

La responsabilité des entreprises transnationales en matière de droits de l'homme est constamment au cœur de l'actualité depuis de nombreuses décennies.

Au cours d'une journée d'étude organisée par le Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.) et le Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (P.I.E.P.), à Paris le 9 février 2007, des juristes ont tenté d'apporter des réponses afin d'obtenir le respect des droits fondamentaux dans le commerce international.

Cet ouvrage comporte les contributions des différents intervenants, dont, en première partie, un rapport général constatant la responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales et proposant la création d'une Convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales. Plusieurs exposés sont relatifs à l'action des Nations Unies dans le domaine du commerce international et des droits de l'homme et, notamment, l'adoption en 2003, par la Sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme, des « Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme ». Les mécanismes onusiens de protection et de promotion sont également présentés ainsi que les rapports entre le droit pénal international et le monde des affaires.

Les positions des syndicats et des entreprises furent aussi évoquées dans le cadre de cette journée d'étude.

Enfin, les conclusions générales établissent une synthèse des propositions présentées lors de ce colloque.

ISBN : 978-2-8027-2858-0



9 782802 728580

D R O I T E T J U S T I C E 8 9

Collection créée par Pierre Lambert
et dirigée par Daniel Plas et Michel Puéchavy

La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme

Journée d'étude du Centre de recherche sur les
droits de l'homme et le droit humanitaire (C.R.D.H.)
et du

Pôle international et européen de l'Université
Panthéon-Assas Paris II (P.I.E.P.), organisée à Paris
le 9 février 2007



BRUYANT 2010

RAPPORT GÉNÉRAL
LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS
DANS LE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS
TRANSNATIONALES :
VERS UNE CONVENTION INTERNATIONALE
SUR LA LUTTE CONTRE LES ATTEINTES
AUX DROITS DE L'HOMME
COMMISES PAR LES SOCIÉTÉS
TRANSNATIONALES

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN (U.C.L.)
ET AU COLLÈGE D'EUROPE (NATOLIN)

PROFESSEUR INVITÉ À COLUMBIA UNIVERSITY (2007-8)

SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DE LA F.I.D.H.

L'adoption en 2003, par la Sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme, des «Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme»⁽¹⁾, a eu le mérite de relancer un débat que l'on avait pu croire éteint à la fin des années 1980, lorsque fut enterré le projet de code de conduite des sociétés transnationales élaboré au sein la Commission sur les sociétés transnationales⁽²⁾. La tentative de redonner vie à

(1) U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003). La résolution 2003/16 contenant les «Normes» a été adoptée le 13 août 2003 à l'unanimité des vingt-six membres de la Sous-commission, à la suite d'un large ensemble de consultations entamées dès 1999. Sur ce processus, voy. David WEISSBRODT et Muria KRUGER, «Current Developments: Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights», 97 *American Journal of International Law* 901 (2003); David WEISSBRODT et Muria KRUGER, «Human Rights Responsibilities of Businesses as Non-State Actors», in Ph. ALSTON (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-350.

(2) Doc. O.N.U. E/1990/94, 12 juin 1990 (et, sur le contexte dans lequel le projet de code de conduite est né, voy. doc. O.N.U. E/5500/Rev.1/Add. 1 (Partie I), 24 mai 1974). Sur les raisons

cette discussion n'est pourtant n'est pas sans risque. Il ne serait pas souhaitable que le renouveau de l'intérêt pour la définition des responsabilités des sociétés transnationales qui découlent du droit international des droits de l'homme détourne l'attention de la responsabilité première des Etats de protéger les droits de l'homme sous leur juridiction, y compris contre les activités des acteurs transnationaux. C'est du reste pourquoi, dans le premier des principes énoncés par la Sous-commission, figure cet avertissement, au titre des « Obligations générales » : « Les Etats ont la responsabilité première de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne, et de veiller à leur réalisation et, notamment, de garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits ». Dans l'esprit du texte élaboré au sein de la Sous-commission des droits de l'homme, l'obligation pour les sociétés transnationales de « promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme » « [d]ans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres », n'est donc que dérivée : il revient en principe à l'Etat de leur imposer le respect de cette obligation, et c'est seulement en cas de défaillance de l'Etat que, le cas échéant, vient se poser la question d'un contrôle des sociétés transnationales au travers des instruments que fournit le droit international.

La présente étude vise à clarifier l'étendue de la responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales. Elle procède en quatre étapes. D'abord, elle rappelle certaines données permettant de situer le problème (I). Ensuite, elle décrit pourquoi l'obligation de protection qui s'impose à l'Etat

← de l'échec de ce projet, voy. S.K.B. ASSANTE, « United Nations : International Regulation of Transnational Corporations », 13 *J. World Trade Law* (1979), p. 55; W. SPRÖTE, « Negotiations on a United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations », 33 *German Yearbook of International Law* 331 (1990); P. MUCHLINSKI, « Attempts to Extend the Accountability of Transnational Corporations : The Role of UNCTAD », in Menno T. KAMMINGA and Saman ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 97-117; N. JAGERS, *Corporate Human Rights Obligations : in Search of Accountability*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002, pp. 119-124.

territorialement compétent rencontre aujourd'hui certaines limites, jusqu'à faire douter de son efficacité (II.). Troisièmement, elle examine les conditions auxquelles l'Etat d'origine de la société transnationale — celui dont elle a la nationalité, si l'on peut pardonner cette commodité de langage — peut se voir imposer la responsabilité de contribuer à protéger les droits de l'homme des personnes que les activités de la transnationale peut affecter (III.). En conclusion, elle s'interroge sur les outils de coordination de ces deux souverainetés étatiques, entre lesquelles des relations de complémentarité devraient se substituer aux relations de concurrence qui existent actuellement (IV.).

I. — La transnationalisation des activités économiques

L'internationalisation des activités des entreprises rend particulièrement urgente la réflexion sur l'amélioration de la coopération interétatique visant à garantir le respect des droits de l'homme dans ces activités. Cette internationalisation peut prendre essentiellement trois formes. Une entreprise peut d'abord choisir de faire appel à des sous-traitants ou fournisseurs situés à l'étranger, pour assurer une part plus ou moins importante du processus de production. Cette division internationale du travail est favorisée, depuis une vingtaine d'années, par des facteurs technologiques — la baisse des coûts de communication et, jusqu'à récemment au moins, de transport — et culturels — la généralisation du modèle de l'économie de marché à travers le monde et l'homogénéisation, qui lui est liée, des pratiques commerciales —, mais également par des facteurs juridiques : l'abaissement des tarifs douaniers à la suite des différents cycles de négociations commerciales rend aujourd'hui rentable la délocalisation de certains éléments du processus de production, en particulier pour les produits industriels, ce qui encourage les entreprises à miser sur les avantages comparatifs que présente chaque Etat par rapport à l'autre, y compris lorsque ces avantages comparatifs consis-

tent en un coût plus faible de la main d'œuvre à productivité égale. Cette première forme de 'transnationalisation' des activités de l'entreprise se traduit par un simple allongement de la chaîne de production, répartie entre un nombre de plus en plus important d'agents. Mais les relations entre ces acteurs demeurent d'ordre purement contractuel. Il n'existe pas entre ces acteurs de lien d'investissement.

C'est la présence d'un lien d'investissement qui caractérise, à l'inverse, les deux autres formes d'internationalisation, auxquels l'appellation de 'société transnationale' se réfère généralement⁽³⁾. Une entreprise peut en effet s'internationaliser en créant à l'étranger une agence ou une succursale, ou tout autre établissement. Cette forme d'internationalisation est favorisée par la garantie de la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement qui bénéficie aux entreprises, non seulement dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce⁽⁴⁾, mais également dans le cadre d'une toile d'accords régionaux et bilatéraux de libre échange ou de libre investissement. Dans cette hypothèse, l'entreprise investit à l'étranger, mais elle opère directement, sans créer pour cela une société distincte selon les formes que prévoit le droit de l'Etat hôte. Enfin — troisième forme d'internationalisation dans notre typologie —, une entreprise peut créer à l'étranger une filiale. Celle-ci a une personnalité juridique distincte de la société mère. Elle est établie

(3) Comp. Peter MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, London, Blackwell, 1995, p.12 («[a multinational enterprise] owns (in whole or in part), controls and manages income generating assets in more than one country»).

(4) L'Accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (Trade-related investment measures (T.R.I.M.s Agreement) fait obstacle à l'adoption de mesures concernant les investissements et liées au commerce incompatibles avec les dispositions de l'article III (traitement national) et de l'article XI (élimination générale des restrictions quantitatives) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T.), y compris lesdites obligations de «performance» qui, par exemple, exigent de l'entreprise étrangère qu'elle achète un certain volume ou une certaine valeur de produits d'origine locale (prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale) ou qui limitent le volume ou la valeur des importations que cette entreprise peut acheter ou utiliser à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte (prescriptions relatives à l'équilibre des échanges). De telles obligations ont été traditionnellement imposées aux entreprises à capitaux étrangers, spécialement au cours des années 1960 et 1970, afin de renforcer les liens entre ces entreprises et l'économie locale des pays où elles investissent, et favoriser ainsi un impact positif de l'investissement étranger.

conformément à la législation de l'Etat hôte. Mais elle est contrôlée, plus ou moins étroitement, par la société mère, qui peut par exemple désigner une majorité ou la totalité des membres de son conseil d'administration (lesquels seront parfois les mêmes, en totalité ou en partie, que les membres du conseil d'administration de la société mère), ou qui demeure l'actionnaire majoritaire ou de référence.

Les réflexions qui suivent portent particulièrement sur ces deux dernières formes d'internationalisation, qui l'une et l'autre impliquent un investissement direct étranger (I.D.E.) : l'arrivée, dans l'Etat d'hôte, d'un investisseur, qui peut ou non créer, pour y conduire ses activités économiques, une société régie par le droit de cet Etat. L'investissement direct étranger a crû considérablement en volume au cours des années 1980 et 1990, suite aux vagues de privatisations ayant accompagné l'adoption de plans d'ajustement structurel prescrits par les institutions financières internationales à un grand nombre de pays en développement ayant à faire face à une dette extérieure, et plus généralement, suite à la généralisation d'approches macro-économiques focalisées sur la nécessité de renforcer la croissance économique par une ouverture plus grande à l'investissement et au commerce internationaux. En termes de montants annuels d'I.D.E., un sommet a été atteint en 2000, avec un pic de 1.411 milliards de dollars US. Le mouvement d'arrivée des I.D.E. s'est ralenti à partir de 2001. Mais nous sommes actuellement à nouveau dans une phase ascendante spectaculaire. En 2007, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (C.N.U.C.E.D.) constatait une forte hausse des I.D.E., qui en 2006 avaient augmenté pour la troisième année consécutive et atteignaient un montant total de 1.306 milliards de dollars US, ce qui est proche du niveau de 2000. Le flux d'I.D.E. bénéficie principalement aux pays industrialisés de la zone O.C.D.E. (pour un total de 857 milliards de dollars US), mais sa croissance s'étend aussi aux pays en développement — particulièrement à destination de la Chine, de Hong Kong, et de Singapour — et aux économies émergentes d'Europe centrale et orientale — notamment

la Fédération de Russie —, ces deux zones attirant à elles 379 et 69 milliards de dollars US respectivement(5).

Il est notable que, pour l'essentiel, ces flux d'I.D.E. proviennent d'investissements réalisés par les grandes sociétés transnationales des pays O.C.D.E. : celles-ci comptaient pour 84 % des I.D.E. dans le monde en 2006(6). Ceci nous importe particulièrement. Car cela implique que la réglementation de l'investissement direct étranger — y compris le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales — est indissociable de la question des rapports Nord-Sud, et plus précisément, de l'établissement d'un ordre économique international plus équitable, qui favorise la réalisation des objectifs du développement du Millénaire. Or nous sommes à cet égard dans une situation paradoxale. Les pays en développement ont besoin de l'arrivée de flux d'I.D.E. afin de financer leur croissance économique, de favoriser le transfert de technologies, et de développer des possibilités d'emploi dans le secteur formel. Les outils utilisés à cet effet consistent soit en des mesures unilatérales, telles que la création de zones franches d'exportation dans lesquelles les investisseurs étrangers bénéficient de certains avantages notamment en matière fiscale, ou d'autres incitants; soit en la conclusion de traités bi- ou multilatéraux, qui sont destinés à favoriser l'arrivée d'investisseurs étrangers en leur offrant certaines garanties. Mais le recours même à ces outils prive en partie les pays en développement de l'intérêt que peut représenter pour eux, en principe, l'arrivée d'I.D.E. : à quoi bon attirer des investisseurs étrangers si ceux-ci peuvent rapatrier

(5) Ces chiffres doivent être pris avec prudence dès lors que l'on tente de les rapporter à l'économie réelle. Les niveaux d'I.D.E. sont calculés à partir de la valeur monétaire des investissements. Mais la progression des cours des valeurs boursières conduit à une surévaluation des investissements qui prennent la forme de fusions et acquisitions, qui représentent une portion importante des flux totaux d'I.D.E.. En réalité, pour les économies hôtes d'I.D.E., l'indice le plus important est celui des investissements neufs (greenhouse investments), qui ne consistent pas dans le rachat de parts de sociétés locales, mais dans la création de nouvelles entités ou activités économiques.

(6) Parmi les pays de l'Union européenne, dont proviennent près de la moitié de l'I.D.E. global, la France, l'Espagne, et le Royaume-Uni se situent en tête. Ces données sont reprises au dernier rapport de la C.N.U.C.E.D. sur les I.D.E. : *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and development*, réf. UNCTAD/WIR/2007, publié le 16 octobre 2007.

l'ensemble des bénéfices réalisés, sans les réinjecter dans l'économie locale?; comment parier sur l'impact de l'arrivée d'I.D.E. dans la diffusion des technologies, si le droit international autorise l'investisseur étranger à refuser le transfert de technologies ou fait obstacle à l'imposition d'autres obligations de performance, telles que la formation de main d'œuvre locale ou l'approvisionnement auprès de partenaires locaux?; quel bénéfice représente l'arrivée d'I.D.E., si les sociétés transnationales négocient systématiquement des avantages fiscaux, leur permettant dans beaucoup de cas d'être avantagées par rapport à d'éventuels concurrents locaux?; Ces questions ont été explorées ailleurs(7). Elles sortent du cadre strict de cette étude. Mais elles en situent, en même temps, le contexte. Car l'enjeu est bien le suivant : puisque, au cours des années 1980 et 1990, les garanties accordées à l'I.D.E. ont été spectaculairement renforcées, ce qui en a favorisé l'expansion, le temps n'est-il pas venu de s'interroger sur les contrôles qui doivent accompagner cette expansion? Et si la libéralisation de l'I.D.E. est le résultat, notamment, de la coopération interétatique, le respect des droits de l'homme, que cette libéralisation peut affecter, ne devient-il pas à son tour une responsabilité partagée?

II. — La responsabilité de l'Etat hôte

Le droit international des droits de l'homme exige de l'Etat hôte de l'I.D.E. qu'il protège les droits des personnes se trouvant sous sa juridiction, y compris lorsque ces droits sont menacés par les activités de sociétés transnationales. Ce point n'est pas contesté(8). En pratique cependant, cette obligation

(7) Voy. O. DE SCHUTTER, «Transnational Corporations as Instruments of Human Development», in Ph. ALSTON et M. ROBINSON (dir.), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 403-444.

(8) Pour des études approfondies de la jurisprudence des organes de contrôle des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, voy. les trois rapports suivants, préparés dans le cadre du mandat du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les responsabilités en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, le professeur J. RUGGIE : *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights* →

nal pour l'obliger à y mettre fin, ainsi qu'à fournir aux victimes les réparations auxquelles elles ont droit. Plus délicate est en revanche la situation où l'Etat hôte voit sa volonté de protéger les droits de l'homme sous sa juridiction entravée par des facteurs, tantôt économiques et tantôt juridiques, qui font obstacle à l'imposition d'obligations en matière de droits de l'homme aux investisseurs étrangers présents sur son territoire. Trois facteurs méritent d'être mentionnés (10).

1. — LA CONCURRENCE INTERNATIONALE POUR L'INVESTISSEMENT

Un premier facteur est celui de la concurrence que se livrent les Etats pour attirer à eux des investissements étrangers. Il serait totalement erroné de penser que les sociétés transnationales cherchent à investir là où des violations des droits de l'homme peuvent être commises impunément. Au contraire, les études disponibles portant sur les critères que prennent en compte les sociétés dans leurs choix d'investissement mettent en lumière que ces choix sont guidés par l'existence de marchés à proximité des lieux de production, surtout lorsque, comme aujourd'hui dans les économies émergentes, ces marchés sont en forte croissance; par la disponibilité d'une main-d'œuvre suffisamment qualifiée et peu coûteuse, ce qui sera le cas notamment dans les Etats ayant un fort taux de chômage; par l'existence d'infrastructures de bonne qualité dans l'Etat d'accueil, facilitant le transport de marchandises et les communications; et par un cadre juridique stable et prévisible (11). Loin que les violations des droits de l'homme consti-

(10) Un quatrième obstacle que peut rencontrer l'imposition du respect des droits de l'homme aux investisseurs étrangers résulte de la difficulté que les autorités de l'Etat hôte peuvent éprouver à faire exécuter d'éventuelles décisions adoptées à l'encontre de l'investisseur étranger. L'efficacité de décisions judiciaires peut être entravée lorsque les actifs sont entre les mains de la société mère (et non de la filiale domiciliée dans l'Etat d'accueil), ou lorsque la société transnationale, bien que présente dans l'Etat d'accueil, a conservé l'essentiel de ses actifs dans son Etat d'origine.

(11) Voy. notamment N. BILLINGTON, «The location of foreign direct investment: an empirical analysis», *Applied Economics*, vol. 31 (1999), pp. 65-76; R. MUDAMBI, «The multinational investment location decision: some empirical evidence», *Managerial and*

de protection n'est pas toujours aisée à mettre en oeuvre. Il se peut que l'Etat tire bénéfice des violations des droits de l'homme que la société transnationale commet, voire même que des agents de l'Etat jouent un rôle actif dans ces violations dont la société n'est que complice: les exemples de l'interaction entre les gouvernements du Nigéria et du Myanmar (Birmanie), d'une part, et les sociétés extractives qui opèrent sur leur territoire, d'autre part, sont à cet égard suffisamment connus pour qu'il suffise ici de les rappeler (9). Mais ce premier type de situations n'est pas le plus problématique: la violation du droit international des droits de l'homme par l'Etat hôte, par hypothèse, n'est pas contestable; la seule question qui subsiste est celle des moyens dont dispose le droit internatio-

Treaties, report prepared for the mandate of the Special Representative of the United Nations Secretary-General (S.R.S.G.) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, February 2007, 23 pages; *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights Treaties*, Individual report on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Report n° 2, prepared for the Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises with the support of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, June 2007, 75 pages; *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights Treaties*, Individual report on the International Covenant on Civil and Political Rights, Report n° III, prepared for the Special Representative of the Secretary-General on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises with the support of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, June 2007, 71 pages. Ces rapports sont disponibles sur le site <http://www.business-humanrights.org>, dont une section est consacrée au mandat.

(9) Sur la situation au Nigéria au cours des années 1990, voy. spécialement la décision de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Communication n° 155/96 (2001), ainsi que la procédure engagée devant les juridictions fédérales des Etats-Unis sur la base de l'Alien Tort Claims Act de 1789 (*Wina v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000) (rôle de la Royal Dutch Petroleum Co. et de Shell Transport and Trading Co. ple, enregistrées respectivement aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, dans les graves violations des droits de l'homme commises par les autorités du Nigéria dans le cadre de la répression des opposants à la présence de ces sociétés pétrolières dans le delta du Niger)). Pour une description de l'implication des sociétés pétrolières en Birmanie et des procédures qui en ont résulté, voy. O. DE SCHUTTER, «Les affaires Total et Unocal: complicité et extraterritorialité en matière d'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme», *Annuaire français de droit international*, vol. LIII (2006), pp. 55-101; ainsi que L. HENNEREL, «L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux Etats-Unis», C.R.I.D.H.O. Working paper 2006/09, 32 pages; et Benoît FRYDMAN, «L'affaire Total et ses enjeux», in *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Lar-
cier, 2007, pp. 301-322.

tuent un facteur d'attractivité pour l'investisseur étranger, de telles violations risquent au contraire de le dissuader de s'engager dans l'Etat où elles sont commises, en raison des risques que ceci entraînerait pour sa réputation. L'on ne doit pas s'étonner par conséquent que des auteurs aient pu mettre en lumière des corrélations positives entre le respect des droits civils et politiques d'une part, et l'arrivée d'I.D.E., d'autre part(12), et que certains aient pu tenter de montrer l'existence d'un lien de causalité entre la bonne gouvernance et l'arrivée de l'I.D.E.(13).

Cependant, ceci ne doit pas masquer le fait que le souci d'attirer des investisseurs étrangers — ou la crainte de les voir retirer leurs investissements — peut conduire à faire pression

← *Decision Economics*, vol. 16 (1995), pp. 249-257; A. MODY et D. WHEELER, « International investment location decisions », *Journal of International Economics*, vol. 33 (n°s 1-2) (1995); DANI RODRIK, « Democracies pay Higher Wages », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 114 (1999), pp. 707-738; DAVID KUCERA, « The Effects of Core Workers' Rights on Labour Costs and Foreign Direct Investment: Evaluating the 'Conventional Wisdom' », International Labour Organization, Decent Work Research Programme EP/130/2001, 2001. Pour un examen de la littérature existante, voy. aussi DRUSILLA K. BROWN, ALAN V. DEARDORFF et ROBERT M. STERN, « The Effects of Multinational Production on Wages and Working Conditions in Developing Countries », *Research Seminar in International Economics*, School of Public Policy of the University of Michigan, Discussion paper n° 483, August 2002. Voy. <http://www.spp.umich.edu/rsie/workingpapers/wp.html>.

(12) V. WILLIAM H. MEYER, « Human Rights and MNCs: Theory v. Quantitative Analysis », *Human Rights Quarterly*, vol. 18(2), (1996), pp. 368-397; et WILLIAM H. MEYER, *Human Rights and International Political Economy in Third World Nations: MNCs, Foreign Aid and Repression*, Westport, Connecticut, Praeger, 1998, spéc. chap. 3. Cependant, la méthodologie utilisée par cet auteur a été critiquée (JACKIE SMITH, Melissa BOLYARD and Anna IPOULTO, « Human Rights and the Global Economy: A Response to Meyer », *Human Rights Quarterly*, vol. 21(1), 1999, pp. 207-219) et Meyer semble être revenu à des propositions plus modestes : voy. WILLIAM H. MEYER, « Activism and Research on TNCs and Human Rights: Building a New International Normative Regime », in JEDRZEJ G. FRYNAS and SCOTT PEGG (eds.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Palgrave Macmillan, 2003, chap. 2, pp. 33-52; ainsi que WILLIAM H. MEYER, « Confirming, Infirmiting and 'Falsifying' Theories of Human Rights: Reflections on Smith, Bolyard and Ippolito through the Lens of Lakatos », *Human Rights Quarterly*, vol. 21(1), 1999, pp. 220-228.

(13) Voy. DAVID KAUFMAN, « Human Rights and Governance: The Empirical Challenge », in P. ALSTON et M. ROBINSON (dir.), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, précité. L'intérêt de cette étude est qu'elle montre, à l'encontre de certaines affirmations de WILLIAM MEYER, que l'arrivée d'I.D.E. ne constitue pas le facteur causal de progrès en matière de gouvernance, en particulier concernant le respect des droits civils et politiques. Le lien de causalité est surtout inverse : dans des conditions d'équivalence des autres facteurs déterminant le choix de l'investissement, c'est la bonne gouvernance qui attire l'I.D.E.

sur les travailleurs, particulièrement les travailleurs les moins qualifiés, afin qu'ils acceptent des salaires moins élevés, et que la mobilité des investissements rompt l'équilibre entre les paritaires sociaux au bénéfice des employeurs et au détriment des syndicats. En outre, le souci d'attractivité aux yeux des investisseurs étrangers conduit à transférer le poids de la fiscalité des facteurs mobiles (le capital et la main d'œuvre très qualifiée) aux facteurs les plus immobiles, notamment les ménages et les travailleurs moins qualifiés, qui ne sont pas susceptibles de quitter la juridiction pour rechercher dans un autre Etat des conditions plus favorables. Enfin, de manière plus générale, l'Etat d'accueil évitera d'imposer des coûts trop importants aux investisseurs étrangers, que ces coûts résultent d'un taux d'imposition élevé sur les bénéfices réalisés ou qu'ils résultent de réglementations trop contraignantes, par exemple en matière environnementale ou sociale. Au total, dans son souci d'attirer les investisseurs étrangers, l'Etat peut être tenté d'accepter, au moins à court terme, un renforcement des inégalités (entre travailleurs qualifiés et travailleurs moins qualifiés d'une part; entre employeurs et travailleurs d'autre part), et de se priver des moyens de garantir la fourniture de biens publics lorsque ceux-ci ne présentent pas un intérêt direct pour l'investissement(14). En ce sens au moins, la concurrence internationale pour l'investissement peut opérer au détriment de la réalisation des droits de l'homme.

2. — L'INFLUENCE EXERCÉE PAR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER

Un deuxième facteur est celui de l'influence que l'investisseur étranger peut parvenir à exercer sur les autorités du pays hôte. Ceci constituait un thème majeur des discussions qui, au

(14) Ce dernier point est important et devrait conduire à opérer une distinction entre les biens publics, tels que l'éducation ou les soins de santé, qui peuvent constituer une source d'attractivité pour l'investisseur étranger — soucieux de pouvoir disposer d'une main d'œuvre qualifiée et, pour ses cadres, de conditions de vie satisfaisantes —, et les mécanismes de solidarités tels que la fourniture d'une aide sociale qui exigent que l'Etat y consacre une part des revenus qu'il tire de la fiscalité sans que ceci renforce son attractivité comme lieu d'accueil des investissements.

cours des années 1960 et 1970, ont conduit à un appel en faveur d'un «nouvel ordre économique international» : parmi les préoccupations ayant mobilisé à l'époque le groupe des pays non-alignés, figurait notamment celle de l'immixtion des sociétés transnationales des pays industrialisés dans les affaires intérieures, y compris dans la vie politique, des pays hôtes. Le programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international adopté lors de la sixième extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies d'avril-mai 1974, stipulait ainsi notamment que «tous les efforts devraient être faits pour formuler, adopter et appliquer un code international de conduite pour les sociétés transnationales, afin [notamment] de les empêcher de s'ingérer dans les affaires intérieures des pays où elles opèrent et de collaborer avec les régimes racistes et les administrations coloniales [...]» (15). Et, en effet, d'autres textes adoptés à la même époque, notamment les Principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales de 1976, prévoient que les entreprises multinationales doivent 's'abstenir de toute ingérence indue dans les activités politiques locales' (16). Des épisodes historiques connus, tels que l'implication des multinationales domiciliées aux Etats-Unis ITT, Pepsi-Cola et Chase Manhattan Bank dans le renversement du président chilien Salvador Allende, ou le rôle de l'Union minière dans la sécession de la province du Katanga dans les mois ayant suivi la déclaration d'indépendance du Congo en 1960, expliquent

(15) Rés. A/RES/3203 (S-VI) de l'AGNU, adoptée le 14 mai 1974, Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, p. 9. Ce Programme d'action a été adopté simultanément à la Déclaration sur l'établissement d'un nouvel ordre économique international (A/RES/3201 (S-VI)).

(16) Chap. II (Principes généraux), par. 11. Les Principes directeurs sont des recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales. Ils s'agissent, à un moment où les pays en développement insistent sur la nécessité de compléter leur indépendance politique par l'affirmation de leur souveraineté économique, notamment sur les activités se déroulant sur leur territoire, de créer un climat favorable à l'investissement étranger en restaurant la confiance entre les investisseurs étrangers et le pays d'accueil. Les Principes directeurs font partie de la Déclaration de l'O.C.D.E. sur l'investissement international et les entreprises multinationales, dont les autres éléments concernent le traitement national, les obligations contradictoires imposées aux entreprises ainsi que les stimulants et obstacles à l'investissement international. Ils ont été révisés en 2000 de manière à en accroître l'efficacité et la visibilité.

cette crainte (17). Du reste, le code de conduite sur les sociétés transnationales élaboré jusqu'en 1990 au sein des Nations Unies, jusque dans sa dernière version, précisait que les entreprises devaient s'abstenir d'intervenir dans la vie politique locale de l'Etat hôte et devaient respecter les priorités fixées par celui-ci dans les domaines de l'emploi, de l'environnement, et de la politique économique et sociale (18).

Parmi l'ensemble des méthodes, légales ou illégales, auxquelles les sociétés transnationales ont été accusées d'avoir recours afin de retirer le plus grand nombre d'avantages de leur présence dans le pays d'accueil, il en est une qui a progressivement été mise à l'agenda international : c'est celle de la corruption d'agents publics étrangers, notamment en vue de l'obtention de marchés publics ou de concessions. Les circonstances dans lesquelles des progrès ont pu être réalisés dans ce domaine méritent d'être relevées. En 1977, des enquêtes de l'autorité boursière américaine, la *Securities and Exchanges Commission*, mettent en lumière les pratiques d'un très grand nombre d'entreprises domiciliées aux Etats-Unis consistant à chercher à obtenir des avantages indûs en recourant à diverses formes de corruption (19). Afin de réagir à ces pratiques, les Etats-Unis adoptent une loi interdisant la corruption d'agents publics étrangers, le *Foreign Corrupt Practices Act* (F.C.P.A.) (20). L'objectif est de restaurer la confiance dans les firmes américaines, et d'éviter la répétition de scandales de l'ampleur de ceux qui avaient été mis au jour — portant sur plus de 400 entreprises ayant déboursé, pour influencer des agents

(17) Voy. Jagdish BHAGWATI, *In Defense of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 168 (et la référence à Christopher HITCHES, «The Case Against Henry Kissinger», <http://archive.8m.net/hitchens.htm>); ainsi que Nicola JÄGER, *Corporate Human Rights Obligations : in Search of Accountability*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002, pp. 100-101 et p. 120.

(18) Articles 7-11, 13 et 16 du projet de conduite (doc. O.N.U. E/1990/94).

(19) Parmi les formes de corruption relevées, figurait le fait d'effectuer des versements à des fonctionnaires étrangers afin de les inciter à ne pas s'acquitter de leurs missions dans le cadre de l'application de la loi nationale.

(20) Le F.C.P.A. a subi des révisions importantes en 1988, voy. Pub. L. 105-366 (Novembre 10, 1998). Il est actuellement codifié à 15 U.S.C. §§78dd-1, et ss. Un des amendements introduits en 1998 afin de mettre en oeuvre la Convention de l'O.C.D.E. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales a consisté à étendre les incriminations prévues aux sociétés et dirigeants étrangers pratiquant la corruption au départ du territoire des Etats-Unis.

publics étrangers, un total de plus de 300 millions de dollars U.S. Le F.C.P.A. prévoit des sanctions de nature civile et pénale à l'encontre des entreprises et des dirigeants se rendant coupables de corruption. Cependant, soucieux de ne pas placer les entreprises domiciliées aux Etats-Unis dans une situation défavorable par rapport à leurs concurrents étrangers — lesquels étaient parfois autorisés à déduire de leurs bénéfices imposables les sommes versées en vue d'obtenir des avantages de la part de fonctionnaires étrangers —, le Congrès fédéral demande au gouvernement, en 1988, d'entamer des négociations au sein de l'Organisation de coopération et de développement économique, qui regroupe les principales nations industrialisées, en vue d'inciter l'ensemble des pays de l'O.C.D.E. à se doter d'une législation comparable. Ces négociations débouchent sur l'adoption, en 1997, de la Convention de l'O.C.D.E. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Entrée en vigueur le 15 février 1999, cette convention lie aujourd'hui 37 pays. Elle comprend un mécanisme de surveillance mutuelle des engagements des Etats parties, qui vise à la fois à vérifier que ces engagements soient tenus, et à identifier les problèmes de mise en oeuvre que les Etats rencontrent ainsi que les solutions permettant de les surmonter⁽²¹⁾. Enfin, le 31 octobre 2003, l'Assemblée générale des Nations Unies a pu adopter la Convention des Nations Unies contre la corruption, formellement ouverte à la signature le 9 décembre 2003.

L'on reviendra plus loin sur les enseignements qui peuvent être tirés de ces développements, qui illustrent de manière particulièrement claire la mise en oeuvre d'un mécanisme de coopération internationale en vue de contrôler les comportements d'acteurs privés dont les comportements sont susceptibles de nuire au pays dans lequel ils investissent. Il suffit ici de relever que la corruption d'agents publics étrangers ne constitue que la forme la plus extrême d'un phénomène beaucoup plus vaste,

(21) Cette procédure est définie à l'article 12 de la Convention, mais renforcée par l'article VIII de la Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, adoptée par le Conseil de l'O.C.D.E. le 23 mai 1997.

qui est celui de l'influence que peuvent exercer les sociétés transnationales sur les administrations des pays hôtes, en particulier en vue d'obtenir des dérogations ou des avantages qui, parfois, aboutissent à les favoriser par rapport aux entreprises locales.

3. — LA PROTECTION DE L'INVESTISSEUR ÉTRANGER

Un troisième facteur susceptible de constituer un obstacle à la réglementation par le pays d'accueil de l'investissement direct étranger est celui de la protection dont bénéficie l'investisseur étranger en vertu du droit international⁽²²⁾. La coutume internationale prévoit déjà une certaine protection de l'investisseur étranger, et c'est d'ailleurs sur ce terrain, notamment, qu'a pu se développer la pratique de la protection diplomatique exercée par l'Etat dont il est le national, dans les cas d'expropriation sans dédommagement adéquat⁽²³⁾. Mais cette protection a été renforcée de manière très significative au cours des années 1990, par la conclusion de traités régionaux de libre-échange prévoyant certaines garanties au bénéfice des investisseurs étrangers ayant la nationalité d'un Etat partie, et par la multiplication de traités bilatéraux d'investissement⁽²⁴⁾. Le chapitre II de l'Accord de libre-échange nord-américain, entré en vigueur en 1994, a constitué un moment

(22) Pour une étude très complète sur cette question, voy. Ryan SUDA, «The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization», in O. DE SCHUTTER (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publ., Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 73-160.

(23) Voy. Paul E. COMEAUX et N. STEPHAN KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk*, Dobbs Ferry, NY, Oceana Publ., 1996; ou OSCAR SCHACHTER, «Compensation for Expropriations», *American Journal of International Law*, vol. 78 (1984), p. 121. Selon le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, «a state is responsible under international law for injury resulting from: (1) a taking by the state of the property of a national of another state that (a) is not for a public purpose, or (b) is discriminatory, or (c) is not accompanied by provision for just compensation» (*American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987) (St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987), par. 712).

(24) Voy. déjà à propos de cette croissance exponentielle Antonio R. PARRA, «Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment», *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, 1997, pp. 290-291.

important de ce développement(25). Ce traité a en effet constitué un modèle pour des accords ultérieurs, portant sur le libre échange en général ou, de manière plus étroite, sur la protection des investissements. L'échec des efforts entrepris au sein de l'O.C.D.E. afin d'aboutir à un Accord multilatéral sur l'investissement — qui aurait harmonisé les règles relatives à la protection de l'investissement au sein de l'ensemble des Etats de la zone O.C.D.E. — ne confère que plus d'importance au développement des accords bilatéraux d'investissement, qui ont proliféré au cours des années 1990. A la fin 2006, 241 accords de libre échange ou accords de coopération économique comprenant des clauses de protection des investissements, et 2.573 traités bilatéraux d'investissement, étaient ainsi en vigueur(26).

Ces textes prévoient habituellement au bénéfice de l'investisseur de l'autre partie : (1) la garantie d'un traitement national en matière d'établissement et de gestion de l'investissement, excluant que l'investisseur étranger soit traité moins favorablement que ne le serait un investisseur national dans une situation comparable; (2) le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée, étendant à l'investisseur étranger de l'autre partie tout avantage accordé à un investisseur de tout autre Etat; (3) un traitement « juste et équitable » (« fair and equitable treatment »), c'est-à-dire la garantie de l'accès à des procédures judiciaires correspondant aux exigences minimales du droit international dans les litiges auxquels l'investisseur étranger serait partie; (4) une garantie de la sécurité de l'investisseur étranger, conformément aux principes du droit coutumier international; (5) une garantie contre l'expropriation, directe (par nationalisation, confiscation ou transfert des biens de l'investisseur étranger) ou indirecte (par l'adoption de mesures entraînant des effets équivalant à une expropriation

(25) Accord conclu entre le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, et le Mexique, le 17 décembre 1992, publié 32 ILM 289 (parties I-III, annexe 401), et 32 ILM 605 (parties IV-VIII, annexes I-VIII).

(26) United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and development, cité ci-dessus (note 6), p. 10.

directe); (6) l'interdiction des obligations de performance, telles que décrites plus haut(27); (7) la soumission de tout différend lié à l'investissement à un tribunal arbitral, constitué soit selon les termes de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention du C.I.R.D.I.)(28), soit, à défaut que cette convention soit applicable, conformément au Règlement d'arbitrage adopté en 1976 au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI-UNCITRAL), ou selon toute autre procédure arbitrale à laquelle les parties consentiraient à se soumettre(29).

La principale difficulté liée aux clauses de protection des investisseurs étrangers tient à l'interprétation de la notion d'expropriation « indirecte » ou « *de facto* ». La notion n'est certes pas inconnue du droit international général; elle est un complément nécessaire de l'interdiction de l'expropriation « directe », ou « *de jure* », qui sinon risquerait d'être aisément contournée(30). Mais les clauses relatives à l'expropriation indirecte qui figurent dans les accords de protection des investissements sont parfois formulées en des termes excessivement larges, créant l'impression que pourraient devoir donner lieu à

(27) Voy. ci-dessus, texte correspondant aux notes 6-7.

(28) La Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, négociée sous les auspices de la Banque mondiale, fut signée le 18 mars 1965 à Washington et est entrée en vigueur le 14 octobre 1966. La convention établit les règles d'arbitrage et de conciliation régissant la résolution des différends relatifs aux investissements et crée le Centre international pour le règlement des différends internationaux (C.I.R.D.I.).

(29) Pour une étude systématique, voy. par ex. Rudolf Dolzer et Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague and Boston, Martinus Nijhoff, 1995. Sur la question de savoir si la multiplication des traités bilatéraux d'investissement aboutit à l'émergence d'une norme coutumière internationale, voy. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 1994, pp. 226-227 et pp. 253-254 (les dispositions relatives aux motifs d'intérêt public de l'expropriation ainsi qu'à l'interdiction de la discrimination seraient devenues une coutume internationale, mais il n'en irait pas de même des dispositions relatives aux modalités de la compensation en cas d'expropriation, à propos desquelles les instruments prévoient des solutions diverses).

(30) Ainsi, le Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis a noté que « it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property remains with the original owner » (*Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1983) 4 Iran-US CTR 122, p. 154).

des compensations un ensemble de mesures destinées, par exemple, à protéger l'environnement, la santé publique, ou les droits des travailleurs ou ceux des populations indigènes, dès lors que ces mesures entraînent des coûts disproportionnés pour l'investisseur. Ainsi, aux termes de l'article 1110 de l'Accord de libre-échange nord-américain⁽³¹⁾ :

Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf :

- a) pour une raison d'intérêt public;
- b) sur une base non discriminatoire;
- c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1) [garantissant un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales]; et
- d) moyennant le versement d'une indemnité [dont les modalités de calcul et de versement sont précisées aux paragraphes suivants du même article].

Le caractère peu défini de l'expression de 'mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation' de l'investissement étranger a permis à l'entreprise Ethyl Corp de réclamer 250 millions de dollars US de dédommagement au Canada après que celui-ci eut interdit, pour des motifs de santé publique, un additif au gasoline produit par Ethyl, entraînant un important manque à gagner pour cette entreprise : l'affaire s'est clôturée par un règlement amiable aux termes duquel le Canada a payé une indemnité de 13 millions de dollars américains à Ethyl, et s'est engagé à retirer la réglementation contestée⁽³²⁾. Cette affaire illustre, non pas tant l'interpréta-

(31) La version française, qui fait foi au même titre que les versions anglaise et espagnole de l'accord (art. 2206 de l'ALENA), est empruntée au site du secrétariat de l'ALENA : <http://www.nafta-sec-alena.org>.

(32) Voy. Luke Eric Peterson, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development, 2003, pp. 12-13.

tion qui est faite de l'interdiction de l'expropriation indirecte dans le cadre de l'A.L.E.N.A. — puisque aucune interprétation autorisée n'en a été fournie dans cette affaire —, mais plutôt ce que l'expression anglaise de « *regulatory chill* » traduit assez exactement : les autorités de l'Etat d'accueil de l'investissement peuvent éprouver la crainte que certaines des mesures qu'elles pourraient souhaiter adopter donneront lieu à des demandes de compensation, susceptibles d'être présentées à un tribunal arbitral, dont il n'est pas toujours aisé d'anticiper l'attitude; ces autorités risquent, dans ces conditions, de s'abstenir d'adopter certaines réglementations, y compris si elles considèrent ces réglementations comme justifiées par des objectifs d'intérêt public et si elles ne créent aucune discrimination⁽³³⁾.

Les traités bilatéraux d'investissement contenant des clauses relatives à l'expropriation « indirecte » ou « *de facto* » créent des difficultés de nature analogue. Ainsi dans une affaire célèbre, l'entreprise espagnole Tecmed (Técnicas Medioambientales Tecmed SA) a obtenu du Mexique une compensation de 5,5 millions de dollars US après que sa licence d'exploitation d'une décharge lui fut retirée, en dépit de ce que le retrait de l'autorisation était motivé par des préoccupations environnementales et de santé publique, et de l'opposition de la population locale à la poursuite des activités de Tecmed⁽³⁴⁾.

Cette jurisprudence n'est pas isolée. Dans l'affaire *Goetz et autres c. République du Burundi*, également portée devant un tribunal du C.I.R.D.I., était en cause l'interprétation de l'article 4 de la Convention entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements signée le 13 avril 1989. L'article 4 de cette convention prévoit un engagement de chacune des parties à «... ne prendre

(33) Voy. notamment sur cette question Vicki BEEN, « Does an International 'Regulatory Takings' Doctrine Make Sense? », *New York Environmental Law Journal*, vol. 11 (2002), p. 49.

(34) *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2) (2003).

aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni aucune autre mesure ayant un effet similaire à l'égard des investissements situés sur son territoire, si ce n'est lorsque des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national l'exigent exceptionnellement, auquel cas les conditions suivantes doivent être remplies : a) les mesures sont prises selon une procédure légale; b) elles ne sont ni discriminatoires, ni contraires à un accord particulier...; c) elles sont assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective». Le plaignant demandait l'annulation de la décision des autorités burundaises de lui retirer le certificat d'entreprise franche, et à défaut, le versement de dommages et intérêts. Le Burundi avait en effet décidé de refuser le statut d'entreprise bénéficiant de la zone franche aux entreprises déployant des activités réputées traditionnelles, parmi lesquelles les activités relatives aux minerais poursuivies par les plaignants. Or ceci, aux yeux du tribunal, constitue une expropriation indirecte au sens de la convention précitée :

Dès lors que [...] la révocation du certificat d'entreprise franche les a contraints à arrêter toute activité à partir du 13 août 1996, date de la dernière exportation, ce qui a privé de toute utilité les investissements réalisés et dépouillé les investisseurs requérants du bénéfice qu'ils pouvaient attendre de leurs investissements, la mesure litigieuse peut être regardée comme une « mesure ayant un effet similaire » à une mesure privative ou restrictive de propriété au sens de l'article 4 de la Convention d'investissement(35).

Une telle définition de l'expropriation indirecte aboutit en réalité à ériger l'interdiction d'expropriation indirecte en une clause dite de « stabilité économique », qui figure dans un certain nombre d'accords d'investissement conclus entre des investisseurs étrangers et l'Etat d'accueil. L'effet de pareilles clauses peut être de faire obstacle à l'adoption par cet Etat de certaines mesures, y compris si celles-ci sont justifiées par un souci de protection de la santé publique, de l'environnement,

(35) *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi* (Affaire C.I.R.D.I. ARB/95/3), par. 124. A la suite de la décision du tribunal, adoptée le 2 septembre 1998, et qui concluait favorablement à la société plaignante, les parties ont conclu un accord par lequel le Burundi s'engage à verser le montant de 2.989 000 dollars U.S. aux plaignants; ainsi qu'à faire bénéficier la société de ceux-ci du traitement d'une entreprise franche.

ou des droits des travailleurs ou des populations indigènes se trouvant sous sa juridiction.

Plusieurs solutions ont été explorées afin d'éviter que ces clauses n'aboutissent à ces conséquences. Une première solution peut consister à définir avec plus de précision la notion d'expropriation indirecte. Ainsi, le traité bilatéral d'investissement type adopté par les Etats-Unis en 2004 définit dans une annexe cette notion, dans des termes qui paraissent étudiés pour éviter des conséquences comme celles que les affaires *Ethyl*, *Tecmed*, ou *Goetz*, ont pu produire. Aux termes de cette définition, la question de savoir si les mesures adoptées par un Etat doivent être considérées comme équivalentes à une expropriation doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, qui tient compte de l'impact économique de la mesure, de la question de savoir si la mesure déçoit des attentes légitimes «raisonnables» de l'investisseur, ainsi que de l'objectif poursuivi. Il est précisé qu'en principe, le simple fait qu'une mesure adoptée par les autorités de l'Etat hôte conduise à réduire la valeur de l'investissement, ne suffit pas à la qualifier d'expropriation indirecte. Enfin, «sauf dans des circonstances exceptionnelles, des mesures non discriminatoires adoptées par une partie qui visent à protéger des intérêts publics légitimes tels que la santé publique, la sécurité, et l'environnement, et sont appliqués en vue de la protection de ces intérêts publics, ne constituent pas des expropriations indirectes»(36).

(36) Traduction de l'auteur; il n'existe pas de version française de ce traité bilatéral d'investissement type. La version anglaise est la suivante : «(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors : (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action. (b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations» (2004 Model B.I.T., annex B). Sur l'évolution de la politique des Etats-Unis en matière de protection des investisseurs, voy. Gilbert GAGNE et Jean-Frédéric MORIN, «The Evolving American Policy on Investment Protection : Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model B.I.T.», *Journal of International Economic Law*, vol. 9 (2006), pp. 357-382.

Une deuxième solution consiste à inclure, dans les traités d'investissement ou dans les accords d'investissement conclus entre un Etat et l'entreprise qui y investit, une clause faisant référence explicitement aux obligations découlant pour l'Etat du droit international des droits de l'homme, de manière à immuniser les mesures prises par l'Etat afin de se conformer à ces obligations de toute remise en cause par un investisseur étranger. C'est cette solution qui a en définitive été adoptée par les entreprises partenaires du projet de construction du pipeline Baku-Tbilisi-Ceyhan, qui avaient conclu avec chacun des trois gouvernements concernés (Turquie, Géorgie et Azerbaïdjan) un accord contenant une clause de 'stabilisation économique', dont plusieurs organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme redoutaient l'obstacle qu'elle pourrait représenter pour la mise en oeuvre des obligations de ces Etats en matière de droits de l'homme⁽³⁷⁾. A la suite d'une campagne de ces organisations non gouvernementales, et en raison de l'insistance de la Société financière internationale, à l'investissement de laquelle dans le projet des investisseurs privés subordonnaient leur participation, les sociétés associées au projet — coordonné par la British Petroleum — ont adopté une déclaration unilatérale, dans laquelle elles s'engagent à ne pas rechercher une compensation pour la perte économique qui résulterait d'initiatives prises par les gouvernements concernés en vue de se conformer à leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme et de droit du travail⁽³⁸⁾. Tel qu'il apparaît dans ce «Human Rights Undertaking» du 8 août 2003, ces sociétés s'engagent à ne pas «... assert or advance, in any claim against, demand to, or dispute with a Host Government or another party, or in any legal action or

(37) Ce dossier est analysé avec précision dans Terra Eve LAWSON-REMER, «A Role for the International Finance Corporation in Integrating Environmental and Human Rights Standards into Core Project Covenants : Case Study of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project», in O. DE SCHUTTER (dir.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart Publ., Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 395-425. Sur les craintes des O.N.G., voy notamment Amnesty International, *Human Rights on the Line : The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project*, disponible sur http://www.amnesty.org.uk/images/ul/H/ Human_Rights_on_the_Line.pdf (mai 2003).

(38) Sur ces développements, voy. Sheldon LEADER, «Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment», *Journal of International Economic Law*, vol. 9 (2006), pp. 657-705.

proceeding, an interpretation of [the Host Government Agreement] that is inconsistent with regulation by the relevant Host Government of the human rights of health, safety and environmental aspects of the Project in its territory in a manner (1) reasonably required by international labor and human rights treaties to which the relevant Host Government is a party from time to time, and (2) otherwise as required in the public interest in accordance with domestic law as no more stringent than the highest of European Union standards as referred to in the Project Agreements, including relevant EU directives, those World Bank Group standards referred to in the Project Agreements, and standards under applicable international labor and human rights treaties».

Une troisième solution serait de raisonner en partant de l'idée que, face à des obligations éventuellement contradictoires découlant, respectivement, d'un traité relatif aux droits de l'homme et d'un traité d'investissement, ce second traité devrait être écarté dans la mesure où il fait obstacle à la capacité pour l'Etat de se conformer aux obligations qui découlent du premier traité. Ce raisonnement a été suivi par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans une affaire où le Paraguay invoquait l'obstacle que constituait, pour qu'il puisse respecter les droits des populations indigènes sous sa juridiction, l'existence d'un traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Allemagne, dont l'effet était de protéger les droits des propriétaires allemands des terres qui faisaient l'objet de la contestation. La Cour a estimé que la nature spécifique des traités relatifs aux droits de l'homme justifie qu'une priorité leur soit reconnue en cas de conflit : «the Court considers that the enforcement of bilateral commercial treaties negates vindication of non-compliance with state obligations under the American Convention; on the contrary, their enforcement should always be compatible with the American Convention, which is a multilateral treaty on human rights that stands in a class of its own and that generates rights for individual human beings and does not depend entirely on reciprocity among States»⁽³⁹⁾.

(39) Cour interaméricaine des droits de l'homme, Affaire de la communauté indigène Saohoyomaza c. Paraguay (arrêt du 29 mars 2006, Série C, n° 146), par. 140.

Aucune de ces différentes solutions n'est pleinement satisfaisante, cependant. La première solution, dès lors qu'elle n'inclut pas une référence spécifique aux obligations en matière de droits de l'homme qui incombent à l'Etat, ne constitue pas une garantie suffisante contre le risque d'une interprétation extensive de la notion d'expropriation indirecte. En outre, elle partage une difficulté avec la seconde solution : les droits de l'homme ne sont pas simplement des limites négatives qu'il serait interdit à l'Etat de franchir, et dont le contenu serait dès lors déterminable d'avance; ils constituent aussi des objectifs à réaliser, le cas échéant, de manière progressive, notamment lorsqu'il s'agit de droits impliquant la fourniture de services ou ayant des conséquences budgétaires importantes, dont la mise en oeuvre doit être étalée dans le temps. Dès lors, dans certaines situations, des mesures adoptées par l'Etat qui visent à mettre en oeuvre les droits de l'homme qu'il s'est engagé à respecter — par exemple, en vue d'accroître la protection de la santé des consommateurs ou de mieux garantir le droit au travail contre les licenciements abusifs —, pourraient ne pas être, à strictement parler, obligatoires, dès lors que l'Etat aurait pu en retarder l'adoption sans que ceci soit jugé équivalent, dans son chef, à une violation de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Enfin, bien qu'il puisse se trouver des arguments favorables à l'affirmation d'une primauté des traités relatifs aux droits de l'homme par rapport à d'autres engagements internationaux de l'Etat, la solution qu'adopte la Cour interaméricaine des droits de l'homme bute sur l'état actuel de fragmentation du droit international : les tribunaux arbitraux créés conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ou fonctionnant selon les règles de la C.N.U.D.C.I.-U.N.C.I.T.R.A.L. n'appliqueront que les traités d'investissement en vigueur entre les parties, sans prendre appui, en principe, sur les autres traités que l'Etat d'accueil aura conclus, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme. Ce n'est pas tant que les textes définissant les com-

pétences de ces tribunaux arbitraux feraient obstacle à la prise en compte des engagements internationaux des Etats en matière de droits de l'homme⁽⁴⁰⁾. C'est surtout que les arbitres siégeant dans ces procédures n'ont de manière générale qu'une faible connaissance du droit international des droits de l'homme et ne souhaiteraient pas prendre le risque d'en faire une interprétation qui déjoue les attentes des parties.

Déjà en 2003, la Haut-commissaire pour les droits de l'homme des Nations Unies relevait : « *La libéralisation de l'investissement réduit, dans une certaine mesure, la marge de manœuvre d'un Etat par rapport aux investisseurs et à l'investissement, mais, dans l'optique des droits de l'homme, l'idée mise en avant est que cette libéralisation ne devrait pas aller jusqu'à compromettre les mesures prises par l'Etat pour promouvoir et protéger les droits de l'homme. Dans la mesure où les accords d'investissement touchent des questions relatives aux droits de l'homme, les Etats ont une obligation de réglementation (l'obligation d'assurer la réalisation des droits de l'homme). Dans le contexte de la libéralisation de l'investissement, [ceci exige une] souplesse permettant d'adopter de nouvelles réglementations visant à promouvoir et protéger les droits de l'homme. L'inquiétude grandit devant le fait que les tribunaux qui tranchent les différends opposant un investisseur à un Etat interprètent de plus en plus les dispositions relatives à l'expropriation au sens large, ce qui pourrait remettre*

(40) Ainsi, à propos du droit applicable aux procédures arbitrales conduites devant un tribunal constitué conformément aux règles de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, l'article 43§1^{er} de celle-ci prévoit : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend — y compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière ». L'article 33§1^{er} du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. désigne le droit applicable de manière à peine restrictive, puisqu'il n'est plus fait mention du droit international : « Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. A défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce ». L'absence de toute référence au droit international s'explique par le fait que le Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. a un domaine d'application plus large, s'étendant à l'ensemble des litiges commerciaux internationaux et non uniquement aux litiges opposant un investisseur étranger à un Etat.

en question la capacité et la volonté des États d'adopter de nouvelles réglementations visant à protéger l'environnement et les droits de l'homme. Il importera de préserver la capacité de mettre en place de nouvelles mesures visant à promouvoir et protéger les droits de l'homme dans le cadre de l'interprétation des dispositions relatives à l'expropriation»(41).

Ce propos demeure aujourd'hui d'une parfaite actualité. Il conduit à s'interroger sur la responsabilité éventuelle de l'Etat d'origine, lorsque, compte tenu de l'ensemble des circonstances relevées ci-dessus, l'Etat d'accueil de l'investissement ne paraît pas en mesure de garantir le respect effectif des droits de l'homme sous sa juridiction, auxquelles portent atteinte les activités d'une société transnationale. C'est à la question de la responsabilité de l'Etat d'origine qu'est consacrée la section suivante.

III. — La responsabilité de l'Etat d'origine

I. — LES DONNÉES DU PROBLÈME

Que l'Etat d'origine de la société transnationale puisse éventuellement être responsable, en droit international, de l'impact des activités de cette société sur la jouissance des droits de l'homme sur le territoire du pays d'accueil, cela peut de prime abord sembler découler de la notion même de société transnationale. Dans la définition qu'on en a donnée, celle-ci dispose d'actifs à la fois dans l'Etat d'origine, où elle est domiciliée, et dans l'Etat d'accueil, soit qu'elle ait créé une filiale dans ce second Etat, soit qu'elle opère directement dans cet Etat par l'installation d'une agence ou d'une succursale. L'Etat d'origine peut contrôler cette société, en lui imposant certaines obligations en matière de droits de l'homme. Si elle voit ses biens expropriés dans l'Etat d'accueil, il peut intervenir en sa faveur, et exercer pour elle son droit de protection diplomatique, au moins lorsque l'expropriation a porté atteinte direc-

(41) *Droits de l'homme, commerce et investissement*. Rapport du Haut-commissaire aux droits de l'homme, doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 juillet 2003), pp. 4-5.

tement aux biens de la société transnationale, et non uniquement à ceux de la filiale qu'elle aurait constitué sous le droit de l'Etat d'accueil(42). Peut-être même a-t-il conclu en faveur de ses nationaux un traité d'investissement avec l'Etat d'accueil, dont la société transnationale pourra bénéficier pour la protection de ses investissements. Peut-on faire découler de l'ensemble de ces éléments une responsabilité de l'Etat d'origine, lorsque la société adopte des comportements, dans l'Etat d'accueil, qui portent atteinte aux droits de l'homme des populations locales? L'intérêt que son Etat d'origine porte à la société opérant au départ de son territoire, justifie-t-il que cet Etat se voie imposer une obligation de contrôler cette société?

Il est vrai que les auspices sont à première vue particulièrement peu favorables. Selon les principes régissant la responsabilité internationale des Etats, celle-ci ne peut être engagée que si le comportement en cause constitue la violation d'une obligation internationale de l'Etat et si ledit comportement lui est attribuable(43). Or, le comportement d'une entité privée, par exemple celui d'une société transnationale, ne saurait en principe être attribué à l'Etat, ou ne le pourrait que dans ces circonstances exceptionnelles, dont quatre seulement paraissent pertinentes dans le contexte qui nous intéresse : le com-

(42) L'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3) exclut en principe qu'un Etat exerce son droit de protection diplomatique au bénéfice des actionnaires d'une société lorsque ce sont les biens de celle-ci, et non ceux des actionnaires, auxquels il a été porté atteinte : dès lors, l'Etat dont les actionnaires ont la nationalité (ou celui sous le droit duquel la société mère a été constituée) n'a pas un intérêt reconnu à protéger les biens de la société ayant la nationalité d'un autre Etat (ceux, par exemple, de la filiale établie par la société mère sous le droit d'un autre Etat). La Cour internationale de justice prend appui en ce sens sur la distinction entre la société et ses actionnaires que retiennent habituellement les droits internes, et n'admet la levée du voile social que dans des circonstances exceptionnelles. Voy. cependant ci-dessous, texte correspondant aux notes 128-129, sur les limites de cette jurisprudence, en tout cas au-delà du domaine du droit d'exercice de la protection diplomatique.

(43) Article 2 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et repris dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10); également annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.

portement de l'entité privée pourra être attribué à un Etat lorsque cette entité est habilitée par le droit de l'Etat concerné à «exercer des prérogatives de puissance publique», pour autant que, en l'espèce, elle ait agi en cette qualité⁽⁴⁴⁾; lorsque, en adoptant le comportement qui est reproché à l'Etat, la personne privée qui en est l'auteur «agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat»⁽⁴⁵⁾; lorsque l'entité privée exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles⁽⁴⁶⁾; ou lorsque l'Etat «reconnait et adopte ledit comportement comme sien»⁽⁴⁷⁾

Cela paraît maigre. Cependant, dans la situation qui nous retient ici, ne sont pas en jeu une seule, mais deux obligations de l'Etat d'origine : il y a, *premièrement*, l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme par l'adoption de certaines mesures susceptibles de constituer des violations — et se pose alors en effet la question de savoir si le comportement de la société transnationale est imputable à l'Etat, selon les principes régissant la responsabilité internationale de l'Etat qui viennent d'être rappelés; mais il y a, *deuxièmement*, l'obligation de prendre des mesures de manière à s'acquitter d'une obligation positive de protection, que reconnaît également le droit international des droits de l'homme⁽⁴⁸⁾. Ces deux hypothèses doivent être soigneusement distinguées l'une de l'autre. Par

(44) Article 5 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.

(45) Article 8 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.

(46) Article 9 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.

(47) Article 11 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.

(48) Ainsi par exemple, à propos du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, que garantit l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, voy. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14 (2000) (doc. O.N.U. E/C.12/2000/4, 11 août 2000), par. 33 : «L'obligation de respecter le droit à la santé exige que l'Etat s'abstienne d'en entraver directement ou indirectement l'exercice alors que l'obligation de le protéger requiert des Etats qu'ils prennent des mesures pour empêcher des tiers de faire obstacle aux garanties énoncées à l'article 12. Enfin, l'obligation de mettre en œuvre le droit à la santé suppose que l'Etat adopte des mesures appropriées d'ordre législatif, administratif, budgétaire, judiciaire, incitatif ou autre pour en assurer la pleine réalisation».

définition, le manquement à l'obligation de protection ne résulte pas de l'attribution à l'Etat du comportement d'une entité privée : lorsque pareil manquement a lieu, c'est *un organe de l'Etat*, qu'il appartienne au pouvoir législatif, exécutif, ou judiciaire, qui a échoué à protéger les droits de l'homme, et la question de l'imputabilité ne se pose donc pas⁽⁴⁹⁾. Pas plus que l'affirmation d'après laquelle un Etat doit prendre des mesures de protection propres à empêcher qu'il soit porté atteinte à la vie des personnes se trouvant sous sa juridiction n'implique que le comportement d'un meurtrier sera imputé à l'Etat (bien que l'on puisse le cas échéant reprocher à l'Etat de n'avoir pas pris de mesures raisonnablement propres à empêcher que le crime soit commis), l'affirmation que l'Etat d'origine d'une société transnationale devrait contrôler les comportements celle-ci ne requiert-elle que les comportements de la société devraient pouvoir être traités comme s'ils constituaient un fait de l'Etat. L'«imputabilité» à l'Etat du comportement de l'acteur privé, dans les deux cas, ne peut être évoquée que sur le mode métaphorique : en réalité, le comportement de l'acteur privé sert à «révéler» le manquement de l'Etat, mais ce manquement est celui, non pas de l'acteur privé, mais de l'Etat lui-même qui a échoué à prévenir l'atteinte aux droits de l'homme dont cet acteur s'est rendu coupable.

Encore faut-il examiner les conditions auxquelles les obligations qui s'imposent à l'Etat en vertu du droit international des droits de l'homme s'étendent au-delà de son territoire national⁽⁵⁰⁾. Comme l'on sait, les formulations des traités relatifs

(49) C'est ce que reconnaissent R. McCorquodale et P. Simons, «Responsibility Beyond Borders : State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law», *Modern Law Review*, vol. 70(4) (2007), pp. 598-625, ici p. 618 («International Human Rights Law requires a state to take measures — such as by legislation and administrative practices — to control, regulate, investigate and prosecute actions by non-state actors that violate the human rights of those within the territory of that state. These actions by non-state actors do not have to be attributed to the state, rather this responsibility is part of the state's obligation to exercise due diligence to protect the human rights of all persons in a state's territory»). Malheureusement ces auteurs ne tirent pas toutes les conséquences de cette affirmation.

(50) La littérature est abondante. Voy. notamment, par ordre chronologique de parution, Theodor Meron, «Extraterritoriality of Human Rights Treaties», 89 *American*

aux droits de l'homme ne sont pas parfaitement identiques sur ce point. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que les Etats parties doivent respecter et garantir «à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence» les droits du Pacte(51). Selon le Comité des droits de l'homme, «cela signifie qu'un Etat partie doit respecter et 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» : les droits du Pacte bénéficieraient par conséquent à «quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un Etat partie opérant en dehors de son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix»(52). Ceci s'étend aux situations où, même sans exercer un contrôle effectif sur un territoire déterminé à la manière d'une puissance occupante, un Etat exerce un pouvoir sur une personne ou sur des biens à l'étranger. Le Comité considère en effet qu'il ne serait pas acceptable de tolérer de la part des Etats parties au Pacte qu'ils commettent à l'étranger des violations qu'il leur serait interdit de commettre sur leur territoire national(53).

← *Journal of International Law* 78 (1995); F. COOMANS et M. KAMMINGA (dir.), *Extraterritorial of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004; P.J. SLOR et M. BULTERMAN (dir.), *Globalisation and Jurisdiction*, Leiden, Kluwer Law International, 2004; Michael J. DENNIS, «Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation», 99 *American Journal of International Law* 119 (2005); Olivier De SCHUTTER, «Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 6 (2006), pp. 183-245.

(51) Article 2, §1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(52) Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31 : *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, doc. O.N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, par. 10.

(53) Voy. par exemple Comité des droits de l'homme, *Sergio Ruben Lopez Burgos c. Uruguay*, Communication n° 52/1979, déc. du 29 juillet 1981 (doc. O.N.U. CCPR/C/13/D/52/1979). Cette affaire, comme l'affaire jumelle *Celiberti de Casariego* (communication n° 56/79, *Liliam Celiberti de Casariego c. Uruguay*), concernait l'enlèvement à l'étranger d'un opposant politique, par des agents de l'Etat défendeur, opérant avec la complicité de l'Etat hôte. Le Comité a également conclu à l'applicabilité du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans une affaire où était en cause la confiscation d'un passeport par un consulat de l'Uruguay en Allemagne (communication n° 106/81, *Montero c. Uruguay*).

Comme le rappelle la Cour internationale de justice, qui cite avec approbation cette approche du Comité des droits de l'homme, celle-ci est corroborée par les travaux préparatoires du Pacte : «en adoptant la rédaction qu'ils ont retenue [faisant référence aux individus se trouvant sur le territoire d'un Etat partie ou relevant de sa compétence], les auteurs du pacte n'ont pas entendu faire échapper les Etats aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur Etat d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de l'Etat de résidence»(54).

Une même interprétation s'impose dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la Convention américaine des droits de l'homme, qui font référence aussi à la notion de «jurisdiction» ou de «compétence»(55). Les organes de contrôle de ces traités ont conclu à leur applicabilité lorsqu'un Etat exerce un contrôle effectif sur un territoire déterminé, y compris si celui-ci ne relève pas de sa souveraineté — comme dans le cas d'une occupation à la suite d'un conflit armé —; et ils ont estimé que les agents d'un Etat partie pouvaient engager la responsabilité de celui-ci au regard de ses obligations conventionnelles lorsqu'ils agissent à l'étranger, dans des situations où ils exercent un contrôle effectif sur une personne ou sur des biens(56). Dans la jurisprudence de la Cour

(54) Cour internationale de justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif (9 juillet 2004), C.I.J. Recueil 2004, p. 136, par. 109. La Cour a encore confirmé ce point de vue dans son arrêt du 19 décembre 2005 rendu dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* : voy. les par. 217-220 de l'arrêt.

(55) Voy. l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme («*Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés [...]*»); Article 1§1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme («*Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, [...]*»). Les notions de «jurisdiction» et de «compétence» sont synonymes; il s'agit de traductions différentes, vers le français, du terme anglais de «jurisdiction».

(56) Pour une étude systématique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question, voy. O. DE SCHUTTER, «Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights», précité (ci-dessus, n° 50), ici pp. 183-245.

européenne des droits de l'homme, ceci est illustré par exemple par l'affaire *Issa et autres c. la Turquie*, où la Cour a examiné la question de savoir si les faits dénoncés — l'exécution de berges kurdes dans le Nord de l'Irak — pouvaient être imputés aux forces turques ayant effectué des incursions dans la zone où ces faits se sont déroulés, en dépit du fait que la Turquie n'occupe pas ce territoire de manière à y exercer un contrôle effectif assimilable à celui d'une puissance occupante assumant des fonctions gouvernementales⁽⁵⁷⁾; l'affaire *Öcalan*, également contre la Turquie, en offre une autre illustration⁽⁵⁸⁾. La jurisprudence des organes de contrôle de la Convention américaine des droits de l'homme est orientée dans le même sens⁽⁵⁹⁾.

Cependant, dans le cadre de ces traités comme dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, une distinction paraît devoir être faite entre l'applicabilité extraterritoriale de ces instruments qui découle de l'occupation d'un territoire aboutissant à l'assomption par l'Etat concerné de fonctions gouvernementales, d'une part, et d'autre part, l'applicabilité extraterritoriale qui tient à ce que les agents de l'Etat peuvent engager la responsabilité de celui-ci, y compris lorsqu'ils opèrent à l'étranger, dans la mesure où leurs actes portent atteinte aux droits que ces textes garantissent. La distinction entre ces deux situations importée par le régime différent qui, dans chaque hypothèse, va régir le contenu des obligations imposées à l'Etat. Dans le premier cas, l'application extraterritoriale du traité conduira à imposer à l'Etat le respect de l'ensemble des obligations découlant dudit traité, y compris les obligations positives supposant, afin que l'Etat puisse s'en acquitter, l'exercice de fonctions de nature gouvernementale. Ceci signifie, en particulier, que l'Etat devra protéger les droits de l'homme, par l'adoption de mesures des-

⁽⁵⁷⁾ Cour eur. D.H. (2^e sect.), *Issa et autres c. Turquie* (req. n° 31821/96), arrêt du 16 novembre 2004, par. 81-82.

⁽⁵⁸⁾ Cour eur. D.H. (5^e C), *Öcalan c. Turquie* (req. n° 46221/99), arrêt du 12 mai 2005, par. 91.

⁽⁵⁹⁾ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Affaire 10.675 c. Etats-Unis d'Amérique*, rapport n° 51/96 du 13 mars 1997; affaire *Coard c. Etats-Unis d'Amérique*, rapport n° 109/9 du 29 septembre 1999.

tinées à empêcher que des violations soient commises par les comportements de personnes privées. Dans le second cas en revanche, lorsque l'application extraterritoriale se fonde uniquement sur l'obligation, pour les agents de l'Etat, de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme dans les comportements qu'ils posent, l'obligation de l'Etat ne s'étend qu'à ces seuls comportements, sans inclure les obligations positives que peut seul assumer une autorité gouvernementale ayant la maîtrise effective d'un territoire donné⁽⁶⁰⁾. L'étendue de l'obligation imposée à l'Etat découle ainsi de l'effectivité de son contrôle sur la personne ou la situation en cause⁽⁶¹⁾: lorsque l'Etat occupe un territoire, y compris s'il n'y étend pas formellement sa souveraineté, il doit non seulement s'assurer que ses agents ne portent pas atteinte aux droits des individus qui se trouvent sur ce territoire, mais également protéger ces individus contre les atteintes à leurs droits que seraient susceptibles de commettre des personnes privées; en revanche, lorsque, sans occuper un territoire étranger, un Etat y détache certains de ses agents, la seule obligation qui s'impose à lui est que ses agents ne violent pas les droits des personnes ou des situations sur lesquelles ils exercent un contrôle effectif.

A la différence des instruments précités, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne fait aucune référence à la notion de «territoire» ou de «juridiction» afin de circonscrire le champ d'applicabilité dans l'espace de ses prescriptions. Bien que la Cour internationale de justice ait cru pouvoir attribuer ce silence des rédacteurs du pacte au fait que «les droits garantis par ce pacte ont pour l'essentiel une portée

⁽⁶⁰⁾ Cette lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est également celle qu'a retenue la *Court of Appeal* (Civ. Div.) de Londres dans l'affaire *The Queen (on the application of Mazin Mumaa Galtah Al-Skeini and Claimants Others) v. The Secretary of State for Defence*, [2005] EWCA Civ 1609, [2005] All ER (D) 337 (arrêt du 21 décembre 2005), dans le cadre d'un recours introduit par des victimes des agissements des forces armées britanniques détachées en Irak. La House of Lords a annulé cette décision, mais sur le fondement de motifs, liés à la portée du Human Rights Act 1998 incorporant dans le droit anglais la Convention européenne des droits de l'homme, qui ne remettent pas en cause la distinction sur laquelle la Court of Appeal prenait appui et sa lecture de la jurisprudence européenne.

⁽⁶¹⁾ Sur cette liaison, voy. généralement C. EAGLETON, «International Organisation and the Law of Responsibility», *Recueil des cours*, vol. 76 (1950), p. 385.

territoriale» (62), ceci n'est nullement corroboré par une référence aux travaux préparatoires (63), et cela paraît même explicitement contredit par la référence dans le pacte à des obligations extraterritoriales de l'Etat (64) : outre que l'article 2§1^{er} dit que chacun des Etats parties au pacte «s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte» (65), l'article 11, qui porte sur le droit à un niveau de vie suffisant, mentionne «l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie», et énonce en outre, à propos du droit de toute personne d'être à l'abri de la faim, que les Etats parties «adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y com-

(62) Cour internationale de justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif (9 juillet 2004), C.I.J. Recueil 2004, p. 136, par. 112.

(63) Sur l'applicabilité extraterritoriale du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, voy. Wouter VANDENHOLE, «Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step», *Neth. Quar. of Human Rights*, vol. 21, n° 3, 2003, pp. 423-462, ici pp. 445-446; et Matthew CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, Oxford Univ. Press, 1995, pp. 147-150.

(64) Un argument sans doute plus convaincant aurait été de faire référence à l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Application territoriale des traités), aux termes duquel : «A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire». Cependant, ceci n'aurait pas suffi à expliquer, ni les différences de formulation entre les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, dont la rédaction a été simultanée, ni les références à l'obligation d'assistance et de coopération internationale figurant dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Ces deux facteurs paraissent de nature à renverser la présomption favorable à une application du Pacte limitée au territoire national de chaque Etat partie, qu'établit la Convention de Vienne.

(65) Cet argument n'est pas nécessairement décisif. La Convention relative aux droits de l'enfant inclut la notion d'assistance et de coopération internationales (article 4), mais dispose néanmoins que les Etats parties «s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction» (article 2§1^{er}). La Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 6 décembre 2006 (A/61/611), fait référence à l'assistance et la coopération internationales en ce qui concerne la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels (article 4§2), mais ne contient aucune disposition relative à son champ d'application territorial. Cet instrument semble donc présenter les caractéristiques qui ont permis au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de faire l'objet de l'interprétation large que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels lui a donné.

pris des programmes concrets [notamment] pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires». Ceci suggère qu'en adhérant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les Etats non seulement acceptent de garantir le respect des droits qui y figurent aux personnes se trouvant sous leur compétence, mais en outre prennent l'engagement de contribuer au respect de ces droits dans d'autres Etats.

Au sens le plus restreint de l'expression, l'obligation d'assistance et de coopération internationale s'entend d'un transfert de ressources ou d'une assistance technique ou financière à des Etats qui, pour la réalisation des droits économiques et sociaux, exigent ces ressources ou ces formes d'assistance : bien qu'il fasse état d'une obligation d'assistance et de coopération internationale, le Pacte ne paraît pas sur ce point d'une précision suffisante, permettant d'identifier un niveau déterminé d'assistance dont les Etats développés devraient s'acquitter afin de se conformer à leurs obligations internationales (66). Mais le défaut de précision sur ce point n'implique

(66) Cependant, dans plusieurs observations finales rendues sur les rapports qui lui sont remis par les Etats parties, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a rappelé l'engagement de porter le niveau de l'aide publique au développement à 0,7 % du PNB (Observations finales relatives à l'Espagne (E/C.12/1/Add.99 (7 juin 2004), par. 10) ; Observations finales relatives à l'Irlande (E/C.12/1/Add.77 (5 juin 2002), par. 38)). Dans ses dernières Observations finales relatives au Luxembourg, le Comité félicite celui-ci pour avoir dépassé cet objectif, et accueille avec satisfaction le fait que le Luxembourg se soit fixé pour objectif, en 2005, le montant de 1 % en aide publique au développement de 0,7 % du P.N.B. avait été initialement affirmé en 1974, dans la résolution Rés. A/RES/3203 (S-VI) de l'A.G.N.U., adoptée le 14 mai 1974. Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international. Il a été réitéré à plusieurs reprises depuis. Pour une discussion de ce point, voy. Ph. ALSTON et G. QUINN, «The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n° 2, 1987, p. 172, ici pp. 186-192; et Ph. ALSTON, «International Law and the Human Right to Food», in Ph. ALSTON & K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, SIM-Martinus Nijhoff Publ., 1984, pp. 9-68, spéc. pp. 40-43. Plus récemment, voy. Magdalena SEPULVEDA, «Obligations of 'International Assistance and Cooperation' in an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Neth. Quarterly of H.R.*, vol. 24, n° 2 (juin 2006), pp. 271-303, ici p. 282.

nullement que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, n'impose pas d'obligations extra-territoriales. Il serait en effet erroné de limiter à la seule dimension de l'assistance économique et financière l'obligation d'assistance et de coopération internationale qui figure dans le Pacte. Bien qu'il ne propose pas une liste limitative des mesures qui permettent à un Etat de s'acquitter de ses obligations internationales, l'article 23 du Pacte exclut en tout une approche aussi restrictive qui la confinerait à l'aide publique au développement : « *Les Etats parties au présent Pacte conviennent que les mesures d'ordre international destinées à assurer la réalisation des droits reconnus dans ledit Pacte comprennent notamment la conclusion de conventions, l'adoption de recommandations, la fourniture d'une assistance technique et l'organisation, en liaison avec les gouvernements intéressés, de réunions régionales et de réunions techniques aux fins de consultations et d'études.* »

Du reste, prenant appui à la fois sur l'article 56 de la Charte des Nations Unies — qui dit que les Etats membres de l'Organisation « s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'Article 55 [parmi lesquels figure le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales], à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation » — et sur l'article 34 de la Déclaration et programme d'action adoptés à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne(67), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels estime que les Etats parties au

(67) Déclaration et du Programme d'action de Vienne, adoptés le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (doc. O.N.U. A/CONF.157/23, du 12 juillet 1993), par. 34 : « Il faudrait faire davantage d'efforts pour aider les pays qui le demandent à créer les conditions permettant à chacun de jouir des droits universels et des libertés fondamentales de l'homme. Les gouvernements, les organismes des Nations Unies ainsi que d'autres organisations multilatérales sont instamment priés d'accroître considérablement les ressources qui sont allouées aux programmes concernant l'élaboration de lois et le renforcement de la législation nationale, la création ou le renforcement d'institutions nationales et d'infrastructures connexes qui maintiennent l'Etat de droit et la démocratie, l'assistance électorale, la sensibilisation aux droits de l'homme par la formation, l'enseignement et l'éducation, le développement de la participation populaire et le renforcement de la société civile ».

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels doivent respecter l'exercice des droits reconnus dans le Pacte dans les autres pays et « *empêcher tout tiers de violer [ces droits] 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* »(68).

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels affirme donc que les Etats parties au Pacte doivent non seulement 1° éviter de porter atteinte directement aux droits économiques, sociaux et culturels des personnes situées hors du territoire national, dès lors que les mesures qu'ils prennent peuvent avoir un impact sur ces droits, mais qu'ils doivent en outre 2° protéger les droits de ces personnes, dans la mesure où ces droits seraient menacés par des acteurs privés sur lesquels ils peuvent exercer une influence conformément au droit international. Ces obligations s'analysent respectivement comme une obligation de respecter les droits du Pacte et une obligation de les protéger. Le fondement de ces obligations est double. Premièrement, elles découlent de l'absence de restriction mise au champ d'applicabilité territoriale du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Deuxièmement, elles peuvent être considérées comme une conséquence de l'interdiction faite à tout Etat d'exercer une contrainte sur tout autre Etat de manière à amener celui-ci à violer ses obligations internationales(69). C'est ce double fondement, semble-t-il, qui peut expliquer

(68) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12), adoptée à la vingt-deuxième session (2000), par. 39; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 15 : Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), adoptée lors de la vingt-neuvième session (2002) (doc. O.N.U. E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003), par. 33.

(69) Voy. l'article 18 du Projet d'Articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites : « L'Etat qui contraind un autre Etat à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où : a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'Etat soumis à la contrainte; et b) L'Etat qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait ».

que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ait pu estimer, à propos de sanctions économiques décidées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies conformément au chapitre VII de la Charte, que « *Chacun de ces Etats [parties au Pacte et prenant part à l'adoption d'un régime de sanctions, en tant que membre du Conseil de Sécurité] s'est engagé, conformément au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés...* ». Lorsque l'Etat concerné est aussi un Etat partie, il incombe doublement aux autres Etats de respecter les obligations pertinentes et d'en tenir compte. Si des sanctions étaient imposées à des Etats qui ne sont pas parties au Pacte, les mêmes principes s'appliqueraient de toute façon étant donné la situation des droits économiques, sociaux et culturels des groupes vulnérables qui font partie intégrante du droit international général, comme en témoignent, par exemple, la ratification quasi universelle de la Convention relative aux droits de l'enfant et l'état de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁽⁷⁰⁾.

Si à présent l'on rapporte ces conclusions relatives à l'extraterritorialité des traités relatifs aux droits de l'homme à la distinction, annoncée plus haut⁽⁷¹⁾, entre deux obligations de l'Etat — celle de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme qu'il s'est engagé à respecter par le comportement de ses organes, d'une part, celle de protéger les droits de l'homme en prenant des mesures propres à en empêcher la violation par des acteurs privés, d'autre part, la question de l'imputabilité à l'Etat du comportement d'agents privés ne se posant que

(70) Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 8 : Relation entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels, adoptée par le Comité le 4 décembre 1997 lors de sa 51^e session, par. 8.

(71) Voy. ci-dessus, texte correspondant aux notes 45-46.

dans la première hypothèse —, l'on aboutit à la situation suivante :

	<i>Obligation imposée aux organes de l'Etat de ne pas directement porter atteinte aux droits</i>	<i>Obligation imposée aux organes de l'Etat de protéger les droits menacés par les agissements d'acteurs privés</i>
Imputabilité	Le comportement de l'acteur privé ne peut être imputé à l'Etat qu'à des conditions restrictives.	L'obligation de protéger ne présuppose pas l'imputabilité à l'Etat des comportements d'acteurs privés qu'il a l'obligation de contrôler.
Extraterritorialité	L'applicabilité des obligations conventionnelles de l'Etat s'étend, en ce qui concerne l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme, à toutes les situations où les comportements de ses agents ou ceux d'acteurs privés s'y trouvant assimilés ont un impact sur la jouissance des droits de l'homme.	L'applicabilité des obligations conventionnelles de l'Etat s'étend, en ce qui concerne l'obligation de protéger, à toutes les situations où il assume l'exercice de fonctions gouvernementales sur un territoire autre que son territoire national; dans le cadre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, cette obligation s'étend à toute situation que l'Etat peut influencer dans le respect du droit international.

Ainsi, s'agissant de l'éventuelle responsabilité de l'Etat dans le cadre des activités d'une société transnationale, nous sommes confrontés à deux questions distinctes, qui posent chacune des difficultés qui leur sont propres. S'il s'agit de mettre en cause la responsabilité de l'Etat en lui imputant les comportements d'une société transnationale qui portent atteinte aux droits de l'homme, la question de l'extraterritorialité ne se pose pas véritablement, car l'application extraterritoriale des obligations conventionnelles de l'Etat découlerait dans cette hypothèse — si l'identification de la société transnationale à un « organe de fait » de l'Etat pouvait se justifier — du fait même de l'implication de l'Etat dans une situation survenant

à l'extérieur de ses frontières. Se pose en revanche la question de l'imputabilité à l'Etat des comportements de la société transnationale. S'il s'agit par contre de reprocher à l'Etat un *manquement à son obligation de protéger les droits de l'homme*, c'est-à-dire de n'avoir pas pris des mesures propres à empêcher que les comportements de la société transnationale portent atteinte aux droits de l'homme, aucune question d'imputabilité ne se pose : il ne s'agit pas ici d'attribuer à l'Etat le comportement de la société, mais de dénoncer la passivité de l'Etat face à des comportements qui appelleraient une réaction de sa part. En revanche, des doutes surgissent quant à la dimension extraterritoriale de l'obligation de protéger. En principe, l'obligation de protéger paraît ne pas devoir s'étendre au-delà du territoire sur lequel l'Etat exerce un contrôle effectif, la « garantie » des droits exigeant que l'Etat puisse exercer des fonctions gouvernementales sur ledit territoire. C'est seulement dans le cadre du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux et, peut-être, dans celui de la récente Convention relative aux droits des personnes handicapées — dépourvus l'un et l'autre de clause territoriale et incluant une dimension de coopération internationale — qu'une interprétation particulièrement généreuse de leur champ d'applicabilité territoriale a paru pouvoir s'imposer, bien que les fondements de pareille interprétation demeurent fragiles.

Les deux sections suivantes examinent tour à tour chacune des deux situations où la responsabilité de l'Etat d'origine de la société transnationale pourra être engagée. Aussi bien les fondements de cette responsabilité que les interrogations qu'elle soulève doivent être clairement distingués selon l'hypothèse dans laquelle on se place.

2. — L'ATTRIBUTION À L'ETAT DU COMPORTEMENT DE LA SOCIÉTÉ TRANSNATIONALE

Le problème d'imputabilité qui se pose dans le premier type de responsabilité ne pourra être surmonté que très exception-

nellement (72). Ainsi qu'il a déjà été indiqué, l'imputabilité du comportement d'une société à un Etat paraît ne pouvoir être envisagée essentiellement que dans quatre hypothèses, toutes très restrictives.

2.1. — *La société habilitée par la loi à exercer des prérogatives de puissance publique*

Pareille attribution pourra avoir lieu lorsque la société transnationale est habilitée par le droit de l'Etat concerné à 'exercer des prérogatives de puissance publique', pour autant que, en l'espèce, elle ait agi en cette qualité (73). L'article 5 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite dit :

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'Etat (...), mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international.

Trois critères doivent donc être réunis. Il faut que la société privée exerce des « prérogatives de puissance publique » ; qu'elle soit habilitée par la loi à exercer ces prérogatives ; enfin, que dans le comportement qui est reproché à l'Etat, elle ait agi en cette qualité, même si elle a excédé les termes de son mandat ou ne s'est pas conformée aux instructions qui lui ont été données. L'application du premier critère est particulièrement délicate, car elle suppose d'opérer une distinction entre l'activité commerciale et l'activité qui relève en principe des compétences des autorités publiques mais que celles-ci ont délégué à des entités privées : appartiennent à cette seconde catégorie, ainsi que l'indique le commentaire de la Commission du droit international, des contrôles à l'immigration qu'effectuent des transporteurs aériens (74) ; d'autres exemples pourraient être le

(72) Voy. par ex. Danwood MZIKENGE CHIRWA, « The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5 (2004), pp. 1-36.

(73) Article 5 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.

(74) James CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2002, p. 100.

rôle d'une société privée dans l'identification des biens devant faire l'objet d'une expropriation publique(75), ou la gestion et la surveillance de lieux de détention. Le motif d'admettre pareille imputabilité est évident : il s'agit d'éviter que, par le recours à la privatisation de certaines fonctions assumées jusqu'alors par lui, l'Etat ne tente d'échapper à sa responsabilité internationale. Cependant, outre que les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat sont définies de manière trop restrictive pour que cet objectif soit pleinement atteint(76), la mise en œuvre de cette règle rencontre des obstacles considérables. Les conceptions de ce qui relève des «prérogatives de la puissance publique» varient dans l'espace — chaque communauté pouvant avoir ses propres attentes quant au rôle légitime de l'Etat — ; et elles évoluent dans le temps — il n'est pas certain que des fonctions comme celles de la santé ou de l'éducation, largement assumées par l'Etat depuis l'émergence de l'Etat providence dans les sociétés occidentales, puissent encore être considérées comme constituant une «prérogative de puissance publique» au terme des privatisations que ces secteurs ont connues au cours des années 1980 et 1990 —(77). Il a parfois été proposé de définir ce qui relève des «prérogatives de la puissance publique», au sens requis pour que les comportements d'acteurs privés puissent lui être imputés, au départ des obligations primaires de l'Etat — par exemple, l'étendue des obligations de l'Etat découlant du droit à la vie, du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, ou du droit à l'éducation, permettant d'identifier les comportements d'acteurs privés qui engagent sa responsabilité(78). L'attrait qu'exerce cette position

(75) *Hyatt International Corporation c. Iran*, (1985) 9 Iran-USCTR 72, 88-94.

(76) La condition suivant laquelle l'entité privée doit être habilitée par la loi à exercer les prérogatives qui lui ont été attribuées fournit en effet à l'Etat un moyen relativement aisé de limiter l'étendue de sa responsabilité internationale, par la privatisation de certaines missions.

(77) Ch. LEHNARDT, «Private Military Companies and State Responsibility», *I.I.L.J. Working Paper* 2007/2, 22 pages (www.ijl.org), ici p. 7 (texte également paru comme chapitre de l'ouvrage S. CHESTERMAN & Ch. LEHNARDT (dir.), *From Mercenaries to Markets: The Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford University Press, Oxford, 2007).

(78) Voy. par exemple le point de vue exprimé par plusieurs experts lors de la réunion d'experts sur les contractants militaires privés, tenue en août 2005 au Centre universitaire

tient à ce qu'elle permette de garantir que l'Etat ne va pas contourner les obligations que le droit international impose par la privatisation de certaines missions. Mais, sur le plan doctrinal, elle conduit à abolir la distinction entre l'acteur privé et l'organe de l'Etat dans tous les domaines où de telles obligations sont imposées à l'Etat, ce qui paraît peu concevable : par exemple, le fait que l'Etat doit garantir le droit à l'éducation ne saurait signifier que sont assimilés à des organes de l'Etat, aux fins d'imputer à celui-ci leurs comportements, les comportements des autorités d'établissements d'enseignement privé.

Que cette hypothèse d'une attribution à l'Etat soit difficile à mettre en œuvre, ne signifie pas qu'elle ne présente aucune utilité dans notre contexte. Lorsque l'Etat a confié à une entité privée des missions qui, en principe, relèvent de la puissance publique — le fait que la mission ait été traditionnellement assumée par l'Etat et/ou qu'elle soit confiée en monopole à l'entité privée constituent à cet égard des indices utiles, sinon décisifs —, les comportements de cette entité seront considérés comme des comportements de l'Etat, et toute violation des droits de l'homme qui serait commise dans l'exercice de ces missions lui sera imputée. R. McCorquodale et P. Simons relèvent ainsi qu'une société ayant reçu le monopole de l'écoulement sur les marchés étrangers de marchandises produites localement, ou des agences de crédit à l'exportation, pourraient être assimilés à des organes de l'Etat, indépendamment de la question de savoir si ces entités sont des personnes de droit privé ou de celle de savoir si l'Etat en constitue un actionnaire principal ou majoritaire(79). Cependant, même si l'on peut admettre que de tels exemples relèvent de l'hypothèse qu'envisage l'article 5 des Articles sur la responsabilité

de droit international humanitaire : *Expert meeting on private military contractors : status and state responsibility for their actions*, pp. 16-17 (disponible sur www.adh-geneve.ch/evènements/pdf/colloques/2005/2rapport_compagnies_privées.pdf).

(79) R. McCORQUODALE et P. SIMONS, «Responsibility Beyond Borders : State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law», précité (ci-dessus, note 49), pp. 607-608.

de l'Etat pour fait internationalement illicite, ceci ne saurait s'étendre à des activités de nature purement commerciale, y compris celles des entreprises publiques, et même si la pré-sence commerciale de certaines de sociétés originaires d'un Etat dans un secteur stratégique ou dans certaines régions du monde peut présenter pour cet Etat un intérêt de nature géo-politique justifiant qu'il en soutienne ou en promeuve les acti-vités.

2.2. — *La société qui agit sur les instructions, sur les directives, ou sous le contrôle de l'Etat*

Le comportement d'une société pourra être imputé à l'Etat lorsque, en adoptant ledit comportement, cette société «agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat» (80). La Cour internationale de justice a récemment confirmé l'interprétation restrictive qu'il convenait de donner à cette expression, qui a sa source dans son arrêt de 1986 rela-tif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (81). Selon cette jurisprudence, que la Commis-sion du droit international a épousée dans ses Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, une personne, un groupe de personnes ou une entité quel-conque peut être assimilé — aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale — à un organe de l'Etat même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait

(80) Article 8 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la res-ponsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.

(81) *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 14. La Cour a notamment jugé que «même prépondérante ou décisive, la participation des Etats-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des contras, à la sélection de leurs objectifs militaires ou paramilitaires et à la planifica-tion de toutes leurs opérations demeure insuffisante en elle-même, d'après les informa-tions dont la Cour dispose, pour que puissent être attribués aux Etats-Unis les actes com-mis par les contras au cours de leurs opérations militaires ou paramilitaires au Nicaragua. Toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur» (par. 115).

sous la «totale dépendance» de l'Etat, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument. En pareil cas, il convient d'aller au-delà du seul statut juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'Etat auquel elle se rat-tache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent : toute autre solution permettrait aux Etats d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction. Cependant, une telle assimilation aux organes de l'Etat de personnes ou d'entités auxquelles le droit interne ne confère pas ce statut ne peut que rester exceptionnelle; elle suppose, en effet, que soit établi un degré particulièrement élevé de contrôle de l'Etat sur les personnes ou entités en cause, [caractérisé comme] une «totale dépendance» (82).

Dans l'arrêt *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* qu'elle a rendu le 8 juillet 2004, la Cour européenne des droits de l'homme a paru souhaiter aller au-delà des conditions fixées ainsi par le droit international général. Elle a estimé dans cet arrêt que la République moldave de Transnistrie, région de la Moldova qui a proclamé son indépendance en 1991 et s'est dotée d'organes de pouvoir et d'une administration propres mais n'est pas reconnue par la communauté internationale, a non seulement été établie avec le soutien de la Russie, mais en outre «continue à se trouver sous l'autorité effective, ou tout au moins sous l'influence décisive, de la Fédération de Russie et, en tout état de cause, (...) survit grâce au soutien militaire, économique, financier et politique que lui fournit la Fédéra-tion de Russie. Dans ces circonstances, la Cour estime qu'il existe un lien continu et ininterrompu de responsabilité de la part de la Fédération de Russie» quant aux actes des autorités de la République moldave de Transnistrie, que la Russie n'a rien fait pour empêcher (83). Cependant, les circonstances dans

(82) Cour internationale de justice, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), arrêt du 26 février 2007, par. 392-393.

(83) Cour eur. dr. h. (GC), *Ilascu et autres c. Moldova et Russie* (req. n° 48787/99), arrêt du 8 juillet 2004, par. 392-393.

lesquelles cet arrêt est intervenu sont trop exceptionnelles pour qu'il soit permis de généraliser à partir de ce seul cas. Il est notable, en particulier, que les autorités de la République moldave de Transnistrie, bien que n'étant pas formellement des agents de la Fédération de Russie, exercent des activités gouvernementales, par exemple en matière de justice et de police; il semble exclu d'assimiler les liens pouvant exister entre ces autorités — ayant créé un véritable Etat fantoche — et la Russie aux liens, même étroits, qu'une société privée entretiendrait avec l'Etat — y compris, par exemple, si cet Etat devait la soutenir, par la garantie de crédits à l'exportation ou par un activisme diplomatique visant à en protéger les intérêts vis-à-vis d'autorités étrangères.

Les comportements d'une société privée pourraient être imputés à l'Etat sur la base à laquelle se réfère l'article 8 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite dans des circonstances qui, pour être exceptionnelles, n'en sont pas moins importantes, surtout dans le contexte de la privatisation de certaines missions de police, de sécurité, ou de renseignement, dont le conflit irakien nous a fourni des exemples récents : lorsqu'une société agit au nom et pour compte de l'Etat, dont elle exécute les instructions — par exemple pour l'interrogation de détenus ou pour assurer le maintien de l'ordre —, son caractère privé ne fait pas obstacle à ce que les violations des droits de l'homme dont elle se rendrait coupable soient imputées à l'Etat dont elle n'est que l'instrument⁽⁸⁴⁾. Cependant, les situations où les comportements d'une société pourraient être attribués à l'Etat sur cette base demeurent rares. En dépit des tentatives héroïques de la doctrine visant à étendre le champ des circonstances où une

(84) Sur ce contexte, voy. S. GIBSON, «Lack of Extraterritorial Jurisdiction over Civilians: A New Look at an Old Problem», *Military Law Review*, vol. 148 (1995), p. 114; M. SCHMITT, «Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees», *Chicago Journal of International Law* (2005), p. 511; P. SINGER, «War, Profits and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2004), p. 521; ainsi que, plus généralement, Ch. LEHNARDT, «Private Military Companies and State Responsibility», précité (ci-dessus, note 77).

société privée pourra être considérée comme agissant sur les instructions ou sous les directives ou sous le contrôle de l'Etat⁽⁸⁵⁾, cette hypothèse ne permet pas d'englober la grande majorité des situations où, alors que l'Etat sait que telle entreprise commet des violations ou s'en rend complice, et pourrait prendre des mesures visant à éviter que de telles violations soient commises, il demeure passif.

2.3. — *La société qui assume de fait des fonctions étatiques en cas de carence des autorités officielles*

Aux termes de l'article 9 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite :

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

L'affaire *Yeager c. République islamique d'Iran* présentée au Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis illustre ce type de situation⁽⁸⁶⁾. Dans cette affaire, s'est posée la question de l'imputabilité à l'Iran des actes de certains individus ayant assuré des fonctions de contrôle de l'immigration et des douanes à l'aéroport de Téhéran au cours de la période ayant immédiatement suivi la révolution de 1979. Le Tribunal a jugé que le comportement de ces individus, bien qu'il ne fût pas explicitement endossé par le gouvernement de la République islamique d'Iran, devait être considéré comme sien. Cependant, une particularité de cette modalité d'attribution des comportements d'un agent privé à l'Etat est qu'elle est étroitement liée aux obligations qui découlent pour l'Etat de sa souveraineté territoriale. La carence des autorités officielles, qui justifie l'attribution, est celle de l'Etat sur le territoire

(85) Voy. notamment R. McCorquodale et P. Simons, «Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law», *Modern Law Review*, vol. 70(4) (2007), pp. 598-625, ici pp. 608-611.

(86) *Yeager c. République islamique d'Iran*, (1987) 17 Iran-USCTR 92.

duquel les fonctions étatiques ne sont pas adéquatement assumées, par exemple en période de conflit ou de troubles ou à la suite d'une catastrophe naturelle; c'est donc à l'Etat territorialement compétent, et non, par exemple, à l'Etat d'origine de la société transnationale, que le comportement sera attribué. Cette attribution à l'Etat territorial du comportement des acteurs privés qui ont dû assumer certaines fonctions gouvernementales, par exemple en vue d'assurer le maintien de l'ordre, n'exclut naturellement pas que la responsabilité de ces acteurs puisse être engagée directement : au contraire, ils seront tenus à une obligation de vigilance particulière, compte tenu du déficit de l'Etat, auquel ils sont amenés à se substituer (87).

2.4. — *La société dont le comportement est adopté par l'Etat comme sien*

Le comportement d'une société pourra enfin être imputé à l'Etat lorsque l'Etat « reconnaît et adopte ledit comportement comme sien » (88). Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)* (89), la Cour internationale de justice a constaté que, loin d'intervenir afin de protéger les droits du personnel diplomatique et consulaire de l'ambassade des Etats-Unis à Téhéran et l'inviolabilité des locaux de celle-ci après que des militaires en eurent pris possession et eurent pris en otage ce personnel, les plus hautes autorités iraniennes avaient approuvé ces actes, et en avaient activement soutenu les

(87) Voy. notamment Organisation de coopération et de développement économique (O.C.D.E.), Outil de sensibilisation au risque destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance (adopté par le Conseil de l'O.C.D.E. le 8 juin 2006), qui définit les « zones à déficit de gouvernance » comme « environnements d'investissement dans lesquels les pouvoirs publics ne peuvent pas ou ne veulent pas assumer leur rôle de protection des droits (y compris de propriété), fournir les services publics fondamentaux (programmes sociaux, développement des infrastructures, application de la loi et surveillance prudentielle) et assurer l'efficacité et l'efficacité de la gestion du secteur public » (p. 11), et qui attire l'attention des investisseurs étrangers sur les obligations particulières qu'ils assument en opérant dans de telles zones.

(88) Article 11 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.
(89) C.I.J. *Recueil* 1980, p. 3 (arrêt du 24 mai 1980).

auteurs. Ceci a eu pour effet de transformer les actes de militaires en actes de l'Etat :

La politique [...] annoncée par l'ayatollah Khomeini, consistant à maintenir l'occupation de l'ambassade et la détention des otages afin de faire pression sur le gouvernement des Etats-Unis, a été appliquée par d'autres autorités iraniennes et appuyée par elles de façon répétée dans des déclarations faites à diverses occasions. Cette politique a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention de membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'Etat iranien ayant approuvé ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit Etat. Les militants, auteurs de l'invasion et geôliers des otages, sont alors devenus des agents de l'Etat iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale (90).

Il paraît découler de ce précédent que, pour que le comportement d'agents privés soit imputé à l'Etat, celui-ci doit avoir explicitement approuvé ce comportement, le faisant sien. L'on pourrait sans doute se demander si ne devrait pas valoir une telle approbation le fait pour un Etat d'intervenir en soutien d'une société ayant sa nationalité, soit par l'exercice de la protection diplomatique, soit — de manière plus banale — en lui accordant certaines garanties liées, par exemple, à ses investissements ou à ses exportations, alors que le gouvernement sait que cette société pose des comportements qui constituent des atteintes aux droits de l'homme. Mais ceci irait au-delà de ce qu'admet à l'heure actuelle le droit international. Pas plus que les hypothèses précédentes, cette hypothèse d'imputabilité à son Etat d'origine du comportement de la société transnationale ne paraît donc particulièrement prometteuse. Il faut donc se tourner vers l'autre branche de l'alternative définie plus haut : à défaut que le comportement de la société puisse être imputé à l'Etat, peut-être est-il possible de reprocher à l'Etat ne d'avoir pas respecté son obligation de protection.

(90) Arrêt du 24 mai 1980, par. 74 (p. 35).

3. — LE MANQUEMENT DE L'ÉTAT À SON OBLIGATION DE PROTECTION

Dans le cadre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dont le silence sur la question de son applicabilité dans l'espace favorise les interprétations les plus audacieuses, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a paru vouloir imposer aux États de protéger les droits de l'homme au-delà du territoire national, dans toute la mesure compatible avec le droit international. Le Comité laisse entrevoir ainsi l'émergence d'une obligation de protection extraterritoriale des droits de l'homme : les États parties au Pacte seraient soumis à une obligation d'exercer une compétence normative extraterritoriale, c'est-à-dire d'interdire (ou d'ordonner) certains comportements alors que ceux-ci se déroulent à l'étranger et peuvent n'avoir aucun effet sur le territoire des États concernés. La seule limite imposée à cette obligation extraterritoriale découlerait du respect dû au droit international public général, en ce que celui-ci pourrait interdire l'exercice de la compétence extraterritoriale ou la soumettre à certaines conditions, découlant de la nécessité de respecter la souveraineté de l'État territorial et du principe de l'égalité souveraine des États. La doctrine du Comité des droits économiques, sociaux et culturels abolit l'espace entre l'obligation de l'État et sa faculté d'intervenir en vue de contribuer à la protection des droits de l'homme par l'exercice d'une compétence extraterritoriale : toute la marge que lui laisse le droit international général, selon cette doctrine, il appartiendrait à l'État de l'exercer en vue de favoriser le respect universel et effectif des droits de l'homme.

Afin de vérifier la solidité de la doctrine du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur ce point, il faut s'interroger sur la question de savoir si pareille obligation de protection extraterritoriale des droits de l'homme trouve un fondement dans le droit international des droits de l'homme, au-delà des termes — certainement trop ambigus pour qu'ils puissent être considérés comme décisifs — du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Ensuite seulement, l'on peut revenir sur la question des limites que le droit international public général mettrait à l'exercice par un État d'une compétence normative extraterritoriale, et donc à l'étendue de cette obligation.

3.1. — *L'obligation de protection extraterritoriale des droits de l'homme*

Il n'est pas fantaisiste de penser que nous sommes à l'aube de la reconnaissance, par le droit international, d'une obligation de protection extraterritoriale des droits de l'homme⁽⁹¹⁾. Là où elle enjoint les États « à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation », en vue notamment de favoriser « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous », la Charte des Nations Unies n'impose aucune restriction territoriale à l'étendue de cette obligation : la réalisation des droits de l'homme à l'échelle universelle constitue pour les États une responsabilité partagée⁽⁹²⁾. En adoptant la Déclaration universelle des droits de l'homme, les États membres des Nations Unies se sont engagés à garantir le droit de toute personne « à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet »⁽⁹³⁾. L'interdépendance accrue des États dans la phase actuelle de mondialisation des activités économiques que nous traversons réclame que cette responsabilité partagée soit revitalisée.

C'est dans ce contexte qu'il faut situer, par exemple, dans la version révisée en 2000 des Principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales, l'affirmation que « Les entreprises multinationales exerçant leurs activités dans le

(91) Voy. Sigrun Skovly, *Beyond national borders : States' Human Rights Obligations in International Cooperation*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, spéc. chap. 3 (« Extraterritorial human rights obligations »); Smita NARULA, « The Right to Food : Closing Accountability Gaps under International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, n° 3 (2006), pp. 691-800.

(92) Articles 55, c), et 56 de la Charte des Nations Unies.

(93) Résolution 217 A (III) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948.

monde entier, la coopération internationale dans ce domaine devrait s'étendre à tous les pays. Les gouvernements souscrivant aux *Principes directeurs* encouragent les entreprises opérant sur leur territoire à respecter les *Principes directeurs* par tout où elles exercent leurs activités, en tenant compte de la situation particulière de chaque pays d'accueil⁽⁹⁴⁾.

Les gouvernements des pays membres de l'O.C.D.E. acceptent donc la responsabilité d'inciter leurs entreprises, où qu'elles opèrent dans le monde, à respecter certains principes, parmi lesquels figure le respect des droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil. Le motif en est évident. Les Etats les plus fragiles ou les moins avancés n'ont pas la capacité, sans assistance, de garantir le respect des droits de l'homme sur leur territoire, surtout vis-à-vis des investisseurs étrangers qui, directement ou indirectement, y portent atteinte : il faut donc à l'Etat d'origine de ces investisseurs accepter une responsabilité de les contrôler. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la prise de position de M. Sornarajah qui fait découler l'obligation, pour l'Etat d'origine, de contrôler les sociétés transnationales sur lesquelles il peut exercer son contrôle, des garanties étendues dont l'investisseur étranger bénéficie en vertu du droit international public général et, de plus en plus, en vertu de traités régionaux ou bilatéraux assurant une protection de son investissement⁽⁹⁵⁾. Dans cette perspective, l'obligation de contrôle imposée à l'Etat d'origine des investisseurs privés est à la mesure de l'étendue des avantages qui sont reconnus à ces investisseurs dans l'Etat hôte, et que l'Etat d'origine aura souvent négociés pour eux.

Il existe des arguments en faveur de cette approche qui ne reposent pas seulement sur une interprétation des textes, relativement peu précis, de la Charte des Nations Unies ou de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Dans son opinion

(94) DAFNE/IME(2000)20, Chapitre I. Concepts et principes, par. 2.

(95) M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2^e éd. 2004, chap. 4 (voy. spéc. p. 169).

dissidente à l'affaire portant sur la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* présentée à la Cour internationale de justice⁽⁹⁶⁾, le juge Weeramantry met en avant le principe selon lequel aucun dommage ne doit être causé aux autres nations, tel qu'il est mis en avant — c'était le contexte de l'affaire — dans le domaine du droit de l'environnement⁽⁹⁷⁾. Le principe n'est pas neuf⁽⁹⁸⁾. Il n'y a pas de motif d'en restreindre la portée à des dommages causés à l'environnement ou, comme dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁽⁹⁹⁾, à des dommages matériels causés à un autre Etat. Les propos qu'utilise la Cour internationale de justice dans cette dernière affaire se tiennent d'ailleurs à un niveau très général : « (...) Ainsi que le démontre la pratique internationale, [...] un Etat, sur le territoire duquel s'est produit un acte contraire au droit international, peut être invité à s'en expliquer. [...] il ne peut se dérober à cette invitation en se bornant à répondre qu'il ignore les circonstances de cet acte ou ses auteurs. Il peut, jusqu'à un certain point, être tenu de fournir des

(96) C.I.J. Recueil 1995, p. 238.

(97) Le juge WEERAMANTRY cite par exemple le principe 2 de la déclaration de Rio sur l'environnement de 1992, qui selon lui « consacre ce principe fondamental selon lequel aucune nation n'a le droit de mener des activités de nature à causer des dommages à l'environnement d'une autre nation » : « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources conformément à leurs propres politiques en matière d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de veiller à ce que les activités qui relèvent de leur compétence ou de leur pouvoir ne portent pas atteinte à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale » (opinion dissidente, pp. 62-63).

(98) Voy. déjà, notamment, l'arrêt du 11 mars 1941 rendu dans l'affaire de la *Fondation de Trail (Etats-Unis c. Canada)*, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 1938-1981 : « under the principles of international law... no State has the right to use or permit the use of its territory in such manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence... » (p. 1965). Extraits en français in : A.C.D.I., rapport du secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux et documents de la vingt-sixième session préparés par le Secrétaire, vol. II, 2^e partie, 1974, p. 207. Cette citation est empruntée à Mme Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, qui y fait référence dans ses plaidoiries pour l'Argentine devant la Cour internationale de justice dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* (audience publique du 8 juin 2006, CR 2006/46).

(99) Affaire du *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4.

indications sur l'usage qu'il a fait des moyens d'information et d'enquête à sa disposition. [...] on ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un Etat sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, et indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve. En revanche, le contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'Etat victime d'une violation du droit international [ayant sa source sur le territoire d'un autre Etat] se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstancielles (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale»(100).

En d'autres termes, lorsqu'une violation du droit international a sa source dans un comportement posé sur le territoire d'un Etat, celui-ci peut se voir reprocher, par l'Etat que ladite violation a lésé, de n'avoir pas pris toutes les mesures propres à empêcher la violation. La question de savoir comment, dans cette situation, se répartit la charge de la preuve, est secondaire(101) : ce qui importe, c'est bien le principe de l'obligation de *due diligence* qui se trouve affirmé.

Un dernier argument qui plaide dans le même sens est tiré de l'article 18 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Rappelons qu'aux termes de

(100) *Id.*, p. 18.

(101) Selon le passage cité de l'arrêt rendu dans l'affaire du Détroit de Corfou, il revient certes à l'Etat lésé par la violation de démontrer une responsabilité dans le chef de l'Etat à partir du territoire duquel la violation a été commise. Mais la charge de la preuve pourra être renversée dès lors que l'Etat lésé apporte des indices suffisants de ce que l'Etat territoire n'a pas pris toutes les mesures de précaution qui pouvaient être attendues de lui.

cette disposition, «l'Etat qui contraint un autre Etat à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où : a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'Etat soumis à la contrainte; et b) L'Etat qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait». L'on ne peut exclure qu'en certaines circonstances, en n'exerçant pas un contrôle efficace sur une société transnationale sur laquelle il est en mesure d'exercer son influence, alors qu'il sait que cette société posera des actes qui aboutiront à des violations des droits de l'homme dans l'Etat hôte et qu'il protège cette société des éventuelles sanctions qui lui seraient imposées par l'Etat hôte, l'Etat d'origine exerce une véritable contrainte sur ce dernier Etat, ne lui laissant pas d'autre choix que de ne pas s'acquitter de son obligation de protection.

3.2. — Les limites imposées à l'exercice de la compétence normative extraterritoriale (102)

Si donc l'on peut anticiper la progressive mise à jour, en droit international, d'une obligation internationale de protéger les droits de l'homme, quelles en seraient les limites? Dans la logique de la position du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ces limites ne sauraient être que celles que le droit international lui-même impose à l'exercice par un Etat de sa compétence extraterritoriale(103).

(102) Voy. notre étude sur «Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité en matière d'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme», *Annuaire français de droit international*, vol. LII (2006), pp. 55-101.

(103) Sur le rapport de la compétence étatique au territoire national, voy. B. H. OXMAN, «Jurisdiction of States», in R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, vol. 3, 1997, pp. 55-60, spéc. p. 55; F. MANN, «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 111, 1964-I, pp. 1-162; D. W. BOWETT, «Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources», *B.Y.I.L.*, vol. 53, 1982, pp. 1-26; I. BROWNLEE, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, Oxford Univ. Press, 2003, spéc. p. 297; B. SREEN, «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», *A.F.D.I.*, 1986, XXXII, pp. 7-52; «L'extraterritorialité revisitée, où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres», *A.F.D.I.*, 1992, XXXVIII, pp. 239-313.

Afin de tenter de mesurer quelles sont ces limites, il faut distinguer la compétence juridictionnelle extraterritoriale de la compétence normative extraterritoriale (104). L'exercice de la compétence juridictionnelle extraterritoriale consiste dans le fait pour un Etat d'accorder à ses tribunaux la compétence de recevoir des actions qui portent sur une situation dont l'ensemble des éléments constitutifs se sont déroulés sur le territoire d'un autre Etat. L'on parlera en revanche de compétence normative extraterritoriale le fait pour un Etat d'adopter une législation qui prétend régler une situation entièrement localisée sur un territoire étranger. Ces deux notions sont en principe sans rapport l'une à l'autre, au sens où elles ne s'impliquent pas nécessairement : la compétence extraterritoriale reconnue au juge ne préjuge pas du droit qu'il appliquera ; et le fait que la loi nationale soit applicable à des situations extraterritoriales n'implique pas nécessairement que le juge national sera toujours compétent à l'appliquer.

Cependant, la matière pénale présente une double spécificité qui conduit à nuancer cette hétérogénéité de principe entre compétence normative et compétence juridictionnelle extraterritoriale. Premièrement, à la différence de ce qui est le cas en droit privé, le juge pénal appliquera en principe exclusivement

(104) On laisse ici de côté, pour des motifs évidents, ce qu'on qualifie parfois de compétence exécutive extraterritoriale, qui consiste dans le fait pour un Etat d'intervenir sur le territoire d'un Etat étranger par des actes de contrainte. L'affaire Eichmann en fournit l'exemple classique, où les services secrets d'un Etat enlèvent une personne sur le territoire d'un Etat étranger afin de l'amener à répondre de ses actes devant la justice du premier Etat. Sur l'affaire EICHMANN, voy., outre les décisions des juridictions israéliennes (*Procureur général du gouvernement d'Israël c. Adolf Eichmann*, Cour de district de Jérusalem (1961), repris in 36 *ILR* 18, ici p. 26 (arrêt du 11 décembre 1961); *Procureur général du gouvernement d'Israël c. Adolf Eichmann*, Cour suprême d'Israël (1962), repris in 36 *ILR* 28), la note de C. OLIVER, *American Journal of International Law*, vol. 56, n° 3 (juillet 1962), pp. 805-845; J. FAWCETT, «The Eichmann Case», *B.Y.I.L.*, vol. 38, 1962, p. 181. Ainsi que le soulignait l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'île de Palmas, il est évident que pareille intervention extraterritoriale s'oppose aux principes de souveraineté et d'indépendance des Etats, dont le corollaire est l'exclusivité de la compétence exécutive sur le territoire national (Affaire de l'île de Palmas (*Pays-Bas c. Etats-Unis*), sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, Rec. des sentences arbitrales internationales, vol. II, 1928, pp. 829-871, ici p. 838). Voy. également, sur ce point, l'opinion individuelle que le président G. GUILLAUME a jointe à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), au §6).

la loi du for, et non pas le droit pénal étranger (105). Ce principe s'explique sans doute par le lien étroit que l'on postule encore entre le droit pénal de l'Etat et sa souveraineté territoriale ; l'interdépendance accrue des Etats dans le contexte actuel de la mondialisation des rapports économiques permet cependant de prédire, sans grand risque de se tromper, sa disparition prochaine. Deuxièmement, compte tenu de l'importance que revêt le respect dû à la sécurité juridique en matière pénale, l'application de la loi pénale du for sera habituellement subordonnée, lorsque l'acte a été commis à l'étranger, au principe de la double incrimination, de manière telle que ne pourra être poursuivi que l'individu ayant posé un acte érigé en infraction à la fois par l'Etat territorial et par l'Etat devant les juridictions duquel il est poursuivi. Le premier principe paraît pour l'heure exclure qu'en matière pénale, un Etat exerce une compétence juridictionnelle extraterritoriale sans que celle-ci s'accompagne d'une compétence normative extraterritoriale — c'est-à-dire autorise ses juridictions à condamner une personne en faisant application d'un droit pénal étranger, en l'occurrence celui de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction aurait été commise. Mais le second principe vient en quelque sorte neutraliser le premier, puisqu'en général — la règle est loin d'être absolue — l'application extraterritoriale de la loi pénale du for sera subordonnée au respect de la condition de la double incrimination. En définitive, à l'opposition entre compétence normative extraterritoriale et compétence juridictionnelle extraterritoriale, qui est adéquate pour décrire les deux formes d'extraterritorialité que l'on peut rencontrer en droit privé, il faut ajouter une autre paire, correspondant mieux aux spécificités actuelles du droit pénal : elle oppose l'application extraterritoriale du droit pénal devant les juges du for sans référence à l'exigence du principe de double incrimination à l'application extraterritoriale du

(105) Voy. le par. 31 du rapport explicatif à la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (STCE n° 73), ouverte à la signature le 15 mai 1972 («A l'opposé du droit privé, en matière pénale le juge compétent et le droit applicable coïncident le plus souvent presque complètement et il existe de nombreuses et bonnes raisons pour maintenir ce principe»).

à des situations s'étant déroulées hors du territoire national sans subordonner la possibilité de poursuites à l'exigence de la double incrimination (B2). Trois approches peuvent être distinguées dans la doctrine.

a) *La thèse de la liberté d'exercer une compétence extraterritoriale*

Une certaine partie de la doctrine estime que, tant qu'il ne prétend pas poser des actes matériels d'exécution sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement de celui-ci, mais qu'il se borne à adopter des lois dont le champ d'applicabilité territorial excède son propre territoire, l'Etat exercerait simplement un élément de sa souveraineté. Le droit international n'imposerait aucune limite générale à l'exercice de pareille compétence extraterritoriale(107). Dans l'opinion dissidente qu'elle a émise à la suite de l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la juge *ad hoc* Van den Wyngaert a résumé ce principe en énonçant que «la règle permissive ne s'applique qu'à la compétence normative, non à la compétence d'exécution : en l'absence d'interdiction, un Etat A peut engager des poursuites pour des crimes commis dans un Etat B (règle permissive), mais, en l'absence d'autorisation, un Etat A ne peut pas intervenir sur le territoire dudit Etat B»(108).

Cette doctrine prend appui sur le passage suivant de l'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale le 7 septembre 1927 dans l'affaire du *Lotus*, où celle-ci affirme(109) :

La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire

(107) P. DALLIER et A. PELLET écrivent ainsi que «le droit international reconnaît aux Etats une compétence normative extraterritoriale; il exclut en revanche toute compétence d'exécution extraterritoriale» (in *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^e éd. 2002, p. 506).

(108) Par. 49 de l'opinion dissidente.

(109) Cour permanente de justice internationale, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 9, p. 19 (nous plaçons l'accent).

droit pénal subordonnée au respect de cette exigence(106). Les formes d'extraterritorialité se présentent donc ainsi :

Droit privé		Droit pénal	
A1 : Compétence extraterritoriale avec renvoi au droit étranger	juridictionnelle	B1 : Compétence normative donnée à l'exigence de double incrimination	Compétence (juridictionnelle et normative) extraterritoriale subordonnée à l'exigence de double incrimination
A2 : Compétence normative extraterritoriale avec application de la loi du for à des situations extraterritoriales	juridictionnelle	B2 : Compétence normative exigence de double incrimination	Compétence (juridictionnelle et normative) extraterritoriale sans exigence de double incrimination

Quoiqu'il soit permis d'évoquer l'extraterritorialité à leur propos, les situations A1 et B1 ne sont pas véritablement problématiques du point de vue de la règle de l'égalité souveraine des Etats ou de son corollaire, le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures. Car dans ces situations, l'Etat du for n'exerce sa compétence extraterritoriale qu'afin de donner plein effet au droit étranger — l'on pourrait presque dire : en se mettant à son service. En revanche, l'exercice par un Etat de sa compétence extraterritoriale dans les situations A2 et B2 mérite une discussion plus approfondie. La doctrine est partagée quant à la licéité de pareilles formes d'extraterritorialité, où un Etat prétend régler des situations s'étant déroulées à l'étranger (A2), ou bien étend l'application de son droit pénal

(106) L'opposition entre le droit privé et le droit pénal n'épuise pas la gamme des outils dont dispose l'Etat afin d'influencer le comportement d'une société transnationale. Il faudrait aussi inclure le recours à des incitations ou sanctions de nature administrative, par exemple l'introduction de clauses dans les marchés publics faisant référence au comportement de la société souhaitant y postuler, l'autorisation accordée à une société d'être cotée en bourse et de faire ainsi appel à l'épargne publique, la reconnaissance à une société du droit d'utiliser un certain «label» certifié par les pouvoirs publics, l'octroi de crédits à l'exportation, ou l'intervention de l'Etat en garantie de certains investissements faits à l'étranger et pouvant présenter des risques de nature «politique» (pour une étude de plusieurs de ces mécanismes dans le cadre du droit de l'Union européenne, voy. O. DE SCHUTTER, «Corporate Social Responsibility European Style», *European Law Journal*, vol. 14, n° 2, March 2008, pp. 203-236). Cependant, dans ces différentes situations, la question de l'extraterritorialité ne se pose pas : il ne s'agit pas pour l'Etat de prétendre régir un comportement à l'étranger, ou attacher certaines conséquences à des situations s'étant déroulées à l'étranger; il s'agit simplement de subordonner à certaines conditions l'octroi de certains avantages, ou de retirer certains avantages à la suite de certains comportements, à des acteurs économiques définis par la nature des liens qu'ils entretiennent avec l'Etat concerné.

d'un autre Etat. Dans ce sens la juridiction est certainement territoriale. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un Etat d'exercer dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne saurait être soutenu que si le droit international défendait d'une manière générale aux Etats d'atteindre par leur loi et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire et si par dérogation à cette règle prohibitive, il permettait aux Etats de se faire dans des cas spécialement déterminés. Or tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. *Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.* La discrétion laissée par le droit international aux Etats explique la grande variété de règles qui ont été adoptées sans objections ou plaintes de la part des autres Etats. Dans ces circonstances, toute ce que l'on peut demander à un Etat c'est qu'il ne dépasse pas les limites que le droit international met à ses compétences.

La doctrine énonce ainsi à la suite de cet arrêt que «on ne saurait trouver dans le droit international en vigueur une règle limitant l'exercice d'une compétence extraterritoriale aussi longtemps que pareil exercice n'inclut pas l'accomplissement d'actes matériels de coercition en dehors du territoire de l'Etat auquel un tel acte est imputable» (110). En France, le Conseil constitutionnel paraît en avoir tiré les conséquences lorsqu'il fut appelé à se prononcer sur les effets que serait susceptible d'entraîner, pour l'exercice de leurs compétences à l'étranger, les restrictions imposées aux conseils d'administration des sociétés ayant fait l'objet de décrets de nationalisa-

(110) F. RIGAUX, «Communication sur l'avancement des travaux de la 19^e Commission : La compétence extraterritoriale des Etats», *A.I.D.I.*, Session de Strasbourg, 1997, vol. 67-II, pp. 34-35.

tion après 1981, estimant : «Les limites éventuellement rencontrées dans l'exercice [des compétences dévolues aux conseils d'administration des sociétés nationalisées] en dehors du territoire national constitueraient un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit le droit du législateur de régler les conditions dans lesquelles sont administrées les sociétés nationalisées» (111).

b) *La thèse de la subordination de l'exercice d'une compétence extraterritoriale à l'existence d'un facteur de rattachement avec l'Etat*

Pourtant le point de vue qu'on vient d'exposer présente d'évidentes limites. Il prend appui sur un passage de l'arrêt *Lotus* qui, comme chacun sait, constitue dans le contexte de cet arrêt un simple *obiter dictum*. En outre, l'attendu apparaît à un moment de la vie du droit international où la souveraineté étatique se trouve sans doute à son apogée; la question peut être posée de savoir si survit aujourd'hui le principe de la liberté de l'Etat d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale, compte tenu de l'évolution des rapports internationaux qui se sont progressivement éloignés de la conception anarchique qui dominait alors. Aussi bien, une autre partie de la doctrine estime, au contraire, que le principe de l'égalité souveraine des Etats implique qu'un Etat ne saurait en principe exercer une compétence normative extraterritoriale (112) sans que se présente un lien de rattachement de la situation régie avec l'Etat (113). Cette tendance, qui paraît avoir été influencée par la notion de «rattachement effectif» propre au

(111) Conseil constitutionnel de France, décisions des 16 janvier et 11 février 1982, *Rec.*, pp. 18 et 31. Le lien entre la doctrine de l'affaire du *Lotus* et cette prise de position est proposé par P. DALLER & A. PELLE, *op. cit.*, p. 506.

(112) L'expression doit s'entendre ici au sens large comme incluant les hypothèses A2 et B2 de la table présentée ci-dessus.

(113) Cette perspective orthodoxe est celle que résume le président de la Cour internationale de justice, le juge G. GUILLAUME, dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu par la Cour le 14 février 2002 : «Dans le droit classique, un Etat ne peut normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que si le délinquant, ou à la rigueur la victime, a la nationalité de cet Etat ou si le crime porte atteinte à sa sûreté intérieure ou extérieure. Les Etats demeurent d'ordinaire incompétents pour connaître d'infractions commises à l'étranger entre étrangers» (par. 4).

droit international privé(114), aboutit à considérer que l'Etat ne saurait prétendre régir une situation donnée, lorsque celle-ci se situe à l'extérieur de son territoire, que dans un nombre restreint d'hypothèses. Parmi les situations qui peuvent éventuellement justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale, deux retiennent l'attention ici(115).

La doctrine des «effets»

Un Etat peut tout d'abord vouloir régler, par l'adoption d'une législation extraterritoriale, des activités qui sont de nature à produire un effet direct, substantiel, et prévisible sur son territoire national. Le *Restatement of Foreign Relations Law* préparé par l'American Law Institute(116) dit ainsi qu'un Etat a la compétence de régler des comportements posés à l'extérieur de son territoire qui ont ou visent à produire un effet substantiel sur son territoire, pourvu que l'exercice de cette compétence soit raisonnable(117). Comme la Cour

(114) Cour internationale de justice, arrêt du 6 avril 1955, *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (2^e phase), C.I.J. *Recueil* 1955, p. 4. Confrontée à un cas de double nationalité dans cette affaire, la Cour internationale de justice affirme que, si chaque Etat peut déterminer les règles d'attribution de sa propre nationalité, néanmoins l'opposabilité de celle-ci dans des cas individuels pourra être subordonnée à la reconnaissance de la nationalité la plus «effective»: «un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé [au] but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat» (p. 23). L'analogie est la suivante: de même que la liberté reconnue à chaque Etat de déterminer les conditions auxquelles il octroie sa nationalité n'implique pas qu'en l'absence d'un rattachement effectif de l'individu à cet Etat, les autres Etats soient tenus de reconnaître les conséquences qu'il prétend en faire découler, notamment aux fins de l'exercice de la protection diplomatique, de même la liberté de principe que l'on reconnaît à chaque Etat de déterminer le domaine d'application de ses lois ne signifie pas que les autres Etats doivent en admettre les modalités d'exercice, notamment en matière de coopération judiciaire, qui ne tiendraient aucun compte de l'existence ou non d'un lien de rattachement effectif à l'Etat de la situation que celui-ci prétend régler par les lois qu'il édicte.

(115) Il est admis, en outre, que peut justifier l'exercice par un Etat de sa compétence extraterritoriale le souci de poursuivre une infraction qui porte atteinte à un intérêt propre de l'Etat, notamment à sa sûreté ou à sa monnaie ou ses marques officielles, c'est-à-dire la «loi publique» (principe de protection). Ce cas de figure est cependant sans lien avec les problématiques abordées dans cette étude.

(116) *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, 2 vol., St. Paul, American Law Institute (1987).

(117) «[A State] has jurisdiction to prescribe law with respect to (...) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory, [however] a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable» (Section 402(1)(c) et Section 403(1)).

d'appel pour le 2^e circuit l'a noté en 1945 dans la célèbre affaire «*Alcoa*», «[...] it is settled law [...] that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the State comprehends; and these liabilities other States will ordinarily recognize»(118). Bien que la doctrine ait subi un certain nombre d'évolutions depuis sa formulation initiale(119) et bien qu'elle a été critiquée à peu près autant qu'elle a été invoquée(120), elle n'a jamais été formel-

(118) *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416, 443 (2nd Cir. 1945). (119) Voy. F.A. MANN, «The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years», *Recueil des cours de l'Académie du droit international*, 1984-III, vol. 186, pp. 30-31; A.F. LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 20-28. Voy. notamment en jurisprudence, *Harford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993) («the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States»); ou, plus récemment, *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 123 S. Ct. 2359 (2004).

(120) La doctrine des «effets» a été invoquée explicitement par le Congrès fédéral des Etats-Unis lorsqu'il adopta le Helms-Burton Act en 1996, législation qui visait à imposer un régime de sanctions économiques contre Cuba et favoriser l'évolution de ce pays vers la démocratie (Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 (Codified in Title 22, Sections 6021-6091 of the U.S. Code) P.L. 104-114). Une des dispositions de cette législation permet aux ressortissants des Etats-Unis ayant subi une expropriation à la suite de la révolution de 1959 d'obtenir réparation contre toute personne physique ou morale se rendant coupable de «trafic» de pareille «propriété confisquée»; une autre disposition permet au Secrétaire d'Etat de refuser tout visa aux personnes s'étant livrées à pareil trafic, ainsi qu'à tout dirigeant, ou actionnaire exerçant un pouvoir de contrôle, d'une entité impliquée dans pareille confiscation de propriété ou dans le trafic de propriété confisquée (voy. sect. 302 du Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act (Liability for trafficking in confiscated property claimed by United States nationals), située sous le titre III de cette législation (Protection of Property Rights of United States Nationals); en outre, le titre IV de la loi prévoit dans ce même contexte l'exclusion de certains étrangers des Etats-Unis). La littérature portant sur la loi Helms-Burton est considérable. Les études les plus pertinentes sur la question spécifique de l'extraterritorialité sont A.F. LOWENFELD, «Congress and Cuba: The Helms-Burton Act», *American Journal of International Law*, vol. 90 (1996), p. 419-434, et la réplique de B.M. CHAGETT, «Title III of the Helms-Burton Act is consistent with international law», *American Journal of International Law*, vol. 90 (1996), pp. 434-440; August REINISCH, «A Few Public International Law Comments on the Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996», *E.J.I.L./J.E.D.I.*, 1996-4, vol. 7, p. 55; J.L. SNYDER et S. AGOSTINI, «New U.S. Legislation to Deter Investment in Cuba», *Journal of World Trade*, 1996, vol. 30, n° 3, pp. 37-44; Brigitte STERN, «Vers la mondialisation juridique? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy», *Revue générale de droit international public*, 1996, pp. 979-1003; L. WHEATERS and Denis CHAIBI, «Le Titre III de la législation Helms-Burton et le droit international», *précité*, pp. 99-132. La justification de l'extraterritorialité de la loi Helms-Burton par la doctrine des effets a été fortement critiquée, en particulier, par A.F. LOWENFELD, aux pp. 430-432 de son étude précitée; ainsi que par B. STERN, «Vers la mondialisation juridique? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy», aux pages 992-995 de son étude précitée (ci-dessus, n° 103).

lement abandonnée(121). Certains auteurs considèrent même que cette doctrine a été revitalisée lorsque la Cour de justice des Communautés européennes a utilisé un raisonnement qui semble s'en inspirer afin de justifier l'application du droit communautaire de la concurrence à des sociétés étrangères, dont les pratiques sont susceptibles d'affecter le fonctionnement du marché intérieur sur le territoire des Etats membres(122). Quoiqu'il en soit de l'adhésion qu'elle recueille, la doctrine des «effets», encore appelée de «territorialité objective», doit être envisagée avec prudence, en tout cas lorsqu'il est proposé de l'étendre au-delà du droit de la concurrence où son invocation est devenue coutumière. Ainsi que l'a bien noté P.M. Roth, compte tenu du caractère parfois très indirect et général des effets économiques que peut produire sur le territoire d'un Etat un comportement que peut produire l'invocation de cette base afin de justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale pourrait — si l'on ne veille pas à l'encadrer strictement — constituer l'alibi d'ingérences injustifiées dans les affaires intérieures d'autres Etats(123).

(121) Pour une comparaison des positions adoptées respectivement par les Etats-Unis par la Communauté européenne sur cette question, voy. Brigitte STERN, «L'extraterritorialité revisitée, où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de bois* et de quelques autres», étude citée (ci-dessus, n° 103), ici pp. 251-252.

(122) A. LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness, prudence, prudence and Resources*, précité, p. 7. Dans leur opinion séparée commune jointe à l'arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), les juges Higgins, Kooijmans, et Buergenthal paraissent partager cette interprétation de l'évolution du droit de la Communauté européenne. Les affaires *I.C.I.* et «*Pâte de bois*» sont généralement considérées comme inaugurant cette pratique, devenue aujourd'hui banale, de l'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence (voy. C.J.C.E., 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities*, aff. 48/69, *Rec.*, p. 619, par. 125-130; et C.J.C.E., 27 septembre 1988, affaire «*Pâte de bois*», aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117, 125 à 129/85, *Rec.*, p. 5193). Cependant, les arrêts rendus dans les affaires *Walrave et Koch* (arrêt du 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. Association Union Cycliste Internationale et autres*, aff. 36/74, *Rec.*, p. 1405, par. 28) et *Béguelin* (arrêt du 25 novembre 1971, *Béguelin Import c. G.L. Import Export*, aff. 23/71, *Rec.*, p. 949, par. 11) avaient déjà montré la voie.

(123) P.M. ROTH, «Reasonable Extraterritoriality: Correcting the 'Balance of Interests'», 41 *I.C.L.Q.* 267 (1992), p. 285 («as economic effects can be remote and general, an unlimited acceptance of extraterritorial jurisdiction based on economic effects could clearly lead to extensive interference in the internal affairs of other States»).

Le principe de la personnalité active et passive

L'exercice par un Etat de sa compétence extraterritoriale est également justifié lorsque l'auteur de l'infraction ou, dans le droit de la responsabilité civile, de la faute, a la nationalité de cet Etat (compétence personnelle dite «active»), ou lorsque la victime a cette nationalité (compétence personnelle dite «passive»). La justification de l'extraterritorialité sur cette base peut être particulièrement utile lorsque sont en cause les comportements d'une société transnationale, particulièrement en matière pénale. Traditionnellement — s'agissant des personnes physiques —, le principe de la personnalité active comme base d'exercice d'une compétence extraterritoriale se fonde sur l'idée que, un Etat se refusant en général à extra-der ses propres nationaux, il lui revient d'assurer à la place de l'Etat où le délit a été commis la répression que ce dernier Etat est empêché d'exercer une fois que l'étranger a quitté son territoire. Or les personnes morales ne sont par définition pas extradables. Cela entraîne que dans certains cas, il ne sera pas possible à l'Etat territorial, où des entreprises se sont rendues coupables de délits, de les poursuivre, en vue d'imposer des sanctions telles que la confiscation de leurs biens ou des amendes, voire la dissolution. Qu'une telle possibilité existe ou non dépendra de la question de savoir si le droit de l'Etat en cause admet ou non le principe de poursuites ou de jugements par défaut, et dans la négative, comment l'exigence d'une «présence» de l'accusé sur le territoire est interprétée à propos des personnes morales. En outre, même si un Etat devait aller jusqu'à prononcer une condamnation pénale contre une entreprise étrangère s'étant rendue coupable ou complice sur son territoire d'une infraction, le faible degré de développement de la coopération judiciaire pénale au plan international, rendue plus difficile encore ici par la disparité des approches des Etats sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales, a pour conséquence que même si les juridictions de l'Etat d'accueil condamnent la société étrangère pour des délits qu'elle aurait commis dans cet Etat, pareille condamnation sera difficile à faire reconnaître et exécuter par l'Etat

d'origine(124). Dès lors, en adoptant des lois destinées à régir les comportements des entreprises ayant sa 'nationalité' partout où elles opèrent, l'Etat d'origine contribue à garantir l'efficacité des lois répressives de l'Etat d'accueil, que celui-ci serait par lui-même incapable de garantir.

Encore l'invocation du principe de la personnalité active pour justifier l'exercice, par leur Etat d'origine, d'une compétence extraterritoriale à l'égard des sociétés transnationales, doit-elle rencontrer le problème de la détermination de la nationalité des personnes morales. Pas plus qu'en ce qui concerne les personnes physiques, le droit international ne fournit un critère exclusif de détermination de la nationalité des personnes morales(125). Ceci pourrait entraîner le risque qu'un Etat étende le champ de sa compétence extraterritoriale fondée sur le principe de la personnalité active (ou, d'ailleurs, passive), par l'utilisation d'un critère de nationalité relativement peu exigeant(126).

Ce problème n'est cependant pas insurmontable. S'agissant des personnes physiques, tout en laissant chaque Etat déterminer librement les conditions d'octroi de sa nationalité, le droit international a pu trouver des solutions aux risques d'abus de la part des Etats, par exemple lorsqu'ils invoquent le lien de nationalité aux fins de l'exercice de la protection diplomatique(127). Cette logique dissocie la liberté de l'Etat de déter-

(124) Ceci est vrai même parmi les Etats de l'Union européenne : en dépit du degré très élevé de coopération judiciaire pénale entre ces Etats, les seules sanctions pénales dont l'exécution sera assurée par un Etat autre que celui qui les aura prononcées sont les sanctions de nature financière (voy. la décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005 sur la mise en oeuvre du principe de reconnaissance mutuelle à l'égard des sanctions financières, J.O. L. 76 du 22.3.2005, p. 16).

(125) Compétence pénale extraterritoriale, rapport préparé par le comité d'experts *ad hoc* sur la compétence extraterritoriale (PC-R-EJ), mis sur pied par le comité européen des problèmes criminels (C.D.P.C.), Conseil de l'Europe, 1990, p. 13.

(126) *Ibid.*, p. 28. Sur la liberté des Etats de déterminer les critères auxquels l'octroi de leur nationalité à des personnes morales est subordonné, voy. aussi A. FATOUROS, « National Legal Persons in International Law », in : R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, 5 vols., Amsterdam, North Holland, 1997, vol. III, p. 495. A propos de la matérialisation dudit risque dans la pratique des Etats-Unis, voy. Y. HADARI, « The Choice of National Law Applicable to the Multinational Enterprises », 1974 *Duke L.J.* 1, ici p. 16.

(127) Cour internationale de justice, arrêt du 6 avril 1955, affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (deuxième phase : fond), *Rec.*, p. 4 (exigence d'un «rattachement effectif»). Voy. ci-dessus, note 114.

miner qui est son national de l'obligation pour les autres Etats de reconnaître les conséquences qu'il prétend attacher à cette détermination. Une même logique devrait présider à la détermination de la «nationalité» des personnes morales. Les Etats demeurent libres de déterminer quelles sociétés ils considéreront comme ayant leur «nationalité», la seule obligation qui leur est imposée à ce propos étant qu'ils aient recours à des critères suffisamment clairs et précis, exigence qui découle, en matière pénale, du principe de légalité. En pratique, les mêmes Etats ont d'ailleurs tendance à recourir à plusieurs critères de détermination de la «nationalité» des personnes morales, selon la nature des législations dont ils cherchent à justifier l'application extraterritoriale(128). Mais les conséquences qui s'attachent au choix que fait à cet égard l'Etat ne devraient être opposables aux autres Etats que si les critères auxquels il recourt ne sont pas arbitraires, et sont fondés sur une des bases généralement acceptées de détermination de la nationalité.

Parmi ces bases généralement acceptées, figurent le lieu d'enregistrement, le principal lieu d'établissement, ou le lieu où se situe le centre d'activités. La question de savoir si la détermination de la nationalité peut découler de la nationalité des actionnaires est plus controversée. L'arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale de justice paraît l'exclure, en tout cas aux fins de l'exercice de la protection diplomatique(129). Mais la Cour avait elle-même admis, dans cet arrêt, que la levée du voile social, permettant de surmonter la division des personnalités juridiques entre l'entreprise et ses actionnaires, pouvait s'envisager dans certaines circonstances, à l'instar de ce qui a lieu en droit national(130). La question

(128) Ainsi par exemple, aux Etats-Unis, alors que le critère habituel de la détermination de la nationalité de la personne morale est le lieu d'enregistrement, un test dit de «contrôle», définissant la nationalité de la personne morale à partir de celle de ses propriétaires — les actionnaires dans une société par actions — est utilisé dans d'autres cas, notamment en matière fiscale. Voy. généralement Linda A. MABRY, «Multinational Corporations and U.S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Nationality», *Geo. L.J.*, vol. 87 (1999), p. 563.

(129) Cour internationale de justice, arrêt du 5 février 1970 (deuxième phase — fond), *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgique c. Espagne)*, *Rec.*, 1970, p. 3, ici p. 184.

(130) *Ibid.*, pp. 38-39.

s'est posée en outre, dès le lendemain de l'arrêt, de savoir si son enseignement devait s'étendre au-delà de la question des conditions d'exercice de la protection diplomatique, compte tenu en particulier des mécanismes destinés à protéger les investisseurs étrangers en droit international, où ce qui est importé est bien la nationalité des investisseurs, et non pas celle des entreprises dans lesquelles ils ont investi (131). Et la pratique actuelle, particulièrement dans le droit de l'investissement international, paraît pouvoir s'interpréter comme traduisant une tolérance plus grande aujourd'hui que par le passé pour les Etats prétendant justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale en vue de protéger les intérêts de leurs nationaux ayant investi à l'étranger, y compris lorsque ces investissements ont pris la forme de l'acquisition de parts sociales dans des entreprises ayant la nationalité de l'Etat d'accueil, voire — comme c'était le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction* — d'un Etat tiers (132).

Ainsi, la liberté dont dispose l'Etat dans le choix des critères de détermination de la « nationalité » des personnes morales signifie qu'il peut, prenant appui sur une conception large de la nationalité, étendre par ce canal le domaine d'application des normes qu'il édicte, en imposant le respect de ces normes à toute société appartenant à des investisseurs ayant sa nationalité, où qu'elle opère. La cible est alors le groupe de sociétés composant l'entreprise transnationale, indépendamment du lieu d'enregistrement de chacune des sociétés composant le groupe, et indépendamment du fait que le centre d'activités de ces sociétés ou leur principal établissement se situent à l'étranger. Bien que pareille forme d'extraterritorialité puisse, à la

(131) S.D. MERRIGER, « Nationality of Corporate Investment Under Investment Guaranty Schemes — The Relevance of Barcelona Traction », 65 *American Journal of International Law* 532 (1971).

(132) L'arrêt *Barcelona Traction* lui-même réserve l'hypothèse où un accord bilatéral a été conclu entre l'Etat hôte de l'investissement et l'Etat d'origine de l'investisseur (voy. le par. 90 de l'arrêt); et il est permis de se demander si la prolifération des accords bilatéraux d'investissement n'a pas conduit à l'émergence d'une nouvelle coutume internationale, reconnaissant l'intérêt juridique de l'Etat national des investisseurs privés, y compris lorsque ceux-ci ont créé une société distincte sous le droit de l'Etat d'accueil, à intervenir en faveur de ses nationaux.

rigueur, prétendre se fonder sur le principe de la personnalité active au nom d'une conception très large de la « nationalité », l'empiètement sur la souveraineté de l'Etat territorial est réel, puisque l'Etat d'origine de l'entreprise transnationale, en réalité, prétend édicter des normes obligatoires pour des sociétés qui, bien que membres du groupe transnational, ont des liens plus effectifs avec un autre Etat — un Etat qui peut les considérer comme ayant sa « nationalité », par exemple parce qu'elles y sont enregistrées, ou y ont leur siège ou leur principal établissement (133).

Une autre possibilité est cependant, pour l'Etat d'origine de l'entreprise transnationale, de ne viser au sein de celle-ci que la société mère, qui a sa nationalité, tout en lui imposant une obligation de contrôler les sociétés qui, au sein du groupe entier, se trouvent sous sa dépendance — ses filiales, bien entendu, mais parfois aussi ses fournisseurs ou sous-traitants. Un premier avantage de cette approche est qu'au lieu d'être

(133) Par exemple, l'*American with Disabilities Act 1990* — une législation fédérale interdisant la discrimination fondée sur le handicap — s'applique non seulement aux entreprises enregistrées aux Etats-Unis, qui sont considérées comme de « nationalité » américaine, mais encore à toute entreprise « contrôlée » par elles, y compris de droit étranger : « If an employer controls a corporation whose place of incorporation is a foreign country, any practice that constitutes discrimination under this section and is engaged in by such corporation shall be presumed to be engaged in by such employer » (Pub. L. 101-336, title I, § 102, 26 juillet 1990, 104 Stat. 331; amendée par Pub. L. 102-166, title I, § 109(b)(2), 21 novembre 1991, 105 Stat. 1077; à présent codifiée sous 42 U.S.C. § 12112 (c)(2)(A) (1994)). La législation ne s'applique cependant pas aux entreprises étrangères qui ne sont pas contrôlées de manière décisive par une entreprise domiciliée aux Etats-Unis (« this section does not apply to the foreign operations of an employer that is a foreign person not controlled by an American employer ») (42 U.S.C. § 12112 (c)(2)(B) (1994)). La notion de « contrôle » justifiant l'extension de l'applicabilité de la loi est définie au départ de quatre facteurs combinés, qui sont l'intégration des opérations des deux entreprises (« the interrelation of operations »); l'existence d'une direction commune; la gestion centralisée du personnel; et le fait que les propriétaires de l'entreprise américaine sont également les propriétaires de l'entreprise étrangère (« common ownership or financial control ») (42 U.S.C. § 12112 (c)(2)(C) (1994)). On retrouve une même technique s'agissant de déterminer le champ d'applicabilité personnel du Titre VII du Civil Rights Act de 1964, qui interdit les discriminations fondées sur la « race » dans les relations d'emploi, bien qu'un amendement de 1991 ait restreint la protection de cette législation, s'agissant des entreprises domiciliées à l'étranger qui sont « contrôlées » par une société américaine, aux seuls employés de nationalité américaine (Pub. L. 88-352 (Title VII), 42 U.S.C. § 2000e et ss., tels qu'amendés par le Civil Rights Act 1991 (Pub. L. 102-166)). Voy. Ph. I. BLUMBERG, « Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity », 24 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 24 (2001), p. 297, ici pp. 313-315.

incitée à se désintéresser des actes de ses filiales, en raison de ce qu'un contrôle trop étroit sur les activités de celles-ci risquerait de favoriser le levée du voile social en faisant apparaître l'autonomie de décision de la filiale comme purement fictive — la responsabilité de la société mère pouvant alors être engagée par les comportements de sa filiale(134) —, la société mère serait incitée à exercer une surveillance rigoureuse de ses filiales, ceci constituant dans son chef une obligation légale et sa responsabilité n'étant engagée, en pareil cas, que si les mécanismes de surveillance qu'elle a mis en place s'avèrent déficients(135). Mais un second avantage de cette

(134) Sur ce risque, voy. A.J. NATALE, «Expansion of Parent Corporate Shareholder Liability through the Good Samaritan Doctrine: A Parent Corporation's Duty to Provide a Safe Workplace for Employees of its Subsidiary», *Univ. of Cincinnati L. Rev.*, vol. 57 (1988), p. 717, ici p. 736; et J. CASSELLS, «Outlaws: Multinational Corporations and Catastrophic Law», *Cumberland L. Rev.*, vol. 31 (2000), p. 311, ici p. 326. Ainsi que l'exprime Sarah Joseph, lorsque la responsabilité de la société mère peut se trouver engagée en raison de ses actes (et notamment des initiatives qu'elle prend dans la gestion de ses filiales) plutôt que de ses omissions, «parents will be discouraged from intervening in their subsidiary's operations, even though they may have superior knowledge and technical expertise. Alternatively, parent companies might maintain 'strategic control' but avoid responsibility by delegating operational matters, which are more likely to give rise to tortious consequences» (S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publ., Oxford — Portland Oregon, 2004, p. 134).

(135) Une comparaison entre deux affaires connues permet d'éclairer les enjeux de ce choix. Dans l'affaire *Rio Tinto (Connelly v. RTZ Corporation plc and Others)* [1997] UKHL 30; [1998] AC 854; [1997] 4 All ER 335; [1997] 3 WLR 373 (24 juillet 1997), il était reproché à la société défenderesse d'avoir en fait dirigé la politique de sa filiale namibienne en matière de santé et sécurité au travail, cette politique ayant conduit à exposer le demandeur, selon lui, à des graves risques pour sa santé. Au contraire, dans l'affaire *Lubbe et autres c. Cape plc*, à laquelle la Chambre des Lords fut confrontée trois années après s'être prononcée dans l'affaire *Rio Tinto*, il était reproché à la société mère, domiciliée au Royaume-Uni, de n'avoir pas exercé un contrôle suffisant sur les comportements de sa filiale, à laquelle il était reproché d'avoir exposé les demandeurs à de l'amiante. Ainsi que l'a relevé Lord BINGHAM OF CORNHILL dans la décision de la Chambre des Lords : «the central thrust of the claims made by each of the plaintiffs is not against the defendant as the employer of that plaintiff or as the occupier of the factory where that plaintiff worked, or as the immediate source of the contamination in the area where that plaintiff lived. Rather, the claim is made against the defendant as a parent company which, knowing (so it is said) that exposure to asbestos was gravely injurious to health, failed to take proper steps to ensure that proper working practices were followed and proper safety precautions observed throughout the group. In this way, it is alleged, the defendant breached a duty of care which it owed to those working for its subsidiaries or living in the area of their operations (with the result that the plaintiffs thereby suffered personal injury and loss)» (*Lubbe and 4 Others v. Cape plc*, [2000] 1 W.L.R. 1545 (H.L.)). Dans ce second cas de figure, afin d'échapper à sa responsabilité pour omission (ou défaut de vigilance), la société mère doit s'intéresser aux comportements de sa filiale plutôt que de s'en désintéresser; s'immiscer dans sa gestion, plutôt que de lui abandonner une large autonomie décisionnelle.

façon de concevoir la réglementation des activités des entreprises transnationales réside en ce qu'il sera plus aisé, pour l'Etat d'origine, d'échapper au reproche de violer le principe de l'égalité souveraine des Etats, en prétendant imposer le respect de ses législations à des situations localisées sur le territoire d'un autre Etat. Car en pareil cas, aucune question d'extraterritorialité ne se pose véritablement : un Etat légifère, à propos des comportements des entreprises qui ont sa nationalité, par exemple parce qu'elles sont constituées sous son droit national; parmi les obligations qu'il leur impose, figure celle de veiller au respect de certaines normes de comportement dans l'ensemble du groupe de sociétés que l'entreprise coordonne, et dirige; aucune obligation n'est *directement* imposée à une société étrangère, et si la société étrangère est affectée par l'adoption de pareilles réglementations, c'est uniquement parce que la société mère respecte les obligations que lui impose la législation de son Etat d'origine — un peu à la manière dont le fournisseur est affecté par les réglementations visant à la protection de la santé du consommateur que le distributeur de produits alimentaires répercute dans ses politiques d'achat. De même que les sociétés transnationales sont parfois tentées de s'abriter derrière le 'voile social' pour limiter l'étendue de leur responsabilité lorsque sont en cause les comportements de leurs filiales, de même ici, les Etats prennent appui sur l'existence de personnalités juridiques distinctes au sein du groupe de sociétés — fiction juridique sans rapport avec la réalité économique —, pour aboutir en fait à une extraterritorialité de leurs lois qu'ils prétendent ne pas exercer en droit.

c) Le critère du «raisonnable» dans l'exercice de la compétence extraterritoriale

On vient d'évoquer les différents facteurs de rattachement qu'un Etat pouvait mettre en avant afin de justifier l'exercice d'une compétence normative extraterritoriale; et si l'on s'est attardé sur le principe de personnalité active, c'est en raison de l'intérêt que présente cette piste pour l'avenir : lorsque l'Etat

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 de l'Etat d'origine de l'entreprise transnationale que celui-ci assume une responsabilité de contrôle des activités de cette entreprise, soit en se fondant sur le principe de la personnalité active pour justifier l'exercice de la compétence extraterritoriale, soit — et cela peut constituer une autre voie, au moins aussi satisfaisante — en imposant à la société mère du groupe multinational qu'elle exerce une surveillance sur l'ensemble des entités membres du groupe. Cependant, qu'il faille à un Etat disposer d'un titre positif de compétence afin de pouvoir prétendre exercer une compétence extraterritoriale — donc afin d'affecter, par les lois qu'il édicte et dont il prétend assurer l'application, des situations localisées à l'extérieur de son territoire —, cela demeure toujours controversé.

Une partie importante de la doctrine se situe en effet dans une position qui n'est assimilable ni à l'affirmation d'une liberté de principe de l'Etat d'exercer une compétence extraterritoriale ni au repli formaliste sur un catalogue des facteurs de rattachement pouvant justifier l'exercice d'une compétence normative extraterritoriale. Cette troisième position exige de l'Etat qu'il fasse un usage «raisonnable», ou attentif à l'ensemble des intérêts en présence, de cette modalité d'exercice de sa souveraineté (136). Cette position elle-même peut être déclinée de plusieurs façons. L'on peut soutenir par exemple que, à moins que l'un des facteurs de rattachement précités soit présent et que l'Etat en a fait un usage raisonnable, l'exercice de la compétence extraterritoriale devrait être prohibée, car elle constituerait une atteinte à la souveraineté des autres Etats, en particulier de l'Etat territorial. L'on peut aussi estimer que les bases précitées, permettant de justifier l'exercice de la compétence

(136) Voy. notamment : F. A. MANN, «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *R.C.A.D.I.*, 1964-I, vol. 111, pp. 43-51; E. JIMENEZ DE ARÉCHAGA, «International Law in the Past Third of a Century», *R.C.A.D.I.*, 1978-I, vol. 159, p. 182; ou L.-A. SICLIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illégalité. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 92, ainsi que les sources citées par L. WEEERS et D. CHAÏBI, «Le titre III de la législation Helms-Burton et le droit international», *R.B.D.I.*, 1997/I, p. 99, ici p. 104, note 24.

extraterritoriale, ne constituent que des exemples spécifiques d'un principe plus large, d'après lequel un Etat ne saurait exercer une compétence extraterritoriale que s'il existe un lien «raisonnable» entre cet Etat et la situation qu'il prétend affecter : en l'absence d'un tel lien — et à moins que l'Etat prétende fonder l'exercice de la compétence extraterritoriale sur le principe de la compétence universelle —, l'exercice de pareille compétence ne saurait être admise. Enfin, une troisième position serait que l'Etat demeure libre d'exercer une compétence extraterritoriale, à moins que ceci ne conduise à exercer sur l'Etat territorial une forme de pression telle que cela équivaudrait à une ingérence dans ses affaires intérieures.

3.3. — *L'exercice d'une compétence normative extraterritoriale en vue de garantir la protection extraterritoriale des droits de l'homme*

Les controverses entourant l'exercice par un Etat d'une compétence normative extraterritoriale ne sont pas encore vidées (137). Pourtant, à la question qui a motivé ce détour — un Etat peut-il exercer une forme de contrôle des activités des sociétés transnationales opérant au départ de son territoire, y compris en influençant leurs comportements à l'étranger? —, il s'impose clairement de donner une réponse affirmative. D'abord, si la technique juridique choisie consiste à prescrire une certaine conduite à la société mère, sous la menace d'actions civiles ou de sanctions pénales, en exigeant de cette société qu'elle exerce une due diligence sur ses filiales afin de s'assurer que celles-ci ne porteront pas atteinte aux droits de l'homme, pareille forme d'extraterritorialité peut se fonder sur le principe de la personnalité active. L'exercice, sous cette forme, d'une compétence normative extraterritoriale, peut d'ailleurs se comprendre comme une simple formalisation de l'engagement que les Etats membres de l'O.C.D.E. ont déjà pris en adoptant les Principes directeurs de l'O.C.D.E. à

(137) La Cour internationale de justice aura l'occasion de clarifier sa position sur cette question dans l'affaire concernant *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, actuellement pendante.

l'intention des entreprises multinationales, en tout cas dans la révision dont ceux-ci ont fait l'objet en 2000, puisque cette révision est venue confirmer la portée extraterritoriale desdits principes (138). Et c'est également parce qu'ils se sont reconstruits la compétence de régir les comportements posés à l'étranger par « leurs » sociétés transnationales que les Etats membres de l'O.C.D.E. ont adopté en 1997 la Convention de l'O.C.D.E. sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, avant que ce modèle soit étendu au plan universel en 2003 (139).

Ensuite, l'exercice par l'Etat d'une compétence extraterritoriale *en vue de contribuer au respect des droits de l'homme* dans des situations qui se sont déroulées à l'extérieur de son territoire national, se présente sous un jour particulier, y compris lorsque ces situations n'impliquent pas ses ressortissants, ni au titre d'auteurs, ni au titre de victimes. Il faut relever en effet que la compétence extraterritoriale exercée à cette fin ne sert pas principalement les intérêts de l'Etat qui choisit d'exercer pareille compétence, en adoptant des lois ayant une portée extraterritoriale et en reconnaissant à ses juridictions la compétence d'en faire application à des situations s'étant déroulées en territoire étranger. Au contraire, au même titre que l'exercice de la compétence dite « universelle » en matière de crimes internationaux (140) ou que l'exercice de la compétence

(138) Voy. ci-dessus, texte correspondant à la note 94.

(139) Voy. ci-dessus, texte correspondant à la note 21.

(140) L'expression est ambiguë, cependant. Entendue strictement, pareille compétence universelle « pure » exigerait d'un Etat, par exemple, dont les autorités recevraient des informations crédibles concernant des crimes internationaux commis à l'étranger, d'enquêter à propos de tels crimes, y compris si les auteurs présumés ne sont pas des ressortissants de cet Etat et si aucun de ses ressortissants ne figure parmi les victimes; et si l'enquête aboutit, à déclencher des poursuites contre les auteurs présumés, justifiant par exemple la délivrance d'un mandat d'arrêt international contre ces auteurs. Pareille obligation de compétence universelle « pure » n'existe cependant pas en droit international. Ainsi que le relève le président Guillaume dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour internationale de justice du 14 février 2002 dans l'*Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, l'examen des textes internationaux établissant le principe aut dedere, aut iudicare aboutit à la conclusion que « aucun de ces textes n'a envisagé l'établissement d'une compétence juridictionnelle pour connaître d'infractions commises à l'étranger par des étrangers à l'encontre d'étrangers lorsque l'auteur de ces infractions ne se trouve pas sur le territoire de l'Etat intéressé. »

extraterritoriale en matière pénale lorsque celle-ci se combine avec l'exigence de la double incrimination (ce qui revient pour

← La compétence universelle par défaut est inconnue du droit international conventionnel (par. 9). En revanche, dans un nombre limité de situations, le droit international conventionnel ou la coutume internationale imposent une obligation aux Etats de se reconnaître compétents afin de poursuivre certains crimes internationaux même commis à l'étranger par des personnes de nationalité étrangère sur des victimes de nationalité étrangère, là où l'exercice de pareille compétence extraterritoriale contribue à la lutte contre l'impunité pour de tels crimes, pour autant que l'auteur présumé de ces crimes soit trouvé sur leur territoire. Tel est le cas en matière de crimes de guerre, de torture, et de disparitions forcées : voy., en ce qui concerne les crimes de guerre, l'article 49 de la Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, l'article 50 de la Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, l'article 129 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, l'article 146 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, ainsi que, étendant cette obligation aux infractions qu'il prévoit, l'article 85 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977; en ce qui concerne le crime de torture, l'article 52 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, qui établit également le principe d'après lequel tout Etat doit soit poursuivre devant ses tribunaux toute personne soupçonnée de torture, soit l'extrader afin qu'elle soit jugée par un autre Etat intéressé (*aut dedere aut prosequi*); en matière de disparitions forcées, la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, approuvée en 2006 par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/HRC/1/L.10 (2006)), qui prévoit également à l'article 932 que tout Etat partie prend les mesures nécessaires afin d'établir sa compétence aux fins de connaître d'un crime de disparition forcée quand l'auteur présumé de l'infraction se trouve sur tout territoire sous sa juridiction, sauf si ledit Etat l'extrade, ou le remet à un autre Etat conformément à ses obligations internationales ou à une juridiction pénale internationale dont il a reconnu la compétence. De telles obligations existent aussi en matière de crimes de génocide et de crimes contre l'humanité. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (approuvée et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948) n'impose une obligation de poursuite qu'au seul Etat sur le territoire duquel le crime de génocide a été commis (art. VI), mais il est permis de soutenir que, l'ensemble des Etats de la communauté internationale étant tenus de coopérer à la prévention et à la répression du crime de génocide, ils doivent prévoir dans leur droit interne la possibilité de poursuivre et de juger une personne accusée de génocide, soit lorsque aucun Etat ne demande l'extradition de cette personne, soit lorsque, pour une raison quelconque, la demande d'extradition ne peut être honorée (voy. en ce sens, semble-t-il, Cour internationale de justice, arrêt du 11 juillet 1996 (exceptions préliminaires) en l'Affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie* (Serbie-et-Monténégro)), *Rec.* 1996, pp. 615-616, par. 31). Quant au crime contre l'humanité, la nature de ces crimes de l'interdiction du crime contre l'humanité semble devoir impliquer nécessairement qu'aucun Etat ne peut autoriser une personne soupçonnée de tels crimes à chercher refuge sur son territoire, de manière telle que, si aucune demande d'extradition est faite ou si une demande d'extradition ne peut être honorée, cet Etat a l'obligation de la poursuivre (C. BASSIOUNI, « Crimes against Humanity : The

l'Etat exerçant une compétence extraterritoriale à contribuer à l'efficacité de la loi pénale de l'Etat *loci delicti*), l'Etat qui exerce une compétence extraterritoriale en vue de contribuer au respect universel des droits de l'homme internationalement reconnus s'inscrit dans une forme de solidarité internationale : quels que soient les motifs qu'a l'Etat territorial de ne pas garantir le respect des droits de l'homme sur son territoire — que ceci s'explique par la faiblesse de ses moyens, par la corruption de ses élites gouvernementales, ou par son absence de volonté politique —, le fait pour un Etat étranger de contribuer, par l'adoption d'une législation ayant une portée extraterritoriale, à créer des voies de recours susceptibles de bénéficier aux victimes des violations des droits de l'homme qui s'y trouvent commises, ou de permettre que des poursuites soient entamées contre les responsables de telles violations, peut être présenté comme une manière de faciliter le respect, par l'Etat

← need for a specialized Convention», *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, pp. 480-481; K.C. RANDALL, «Universal Jurisdiction Under International Law», *Texas L. Rev.*, vol. 66 (1988), p. 785, ici pp. 829-830. Les Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le délitage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité énoncés dans la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 3 décembre 1973 (A.G.N.U., Rés. 3074 (XXVIII), U.N. GAOR, 28^{ème} sess., Supp. n° 30, p. 78, doc. O.N.U. A/9030 (1973)) prévoient que les personnes contre lesquelles il existe des preuves établissant qu'elles ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité «doivent être traduites devant un tribunal indépendant et impartial en conformité avec les garanties du droit à un procès équitable et, si elles sont reconnues coupables, condamnées, en principe, dans les pays où elles ont commis ces crimes» (notre accent); et ils affirment l'obligation de coopération internationale des Etats pour la répression de tels crimes, ce qui semble impliquer que l'ensemble des Etats doivent pallier, le cas échéant, l'inertie ou la passivité de l'Etat *loci delicti*, en acceptant d'exercer sur ces crimes une compétence extraterritoriale. Il est donc permis d'affirmer qu'en l'état actuel du droit international, tous les Etats de la communauté internationale ont l'obligation de coopérer à la répression universelle des crimes de guerre, des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, des disparitions forcées, et des crimes de torture, en prévoyant que leurs juridictions nationales seront compétentes aux fins de juger des personnes contre lesquelles il existe des raisons plausibles de penser qu'elles ont commis de tels crimes, lorsque aucun Etat n'a réclamé l'extradition de ces personnes ou lorsqu'un obstacle s'oppose à ce que pareille extradition ait lieu. Cependant, le droit international n'impose aux Etats une obligation de poursuivre ou d'extraire les personnes soupçonnées de ces crimes que dans la mesure où ces personnes sont trouvées sur le territoire de l'Etat. Il ne paraît pas imposer l'exercice d'une compétence universelle «pure», c'est-à-dire devant être exercée lorsque l'auteur présumé de ces crimes ne se trouve pas sur leur territoire, et en l'absence de tout autre facteur de rattachement avec l'Etat.

territorialement compétent, des obligations qui lui sont imposées en vertu du droit international des droits de l'homme.

Que cette justification, puisée au caractère universel des droits de l'homme internationalement reconnus, puisse à l'occasion être instrumentalisée, nul n'en doute : la législation Helms-Burton en constitue un exemple classique (141). Qu'elle suppose un degré suffisant de consensus au sein de la communauté internationale sur la signification même des droits de l'homme universellement reconnus, peut également constituer un obstacle. Mais le principe même, d'après lequel l'extraterritorialité exercée en vue de la promotion de ces droits de l'homme ne saurait se confondre simplement avec l'extraterritorialité exercée dans l'intérêt exclusif de l'Etat qui y recourt, paraît solidement établi. Cette distinction tenait une place centrale, notamment, dans les travaux du Comité *ad hoc* d'experts sur la compétence extraterritoriale mis sur pied au sein du Conseil de l'Europe par le Comité européen sur les problèmes criminels, auxquels a contribué le professeur R. Higgins (142). Lorsque l'extraterritorialité constitue une manifestation de la solidarité internationale, elle devrait bénéficier d'une présomption de licéité en droit international, bien que les risques de conflit avec le droit de l'Etat territorial devraient naturellement, autant que possible, être minimisés.

Tout Etat a un intérêt légitime au respect universel des droits de l'homme, par l'ensemble des autres Etats. Les obligations des Etats qui «découlent [...] dans le droit international contemporain, [...] des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine», constituent des «obligations *erga omnes*» qui «concernent tous les Etats» (143) : si la formule célèbre de la Cour internationale de justice a donné lieu à bien des interprétations abusives de la part de la doctrine, plus soucieuse en général d'en combler les

(141) Sur cette législation, voy. ci-dessus, note 120.

(142) Rapport précité (note 125), aux pp. 25-30 du rapport.

(143) Cour internationale de justice, arrêt du 5 février 1970 (deuxième phase — fond), *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgique c. Espagne)*, Rec., 1970, p. 3, ici p. 32, §§33-34.

silences que d'en situer le contexte(144), elle signifie, au minimum, que les mesures que prend un Etat afin de contribuer au respect des droits de l'homme dans des situations se déroulant sur le territoire d'un autre Etat ne sauraient être assimilées à des mesures où il a en vue son intérêt propre et exclusif, compte tenu de ce qu'il a un intérêt légitime au respect, par l'ensemble des Etats de la communauté internationale, de leurs obligations en matière de droits de l'homme.

Pas davantage l'exercice par un Etat de sa compétence extraterritoriale en vue de contribuer à la protection des droits de l'homme sur le territoire d'un Etat étranger ne paraît-elle pouvoir être dénoncée comme une ingérence dans les affaires intérieures de ce dernier Etat. Les droits de l'homme ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Etat territorial. Le principe de non-intervention interdit à tout Etat d'intervenir dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat, mais ceci uniquement dans les matières où cet Etat peut, conformément au principe de souveraineté, se déterminer librement(145) : les droits de l'homme n'en relèvent pas. En outre, l'intervention, au sens prohibé par le droit international, suppose qu'une contrainte soit exercée contre un autre Etat. Mais il est permis de se demander si pareille contrainte existe véritablement, du seul fait de l'adoption, par un Etat étranger, d'une législation ayant une portée extraterritoriale, que ses juridictions ont la compétence d'appliquer(146).

(144) Pour des discussions approfondies, voy. I. SEIDERMAN, *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*, Hart-Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2001, chapitre IV ; M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford Univ. Press, 2000.

(145) Cour internationale de justice, arrêt du 27 juin 1986 (fond) rendu dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, par. 205.

(146) P. MAYER pour sa part relève qu'en l'absence d'une compétence extraterritoriale d'exécution, pareille législation ne saurait en tout état de cause produire d'effet au sein de l'Etat concerné qu'avec le consentement de celui-ci. Il en déduit qu'en principe, tout Etat est libre d'adopter des législations ayant une portée extraterritoriale. Voy. P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 546 : « C'est parce que les normes n'ont d'incidence sur la réalité que dans la mesure où elles conditionnent l'attitude des organes de contrainte » →

IV. — Conclusion

Ainsi se dessinent les contours d'une responsabilité de l'Etat d'origine de la société transnationale qui, par ses comportements — y compris, par exemple, par la recherche de certains avantages tels que l'exemption de réglementations sociales ou environnementales —, inciterait l'Etat d'accueil à porter atteinte aux droits de l'homme, voire même se rendrait activement coupable de pareilles atteintes. La responsabilité de garantir le respect des droits de l'homme des personnes se trouvant sous sa juridiction incombe en principe à l'Etat sur le territoire duquel cette société opère. Mais, lorsque l'Etat territorialement compétent ne peut ou ne veut assurer cette protection, l'Etat d'origine de la société transnationale ne saurait se désintéresser des conséquences qui découlent de sa passivité. Cet Etat est autorisé en droit international à exercer une compétence normative extraterritoriale, en imposant à la société transnationale le respect de certaines normes de comportement, y compris, notamment, l'obligation de contrôler la compatibilité avec les droits de l'homme des activités de ses filiales, comme de celles d'autres acteurs économiques — sous-traitants ou fournisseurs — avec lesquelles la société transnationale entretient des relations. De ce qui aujourd'hui constitue encore une simple faculté, l'on s'achemine progressivement vers la reconnaissance d'une obligation d'agir en ce sens : cette compétence que l'Etat d'origine peut exercer, il serait tenu sous certaines conditions d'en faire usage, afin de contribuer au respect des droits de l'homme dans l'Etat hôte de l'investissement. Ceci serait la contrepartie des avantages qu'il garantit à la société transnationale opérant au départ de son

←

que la sphère spatiale de compétence normative de chaque Etat ne comporte aucune limite. Cet argument est sans doute excessif. Même en l'absence de contrainte, c'est-à-dire d'actes d'exécution sur le territoire de l'Etat hôte, les législations extraterritoriales adoptées par l'Etat d'origine de la société transnationale peuvent produire un impact, l'objectif même de pareilles législations étant d'influencer le comportement d'acteurs économiques dans l'Etat hôte ou de subordonner à certaines conditions les investissements qui y seraient réalisés, comme c'est classiquement le cas lorsque sont adoptées des sanctions économiques.

tives de l'Etat hôte et de l'Etat d'origine, y compris en matière de coopération judiciaire et administrative, permettant de réaliser ces deux objectifs. Un tel instrument international est dans l'intérêt à la fois des pays industrialisés, d'où sont originaires la grande majorité des entreprises transnationales, et des pays émergents ou en développement. Pour les pays d'origine des investisseurs, l'adoption d'un tel instrument renforcerait la légitimité de la mondialisation économique, qu'une frange de plus en plus importante de leurs opinions publiques tend à dénoncer en constatant les abus auxquels elle donne lieu et contre lesquels les mécanismes actuels de gouvernance sont incapables de réagir avec efficacité. Le renforcement de la lutte contre l'impunité des acteurs transnationaux pour les violations des droits de l'homme serait en outre de nature à améliorer le « climat d'investissement » dont peut bénéficier les sociétés transnationales là où elles opèrent : déjà au cours des années 1970, c'est ce souci qui avait conduit les pays membres de l'O.C.D.E. à adopter les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, et qui avait favorisé l'adoption au sein de l'Organisation internationale du travail, en 1977, de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Pour les pays hôtes, la conclusion de pareil instrument représenterait un gain de souveraineté, et non une perte — en particulier parce que l'adoption de pareil instrument limiterait les conséquences dommageables résultant de la concurrence que se livrent ces pays afin d'attirer à eux des investisseurs étrangers, par le recours à des incitants dont l'effet global est de réduire les impacts positifs qui peuvent résulter, pour l'économie locale, de l'arrivée de l'investissement direct étranger. En outre, l'adhésion à un instrument favorisant la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales et prévoyant, à cette fin, l'amélioration de la coopération entre les différents pays concernés, peut constituer un attrait pour les investisseurs étrangers, dont les choix d'investissement sont guidés notamment par le souci de bénéficier d'un environnement juridique stable et prévisible, et par

territoire, et notamment de la protection étendue que peut valoir à cette société l'existence de traités garantissant les droits des investisseurs étrangers.

Le renforcement de la coordination entre l'Etat hôte et l'Etat d'origine de l'investisseur étranger serait souhaitable. L'objectif de cette coordination serait double. Il serait d'abord de renforcer la lutte contre l'impunité des sociétés transnationales pour les violations des droits de l'homme qu'elles commettent ou dont elles sont complices, en s'assurant que l'incapacité de l'Etat hôte à effectivement imposer le respect de ses réglementations à la société transnationale⁽¹⁴⁷⁾ sera compensée par la contribution que peut offrir, à cette lutte contre l'impunité, l'Etat d'origine. Le second objectif de cette coordination serait d'éviter un exercice anarchique de la compétence normative extraterritoriale. L'amélioration de la coordination entre l'Etat hôte et l'Etat d'origine représente ainsi une garantie pour la souveraineté de l'Etat hôte. Elle limite aussi le risque que la société transnationale se voie imposer des obligations contradictoires, édictées respectivement par son Etat d'origine et par l'Etat dans lequel elle a investi⁽¹⁴⁸⁾.

Pareille coordination, idéalement, pourrait prendre la forme d'une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales, définissant le contenu des obligations respec-

(147) Cette incapacité peut être due à une diversité de facteurs. Il se peut par exemple que les actifs saisissables de la société visée se trouvent pour l'essentiel situés à l'étranger, et non dans l'Etat hôte, la collaboration de l'Etat d'origine étant des lors indispensable à l'exécution de jugements rendus contre ladite société. Il se peut également que l'Etat hôte craigne d'imposer à la société transnationale le respect de certaines réglementations en présence de clauses de stabilisation économique ou de garanties contre l'expropriation figurant dans des accords conclus entre l'investisseur et l'Etat hôte ou dans des traités d'investissement. Pour une discussion plus complète, voy. ci-dessus, II.

(148) Voy., par exemple, parmi les Principes directeurs de l'O.C.D.E. à l'intention des entreprises multinationales, Chap. I (Concepts et principes), par. 7 : « Les gouvernements ont le droit de réglementer les conditions de fonctionnement des entreprises multinationales dans les limites de leurs compétences, sous réserve du droit international. Les entités d'une entreprise multinationale situées dans divers pays sont soumises aux lois applicables dans ces pays. Lorsque les entreprises multinationales se voient imposer des obligations contradictoires de la part de pays souscrivant aux Principes directeurs, les gouvernements concernés coopéreront de bonne foi en vue de résoudre les problèmes qui peuvent en résulter ».

celui de ne pas faire courir de risque à la réputation de leur marque par une présence dans des zones à faible gouvernance.

Depuis les années 1980, les investisseurs privés se sont vu accorder des avantages considérables, aussi bien à travers des instruments multilatéraux ou bilatéraux que par des mesures unilatérales adoptées par des Etats soucieux de financer leur développement économique, et désireux de bénéficier du transfert de technologies et de know-how que ces investisseurs sont censés amener à l'économie locale du pays hôte. Le temps est à présent venu pour les Etats de réaffirmer leur maîtrise de la mondialisation, et de redonner à celle-ci la direction qui, seule, la rendra soutenable.