pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, une société mère n'est pas tenue de soutenir financièrement une filiale même pour des exigences d'intérêt général relatives à la protection de l'environnement (V. Cass. Com., 26 mars 2008, *Rev. Soc.* 2008, 812, note ROLLAND, *Bull. Joly* 2008, 908, note TRÉBULE).

britanniques imposent un *duty of care* à la maison-mère dans le cadre de l'industrie de l'amiante⁶³. Ainsi retiennent-ils sa responsabilité pour le fait de sa filiale.

Les juges sont arrivés également à trouver un moyen de contourner l'impossibilité d'attirer la filiale devant les tribunaux d'un État membre de l'Union. Dans une affaire de pollution par hydrocarbure dans le delta du Niger, mettant en cause Shell pour son propre fait, et pour le fait de sa filiale nigériane, le juge néerlandais saisi est passé outre le principe de la séparation de la personne morale, en se reconnaissant compétent sur les faits reprochés à la filiale, qui est une société de droit nigérian, sur la base de la connexité⁶⁴. La connexité suppose qu'il y a un intérêt pour la juridiction saisie à unifier des prétentions différentes pour éviter des solutions irréconciliables. Dans d'autres affaires, les juges, en raison d'un rattachement substantiel de la cause avec le *for* saisi, ont été amenés à se déclarer compétent dans le souci d'offrir un *for* de nécessité aux victimes de certains abus à l'étranger. En effet, lorsqu'il y a un risque de déni de justice pour les victimes à l'étranger, les juges peuvent se déclarer compétents afin de leur offrir un *for* capable d'examiner leur plainte⁶⁵.

Quoi qu'il en soit, lorsqu'il s'est déclaré compétent à l'égard de la filiale étrangère ou de la société domiciliée dans un État membre de l'Union, le droit applicable à la cause est celui du lieu du dommage conformément au règlement Rome II⁶⁶. En d'autres termes, c'est le droit de l'État d'accueil, bien souvent un État doté de législations peu protectrices, qui s'applique au litige. Cette situation n'est pas clairement favorable aux victimes qui cherchent un *for* protecteur au fond et sur la forme. Enfin, la chance d'accéder à un juge, sur la base des règles qui encadrent la compétence internationale des juridictions, pour les victimes des abus des entreprises multinationales, est réduite par l'exception *forum non conveniens*⁶⁷.

Le procès des EMN devant les juges de l'État d'origine repose énormément sur le pouvoir du juge. On peut le caricaturer en ces termes : soit il est compétent mais se déclare *forum non conveniens*, soit il est incompétent mais se déclare *forum* de nécessité. Il y a clairement une incertitude liée à la tenue du procès qui ne pourrait être

⁶³ Pour les juges anglais, la société mère peut être tenue responsable de la santé et de la sécurité des salariés de sa filiale à certaines conditions : les deux exercent la même activité ; la société-mère a connaissance ou devrait avoir connaissance des conditions de santé et de sécurité plus élevées eu égard à la particularité de leurs activités ; elle a connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la dangerosité des conditions de travail des salariés de sa filiale ; la filiale ou les salariées attendent d'elle qu'elle se sert de sa position privilégiée pour améliorer les conditions de travail (v. Court of appeal (Civil Division) 2012 EWCA CIV 525, *Rev. crit. DIP* 2013. 632 obs. H. Muir-Watt).

⁶⁴ V. C. BRIGHT, *Affaire Shell aux Pays-Bas* (Tribunal de district de la Haye : quelques réflexions, in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, A. Pedone, 2017, pp. 127-142.

⁶⁵ V. E. FARNOUX, *L'affaire COMILOG* (Cour d'appel de Paris) : l'appréhension du groupe multinational de société par les règles de compétence juridictionnelle, *ibid.*, pp. 143-178.

⁶⁶ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

⁶⁷ C'est le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de considérer qu'il y a un tribunal plus proche du litige autre que celui saisi (v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I, Paris, puf, 2014, 3^e éd., n° 134, p.152).

écartée que si la loi donne expressément compétence à un organe de connaître des affaires mettant en cause les EMN.

B- La mise en œuvre de la compétence internationale de l'État *stricto sensu*

À défaut d'être saisie directement par le droit international, l'EMN devrait répondre de ses actes devant les juridictions internes. Pour qu'elle soit parfaitement appréhendée par les mécanismes internes, il faudrait des dispositions appropriées qui puissent permettre de contourner les difficultés rencontrées lors de leur mise en cause dans le cadre du droit commun. À cet effet, l'on pourrait mettre sur pied soit des lois de compétence juridictionnelle à l'égard des EMN pour violation du droit international, soit des lois qui créent des obligations spécifiques à la charge de ces dernières.

La première piste s'inspire de l'*Alien Tort Statute* (ci-après *ATS*) des États-Unis qui permet à des victimes de poursuivre des EMN devant des tribunaux américains. Jusqu'à une décision de 2013 de la Cour suprême, cette loi jouait un rôle non négligeable dans la responsabilité des EMN pour violation du droit international⁶⁸. Elle permet en effet à des victimes étrangères d'une violation du droit international de poursuivre devant le for américain, en matière civile, l'auteur de la violation⁶⁹. Elle contribuait, ce faisant, à l'émergence d'une compétence universelle en matière civile. Mais, dans l'affaire *Kiobel*, la Cour suprême a, au nom de la présomption contre l'extraterritorialité⁷⁰ des lois du Congrès, dépouillé cette loi de sa portée extraterritoriale. Elle fait, depuis lors, reposer la compétence internationale des tribunaux américains sur le « *concern and touch test* ». La difficulté des cours et tribunaux fédéraux inférieurs à se mettre d'accord sur la substance de ce test rend encore plus incertain le for américain qu'il ne l'était déjà pour les victimes des entreprises multinationales.

Ce qu'il est intéressant de retenir à propos de cette loi, c'est qu'elle attribuait une compétence juridictionnelle internationale aux juridictions américaines pour mettre en œuvre le droit international. Mais elle n'a pas non plus toujours mis à l'abri les victimes des incertitudes liées au procès des entreprises multinationales puisqu'elle n'est pas spécifiquement destinée à la responsabilité des entreprises multinationales. La question soulevée par la Cour d'appel dans l'affaire *Kiobel*, et ignoré par la Cour

⁶⁸ Cour suprême des États-Unis, 17 avr. 2013, n° 10-1491, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, L. U., Feu la compétence universelle du juge américain pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux garantis par le droit international, *RTDCiv-2* 2014, p.324 ; R. PIÉRI, Cour suprême, 17 avril 2013, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Company et al.* p. 965 ; Cour suprême des États-Unis, 17 avr. 2013, n° 10-1491, *Kobel v. Royal Dutch Petroleum*, *Rev. crit. DIP*, 2013, 595, note H. MUIR WATT.

⁶⁹ I. MOULIER, « *Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales* », *AFDI*, 2003, pp. 129-164.

⁷⁰ Cour suprême des États-Unis, 17 avr. 2013, n° 10-1491, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, L. U., Feu la compétence universelle du juge américain pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux garantis par le droit international, *RTDCiv-2* 2014, p.324 ; R. PIÉRI, Cour suprême, 17 avril 2013, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Company et al.* p. 965 ; Cour suprême des États-Unis, 17 avr. 2013, n° 10-1491, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, *Rev. crit. DIP*, 2013, 595, note H. MUIR WATT..

suprême dans la même affaire⁷¹, sur l'inopposabilité des obligations en vertu du droit international humanitaire aux personnes morales, témoigne de l'insécurité juridique inhérente à cette loi. Dans le souci de garantir la mise en œuvre du droit international, l'on pourrait quand même reprendre les termes de cette loi et l'intégrer à des dispositions élaborées à l'intention des EMN.

La loi française sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et entreprises donneuses d'ordre⁷² fait partie de ces initiatives qui permettent entre autres de contourner les incertitudes liées aux lois de type ATS ou globalement aux vicissitudes du droit commun. Autrement dit, il faut des lois créant un système de responsabilité adapté aux EMN. On peut, dans la perspective, évoquer le *Bribery Act*⁷³ et la *Modern Slavery Act*⁷⁴ de la Grande-Bretagne dans le cadre de la lutte contre la corruption ou encore la loi anglaise contre l'esclavage moderne. La particularité de ces types de lois est qu'ils traitent *expressis verbis* de la question de la responsabilité des entreprises sur la base d'un champ matériel, territorial et personnel bien défini.

En effet, responsabiliser unilatéralement ses EMN peut être pour un État une prise de risque de porter préjudice à la compétitivité de ses entreprises à l'international. Il pourrait en conséquence perdre des retombés économiques. De même, cet unilatéralisme peut être dénoncé par les autres États s'il repose sur une compétence universelle pure. En effet, la mesure ne soit pas apparaître comme visant à empiéter sur la souveraineté des autres États. Ces derniers conservent le droit de réglementer les entreprises localisées sur leur territoire comme bon leur semble. L'État peut craindre également qu'une réglementation unilatérale des EMN puisse entrer en contradiction avec ses engagements internationaux dans le domaine économique. En observant de près ces lois, on se rend compte que tous ces paramètres ont été intégrés afin de protéger les intérêts de l'État qui édicte la norme, des entreprises et des autres États.

D'abord, ces lois ne visent pas à imposer un comportement à des entreprises étrangères. Mais plutôt à imposer des comportements à l'entreprise localisée sur le territoire de l'État qui a édicté la norme. Certes les comportements des entreprises étrangères sont susceptibles de catalyser la responsabilité de l'entreprise nationale. Mais en réalité, le cas de figure d'extraterritorialité issu de ces lois correspond à ce que le professeur Stern dénomme « l'imputabilité extraterritoriale », c'est à dire le cas où un

⁷¹ Cour d'appel fédérale des États-Unis (2^o circuit), 17 sept. 2010, *Kiobel v. royal Dutch Petroleum Co plc*, *Rev. crit. DIP*, 2010.761, note H. MUIR WATT.

⁷² LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Selon l'article 1^{er} de cette loi, les entreprises ayant une certaine taille définie sont tenues de mettre sur pied un plan de vigilance afin d'identifier et de prévenir les risques d'atteinte aux droits de l'homme, à l'environnement, à la sécurité des personnes et à la santé. D'après le même article, les entreprises sont tenues de rendre public leur plan de vigilance et peuvent être contraintes à satisfaire à cette obligation par décision de justice. L'article 2 de cette loi dispose que « le manquement aux obligations définies à l'article L. 22-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ».

⁷³ J. MATTOU, « *Le Bribery Act ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption Un danger pour les entreprises françaises ?* », *JDI*, 2011, pp. 887-904.

⁷⁴ Adoptée en 2015, cette loi, dont la partie 6 est consacrée à la transparence dans les chaînes d'approvisionnement, impose une obligation de divulgation d'informations aux entreprises.

État entend tirer des conséquences d'un fait à l'étranger pour imposer un comportement sur son territoire⁷⁵. Ainsi, la souveraineté des États tiers est-elle ménagée. Ensuite, dans le prolongement du premier, ces lois créent une obligation de moyen pour les entreprises sur le territoire des États qui les ont adoptées. Il s'agit d'une diligence que les entreprises doivent observer en mettant sur pied des procédures pour s'assurer que leurs partenaires à l'étranger respectent certaines normes. Dès-lors que les mesures de diligences ont été prises, l'entreprise de l'État qui a édicté la loi est dédouanée de toute responsabilité même dans le cas où son partenaire ou filiale étranger aurait été à l'origine d'un dommage. L'on voit par-là qu'en plus de respecter la frontière entre les États, la frontière entre les entreprises est plutôt respectée.

Enfin, ces lois ne peuvent pas vraiment générer de tensions diplomatiques puisqu'elles visent à mettre en œuvre les droits de l'homme, des normes environnementales ou à lutter contre la corruption. Même dans le domaine économique, la crainte d'un différend porté devant l'Organisation mondiale du commerce peut être écartée. L'organe de règlement des différends de l'OMC n'apprécie la conformité d'une loi extraterritoriale que sur la base des disciplines de l'OI. Le droit de l'OMC n'interdit pas les lois extraterritoriales⁷⁶. Ces lois restent un moyen pour réguler la mondialisation puisqu'elles ne créent pas de discriminations entre les opérateurs économiques. On peut alors toujours espérer le retour des souverainetés au nom d'une justice globale. En attendant que n'aboutisse les négociations d'un traité multilatéral dans le cadre du conseil des droits de l'homme⁷⁷, les États semblent de plus en plus portés à réglementer unilatéralement les activités internationales de leurs entreprises nationales⁷⁸.

*
* *

Il serait difficile de continuer d'ignorer les appels à la responsabilité des EMN. Loin d'être la solution idéale, les dispositions nationales plus ou moins contraignantes peuvent être cependant d'efficaces moyens d'accompagner l'engagement des entreprises en faveur des droits de l'homme, de la protection de l'environnement, de la protection des travailleurs et de la lutte contre la corruption. Les États doivent faire en sorte que le respect du droit international ne soit pas une variable économique parmi tant d'autres. L'effectivité du droit international dépendra alors de la capacité des États à le faire respecter par les EMN.

⁷⁵ V. B. STERN, « *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit* », *AFDI*, 1986, pp. 1-47.

⁷⁶ L. D'AVOUT, « *L'extraterritorialité vue de Sirius. - (Où il est question d'extraterritorialité « réglementaire », entre autres difficultés actuelles d'un droit mondial des affaires peu coordonné)* », *RDBF*, 2015, dossier 54.

⁷⁷ Un groupe de travail intergouvernemental a été institué par la résolution A/HRC/RES/26/9 en juillet 2014 par le Conseil des droits de l'homme avec pour objectif d'élaborer un projet de traité contraignant pour les entreprises multinationales.

⁷⁸ V. OCDE (2016), *Rapport annuel 2015 sur les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2015*, pp. 19-21 (la partie relative aux évolutions législatives sur la responsabilité des entreprises).

RESUMÉ

Les États restent les sujets primaires du droit international. Ils doivent à cet effet utiliser tous les moyens dont ils disposent pour garantir l'effectivité de ce droit international. Ils devraient mettre sur pied des mécanismes nationaux adaptés afin de soumettre les entreprises multinationales au droit international. Le contentieux transnational des droits de l'homme mettant en cause ces dernières est devenu récurrent marquant ainsi l'urgence de l'intervention étatique. Les moyens juridiques à la disposition des victimes, notamment ceux issus du droit international privé, ne permettent pas de garantir efficacement le droit à la justice aux victimes. Dans la mesure où l'ordre juridique international reconnaît aux États le pouvoir de réglementer les activités extraterritoriales de leurs entreprises nationales, ils devraient s'en servir pour réglementer la mondialisation.

ABSTRACT

States remain the primary subjects of international law. To this end, they must use all the means at their disposal to guarantee the effectiveness of this international law. Appropriate national mechanisms should emerge to bring multinational enterprises under international law. The transnational human rights litigation involving the latter has become a recurring sign of the urgency of state intervention. The legal means at the disposal of victims, particularly those stemming from private international law, do not make it possible to effectively guarantee victims' right to justice. Since the international legal order gives states the power to regulate the extraterritorial activities of their domestic enterprises, they should use it to regulate globalization.